

INFORME SOBRE TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS

ÍNDICE

Prefacio

Resumen Ejecutivo	1
I. INTRODUCCIÓN	13
A. Propósito y contexto del Informe	13
B. El terrorismo en el contexto del derecho internacional.....	17
C. Metodología	32
II. MARCO JURÍDICO DEL ANÁLISIS DE LA COMISIÓN	35
A. El derecho internacional contra el terrorismo	36
B. Derecho internacional de los derechos humanos	42
C. Derecho internacional humanitario	56
III. NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLES A LAS SITUACIONES DE TERRORISMO	76
A. Derecho a la vida	76
1. Derecho internacional de los derechos humanos	76
a. Uso letal de la fuerza por agentes del Estado	79
b. Imposición de la pena de muerte	82
2. Derecho internacional humanitario	85
3. El derecho a la vida y el terrorismo	89
B. Derecho a la libertad y la seguridad personales	95
1. Derecho internacional de los derechos humanos	95
2. Derecho internacional humanitario	104
3. El derecho a la libertad y la seguridad personales y el terrorismo	107

C.	Derecho a un trato humano	113
1.	Derecho internacional de los derechos humanos	113
2.	Derecho internacional humanitario	132
3.	El derecho a un trato humano y el terrorismo	148
D.	Derechos al debido proceso y a un juicio justo	156
1.	Derecho internacional de los derechos humanos	156
a.	Principios fundamentales del derecho penal	159
b.	Derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por ley	163
c.	Derecho a un juicio dentro de un plazo razonable	168
d.	Derecho a las debidas garantías de un juicio justo	169
e.	Procesos civiles y de otro tipo	172
f.	Cooperación entre los Estados en materia penal	172
g.	Juicio justo, debido proceso y derogación	175
2.	Derecho internacional humanitario	179
3.	El derecho al debido proceso y a un juicio justo y el terrorismo	184
E.	Derecho a la libertad de expresión	188
1.	Derecho internacional de los derechos humanos	188
a.	Censura previa	192
b.	Responsabilidad ulterior	193
c.	Confidencialidad de las fuentes	195
d.	Acceso a la información.....	197
e.	<i>Habeas data</i>	200
f.	Protección de los periodistas y de los medios de comunicación	202
2.	Derecho internacional humanitario.....	204
a.	Protección de periodistas e instalaciones de prensa durante conflictos armados	204
b.	Derecho a conocer el destino de los	

	familiares.....	207
	c. Derecho a enviar y recibir información	208
3.	El derecho a la libertad de expresión y el terrorismo	210
	a. Censura previa	211
	b. Sanciones ulteriores	213
	c. Protección de las fuentes	222
	d. Acceso a la información y <i>habeas data</i>	222
	e. No discriminación	226
F.	La obligación de respetar y asegurar los derechos, la no discriminación y el derecho a la protección judicial	226
	1. Derecho internacional de los derechos humanos	226
	2. Derecho internacional humanitario	232
	3. Obligación de respetar y garantizar sin discriminación el derecho a la protección judicial y el terrorismo	235
G.	Otros derechos fundamentales.....	239
	1. Derechos a la libertad de reunión, de asociación y de conciencia y de religión	239
	2. Derecho a la propiedad y a la privacidad	243
	3. Derecho a la participación en el gobierno	248
H.	Trabajadores migratorios, personas que buscan asilo, refugiados y otros no nacionales	249
	1. Derecho a la libertad y la seguridad personales	251
	2. Derecho a un trato humano	254
	3. Derechos al debido proceso y a un juicio justo	260
	4. Obligación de respetar y asegurar la no discriminación y el derecho a la protección judicial	266
IV.	RECOMENDACIONES	268
	Anexo I Resolución de la CIDH sobre terrorismo	276
	0	
Anexo II	Cuadro de los Estados miembros de la OEA participantes en los tratados en materia de derechos humanos y derecho humanitario	278
Anexo III	Convención Interamericana contra el	

terrorismo, adoptada y abierta a la firma
en virtud de la resolución AG/RES. 1804
(XXXII-O/02) 282

Anexo IV Resolución de la Asamblea General de la OEA
AG/RES. 1906 (XXXII-O/02), "Derechos Humanos y
Terrorismo" 294

PREFACIO

Una de las responsabilidades más exigentes que se ha planteado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde su creación, hace más de cuarenta años, ha sido la supervisión del cumplimiento de la protección de los derechos humanos en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, frente a las amenazas terroristas. Para dar cumplimiento cabal a esta obligación, la Comisión ha hecho claramente hincapié en que la garantía de los derechos fundamentales en esas situaciones no contradice la obligación que tienen los Estados miembros de proteger a sus ciudadanos frente a la violencia terrorista. Al contrario, las iniciativas contra el terrorismo se sustentan en el propósito de proteger los derechos fundamentales y la democracia, cuyo menoscabo y destrucción busca el terrorismo. Mediante mecanismos como las derogaciones y las cláusulas restrictivas, el derecho internacional en materia de derechos humanos reconoce que en circunstancias excepcionales puede ser necesaria una restricción o suspensión de ciertos derechos, a fin de proteger los derechos humanos y la democracia y provee los medios para ponerla en práctica.

Los ataques terroristas perpetrados en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, si bien de magnitud y horror extraordinarios, no han modificado esos preceptos fundamentales. De hecho, quizá hoy más que nunca es esencial que los Estados miembros aseguren que sus respuestas a esos actos inexcusables de violencia, honren fielmente las libertades y los valores que sirven de cimiento a las sociedades democráticas de nuestro hemisferio. La aceptación de una mengua en este sentido sólo favorece a los intereses de las fuerzas que plantean las amenazas más temibles a nuestra región en el siglo XXI.

En estas circunstancias, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenta este informe sobre terrorismo y derechos humanos, con la esperanza de que ayude a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y a otros actores interesados en el sistema interamericano a asegurar que las iniciativas contra el terrorismo se ciñan fielmente a los derechos y libertades humanas fundamentales y, de esta forma, cumplan con uno de los componentes fundamentales de una campaña exitosa contra la violencia terrorista.

La Comisión desea agradecer el trabajo de su Secretaría Ejecutiva en la preparación de este informe. En particular, la Comisión quiere reconocer las contribuciones de Brian Tittmore, escritor principal, con la colaboración de Bernard Duhaime, Especialista en Derechos humanos. También contribuyeron en partes específicas del informe, Eduardo Bertoni, Relator Especial para la Libertad de Expresión, Lisa Yagel, Abogada de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Helena Olea, Abogada de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias, y Gabriela Hageman, Secretaria Principal, y Nora Anderson y Gloria Hansen, Técnicos de Documentos.

RESUMEN EJECUTIVO

1. Numerosos incidentes terroristas notorios acaecidos en el hemisferio en la última década, culminando con tres ataques de proporciones sin precedentes perpetrados simultáneamente en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, han demostrado cruelmente que el terrorismo sigue siendo una amenaza significativa contra la protección de los derechos humanos, la democracia y la paz y la seguridad regionales e internacionales. Esta realidad ha impulsado a los Estados miembros y a las organizaciones intergubernamentales a la adopción de numerosas iniciativas para contrarrestar esas graves amenazas terroristas, incluidas la formulación de leyes y procedimientos internos para penalizar, investigar y procesar las actividades terroristas, y la negociación de tratados multilaterales sobre cooperación entre los Estados en la lucha contra el terrorismo.

2. El 3 de junio de 2002, la Asamblea General de la OEA adoptó y abrió a la firma la Convención Interamericana contra el Terrorismo, en la cual los Estados miembros reafirmaron "la necesidad de adoptar en el sistema interamericano medidas eficaces para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la más amplia cooperación". Entre los principios reconocidos explícitamente en esta Convención figura la estipulación de que las actividades contra el terrorismo se lleven a cabo cumpliendo plenamente las obligaciones de los Estados miembros conforme al derecho internacional. De acuerdo con el artículo 15 de la Convención, "las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales". Este requisito previo refleja el principio fundamental de que la campaña contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos y de la democracia constituyen responsabilidades complementarias. El objeto y el propósito mismo de las iniciativas contra el terrorismo, en una sociedad democrática, es la protección de las instituciones democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley, no su menoscabo.

3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de la OEA encargado de la promoción del respeto y la protección de los derechos humanos en el continente, ha adquirido desde su creación, en 1959, una vasta experiencia en la evaluación de las implicaciones, para los derechos humanos, de las numerosas iniciativas antiterroristas emprendidas por los Estados miembros de la OEA. Al hacerlo, la Comisión ha puesto énfasis constante en el respeto irrestricto a todos los derechos humanos. Esto incluye los derechos que no se hayan suspendido legítimamente bajo el estado de emergencia en estricto cumplimiento con los principios y condiciones que rigen la derogación de ciertos derechos protegidos.

4. A fin de reforzar su doctrina en esta esfera y asistir a los Estados miembros de la OEA en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales correspondientes, en diciembre de 2001 la Comisión decidió emprender un estudio por el cual reafirmaría y elaboraría la manera en que los

requisitos internacionales en materia de derechos humanos regulan la conducta de los Estados en su respuesta a las amenazas terroristas. Para ayudar en esta tarea, la Comisión convocó a un panel de expertos internacionales en el curso de su período ordinario de sesiones, en marzo de 2002, a efectos de obtener información actualizada y especializada sobre la cuestión del terrorismo y los derechos humanos y también invitó a los Estados miembros de la OEA y las organizaciones no gubernamentales pertinentes a presentar observaciones escritas sobre el tema.

5. En la preparación del presente informe la Comisión adoptó un criterio basado en los derechos, conforme al cual las implicaciones de las iniciativas antiterroristas son examinadas en relación a varios derechos humanos internacionales básicos, en particular el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la libertad y la seguridad personales, el derecho a un juicio imparcial, el derecho a la libertad de expresión y la obligación de respetar y asegurar la no-discriminación y el derecho a la protección judicial. La Comisión también incluyó un análisis sucinto de varios derechos adicionales que pueden verse afectados por las medidas antiterroristas y un examen de las vulnerabilidades particulares de los trabajadores migrantes, las personas que buscan asilo, los refugiados y otros no nacionales.

6. El análisis de la Comisión se basa en varios preceptos fundamentales, el primero de los cuales es el reconocimiento de que hasta la fecha no se ha logrado un consenso respecto de una definición jurídica internacional del terrorismo. Por ende, la caracterización de un acto o situación como terrorista, incluida la denominada “guerra contra el terrorismo” no puede servir, por sí misma, para definir las obligaciones legales de los Estados en esta materia. En este sentido, la Comisión no ha descartado la posibilidad de que ataques terroristas como los perpetrados el 11 de septiembre de 2001 pueden llevar a un mayor desarrollo del derecho internacional. Una de ellas podría ser la negociación de instrumentos internacionales diseñados para hacer frente a una nueva forma de “guerra terrorista” librada por o contra actores no estatales involucrados en la violencia armada contra Estados a escala internacional. Sin embargo, a esta altura, esos cambios son sólo especulaciones y, por consiguiente, el análisis de la Comisión consignado en este informe se ha concentrado en las obligaciones de los Estados miembros conforme al derecho internacional en su forma actual.

7. La falta de una definición del terrorismo aceptada a escala internacional no significa que el terrorismo sea una forma de violencia indescriptible o que los Estados no estén sometidos a restricciones, en el marco del derecho internacional, en la configuración de sus respuestas a esa violencia. Al contrario, es posible enumerar varias características frecuentemente asociadas con los incidentes terroristas que ofrecen parámetros suficientes para

que los Estados definan y evalúen sus obligaciones internacionales a la hora de responder a esa violencia. Esas características guardan relación con la naturaleza y la identidad de los terroristas y de las víctimas, los objetivos del terrorismo y los medios empleados para consumar los actos de violencia terrorista. La Comisión ha observado que el terrorismo puede ser perpetrado, a escala individual o colectiva, por una variedad de actores, incluyendo particulares o grupos, así como gobiernos, puede recurrir a distintos medios y grados de violencia, desde las meras amenazas concebidas para sembrar el pánico entre el público hasta las armas de destrucción masiva, y puede influir negativamente en una variedad de personas a quienes el derecho internacional acuerda protecciones particulares, como las mujeres, los niños y los refugiados.

8. A partir de esos factores, la Comisión ha observado que varios regímenes de derecho internacional pueden aplicarse a situaciones de terrorismo. La violencia terrorista puede perpetrarse en tiempos de paz, cuando el derecho internacional en materia de derechos humanos es plenamente aplicable, durante un estado de emergencia, cuando ciertas protecciones de los derechos humanos pueden quedar derogadas, o en el transcurso de un conflicto armado, al cual se aplica el derecho internacional humanitario. Además, la naturaleza y el nivel de violencia provocado por los perpetradores del terrorismo o contra éstos, pueden determinar la imposición de un estado de emergencia o desatar un conflicto armado. Por consiguiente, el análisis de la Comisión no se ha limitado a las obligaciones de los Estados miembros conforme a los instrumentos interamericanos de derechos humanos, sino que también ha tomado en cuenta las obligaciones convencionales y consuetudinarias de derecho internacional, de los Estados miembros, al margen de su índole bilateral o multilateral, o de que hayan sido adoptadas dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano, incluyendo el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de refugiados. Esas obligaciones forman parte de un régimen interrelacionado y de mutuo refuerzo de protecciones de los derechos humanos, que debe interpretarse y aplicarse de manera integral, a fin de acordar a las personas las normas de protección más favorables que se encuentren disponibles al amparo de la ley aplicable. Ciertas obligaciones también pueden constituirse en *lex specialis* para la interpretación y aplicación del derecho internacional en materia de derechos humanos. En especial, el derecho internacional humanitario estipula reglas, normas y mecanismos amplios y detallados respecto de la protección de las víctimas de guerra, que deben tomarse en cuenta al interpretar y aplicar en forma apropiada las protecciones internacionales de los derechos humanos en los casos de conflicto armado.

9. La importancia de una determinación apropiada de la situación de las personas que quedan bajo autoridad o control del Estado y sus agentes

en el transcurso de actividades antiterroristas, guarda estrecha relación con los regímenes de derecho considerados en el análisis de la Comisión. Sólo cuando se ha determinado apropiadamente la situación legal de esas personas, puede acordárseles los derechos que tengan conforme a la legislación nacional e internacional, en virtud de dicha situación. Cuando la violencia terrorista provoca un conflicto armado o se suscita dentro del marco de uno, reviste especial importancia que los Estados miembros determinen, de conformidad con la Tercera Convención de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I con respecto a los Estados que los han ratificado, si una persona que cae en poder de un Estado es un civil o un combatiente y, en este último caso, si es un combatiente "privilegiado", y por lo tanto tiene derecho al *status* de prisionero de guerra y a inmunidad para ser procesado bajo las leyes de su captor por actos hostiles que no constituyan infracción de las normas y costumbres de la guerra.

10. Dentro del marco de los preceptos mencionados, la Comisión llegó a varias conclusiones, que se resumen más adelante, acerca de los derechos y las libertades más afectados por las iniciativas antiterroristas de los Estados, a saber: el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la libertad y la seguridad personales, el derecho a un juicio imparcial, el derecho a la libertad de expresión y la obligación de respetar y asegurar la no discriminación y el derecho a la protección judicial, así como la situación de los trabajadores migrantes, las personas que buscan asilo, los refugiados y otros no nacionales. La Comisión ha establecido, en particular, las normas de protección mínimas que son comunes al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en esos aspectos. La Comisión, cuando lo consideró pertinente, también determinó los aspectos en la *lex specialis* del derecho internacional humanitario que puede resultar en diferentes estándares de trato aplicables en situaciones de conflicto armado.

11. Quizá no haya campo donde exista mayor convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que en lo atinente a las normas de trato humano. Ambos regímenes, si bien gobernados por instrumentos diferentes, prevén los mismos requisitos mínimos e inderogables respecto del trato humano de todas las personas bajo control y autoridad del Estado. Más aun, bajo ambos regímenes, las violaciones más atroces de las salvaguardias del trato humano no sólo generan la responsabilidad del Estado sino también la responsabilidad penal individual por parte de quien las perpetra y de sus superiores.

12. Entre estas normas, es primordial la prohibición absoluta de la tortura o de cualquier trato o castigo cruel, inhumano o degradante por parte del Estado o de sus agentes. Esta proscripción es aplicable a todas las formas de trato atribuible al Estado incluyendo, por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias consistentes en castigos corporales y períodos prolongados de

confinamiento solitario. También están prohibidos los métodos de interrogación inhumanos, incluidos los golpes, violaciones y descargas eléctricas, así como tratos más sutiles pero igualmente lesivos como la administración de drogas a detenidos o alojados en instituciones psiquiátricas, la negación prolongada de descanso o sueño, alimentación, higiene suficiente o asistencia médica. Los dos regímenes, asimismo, estipulan normas similares respecto de las condiciones de detención. Esos requisitos guardan relación con aspectos como alojamiento, alimentación e higiene, así como protecciones especiales para categorías especiales de personas, como las mujeres y los niños.

13. Conforme a las normas aplicables en tiempos de paz y en época de guerra, el trato a los detenidos debe continuar sujeto a la supervisión efectiva y constante de los mecanismos apropiados estipulados por el derecho internacional. En situaciones que no sean de conflicto armado, esto supone la supervisión de los tribunales regulares por medio del *habeas corpus* o recursos similares. En tiempos de guerra, los mecanismos de supervisión incluyen el Comité Internacional de la Cruz Roja y, en casos de conflictos armados internacionales, el régimen de las Potencias protectoras previsto en las Convenciones de Ginebra de 1949.

14. Pese a la existencia de esas normas y mecanismos específicos que rigen la detención de las personas en los casos de conflicto armado, pueden suscitarse circunstancias en las que los mecanismos de supervisión previstos por el derecho internacional humanitario no se encuentren adecuadamente organizados o disponibles, o en que la detención e internamiento de civiles o combatientes continúe por un período prolongado. Cuando esto ocurre, las normas y procedimientos del derecho internacional humanitario pueden resultar inadecuadas para salvaguardar debidamente las normas mínimas de trato a los detenidos y los mecanismos de supervisión del derecho internacional de los derechos humanos, incluidos los recursos de *habeas corpus* y de amparo, pueden necesariamente reemplazar al derecho internacional humanitario a fin de asegurar, en todo momento, la protección efectiva de los derechos fundamentales de los detenidos.

15. Como en el caso de las normas sobre trato humano, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario someten a los Estados miembros, esencialmente, a la misma obligación inderogable de respetar y asegurar el respeto de sus compromisos internacionales por medio de mecanismos apropiados y eficaces. Comparten, asimismo, la prohibición absoluta y prevaleciente de discriminación de cualquier índole, incluyendo distinciones inadmisibles basadas en raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Si bien la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos no prohíbe todas

las distinciones en el trato, en cuanto al goce de los derechos y las libertades protegidos, la Comisión observa que cualquier distinción permisible ha de basarse en una justificación objetiva y razonable, que persiga un objetivo legítimo, que considere los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y que los medios sean razonables y guarden proporción con el fin buscado. En la campaña contra el terrorismo, los Estados deben mantenerse adecuadamente vigilantes a fin de asegurar que los agentes del Estado, incluidas las fuerzas militares, se comporten de acuerdo con las disposiciones que prohíben la discriminación.

16. El análisis de la Comisión clarifica el hecho de que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario comparten muchos de los mismos requisitos mínimos que rigen el derecho de los individuos al debido proceso y a un juicio justo. Cuando los Estados miembros se empeñan en investigar, procesar y sancionar a personas por delitos relacionados con el terrorismo, siguen obligados en todas las instancias por las protecciones fundamentales y no derogables del debido proceso y un juicio justo, ya sea en tiempos de paz, en estados de emergencia o en conflictos armados. Estas protecciones abarcan principios fundamentales del derecho penal y salvaguardias procesales y sustantivas largamente reconocidas.

17. Entre las protecciones destacadas por la Comisión figura el requisito de que toda ley que pretenda prohibir o sancionar una conducta relacionada con el terrorismo debe estar clasificada y descrita en un lenguaje preciso e inequívoco que defina claramente la conducta ilegal, de acuerdo con el principio de legalidad. La Comisión observa que los Estados, en ésta y en otras regiones, han acudido a distintos criterios con el propósito de dictar leyes antiterroristas suficientemente claras y eficaces. Algunos Estados han optado por la prescripción de un delito específico de terrorismo basada en características de violencia terrorista identificadas comúnmente. Otros han preferido no prescribir el terrorismo como un delito *per se*, sino agregar a delitos comunes bien definidos, como el homicidio, la intención terrorista o variaciones del castigo que reflejan la naturaleza particularmente infame de la violencia terrorista. Cualquiera sea el cauce elegido, los Estados miembros de la OEA deben ceñirse a los principios básicos enunciados por la Corte Interamericana y por la Comisión respecto de este tema. A fin de asegurar que los castigos impuestos por delitos terroristas sean racionales y proporcionados, también se insta a los Estados miembros a tomar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias a fin de que los jueces estén facultados para considerar las circunstancias de los hechos y de los infractores individuales a la hora de dictar sentencia por delitos terroristas.

18. Los principios fundamentales del debido proceso y un juicio imparcial también comprenden el derecho a ser juzgado por un tribunal

competente, independiente e imparcial, conforme a la definición del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho humanitario. Este requisito prohíbe, en general, los tribunales o comisiones *ad hoc*, especiales o militares para juzgar a civiles por delitos relacionados con el terrorismo u otros delitos. Los tribunales militares del Estado pueden procesar a los integrantes de sus propias fuerzas armadas por delitos relacionados con las funciones que la ley asigna a dichas fuerzas y, durante los conflictos armados internacionales, pueden juzgar a combatientes privilegiados y no privilegiados, siempre que ofrezcan las garantías mínimas del proceso debido. Los tribunales militares, empero, no pueden conocer de violaciones de derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones militares, que deberán ser juzgados por tribunales civiles.

19. Entre las garantías procesales inderogables identificadas por la Comisión dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, figuran el derecho del inculpado a la notificación previa detallada de los cargos que se le imputen, el derecho a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar su defensa, lo que necesariamente incluye el derecho a la asistencia de un defensor de su elección o, en el caso de acusados indigentes, el derecho a un defensor gratuito, cuando dicha asistencia sea necesaria para un juicio justo, y el derecho a no declarar contra sí mismo. También se protege el derecho del condenado a ser informado sobre los recursos judiciales y de otra índole y de los plazos para hacer uso de ellos, incluido el derecho de apelación ante un tribunal superior.

20. Es posible que, en situaciones de emergencia, haya ciertos aspectos limitados del derecho a un juicio justo que puedan suspenderse legítimamente, siempre que los Estados cumplan estrictamente las condiciones que rigen las cláusulas de derogación dentro del marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos y que no incurran en la denegación de protecciones individuales más favorables que sean inderogables conforme a otros instrumentos internacionales aplicables. Las protecciones potencialmente derogables son, por ejemplo, el derecho a un juicio público y el derecho del acusado a examinar o hacer que se examine a los testigos de cargo, si las limitaciones de esos derechos son necesarias para asegurar la salvaguardia de jueces, abogados, testigos u otros participantes en la administración de justicia. Sin embargo, esas medidas nunca podrán justificarse cuando puedan comprometer las protecciones inderogables del debido proceso de un acusado, incluido el derecho a la preparación de una defensa y a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente.

21. El derecho a la vida es objeto de un trato similar y distintivo en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho humanitario. Bajo ambos regímenes, el uso de fuerza letal por los agentes del Estado debe

ceñirse a los principios de la proporcionalidad y la distinción, conforme a su definición en cada campo del derecho. Por consiguiente, en las situaciones de conflicto armado, las partes en pugna deben distinguir entre objetivos militares y civiles u objetivos civiles, y sus ataques deben dirigirse sólo a los primeros. De la misma forma, en tiempos de paz los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que en virtud de sus acciones constituyan una amenaza inminente de muerte o lesiones graves, o una amenaza de consumación de un delito especialmente grave que conlleve una amenaza grave a la vida, y las personas que no plantean una amenaza así, y usar la fuerza sólo contra aquellas. Al mismo tiempo, a los combatientes privilegiados en situaciones de conflicto armado no les está vedado el uso de fuerza letal contra combatientes enemigos que no hayan depuesto las armas o hayan sido puestos fuera de combate (*hors de combat*), y la muerte de un combatiente en esas circunstancias no constituye una violación del derecho a la vida, cuando se interpreta a la luz de las normas o costumbres de la guerra.

22. También guarda relación con el derecho a la vida, la imposición de la pena de muerte como castigo por delitos relacionados con el terrorismo. Independientemente de que esta medida sea impuesta en tiempos de paz o en situaciones de conflicto armado, los Estados deben garantizar que sus disposiciones legislativas cumplan con ciertas condiciones que limitan la capacidad del Estado para aplicar la pena capital por ciertos tipos de delitos, o a ciertos delincuentes. Los Estados también deben garantizar que los procedimientos a través de los cuales se impone la pena de muerte cumplan estrictamente con los requisitos procesales y estén sujetos a un riguroso control de las garantías judiciales mínimas. Sin llegar al punto de abolir la pena de muerte, los instrumentos interamericanos imponen restricciones concebidas con objeto de delimitar estrictamente su aplicación y alcance, a fin de reducir la aplicación de esta pena y abrir cauce a su desaparición paulatina.

23. También el derecho a la libertad y la seguridad personales conlleva requisitos distintos según se trate de su observancia en tiempo de paz, en situaciones de emergencia y en casos de conflicto armado, bajo el derecho internacional en materia de derechos humanos o bajo el derecho internacional humanitario. Sin embargo, de conformidad con las normas internacionales prevalecientes en materia de derechos humanos, bajo circunstancias limitadas los Estados pueden privar a las personas de su libertad, en relación con la investigación y el castigo de delitos y también en virtud de la administración de la autoridad del Estado en otros campos donde sean estrictamente necesarias medidas de esta índole. Esto puede incluir, por ejemplo, la detención administrativa por razones imperiosas relacionadas con aplicación de la ley, la salud u otros fines públicos. Esas medidas, empero, deben ceñirse a las normas dictadas bajo los regímenes de derecho internacional aplicables.

24. Aparte de situaciones de conflicto armado, los estándares que rigen el derecho a la libertad personal incluyen la necesidad de garantizar que los fundamentos y los procedimientos de la detención estén prescritos por ley, el derecho a ser informado de las razones de la detención, el acceso sin dilaciones a un abogado defensor, a los familiares y, cuando fuere necesario o aplicable, a la asistencia médica y consular, los límites estipulados para los plazos de detención y el mantenimiento de un registro central de detenidos. La Comisión también hace hincapié en que se disponga de los mecanismos de examen judicial necesarios para supervisar las detenciones, inmediatamente después del arresto o detención y a intervalos razonables mientras ésta se prolongue. Bajo ninguna circunstancia los Estados pueden prolongar la detención de una persona en carácter de incomunicada. Aspectos de los requisitos mencionados también deben considerarse inderogables, en virtud de su papel integral en la protección de los derechos inderogables de los detenidos, como el derecho a un trato humano y el derecho a un juicio justo, así como la necesidad de asegurar que los detenidos o prisioneros no queden totalmente a merced de sus custodios.

25. Cuando se susciten situaciones de emergencia, puede justificarse que los Estados deroguen ciertos aspectos limitados del derecho a la libertad y la seguridad personales. Esto puede incluir, por ejemplo, el sometimiento de las personas a períodos de detención preventiva o administrativa más largos que los permisibles en circunstancias ordinarias. Sin embargo, como es del caso en todas las derogaciones, cualquier detención prolongada debe ser estrictamente necesaria de acuerdo con las exigencias de la situación, debe mantenerse subordinada a las protecciones inderogables ya indicadas y en ningún caso podrá ser indefinida.

26. Cuando los actos terroristas puedan provocar un conflicto armado internacional o, de alguna manera, producirse en el contexto de un conflicto armado internacional, el cumplimiento por el Estado del derecho a la libertad de las personas detenidas en el curso del conflicto debe ser evaluado a la luz de la mencionada *lex specialis* sobre presunciones y mecanismos prescritos en el derecho internacional humanitario. En el caso de los conflictos armados internacionales, esta metodología establece que los combatientes privilegiados que caen en poder del enemigo pueden en general ser internados hasta su repatriación al cese de las hostilidades activas. Los combatientes no privilegiados también pueden ser internados y, además, pueden ser sujetos a procesamiento por su beligerancia no privilegiada. En cualquiera de las circunstancias, la detención debe ser objeto de supervisión por los mecanismos prescritos en el derecho internacional humanitario, incluido el régimen de Potencias protectoras y el acceso del Comité Internacional de la Cruz Roja.

27. Los enemigos no nacionales en territorio de una parte en un

conflicto armado internacional o los civiles en territorio ocupado no pueden ser detenidos o internados administrativamente, excepto cuando sea absolutamente necesario por razones de seguridad de la Potencia en cuyo poder estén. Cuando se imponga dicha detención o internación, debe estar sujeta a reconsideración o apelación con la menor demora posible y, de continuar, debe estar sujeta a revisión periódica por un órgano, corte o tribunal adecuado o competente y designado al efecto.

28. Tal como sucede con el derecho a un trato humano, pueden suscitarse circunstancias en las que las normas y procedimientos del derecho internacional humanitario sean inadecuados para salvaguardar en forma apropiada los estándares mínimos de derechos humanos de los detenidos. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando la existencia constante de hostilidades activas se torne incierta o cuando una ocupación beligerante se extienda por un período prolongado. En todo momento, la consideración primordial debe seguir siendo la protección eficaz de los derechos humanos de los detenidos y, en esas circunstancias, puede ser necesario que los mecanismos de supervisión bajo el derecho internacional de derechos humanos o bajo el derecho doméstico, reemplacen al derecho internacional humanitario a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los detenidos.

29. La Comisión también analizó el derecho a la libertad de expresión, que muestra un grado menor de coincidencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pero prescribe, sin embargo, controles fundamentales sobre las iniciativas del Estado contra el terrorismo. En este sentido, la Comisión ha hecho hincapié en que el respeto y la protección del derecho a la libertad de expresión en las Américas revisten especial importancia por el papel esencial que cumplen en el refuerzo de la democracia y la garantía de los derechos humanos, al ofrecer a los ciudadanos un instrumento indispensable para una participación informada. Además, la Comisión destaca que durante las situaciones de amenaza terrorista, un público informado puede constituir un instrumento efectivo de control y prevención de los abusos de la autoridad pública.

30. Varias normas y protecciones concernientes al derecho a la libertad de expresión merecen un comentario particular en relación con el terrorismo. En situaciones que no alcancen a ser de Estado de emergencia no debe usarse la censura previa para impedir la difusión de ideas e información. Además, sólo pueden imponerse sanciones ulteriores por la difusión de ideas e información, en virtud de leyes claras y previsibles y no excesivamente amplias o vagas. Asimismo, las sanciones deben guardar proporción con la clase de perjuicio que procure prevenirse por su intermedio. Los Estados, asimismo, deben abstenerse de promulgar leyes que penalicen en forma amplia o general la defensa pública (apología) del terrorismo o de las personas que puedan haber

cometido actos terroristas sin exigir que se demuestre que esas expresiones tenían por objeto incitar a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar, y que era altamente probable que se diera dicho resultado. Con respecto al acceso a la información que obre en poder del gobierno y al derecho de *habeas data*, debe existir una presunción de publicidad, con restricciones sólo cuando la difusión de la información en cuestión pueda provocar perjuicios graves a la seguridad nacional. Sobre los Estados recae la carga de probar la necesidad de esas restricciones.

31. La Comisión observa que, en situaciones de estado de emergencia, el derecho a la libertad de expresión es derogable temporalmente y en la medida que estrictamente lo exija la situación. En este sentido, la Comisión observa concretamente que por medio de la derogación en tiempos de emergencia pueden ser admisibles las leyes que imponen la censura previa sobre la publicación o difusión de informaciones u opiniones relacionadas con el terrorismo. También puede justificarse que, en situaciones de emergencia, los Estados impongan restricciones adicionales a la libertad de expresión y al acceso a la información. Empero, también en estos casos recae sobre los Estados la carga de la prueba de que las derogaciones no sean excesivas a la luz de lo que exija la situación.

32. Con respecto a las situaciones de conflicto armado, la Comisión pone énfasis especial en la obligación de las partes en un conflicto de brindar a los periodistas y a los medios de información instalaciones cuya protección sea la que les acuerda el derecho humanitario internacional y que, presumiblemente, es la misma acordada a los civiles y a los objetivos civiles.

33. La Comisión reconoce que las personas que se encuentran en el territorio de un Estado del que no son nacionales, incluidos los trabajadores migrantes, los refugiados y las personas que buscan asilo contra la persecución, son particularmente vulnerables a la violación de los derechos humanos en la formulación y ejecución de medidas antiterroristas. Por tanto, este informe aborda varios derechos humanos fundamentales específicamente en lo que se relaciona con los no nacionales en el contexto de las estrategias antiterroristas, incluido el derecho a la libertad y seguridad personales, el derecho a un trato humano, el derecho al debido proceso de la ley y a un juicio justo, y la prohibición absoluta e inderogable contra la discriminación. Para asegurar que las medidas adoptadas concernientes a la situación de los no nacionales no se formulen o apliquen de una manera que transgreda esos derechos humanos fundamentales, los Estados deben evitar especialmente esas prácticas injustificadas y las detenciones prolongadas, la omisión de informar a los detenidos acerca de su derecho a la asistencia consular, las deportaciones masivas de no nacionales y la ausencia o ineficacia de procedimientos de revisión de procesos judiciales o administrativos concernientes a los no

nacionales. Además, la Comisión recalca que, en los procedimientos que conlleven la expulsión o deportación de estas personas, es preciso tener en cuenta y dar efecto al principio de *non-refoulement* reflejado en las disposiciones del artículo 33 de la Convención de la ONU sobre el Estatuto de Refugiado, el artículo 3(1) de la Convención de la ONU sobre la tortura, el artículo 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, y el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

34. Finalmente, en su análisis la Comisión reconoce que las iniciativas de los Estados miembros contra el terrorismo pueden ir en detrimento de una amplia variedad de otros derechos humanos adicionales a los considerados antes, incluidos el derecho a la libertad de asociación y reunión, el derecho a la libertad de conciencia y religión, el derecho de propiedad, el derecho a la privacidad y el derecho a participar en el gobierno. En consecuencia, en un capítulo separado del presente informe, la Comisión incluye un análisis abreviado de estos derechos. Con ello, la Comisión recalca que, aunque estos otros derechos pueden estar sujetos a ciertas restricciones, conforme a las disposiciones contractuales respectivas, toda medida que adopten los Estados miembros para restringirlos debe cumplir estrictamente con los requisitos procesales y sustantivos que rigen las restricciones de esta naturaleza en el sistema interamericano. Ello exige que toda restricción sea necesaria para la seguridad de todos y acorde con las justas exigencias de una sociedad democrática, y que debe ser el medio menos restrictivo posible para lograr el imperioso interés público. Además, toda restricción de ese tipo debe estar prescrita por ley aprobada por el congreso y ajustada al ordenamiento jurídico interno, y no puede estar sujeta a la discreción de un gobierno o de sus agentes.

35. El informe de la Comisión concluye con una serie de recomendaciones concretas que tienen por objeto orientar a los Estados miembros en cuanto a la aplicación de las normas y los principios consignados en el análisis de la Comisión.

I. INTRODUCCIÓN

A. Propósito y contexto del informe

1. El terrorismo y la violencia y el temor que provocan han sido un rasgo característico e inquietante de la historia contemporánea de las Américas y muy conocido para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Al relatar sus actividades entre 1971 y 1981, por ejemplo, esta Comisión formuló las siguientes observaciones, que hoy resultan perturbadoramente familiares:

En varios países del Hemisferio, se han producido con una frecuencia alarmante actos de violencia que representan graves ataques contra los derechos esenciales del hombre. La forma más evidente de esta violencia es el terrorismo, crimen masivo que tiende a crear un clima de inseguridad y angustia, con el pretexto de imponer un mayor grado de justicia social para las clases menos favorecidas.¹

2. Las manifestaciones de violencia terrorista en las Américas, además de plantear una grave amenaza a la protección de los derechos humanos, con frecuencia han afectado a gobiernos e instituciones democráticas.² Además, tanto el Estado como actores no estatales, han estado ampliamente involucrados en la instigación, el respaldo y la consumación del terrorismo contra la población del hemisferio, por medio de prácticas infames como los secuestros, las torturas y las desapariciones forzadas.³

3. Numerosos incidentes terroristas acaecidos en el hemisferio durante los años recientes⁴ han confirmado que el terrorismo constituye una amenaza grave y constante para la protección de los derechos humanos y para la paz y la seguridad regional e internacional. Además, los tres ataques de proporciones sin precedentes perpetrados simultáneamente en Estados Unidos

¹ Véase CIDH, Diez Años de Actividades 1971-1981 (Secretaría General, OEA, 1982), pág. 339, [en adelante, Diez Años de Actividades].

² Véase, por ejemplo, Walter Laqueur, *Reflections on Terrorism*, 65 FOREIGN AFFAIRS 86, 91 (1996) [en adelante, Laqueur, *Reflections on Terrorism*].

³ Véase, por ejemplo, Informe Anual de la CIDH 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79 rev. 1 Doc. (22 de febrero de 1991) Capítulo V, p. 512 [en adelante, Informe Anual de la CIDH 1990-1991].

⁴ Entre los hechos notorios de violencia terrorista en las Américas en los últimos años corresponde mencionar la detonación de una bomba en un vuelo de pasajeros de Cubana de Aviación que había salido de Caracas, en 1976, la detonación de una bomba el 18 de julio de 1994 en la Asociación Mutual Israelita Argentina en Buenos Aires, Argentina, la toma de rehenes en la Embajada de Japón en Lima, Perú, en diciembre de 1996, y el secuestro del vuelo 9463 de Avianca en su ruta de Bucaramanga a Bogotá, Colombia. Véase el Comunicado de prensa de la CIDH N° 15/94 del 20 de julio de 1994; Comunicado de Prensa de la CIDH N° 21/96 del 18 de diciembre de 1996; Comunicado de Prensa de la CIDH N° 11/99 del 16 de abril de 1999, Comunicado de Prensa 15/99 del 2 de junio de 1999, Comunicado de Prensa N° 18/99 del 24 de junio de 1999.

el 11 de setiembre de 2001⁵ sugieren que la naturaleza de la amenaza terrorista que se cierne sobre la comunidad mundial se ha ampliado desde los puntos de vista cuantitativo y cualitativo, para abarcar a grupos privados con presencia multinacional y capacitados para perpetrar ataques armados contra Estados. Las consecuencias de estos hechos para la protección de los derechos humanos y de la democracia son sumamente graves y exigen una consideración inmediata y rigurosa por parte de la comunidad internacional, incluidos los órganos de la Organización de los Estados Americanos. Como lo ha reiterado esta Comisión, el derecho internacional obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para prevenir el terrorismo y otras formas de violencia y a garantizar la seguridad de sus ciudadanos.⁶ Inclusive, no puede descartarse que esas medidas incluyan una evolución del derecho internacional en el futuro a fin de considerar manifestaciones de terrorismo recientes como, por ejemplo, una nueva forma de guerra internacional entre individuos o grupos particulares y Estados. Acorde con su obligación de poner fin a la violencia terrorista, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y otras organizaciones intergubernamentales han adoptado numerosas iniciativas para combatir las amenazas del terrorismo. Los Estados, por ejemplo, han negociado tratados multilaterales sobre terrorismo,⁷ incluyendo en fecha más reciente, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General de la OEA durante su trigésimo segundo período ordinario de sesiones, en junio de 2002.⁸ Los Estados también han adoptado leyes y procedimientos internos para penalizar y enjuiciar las actividades terroristas.⁹

⁵ Véase el Informe Anual de la CIDH 2001, OEA/Ser./L/VII.114, doc. 5 rev., 16 de abril de 2001, Capítulo IV, Introducción; Resolución del Consejo Permanente de la OEA, Convocatoria a la Vigésima Tercera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, OEA/Ser.G CP/RES.796 (1293/01) (19 de septiembre de 2001).

⁶ Véase, Diez años de Actividades, *supra*, nota 1 p. 339; Caso 11.182, Informe N° 49/00, Asencios Lindo y otros, (Perú), Informe Anual de la CIDH 2000, párrafo 58. Véase, igualmente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Neira Alegria*, Sentencia del 19 de enero de 1995, Ser. A N° 20.

⁷ Véase, por ejemplo, la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión conexa cuando éstos tengan Trascendencia Internacional, aprobado el 2 de febrero de 1971, Serie sobre tratados OEA N° 37. [en adelante, la Convención de la OEA sobre Terrorismo, de 1971].

⁸ Convención Interamericana contra el Terrorismo, OAS AG/RES.1840 (XXXII-O/02) Segunda sesión plenaria, 3 de junio de 2002 [en adelante, la Convención Interamericana contra el Terrorismo].

⁹ Véase, por ejemplo, el Informe Anual de la CIDH 1992-93, OEA/Ser.L/VII.83 Doc. 14 (12 de marzo de 1993), Capítulo V "Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (donde se examinan las (Continúa...)

4. Sin embargo, al tomar estas iniciativas los Estados miembros se hallan igualmente obligados a seguir cumpliendo estrictamente sus otras obligaciones internacionales, incluidas las asumidas dentro de los marcos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.¹⁰ Los Estados miembros de la OEA han reconocido este requisito fundamental en el artículo 15 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, que estipula lo siguiente:

15.1. Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales. 2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. 3. A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional.¹¹

5. La Comisión Interamericana, como órgano de la OEA encargado de promover la observancia y protección de los derechos humanos en el Hemisferio, ha evaluado en previos informes sobre países y en informes sobre casos individuales las implicaciones para los derechos humanos de las numerosas iniciativas antiterroristas adoptadas por los Estados miembros de la OEA. La Comisión ha subrayado sistemáticamente que el respeto irrestricto del pleno goce de los derechos humanos, o de los derechos que no hayan sido legítimamente suspendidos en situaciones de emergencia, debe ser parte fundamental de cualquier estrategia antiterrorista.¹² El elemento medular de este criterio es el reconocimiento de que la lucha contra el terrorismo no es una responsabilidad antitética a la protección de los derechos humanos y la democracia. Al contrario, en los instrumentos internacionales de derechos humanos las cláusulas de suspensión prevén específicamente que en

(...Continuación)

medidas legislativas y de otra índole adoptadas por los Estados de las Américas y de otras regiones en respuesta al terrorismo y otras formas de violencia).

¹⁰ Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, pág. 339.

¹¹ Convención Interamericana contra el Terrorismo, *supra*, nota 8 artículo 15.

¹² Informe Anual de la CIDH 1990-1991, nota 3 *supra*, Capítulo V, a 512.

determinadas circunstancias es necesaria la adopción de medidas excepcionales que requieren la suspensión temporal de algunos derechos precisamente con el objeto de proteger las instituciones democráticas y el estado de derecho frente a las amenazas terroristas y de otra índole, y no para debilitarlas o destruirlas.

6. A efectos de reforzar su doctrina en esta área y asistir a los Estados miembros en el cumplimiento de sus obligaciones legales internacionales correspondientes, la Comisión decidió en diciembre de 2001 realizar un estudio en el cual reafirmaría y elaboraría la manera en que los requerimientos internacionales de derechos humanos regulan el comportamiento de los Estados en su respuesta a las amenazas terroristas. La Comisión emprendió este proyecto en cumplimiento de sus funciones y facultades en virtud de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, incluyendo las facultades dispuestas en el artículo 18 de su Estatuto:

- (b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos;
- (c) preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones.¹³

7. Como se describe con mayor detalle en la Parte II(C), la Comisión, por medio de ese Informe y de la metodología en que se sustenta, se impuso la tarea de aportar un análisis oportuno y minucioso de las principales implicaciones para los derechos humanos de los esfuerzos emprendidos por los Estados para responder a las amenazas terroristas. Lo ha realizado desarrollando esos esfuerzos dentro del marco establecido por ciertos derechos humanos internacionales fundamentales, en particular, el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la libertad y la seguridad personales, el derecho a un juicio justo, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección judicial.

8. En la resolución merced a la cual adoptó y abrió a la firma la Convención Interamericana contra el Terrorismo, la Asamblea General proclamó

¹³ Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, DOCUMENTOS BÁSICOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO, [en adelante DOCUMENTOS BÁSICOS], OEA/Ser.L/V/II.4 rev.8 (22 de mayo de 2001), pág. 119, artículo 18(b), (c) [en adelante, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos].

que “la lucha contra el terrorismo debe realizarse con pleno respeto al derecho nacional e internacional, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, para preservar el estado de derecho, las libertades y los valores democráticos en el Hemisferio, elementos indispensables para una exitosa lucha contra el terrorismo”.¹⁴ La Comisión tiene esperanzas de que los resultados de su estudio coadyuven a los Estados miembros y otros actores interesados del sistema interamericano en el cumplimiento de esta obligación fundamental.

B. El terrorismo en el contexto del derecho internacional

9. Antes de iniciar un análisis detallado de las implicaciones de la violencia terrorista para las obligaciones de derechos humanos de los Estados en el sistema interamericano, primero es necesario articular lo que la Comisión entiende es el significado y la incidencia del terrorismo dentro del régimen más amplio del derecho internacional.

10. El terrorismo¹⁵ está lejos de ser un fenómeno nuevo; en efecto, podría inclusive decirse que es anterior a la historia registrada.¹⁶ Su tratamiento como materia del derecho internacional es de origen más reciente. Entre los primeros empeños por abordar el terrorismo como materia de preocupación jurídica para la comunidad internacional estuvo la redacción por la Sociedad de las Naciones de la Convención de Ginebra de 1937 para prevenir y sancionar el terrorismo, redactada por la Liga de Naciones, y que nunca entró en vigencia.¹⁷

¹⁴ Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES. 1840 (XXXII/O-02) del 3 de junio de 2002 (véase el Anexo III).

¹⁵ Como se establece más adelante, actualmente no existe una definición aceptada de terrorismo en el derecho internacional. En su sentido más amplio, se describe con frecuencia al terrorismo como el uso de violencia para generar temor en el público en la consecución de objetivos políticos. Véase, por ejemplo, la Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo, aprobada en la segunda sesión plenaria de ministros y jefes de delegación de los Estados miembros de la OEA para la Conferencia Interamericana sobre Terrorismo, 26 de abril de 1996, párr. 3 (donde se describe el terrorismo como una “grave manifestación de violencia deliberada y sistemática dirigida a crear caos y temor en la población”) [en adelante, la Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo]; Resolución 51/210 de la Asamblea General de la ONU, A/RES/51/210 (16 de enero de 1996), “Medidas para eliminar el terrorismo internacional” párr. 2 (que reitera que “los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”).

¹⁶ Charles A. Russell y otros, *Out-Inventing the Terrorist*, in *TERRORISM: THEORY AND PRACTICE* 3, 5 (Yonah Alexander et al., 1979) [en adelante, Russell].

¹⁷ *League of Nations, Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism, O.J. 19 at 23 (1938)*, *League of Nations, Doc. C. 546 (I).M.383 (I). 1937, V (1938)*, citada en M. Cherif (Continúa...)

Posteriormente, las Naciones Unidas adoptaron iniciativas similares contra el terrorismo a través de la negociación de tratados multilaterales¹⁸ y de la labor de los órganos de la ONU a distintos niveles.¹⁹

11. Los Estados miembros y los órganos de las organizaciones regionales internacionales se han empeñado análogamente en abordar las manifestaciones del terrorismo en sus respectivas jurisdicciones a través de la negociación de convenciones multilaterales y de otras medidas, incluidos el Consejo de Europa,²⁰ la Unión Europea,²¹ la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa,²² la Unión Africana²³ y la Organización de los Estados Americanos. En el sistema interamericano en particular, las iniciativas antiterroristas más notables incluyen la promulgación en 1977 de la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra

(...Continuación)

Bassiouni, *Internacional Terrorism, in INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, CRIMES 765* (M. Cherif Bassiouni, ed., 2d ed., 1999) [en adelante, Bassiouni, *International Terrorism*].

¹⁸ Véase, por ejemplo, el Convenio para la Represión del Apoderamiento ilícito de Aeronaves, 16 de diciembre de 1970, 860 U.N.T.S. 105 [en adelante, Convenio para la Represión del Apoderamiento ilícito de Aeronaves]. Para una evaluación de las recientes iniciativas de las Naciones Unidas para elaborar una convención amplia sobre terrorismo internacional, véase la COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS 202-210 (Federico Andreu Guzmán, ed., 2000).

¹⁹ Los órganos de las Naciones Unidas que han considerado el problema de la violencia terrorista incluyen el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y la Comisión de Derecho Internacional. Véase, por ejemplo, Resolución de la Asamblea General de la ONU 3034 (XXVII) sobre medidas para prevenir el terrorismo internacional, ONU GAOR, sesión plenaria 2114ª, 19 de diciembre de 1972, Resolución del Consejo de Seguridad 1269 (1999) sobre la adopción de medidas destinadas a eliminar el terrorismo internacional, ONU SCOR, 4053ª sesión, ONU Doc. S/RES/1269 (1999), 19 de octubre de 1999; Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1990, Vol. II, Parte II, págs. 28-29, Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad.

²⁰ Véase, por ejemplo, la Convención Europea para la Eliminación del Terrorismo, Europ. T.S. 90 (27 de enero de 1997) [en adelante Convención Europea para la Eliminación del Terrorismo]; Lineamientos del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo (11 de julio de 2002).

²¹ Véase, por ejemplo, Parlamento Europeo, Recomendaciones sobre el papel de la Unión Europea en el combate contra el terrorismo (2001/2016 (INI)), 5 de septiembre de 2001.

²² Véase, por ejemplo, la Decisión sobre el combate del terrorismo y el Plan de Acción de Bucarest para combatir el terrorismo, Declaración Ministerial de Bucarest, Novena Reunión del Consejo Ministerial, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (3, 4 de diciembre de 2001), Decisión (MC(9).DEC/1 y Anexo a MC(9).DEC/1.

²³ Véase, por ejemplo, la Organización de la Unidad Africana, Convención sobre la Prevención y el Combate contra el Terrorismo, aprobada en Argel el 13 de julio de 1999, Secretaría General del OUA Depositario [en adelante Convención de la OUA sobre la Prevención y el Combate contra el Terrorismo].

las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional,²⁴ la labor actual del Comité Interamericano contra el Terrorismo²⁵ y la Convención Interamericana contra el Terrorismo, recientemente adoptada.²⁶ Debido parcialmente al considerable impacto del terrorismo en la protección de los derechos humanos y la democracia en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha considerado en buena parte de su historia el problema de la violencia terrorista como parte de su mandato de promover la observancia y protección de los derechos humanos en el continente.²⁷ Estos esfuerzos dentro del sistema interamericano produjeron a su vez un considerable cuerpo de instrumentos y de jurisprudencia en que la Comisión puede basarse a los efectos del presente estudio.

12. Con el objeto de encuadrar el concepto de terrorismo dentro del marco del derecho internacional, debe reconocerse en primer lugar que el lenguaje del terrorismo se utiliza en una variedad de contextos y con distintos grados de formalidad, para caracterizar:

²⁴ Convención de la OEA contra el Terrorismo de 1971, nota 7 *supra*.

²⁵ Véase la Resolución de la Asamblea General de la OEA, OEA/Ser.P, AG/RES. 1650 (XXIX-O/99), 7 de junio de 1999 (donde se establece el Comité Interamericano contra el Terrorismo). Véase también el Comité Interamericano contra el Terrorismo, Informe del Presidente sobre el Segundo Período Ordinario de Sesiones del Comité Interamericano contra el Terrorismo, OEA Doc. OEA/Ser.L/X.2.2CICTE/doc.9/02 (26 de febrero de 2002).

²⁶ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*.

²⁷ Una de las primeras tareas de la Comisión para elaborar un enfoque doctrinario de la protección de los derechos humanos en el contexto de los estados de emergencia determinados por el terrorismo y otras formas de violencia fue un informe preparado por el relator especial de la Comisión, Dr. Daniel Hugo Martinus, y aprobado por la Comisión en el curso del 16º Período Ordinario de Sesiones, del 24 de abril al 3 de mayo de 1967, sobre la "Protección de los derechos humanos en relación con la suspensión de las garantías constitucionales o el "Estado de Sitio"". OEA/Ser.L/V/II.15 Doc. 12, aprobada por Resolución de la CIDH, OEA/Ser.L/V/II.17 Doc. 24. La Comisión también ha abordado el problema de la violencia terrorista en muchos de sus informes especiales sobre la situación de derechos humanos en los Estados miembros. Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre la situación de derechos humanos en El Salvador (1978), OEA/Ser.L/V/II.46, doc.23 rev.1, 17 de noviembre de 1978 [en adelante, Informe sobre El Salvador, (1978)]; CIDH, Informe sobre la situación de derechos humanos en Argentina (1980), OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 de abril de 1980 [en adelante, Informe sobre Argentina, (1980)]; CIDH, Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia (1981), OEA/Ser.L/V/II.53, doc.22, 30 de junio de 1981 [en adelante, Informe sobre Colombia (1981)]; Informe sobre la situación de derechos humanos en Guatemala (1981), OEA/Ser.L/V/II.53, doc.21 rev.2, 13 de octubre de 1981; Informe sobre la situación de derechos humanos en Perú (1993) OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 31, 85ª Sesión, 12 de marzo de 1993, Informe sobre la situación de derechos humanos en Perú (2000) OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, [en adelante, Informe sobre Perú (2000)]. Véase, en general, el Informe Anual de la CIDH 1990-91, nota 3 *supra*, Capítulo V, Parte II " Los grupos armados irregulares y los derechos humanos".

- *acciones*, que incluyen formas de violencia como los secuestros.
- *actores*, incluidas personas u organizaciones.
- *causas o luchas*, en que la causa o lucha puede estar tan marcada por la violencia terrorista que la hacen indistinguible de ésta, o en que un movimiento puede cometer actos aislados de terrorismo o emprender estrategias terroristas. Es particularmente en este sentido que se ha planteado la falta de acuerdo en torno a una definición integral del terrorismo debido a que ciertos Estados han considerado que lo que con frecuencia se denominan “movimientos de liberación nacional” y sus metodologías deben ser excluidos de toda definición de terrorismo en razón de su asociación con el principio de libre determinación de los pueblos.²⁸
- *situaciones* en que la violencia terrorista es un problema particularmente grave o difundido en una región, Estado u otra zona.
- *conflictos armados* en el sentido, por ejemplo, de la denominada “guerra contra el terrorismo” posterior al 11 de septiembre de 2001.

13. Respecto a la última caracterización mencionada, ataques terroristas como los consumados el 11 de septiembre contra los Estados Unidos sugieren que las hipótesis relacionadas con las características del terrorismo moderno deben ser reevaluadas para reconocer que ciertos grupos terroristas, probablemente con apoyo o aquiescencia de ciertos Estados, han obtenido acceso a recursos financieros y tecnológicos que les permiten operar a escala multinacional y perpetrar actos de destrucción masiva a escalas sin precedentes. Estos hechos se han sumado a una evolución en los objetivos de estos mismos grupos de destruir determinadas sociedades a nivel internacional.²⁹

²⁸ Véase, por ejemplo, el Informe del Comité *Ad Hoc* creado por Resolución de la Asamblea General 51/210 del 17 de diciembre de 1996, Quinto Período de Sesiones (12-23 de febrero de 2001), ONU Doc. A/56/37, Anexo V, párr. 10 (donde se indica que en el intercambio general de opiniones sobre la inclusión de una definición de terrorismo en una convención amplia de la ONU sobre el terrorismo internacional, “algunas delegaciones subrayaron que la definición de terrorismo debe establecer una clara diferencia entre el terrorismo y la lucha legítima en ejercicio del derecho de libre determinación e independencia de todos los pueblos bajo ocupación extranjera”. (Traducción por la Comisión).

²⁹ Véase W. Michael Reisman 2001, *In defense of World Public Order*, 95 *AM J. Int’LL.* 833, 834 (2001) [en adelante Reisman 2001]; Walter Laqueur, *Postmodern Terrorism*, 75 *FOREIGN* (Continúa...)

14. En este sentido, no puede descartarse la posibilidad de que estas nuevas manifestaciones de violencia terrorista abran cauce a una evolución futura del derecho internacional. La comunidad internacional, por ejemplo, puede considerar que estas nuevas formas de terrorismo crean una nueva clase de “guerra terrorista” y, acorde con esto, puede elaborar convenciones de derecho internacional humanitario relativas a los conflictos armados que se libren a escala internacional entre Estados y actores no estatales. También se ha debatido la admisibilidad, conforme al derecho internacional, de los ataques militares “preventivos” como defensa contra posibles amenazas terroristas.³⁰ Si bien la Comisión se mantendrá atenta y, conforme a su mandato, puede desempeñar un papel en la definición de cualquier rumbo que en el futuro pueda tomar el derecho internacional en este aspecto, a los efectos de este informe no especulará acerca de esa evolución, sino que considerará las obligaciones legales internacionales que actualmente tienen los Estados miembros. Conforme se estipula en el artículo 15 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, esas obligaciones comprenden los requisitos del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de refugiados que, como se indicó antes, prevén expresamente la necesidad de adoptar medidas excepcionales, en ciertas circunstancias, para proteger los derechos humanos y la democracia.

15. Al definir los parámetros de las obligaciones de los Estados miembros dentro del marco actual del derecho internacional, también debe reconocerse que, hasta el presente, no ha habido consenso internacional en torno a una definición completa del terrorismo dentro del derecho internacional.³¹

(...Continuación)

AFFAIRS 24, 34 (1996) [en adelante Laqueur, *Postmodern Terrorism*], (donde se indica que el terrorismo moderno se está transformando en el “substituto de las grandes guerras de los años de 1800 y comienzos del 1900”). (Traducción por la Comisión).

³⁰ Véase, por ejemplo, las palabras del Presidente en la ceremonia de graduación de la Academia Militar de West Point el 1º de junio de 2002, La Casa Blanca, Secretaría de Prensa, (proclamando que “la defensa del territorio patrio y la defensa con misiles forman parte de una seguridad más fuerte y son prioridades esenciales para los Estados Unidos. Empero, la guerra contra el terrorismo no ha de ganarse a la defensiva. Debemos llevar la batalla al terreno del enemigo, destruir sus planes y hacer frente a las peores amenazas antes que éstas se planteen. En el mundo al que hemos ingresado, el único sendero hacia la seguridad es el sendero de la acción y esta nación actuará”). (Traducción por la Comisión). Véase, también, Scott Lindlaw, “*Bush Pledges Pre-emptive Strikes*”, Associated Press, 1º de junio de 2002. (traducción no oficial).

³¹ Los recientes intentos de llegar a un acuerdo internacional en torno al terrorismo incluyen las negociaciones para el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el curso de las cuales se presentaron propuestas para incluir el terrorismo dentro de la jurisdicción *ratione materiae* de la Corte. Estos esfuerzos no tuvieron éxito, con el resultado de que toda nueva propuesta de incluir estos u otros delitos como enmiendas a la jurisdicción de la materia no puedan hacerse por un período de siete años a partir de la entrada en vigencia del tratado. Véase el Acta Final de la Conferencia Diplomática de las de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el

(Continúa...)

En el mejor de los casos, como queda reflejado en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo,³² podría decirse que la comunidad internacional ha identificado ciertos actos de violencia que generalmente considera constituyen formas particulares de terrorismo. Éstos incluyen, por ejemplo, la toma de rehenes³³ y el secuestro y destrucción de aeronaves civiles,³⁴ los ataques contra la vida, la integridad física o la libertad de personas internacionalmente protegidas, incluyendo los agentes diplomáticos.³⁵

(...Continuación)

Establecimiento de una Corte Penal Internacional. Hecho en Roma el 17 de julio de 1998, A/CONF.183/10, Resolución E, A/CONF.183/C.1/L.76/Add.14, 8; Estatuto de la Corte Penal Internacional, ONU Doc. A/CONF.183/9 (1998), corregido por el proceso verbal del 10 de noviembre de 1998 y 12 de julio de 1999, entró en vigor el 1º de julio de 2002, artículo 121(1) [en adelante, el Estatuto de Roma]. Véase, análogamente, el Comunicado de Prensa de la ONU L/2993 de 1º de febrero de 2002 sobre el Comité Especial establecido en virtud de la Resolución 51/210 de la Asamblea General, 6º Período de sesiones, 26ª reunión (1 de febrero de 2002) (donde se indica que el Comité Especial establecido en virtud de la Resolución 51/210 de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1996, encargado de la preparación de un tratado internacional amplio sobre terrorismo, no había llegado a un acuerdo, entre otras cosas, en torno a una definición del terrorismo en virtud del artículo 2 del proyecto de tratado); Informe de la Sexta Comisión, ONU Doc. 34/786 (diciembre de 1979) (donde se indica que en el Comité Ad Hoc de la ONU sobre terrorismo internacional en 1973, 1997 y 1979, predominó un enfoque orientado a la materia de la prevención, el control y la eliminación del terrorismo porque los empeños por formular una definición amplia del terrorismo demostraron ser políticamente difíciles).

³² El artículo 2 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, define "delitos" para los propósitos de la Convención, aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación: a. Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. b. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. c. Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*, artículo 2.

³³ Véase, por ejemplo, la Convención Internacional contra la Toma de Rehénos, ONU Res. 34/145 (XXXIV), 34 UN GAOR Supp. (no. 46) a 345, ONU Doc. A/Res/34/146 (1979, 1316 U.N.T.S. 205 [en adelante, Convención de la ONU de 1979 sobre Rehénos].

³⁴ Véase, por ejemplo, la Convención sobre Delitos y otros Actos Cometidos a bordo de Aeronaves, abierto a la firma el 14 de septiembre de 1963, 704 U.N.T.S. 219; [en adelante Convención sobre Secuestro de Vuelos de 1963]; el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, nota 18 *supra*; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, abierta a la firma en Montreal el 23 de septiembre de 1971, 974 U.N.T.S. 177 [en adelante Convenio de Montreal].

³⁵ Véase, por ejemplo, la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, abierta a la firma el 14 de diciembre de 1973, 1035 U.N.T.S. 167 [en adelante, Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas]; la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, ONU Doc A/RES. 49/59 (1995) (17 de febrero de 1995).

y, en el contexto de los conflictos armados, los actos o amenazas de violencia cuyo propósito primordial es sembrar el terror entre la población civil.³⁶

16. La falta de acuerdo sobre una definición precisa del terrorismo conforme al derecho internacional sugiere, a su vez, que la caracterización de un acto o situación como terrorismo no puede, por sí misma, servir como base para la definición de las obligaciones internacionales de los Estados. En cambio, debe evaluarse tal acto o situación por sus propios elementos y dentro de su contexto particular, para determinar si el derecho contemporáneo internacional puede regular la respuesta de los Estados y de qué manera puede hacerlo.³⁷

17. Al mismo tiempo, el hecho de que el terrorismo no posea, *per se*, un significado concreto dentro del derecho internacional no significa que constituya una forma de violencia indescriptible o que los Estados no estén sometidos a restricciones, en el marco del derecho internacional, en la configuración de sus respuestas a esa violencia. Al contrario, es posible enumerar varias características frecuentemente asociadas con los incidentes terroristas que ofrecen parámetros suficientes para que los Estados definan y evalúen sus obligaciones internacionales a la hora de responder a esa violencia. Por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha elaborado una

³⁶ Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, 75 U.N.T.S. 287, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950, artículo 33 [en adelante, el Cuarto Convenio de Ginebra] (donde se establece, entre otras cosas, que "No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo"). Véase, análogamente, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y el relacionado con la protección de víctimas de conflictos armados no internacionales (Protocolo II), 1125 U.N.T.S. 609, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978, artículo 13 [en adelante, Segundo Protocolo Adicional, o Protocolo Adicional II]. En el Anexo II figuran los Estados miembros de la OEA que son partes de estos instrumentos.

³⁷ El profesor W. Michael Reisman ha instado a un enfoque similar en la formulación de respuestas internacionales al terrorismo, observando que:

en toda consideración del alcance de la respuesta legítima ante el terrorismo internacional, el encargado de elaborar las políticas y los asesores deben evitar una definición a priori demasiado estrechamente delimitada y las hipótesis no analizadas sobre la marginalidad o inherente falta de utilidad del terrorismo. Por el contrario, sería útil examinar toda la gama de posibles autores de terrorismo, evaluando lo que el derecho internacional contemporáneo ha prescrito y debe prescribir con respecto a las respuestas a cada una de ellas de manera de abordar los peligros que el terrorismo internacional plantea al orden mundial. (Traducción por la Comisión).

W. Michael Reisman, *International Legal Responses to Terrorism*, 22 HOUS. J. INT'L L. 3, 12-13 (1999) [en adelante, Reisman 1999]. Véase, análogamente, Jonathan Charney, *The Use of Force Against Terrorism and International Laws*, 95 AM J. INT'L L. 835 (2001); Thomas Franck, *Terrorism and the Right of Self-Defense*, 95 AM. J. INT'L L. 839 (2001).

definición práctica del terrorismo a los efectos de sus distintas resoluciones y declaraciones sobre medidas tendientes a la eliminación del terrorismo, a saber “los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas (que) son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”.³⁸ Éstas y otras autoridades sugieren que los incidentes terroristas pueden describirse en términos de a) la naturaleza e identidad de quienes perpetran el terrorismo; b) la naturaleza e identidad de las víctimas del terrorismo; c) los objetivos del terrorismo y d) los medios empleados para perpetrar la violencia del terror.³⁹ Más específicamente:

a) los perpetradores o instigadores de actos de terrorismo pueden incluir gobiernos así como a particulares y grupos que pueden actuar en forma independiente o con la dirección o el apoyo directo de Estados.⁴⁰ El “terrorismo de Estado” tiene una notoria historia en las Américas, donde muchos gobiernos han cometido secuestros, desapariciones forzadas y otras violaciones atroces de los derechos humanos de sus ciudadanos, a menudo bajo la consigna de la lucha contra el terrorismo;⁴¹

³⁸ Véase la Declaración de la ONU sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, anexa a la Resolución 49/60 de la Asamblea General, documento A/RES/49/60 (17 de febrero de 1995), artículo 3.

³⁹ Véase, en general, Bassiouni, *International Terrorism*, nota 17, supra 770-1.

⁴⁰ Los órganos internacionales, incluida esta Comisión y el Consejo de Seguridad de la ONU, han condenado la perpetración o el patrocinio de actos de terrorismo por los Estados. Véase, por ejemplo, el Informe Anual de la CIDH 1900-91, nota 3, supra, Capítulo V; Resolución 1373 del Consejo de Seguridad, ONU SCOR, Sesión 4385 del 28 de setiembre de 2001, S/RES/1373 (2001) (por la que se requiere que todos los Estados miembros complementen la cooperación internacional adoptando otras medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación y preparación de esos actos de terrorismo [en adelante, Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU]. Algunos expertos sobre terrorismo postulan que una acción concertada realmente efectiva contra el terrorismo sólo es posible mediante la focalización en los gobernantes de países que son los patrocinadores del terrorismo internacional. Véase, por ejemplo, Laqueur, *Reflections on Terrorism*, nota 2 supra, al 98.

⁴¹ Véase el Informe Anual de la CIDH 1990-91, nota 3, supra, Capítulo V (condenando el terrorismo de Estado en los siguientes términos):

El otro fenómeno que condujo a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos precisara el marco jurídico de sus acciones en referencia con el tema del terrorismo fue el frecuente empleo del mismo por parte de gobiernos que la Comisión había comprobado que se encontraban ejecutando masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos. Así, por ejemplo, gobiernos como los resultantes del golpe de estado del 11 de setiembre de 1973 en Chile o del 24 de marzo de 1976 en Argentina —por citar sólo algunos casos—

(Continúa...)

b) los blancos de la violencia terrorista varían análogamente e incluyen a personas, instituciones y bienes,⁴² aunque, como algunos comentaristas lo han señalado, sus víctimas siguen siendo predominantemente seres humanos debido en parte a que la fuerza que procura el terrorismo deriva del valor intrínseco de la vida humana y del dolor psicológico y el temor que se crea cuando están en peligro vidas humanas.⁴³ Análogamente, el terrorismo ha demostrado tendencia a aprovechar las virtudes de las comunidades democráticas, como lo son una sociedad abierta, salvaguardias constitucionales y una civilización basada en la ciencia y la tecnología, como blancos vulnerables y como fuente de las propias armas que utiliza para atacar a esas comunidades. El terrorismo –como lo ha observado un comentarista– nunca ha tenido posibilidades en una dictadura eficaz, pero casi ninguna sociedad democrática importante ha estado totalmente libre de él.⁴⁴

c) las motivaciones que impulsan a los perpetradores de actos terroristas tienden a ser de naturaleza ideológica o política.⁴⁵

d) con respecto a los medios de consumación del terrorismo, la violencia terrorista puede ocurrir a nivel nacional o transnacional y ha sido perpetrada más frecuentemente a través del uso de armas convencionales, aunque el uso posible de armas de destrucción masiva por parte de los terroristas es un motivo de creciente preocupación para la comunidad internacional.⁴⁶ Además, los incidentes terroristas, perpetrados en forma sistemática o esporádica, son inevitablemente clandestinos e imprevisibles; la explotación del temor y el terror y la intimidación y subversión del orden público resultantes, así como la publicidad que genera el uso de estas técnicas, han constituido tradicionalmente un elemento central de la violencia terrorista.⁴⁷ La distinción de las características de la metodología terrorista también ha

(...Continuación)

argumentaban que sus acciones obedecían a la necesidad de enfrenar acciones terroristas [...] tales situaciones de violencias generalizadas, aun de violencia terrorista, no pueden, en ningún caso, justificar las violaciones que ocurran.”

⁴² Informe Anual de la CIDH 1990-91, nota 3 *supra*, Capítulo V, Parte II.

⁴³ Russell, nota 16 *supra*, 12-13.

⁴⁴ Laqueur, *Reflections on Terrorism*, nota 2 *supra*, 91 (1986). Véase, análogamente, W. Michael Reisman, 2001, nota 29 *supra*, 834.

⁴⁵ Russell, nota 16 *supra*, 4-5.

⁴⁶ Para un análisis del posible uso de armas nucleares, químicas, biológicas y de otro tipo de armas de destrucción en masa por los terroristas, véase Laqueur, *Postmodern Terrorism*, nota 29 *supra*, 28-31. Véase también Russell, nota 16 *supra*, págs. 10-13.

⁴⁷ Reisman 1999, nota 37 *supra*, 6-7.

incluido en general una mayor voluntad de los perpetradores para asumir riesgos y sacrificios personales por su causa que los delincuentes comunes.⁴⁸

18. Habida cuenta de las características generales de la violencia terrorista y su carácter cambiante, como se ha señalado, es evidente que las obligaciones de los Estados al responder a dicha violencia no existen en un vacío, sino que, tal como se reconoce apropiadamente en el artículo 15 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, las reacciones del Estado frente al terrorismo pueden estar reguladas independiente o concurrentemente por varios regímenes de derecho internacional, incluidos el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Como se analiza con más detalle en el Capítulo II, ello, a su vez, depende de que la naturaleza y el grado de la violencia terrorista provoque o se manifieste

- en una situación de paz, en que tiene plena aplicación el derecho internacional de los derechos humanos
- en una emergencia que amenaza la independencia o seguridad de un Estado, en cuyo caso se aplica el derecho internacional de los derechos humanos sujeto a toda derogación permisible basada estrictamente en las exigencias de la situación, o
- en un conflicto armado, en que se aplican el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pero en el cual las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos podrían tener que ser interpretadas a la luz del derecho internacional humanitario como *lex specialis* aplicable.

19. La interrelación detallada entre estos regímenes de derecho en el contexto de derechos particulares es materia de ulterior examen en la parte sustantiva del presente Informe. Sin embargo, a esta altura debe reconocerse que la clasificación de un acto o una situación como de terrorismo de por sí no afecta la aplicación de un régimen de derecho internacional en el cual, de acuerdo con las circunstancias, se satisfagan las condiciones de aplicación de dicho régimen. El significado de esta advertencia queda ilustrado en forma patente por la manifestación de violencia terrorista en el contexto de un conflicto

⁴⁸ Bassiouni, *International Terrorism*, nota 17 *supra*, 795. Sin embargo, en otras publicaciones se advierte que la propensión de los terroristas a sacrificar sus vidas ha sido exagerada y no respalda la opinión de que el terrorismo sólo puede ser sometido con medidas extremas que de por sí pueden contravenir los valores de una sociedad democrática. Laqueur, *Reflections on Terrorism*, nota 2 *supra*, 93-94.

armado internacional.

20. Por ejemplo, en los casos en que una situación de hostilidades es considerada como conflicto armado internacional y las fuerzas armadas de una de las partes en el conflicto satisface los requisitos del *status* de prisionero de guerra en virtud del artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra, o los artículos 43 a 45 del Protocolo Adicional I en el caso de los Estados partes de este instrumento⁴⁹ el hecho de que los miembros de esas fuerzas puedan haber participado en actos de terrorismo en el curso de las hostilidades no altera la aplicación sistemática del derecho internacional humanitario al conflicto ni el derecho de esos miembros a las protecciones del Tercer Convenio de Ginebra o el Protocolo Adicional I donde sea aplicable.⁵⁰ Al mismo tiempo, esos miembros pueden ser procesados y puede determinarse la responsabilidad penal individual por actos de terrorismo en la medida en que puedan constituir infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 o del Protocolo Adicional I donde sea aplicable, u otra violación seria del derecho internacional humanitario.⁵¹ Análogamente, en los casos en que los combatientes en un conflicto armado internacional no llenan los requisitos para poder ser considerados prisioneros de guerra y por lo tanto no tienen derecho a las protecciones del Tercer Convenio de Ginebra, seguirán siendo beneficiarios de los estándares mínimos de tratamiento de carácter consuetudinario establecidos en el artículo 3 común y el artículo 75 del Protocolo Adicional I, pese al hecho de que hayan podido participar en actos de terrorismo en el curso de las hostilidades.

21. También pertinente al análisis de la Comisión son las características de las iniciativas adoptadas con frecuencia por los Estados para responder a la violencia terrorista. Como lo confirma la información presentada por los Estados miembros en relación con el presente estudio, los Estados se

⁴⁹ Véase *infra*, Parte III (B) párrafos 67-70, para un análisis del significado y los criterios pertinentes del *status* de combatientes y prisioneros de guerra privilegiados y no privilegiados, conforme a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I.

⁵⁰ Según con el profesor Antonio Cassese, los derechos y privilegios asignados por el derecho internacional humanitario “no son materia de restricciones por la alegada actividad terrorista de los detenidos. Los actos terroristas, si son probados, sólo dan lugar a que los terroristas sean responsables de crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad”. (Traducción por la Comisión). Antonio Cassese, *Terrorism and Human Rights*, 31 AM U.L. Rev. 945, 951 (1982). Véase también Reisman 1999, nota 37 *supra*, 11-12.

⁵¹ Véase, por ejemplo, Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36, *supra*, artículo 33 (por el que se prohíbe “toda medida de intimidación o de terrorismo” en relación con personas protegidas), artículo 147 (incluyendo “la toma de rehenes” entre las graves violaciones, cuando son cometidas contra personas o bienes protegidos por el Cuarto Convenio de Ginebra); Protocolo Adicional II, nota 36, *supra*, artículo 4(2)(d) (por el que se prohíben los “actos de terrorismo” en todo momento y en todo lugar), artículo 13 (por el que se prohíben “los actos o amenazas de violencia con el propósito primordial de sembrar el terror entre la población civil”).

han empeñado en adaptar los mecanismos existentes y en elaborar nuevos mecanismos para investigar, eliminar y sancionar el terrorismo a nivel nacional e internacional.⁵² Estos esfuerzos han incluido mejorar la implementación de la extradición, la asistencia jurídica mutua, el intercambio de información y otras formas de cooperación entre los Estados en cuestiones penales,⁵³ la aplicación más rigurosa de medidas para excluir, deportar o extraditar a extranjeros sospechosos de participación en actividades terroristas,⁵⁴ la penalización de actividades relacionadas con el terrorismo y la detención, procesamiento y sanción de personas acusadas de haber cometido esos delitos,⁵⁵ el congelamiento de los activos financieros y de otros activos utilizados para

⁵² Como observó el profesor David Martin en relación con la audiencia del panel de expertos del 11 de marzo de 2002 ante la Comisión, "la comunidad internacional se encuentra ahora ante la difícil tarea de adaptar o aplicar por analogía muchas de las normas establecidas a las nuevas circunstancias planteadas por un terrorismo mundial altamente organizado, cometido por actores no estatales". Para un análisis de las iniciativas antiterroristas adoptadas por una serie de Estados en el mundo, véase el Informe del Secretario General de la ONU sobre los Medios para Eliminar el Terrorismo Internacional, Sesión 56 de la Asamblea General de la ONU, ONU Doc. A/56/160 (3 de julio de 2001). Para un análisis sobre el grado en que las medidas antiterroristas adoptadas por algunos gobiernos en el mundo luego del 11 de septiembre de 2001 podrían haber restringido los derechos civiles, véase "For Whom the Liberty Bell Tolls", THE ECONOMIST, agosto 31- septiembre 6, 2002, pág. 18

⁵³ Véase, por ejemplo, la Resolución del Consejo Permanente de la OEA 1293 (2001), Convocación de la 23 Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores OEA/Ser.G CP/RES. 796 (1293/01) (19 de setiembre de 2001), párr. 4 (donde se exhorta a todos los Estados miembros a respaldar los esfuerzos internacionales para llevar a la justicia a los responsables de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 y promover la cooperación interamericana, especialmente a través del intercambio de información con ese propósito); la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU, nota 40, *supra*, párr. 3(a), (b), (c) (donde se exhorta a los Estados a intensificar y agilizar el intercambio de información operacional, entre otras cosas, en relación con actividades o movimientos de personas o de redes de terroristas, el intercambio de información en las esferas administrativas y judiciales para impedir la comisión de actos terroristas, y la cooperación, particularmente mediante acuerdos y convenios bilaterales y multilaterales, para impedir y reprimir los ataques terroristas y adoptar medidas contra quienes perpetran tales actos).

⁵⁴ Véase, por ejemplo, la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU, nota 40, *supra*, párr. 3(f), (g), (donde se exhorta a todos los Estados a adoptar las medidas pertinentes con el propósito de asegurarse de que el solicitante de asilo no haya planificado o facilitado actos de terrorismo ni participado en su comisión, que los perpetradores de esos actos no abusen de la condición de refugiados y que las reivindicaciones de motivaciones políticas no sean reconocidas como fundamento para negar pedidos de extradición de presuntos terroristas).

⁵⁵ Véase, por ejemplo, Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C. N° 52; Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo, nota 15, *supra*, párr. 5 (donde se declara que los actos de terrorismo son delitos comunes graves y como tales deben ser juzgados por tribunales nacionales de conformidad con la legislación interna y las garantías que ofrece el estado de derecho).

apoyar la actividad terrorista,⁵⁶ la realización de operaciones policiales o militares contra grupos terroristas en el territorio del Estado o en el territorio de otro Estado afiliado con tales grupos,⁵⁷ y la negociación de tratados que prescriban medidas de cooperación bilateral y multilateral contra el terrorismo.⁵⁸ Particularmente significativa para la ejecución efectiva de muchos de estos métodos de cooperación interestatal es la estipulación explícita en algunos instrumentos internacionales antiterroristas de que los delitos de terrorismo definidos en dichos instrumentos no deben ser considerados como delitos políticos o delitos comunes afines para los efectos de la extradición o la cooperación jurídica mutua.⁵⁹

22. Puede considerarse en principio que los esfuerzos de esta naturaleza coinciden con el deber largamente reconocido de los Estados de adoptar las medidas necesarias para evitar los actos de terrorismo y violencia y garantizar la seguridad de sus poblaciones,⁶⁰ que incluye la obligación de investigar, procesar y sancionar los actos de violencia o terrorismo.⁶¹ Al mismo tiempo, la Comisión no puede dejar de reiterar la necesidad de que los Estados, al adoptar las medidas antiterroristas, deben cumplir con sus obligaciones

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, del 9 de diciembre de 1999, ONU AG Res. A/RES/54/109; Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU, nota 40, *supra*, párr. 1 (donde se decide que todos los Estados, entre otras cosas, congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos al faciliten su comisión, de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, la Declaración a la Prensa del Secretario General de la OTAN, General Lord Robertson, sobre la Decisión del Consejo del Atlántico Norte sobre la Implementación del artículo 5 del Tratado de Washington después de los ataques del 11 de septiembre contra Estados Unidos, 4 de octubre de 2001 en el sitio de internet www.nato.int/docu/speech/2001/s011004b.htm, visitado la última vez el 23 de abril de 2002; Resolución 797 del Consejo Permanente de la OEA, Convocación a la Vigésimocuarta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores para actuar como Órgano de Consulta en Aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, OEA/Ser.G CP/RES. 797 (1293/01) (19 de septiembre d 2001).

⁵⁸ Véase, por ejemplo, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8, *supra*, artículo 11; la Convención Europea para la Eliminación del Terrorismo, nota 20 *supra*, artículo 1.

⁶⁰ Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, pág. 339; Caso Asencios Lindo y otros, nota 6 *supra*, pág. 58. Caso Neira Alegría, nota 6, *supra*.

⁶¹ Informe Anual de la CIDH 1990-91, nota 3 *supra*, Capítulo V, Parte II, pág. 513; Caso Neira Alegría, nota 6, *supra*; Convención Americana sobre Derechos Humanos, en DOCUMENTOS BÁSICOS, nota 13 *supra*, artículos 1, 2.

internacionales, incluyendo las del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario. Como lo ha señalado la Comisión con anterioridad, “el respeto irrestricto por los derechos humanos debe ser parte fundamental de todas las estrategias antisubversivas cuando las mismas tengan que ser implementadas”,⁶² lo que conlleva el respeto del pleno alcance de los derechos humanos o de los derechos que no hayan sido suspendidos legítimamente en estado de emergencia. Este compromiso no sólo está fundado en cuestiones de principios, a saber, el respeto por los valores intrínsecos de la democracia y el estado de derecho que los empeños antiterroristas procuran preservar, sino que también está impuesto por los instrumentos internacionales a los que los Estados se han obligado legalmente, incluida la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,⁶³ la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁶⁴ la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁶⁵ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁶⁶ y los

Convenios Ginebra de 1949,⁶⁷ y sus Protocolos Adicionales de 1977⁶⁸ así como

⁶² Informe Anual de la CIDH 1990-91, nota 3, *supra*, Capítulo V, Parte II, pág. 512. El pleno respeto por el régimen de derecho y los derechos humanos fundamentales ha sido explícitamente reconocido por los Estados miembros de la OEA como requisito necesario de los esfuerzos de lucha contra el terrorismo. Véase, por ejemplo, la Resolución AG/RES.1043 (XX-0/90), de la Asamblea General de la OEA, vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, 1990; Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*, Preámbulo, artículo 15.

⁶³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, [en adelante Declaración Americana] en DOCUMENTOS BÁSICOS, nota 13 *supra*, pág. 17.

⁶⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, pág. 25.

⁶⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217^a(III) de la Asamblea General, ONU Doc. A/810, 71 (1948) [en adelante, Declaración Universal de Derechos Humanos].

⁶⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General, 21 ONU GAOR (Supp. N° 16), 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 [en adelante, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos]. En el Anexo II figuran los Estados miembros de la OEA que son partes de este instrumento.

⁶⁷ Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 75 U.N.T.S. 31, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950 [en adelante, Primer Convenio de Ginebra], Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 75 U.N.T.S. 85, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950 [en adelante, Segundo Convenio de Ginebra], Convenio de Ginebra relativo al trato a los prisioneros de guerra, 75 U.N.T.S. 135, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950 [en

(Continúa...)

otros instrumentos pertinentes del derecho humanitario internacional y las correspondientes normas y principios del derecho consuetudinario. Estas obligaciones internacionales no crean ninguna excepción general para el terrorismo en su aplicación, sino que establecen un régimen interrelacionado y mutuamente reforzado de protecciones de los derechos humanos a los que se deben conformar las respuestas de los Estados al terrorismo.⁶⁹ A este respecto, la campaña contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos no deben ser consideradas responsabilidades antitéticas; por el contrario, la existencia de cláusulas de derogación en los instrumentos internacionales de derechos humanos ilustran el reconocimiento de que algunas veces puede ser necesario adoptar medidas excepcionales que impongan la suspensión transitoria de algunos derechos para responder a amenazas precisamente con el propósito de proteger a las instituciones democráticas y el régimen de derecho y no para debilitarlos y destruirlos. Este criterio doctrinario ha sido especialmente significativo en las Américas, donde los instigadores y perpetradores del terrorismo han tratado con frecuencia de menoscabar los derechos humanos de la población civil y, también, los sistemas de gobierno democráticos de los cuales depende fundamentalmente la protección de esos derechos.

23. A lo largo del presente informe, la Comisión tratará de articular

(...Continuación)

adelante, Tercer Convenio de Ginebra], el Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*. En el Anexo II figuran los Estados miembros de la OEA que son partes de este instrumento.

⁶⁸ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 1125 U.N.T.S. 3, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978 [en adelante, Primer Protocolo Adicional o Protocolo Adicional I]; Protocolo Adicional II, nota 36, *supra*. En el Anexo II figuran los Estados miembros de la OEA que son partes de este instrumento.

⁶⁹ Véase, en general, T. Buergenthal, *To Respect and Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, en *THE INTERNACIONAL BILL OF RIGHTS* 73, 89 (L. Henkin, ed. 1981) [en adelante, Buergenthal *To Respect and Ensure*]. La predominancia de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en los empeños por eliminar el terrorismo ha sido reconocida en el artículo 15 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, que dispone: "1. Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales. 2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. 3. A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional".

con más detalle la manera en que las obligaciones de derechos humanos de los Estados miembros de la OEA deben informar sus respuestas a la amenaza de la violencia terrorista.

C. Metodología

24. La Comisión Interamericana anunció su decisión de emprender el presente estudio sobre el terrorismo y los derechos humanos en una resolución aprobada el 12 de diciembre de 2001.⁷⁰ Al declarar su intención de examinar esta materia, la Comisión ubicó el problema urgente del terrorismo en el contexto de las obligaciones correlativas de los Estados miembros de la OEA de protegerse y proteger a sus ciudadanos contra la violencia de esta naturaleza y garantizar que sus esfuerzos en este sentido se conformen con el derecho internacional. En consecuencia, el estudio de la Comisión fue concebido como una oportunidad de asistir a los Estados en la adopción de medidas antiterroristas que concuerden con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Con este fin, la Comisión ha intentado abordar en su informe los requisitos mínimos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario respecto de varios derechos humanos fundamentales y evaluar la manera en que estos requisitos pueden incidir en las distintas prácticas antiterroristas.

25. Luego de emitir su resolución sobre el terrorismo, la Comisión decidió convocar a un panel de expertos internacionales en el curso del 114° período ordinario de sesiones, en la sede en Washington, D.C., a fin de obtener información actualizada sobre el problema del terrorismo y los derechos humanos desde una diversidad de perspectivas especializadas. El 11 de marzo de 2002, por indicación de la Comisión, cinco expertos, Aryeh Neier, Presidente del Instituto Sociedad Abierta, Dr. Jorge Santistevan, ex Defensor del Pueblo del Perú, la profesora de Derecho de las Universidades de *Yale* y *John Hopkins*, Ruth Wedgwood, la profesora de Derecho de la Universidad de Washington, Joan Fitzpatrick, y el profesor de Derecho de la Universidad de Virginia, David Martin, asistieron ante la Comisión y realizaron exposiciones amplias verbales y escritas sobre distintos aspectos del tema en estudio. Los aspectos que se debatieron incluían la pertinencia del uso de las comisiones militares al tratar delitos relacionados con el terrorismo, las condiciones en que las personas pueden estar sometidas a detención administrativa por razón de inmigración y afines y el posible papel del derecho internacional humanitario para regular las respuestas de los Estados a los ataques terroristas.

26. A efectos de complementar la información obtenida de los

⁷⁰ Véase Anexo I.

expertos y con el fin de brindar a la Comisión el aporte más amplio posible, la Comisión, por notas transmitidas en marzo y abril de 2002, invitó a cada uno de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y a una serie de organizaciones no gubernamentales pertinentes a presentar por escrito cualquier observación general o específica que pudieran tener con respecto a la materia a estudio de la Comisión. Ésta recibió considerable información en respuesta a sus invitaciones. Las mismas incluían comunicaciones de los Gobiernos de Venezuela, Panamá, Argentina, Brasil, Colombia, México, y Dominica, así como observaciones de varias organizaciones no gubernamentales, incluyendo *Interights*, con base en Londres, el Centro para los Derechos Constitucionales, de Nueva York, y el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Columbia. La Comisión también recibió información de otras instituciones internacionales, incluida la Comisión Internacional de Juristas y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, y se basó en otro tipo de material pertinente del dominio público.

27. En el curso de su estudio, la Comisión tomó nota en particular de los proyectos de convenciones sobre terrorismo preparados con los auspicios de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, cuyas negociaciones coincidieron con la iniciativa de la Comisión. Estas convenciones, la última de las cuales fue adoptada por la Asamblea General de la OEA y abierta a la firma y ratificación el 2 de junio de 2002, en el curso del trigésimo segundo período ordinario de sesiones y que se trata con más detalles en la Parte II(A), refleja la actitud cooperativa de numerosos Estados para enfrentar el terrorismo. Estos instrumentos también ilustran varios de los métodos que probablemente también adopten los Estados en la consecución de este objetivo y que pueden tener implicaciones para la protección de los derechos humanos. A este respecto, la Comisión observó con optimismo el papel predominante que jugó el reconocimiento del cumplimiento de los acuerdos sobre derechos humanos y otros acuerdos internacionales vigentes por parte de los Estados en la negociación y el texto final de la Convención de la OEA. Como se indicó antes, el artículo 15 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo estipula, entre otras cosas, que las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales y que “nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho

internacional de los refugiados".⁷¹ Asimismo, como se ha señalado, el cumplimiento de los compromisos internacionales existentes en materia de derechos humanos y derecho humanitario es una cuestión de principios y de cumplimiento de los instrumentos internacionales a los cuales están legalmente vinculados los Estados.⁷²

28. Para evaluar la información recibida en el curso de este estudio, la Comisión consideró que una metodología orientada por los derechos ofrecía la estructura más eficaz para este análisis. De acuerdo con este criterio, las implicaciones de las iniciativas antiterroristas se examinan dentro del marco establecido de varios derechos humanos internacionales básicos, en particular el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la libertad y la seguridad personales, el derecho a un juicio imparcial, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección judicial, así como otra serie de libertades potencialmente significativas. A la luz del hecho de que las circunstancias que rodean las instancias de terrorismo pueden involucrar a una serie de perpetradores, víctimas, motivaciones y metodologías, la Comisión consideró necesario abordar el marco de estos derechos básicos de conformidad al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

29. La Comisión también desea a esta altura resaltar brevemente el uso del derecho internacional humanitario en su análisis de cada uno de los derechos en examen. Como se explica con más detalle en la Parte II(C), puede haber ocasiones en que los actos de terrorismo son perpetrados en el contexto de un conflicto armado o donde la naturaleza y grado de violencia generada por los terroristas da lugar a la aplicación del derecho de los conflictos armados. En forma congruente con la doctrina jurídica internacional establecida en esta materia, en que se puede tratar de situaciones de conflicto armado, en modo alguno el derecho aplicable a los conflictos armados o cualquier otro régimen de derecho internacional desplaza al derecho internacional de los derechos humanos. El derecho internacional de los derechos humanos es aplicable en dichas situaciones y teniendo en cuenta las derogaciones legítimas a las que esté sujeto. Sin embargo, al interpretar y aplicar las protecciones de derechos humanos en tales circunstancias, podría ser necesario que la Comisión refiera y considere las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario

⁷¹ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*, artículo 15.

⁷² Por un nuevo reconocimiento por los Estados miembros de la OEA de este requisito, véase la Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES.1906 (XXXII-O/02) (4 de junio de 2002), párr.1 (en que se reitera que la lucha contra el terrorismo debe librarse con el pleno respeto por la ley, los derechos humanos y las instituciones democráticas, para preservar el régimen de derecho, las libertades y los valores democráticos en el hemisferio).

como *lex specialis* aplicables.⁷³ Esta metodología es particularmente significativa en los casos en que se trata de situaciones de conflicto armado internacional, pues los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y otros instrumentos aplicables prescriben normas amplias y específicas en relación con muchas de las áreas analizadas en el presente informe y es preciso tenerlas debidamente en cuenta para interpretar y aplicar adecuadamente las disposiciones de los derechos humanos durante estos conflictos. De acuerdo con este criterio, la Comisión ha integrado a su análisis de los distintos derechos en consideración el examen de la manera en que las normas aplicables del derecho internacional humanitario pueden incidir en las obligaciones de los Estados al emprender iniciativas antiterroristas.

30. La Comisión quisiera expresar su agradecimiento por la generosa participación y aporte de los expertos, los Estados miembros y las organizaciones que contribuyeron con su tiempo y sus observaciones a este estudio.

II. MARCO LEGAL DEL ANÁLISIS DE LA COMISIÓN

31. Como se sugiere en la sección anterior, un examen completo y preciso de los compromisos de los Estados en materia de derechos humanos en el contexto de la violencia terrorista exige la consideración de las normas convencionales y consuetudinarias y los principios comunes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como el marco de instrumentos internacionales concebido concretamente con la finalidad de prevenir, suprimir y erradicar el terrorismo. En esta sección del informe se esboza un panorama general de los regímenes del derecho internacional, que a su vez ofrecerá la base para el examen de derechos específicos en el contexto del terrorismo, en la Parte III.

⁷³ Véase Caso 11.137, Informe N° 5/97, Abella (Argentina), Informe Anual de la CIDH 1997, párr. 161; Coard y otros (Estados Unidos), Caso 10.951, Informe N° 109/99, Informe Anual de la CIDH 1999, párrs. 37-42; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, "Otros Tratados" Sujetos a la Jurisdicción Consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 24 de setiembre de 1982, Ser. A. N° 1; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Ser. A N°10; Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, Ser. C N° 70, pág. 473, 557, párrs. 207-209. Véase análogamente, CIJ, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 8 de julio de 1996, *ICJ Reports* 1996, párr. 25 [en adelante, Opinión Consultiva de la CIJ sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares].

A. El derecho internacional contra el terrorismo

32. Como se sugirió en el capítulo anterior, la campaña de los Estados contra el terrorismo, ya de larga data, ha dado pie a la configuración de un conjunto de normas internacionales encaminadas, concretamente, a la prevención, supresión y erradicación de las distintas formas de violencia terrorista. Este sector de la reglamentación internacional es significativo por varias razones y brinda ejemplos de los recaudos tomados por los Estados para proteger a sus ciudadanos frente a los peligros del terrorismo. Como lo ha puesto de relieve la Comisión, los Estados miembros de la OEA están obligados a garantizar la seguridad de sus poblaciones,⁷⁴ que incluye las medidas necesarias para investigar, juzgar y castigar los actos terroristas.⁷⁵ Estas prescripciones también forman parte del marco internacional dentro del cual deben interpretarse y aplicarse las obligaciones de los Estados miembros.

33. El derecho internacional en materia de terrorismo ha asumido, en gran medida, la forma de tratados multilaterales. Los principales instrumentos antiterroristas son el Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes,⁷⁶ el Convenio para la Supresión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil⁷⁷ y el Convenio sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.⁷⁸ Esos y otros tratados contra la violencia terrorista han evolucionado para incluir varias disposiciones que se considera especialmente pertinentes para la lucha contra el terrorismo. Incluyen artículos que definen determinados actos terroristas como infracciones penales a los efectos de los tratados,⁷⁹ obligan a los Estados partes

⁷⁴ Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, p. 339; Caso Asencios Lindo y otros (Perú), nota 6 *supra*, párrafo 58.

⁷⁵ Informe Anual de la CIDH 1990-1991, nota 3 *supra*, Capítulo V, Parte II, página 513; Caso Neira Alegría, nota 6 *supra*, Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículos 1 y 2.

⁷⁶ Convenio Internacional de la ONU de 1979 sobre Rehenes, nota 33 *supra*.

⁷⁷ Convenio de Montreal, nota 34 *supra*.

⁷⁸ Convenio de la ONU sobre Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, nota 35 *supra*.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, la Convención de la ONU sobre Rehenes de 1979, nota 33 *supra*, cuyo artículo 1, inciso 1, estipula que “toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará “el rehén”) o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención”. Véase, en términos similares, el Convenio de Montreal, nota 34 *supra*, artículo 1; Convenio de la ONU sobre Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, nota 35 *supra*, artículo 2(1).

a declarar punibles esos delitos en el marco de su legislación nacional⁸⁰ y estipula que los Estados partes establecerán su jurisdicción sobre los delitos y los presuntos delincuentes en casos particulares y los procesarán o extraditarán.⁸¹ El conjunto de instrumentos contra el terrorismo también incluye disposiciones que requieren a los Estados partes su cooperación en la prevención de delitos terroristas y la asistencia jurídica mutua en los procesos penales relacionados con delitos terroristas,⁸² que los delitos terroristas se incluyan entre los delitos extraditables en todos los tratados de extradición entre Estados partes⁸³ y que obligan a los Estados partes a no considerar ciertos

⁸⁰ Véase, por ejemplo, Convenio de la ONU de 1979 sobre Rehenes, nota 33 *supra*, artículo 2, que estipula que “cada Estado Parte establecerá, para los delitos previstos en el artículo 1, penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos”; véase, en términos similares, el Convenio de Montreal, *supra* nota 34, artículo 3; Convenio de la ONU sobre Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, nota 35 *supra*, artículo 2(2).

⁸¹ Véase, por ejemplo, Convención de la ONU de 1979 sobre Rehenes, nota 33, *supra*, artículo 5, que estipula: “1) Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1 que se cometan: a) en su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado; b) por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso, ese Estado lo considera apropiado; c) con el fin de obligar a ese Estado a una acción u omisión, o d) respecto de un rehén que sea nacional de ese Estado, si éste último lo considera apropiado. (2) Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 1 en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no acceda a conceder su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo. (3) La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción criminal ejercida de conformidad con el derecho interno”; Artículo 6. Véase, igualmente, el Convenio de Montreal, nota 34 *supra*, artículos 5, 6 y 7; Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, nota 35 *supra*, artículos 3, 6 y 7.

⁸² Véase, por ejemplo, la Convención de la ONU de 1979 sobre Rehenes, nota 33 *supra*, artículo 4 que estipula: “Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1, en particular: a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de ellos, en particular medidas para prohibir en los mismos las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes; b) intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según proceda, para impedir que se cometan esos delitos”. artículo 11. Véase, igualmente el Convenio de Montreal, nota 34 *supra*, artículos 11 y 12. Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, nota 35, *supra*, artículos 4 y 10.

⁸³ Véase, por ejemplo, la Convención de la ONU de 1979 sobre Rehenes, nota 33, *supra*, artículo 10, que estipula: “1. Los delitos previstos en el artículo 1 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro. 2. Si un Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado recibe de otro Estado Parte, con el que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición con respecto a los delitos previstos en el artículo 1. La extradición
(Continúa...)

delitos terroristas como delitos políticos, delitos conexos con un delito político o delitos inspirados por motivos políticos, a los efectos de la extradición.⁸⁴ En este sentido, resulta notable que las disposiciones de este cuerpo jurídico que requieren que los Estados partes investiguen, enjuicien y castiguen los delitos terroristas, coinciden con la doctrina del derecho internacional en materia de derechos humanos, conforme a la cual los Estados están obligados a investigar los actos y castigar a los responsables, toda vez que se compruebe una violación de los derechos humanos.⁸⁵

34. Además de los tratados relativos a determinadas manifestaciones de terrorismo, la comunidad internacional ha emprendido la elaboración de tratados que encaren el terrorismo con un carácter más inclusivo. Esos esfuerzos han incluido las negociaciones en el ámbito de las Naciones Unidas con objeto de desarrollar una amplia convención internacional sobre terrorismo. Se ha encomendado su redacción al Comité Ad hoc sobre Terrorismo, de la Asamblea General⁸⁶ y a un grupo de trabajo de la Sexta

(...Continuación)

estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho del Estado al que se ha hecho la solicitud. 3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos previstos en el artículo 1 como casos de extradición entre ellos, con sujeción a las condiciones exigidas por el derecho del Estado al que se ha hecho la solicitud. 4. A los fines de la extradición entre Estados Partes se considerará que los delitos previstos en el artículo 1 se han cometido no sólo en el lugar donde ocurrieron sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5". Véase, igualmente el Convenio de Montreal, nota 34, *supra*, artículo 8. Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, nota 35, *supra*, artículo 8.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, la Convención Europea sobre Supresión del Terrorismo, nota 20 *supra*, que entró en vigor el 4 de agosto de 1978, cuyo artículo 1 que estipula: "Para los propósitos de extradición entre las Partes Contratantes, ninguno de los siguientes delitos podrán ser considerados como delitos políticos o como un delito conexo con un delito político o como un delito inspirado en motivos políticos: (a) un delito bajo el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; (b) un delito bajo el Convenio para la Supresión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; (c) un delito grave relacionado con el ataque contra la vida, integridad personal o la libertad de personas internacionalmente protegidas, incluyendo agentes diplomáticos; (d) un delito relacionado con secuestro, la toma de un rehén o una detención ilegal grave; (e) un delito que incluya el uso de explosivo, granada, cohete, arma automática o carta bomba si dicho uso implica peligro para las personas; (f) la tentativa de cometer uno de los delitos anteriores o participar como cómplice de una persona que comete o intenta cometer tal delito". (traducción por la Comisión); Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8, *supra*, artículo 11.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso El Amparo, Reparaciones (artículo 63(1) Convención Americana sobre Derechos Humanos, sentencia del 14 de septiembre de 1996, Serie C N° 28, párrafos 53-55 y 61.

⁸⁶ Véase Asamblea General de la ONU, Resolución 55/158, del 12 de diciembre de 2000.

Comisión de la Asamblea General.⁸⁷ Conforme a la versión más reciente del tratado que se encuentra disponible,⁸⁸ la Convención incluye artículos semejantes a los que figuran en los tratados más específicos analizados líneas arriba, por ejemplo, la investigación y enjuiciamiento o extradición de los presuntos delincuentes y la asistencia jurídica mutua entre los Estados en los procesos penales que involucren delitos terroristas. En un plano más controversial, el proyecto de convención apunta a establecer una definición más amplia del terrorismo, en torno a la cual hasta el presente no se ha logrado acuerdo entre los Estados.⁸⁹ La relación entre una convención amplia y los tratados más específicos también ha sido tema de un debate constante, en el cual algunos Estados sostienen que el tratado debe añadirse a los ya existentes y otros han aseverado que debe constituir una convención matriz.⁹⁰ Al redactarse este informe, el proyecto de convención seguía bajo la consideración del Comité *Ad hoc* de la Asamblea General y del grupo de trabajo de la Sexta Comisión.⁹¹

35. En el plano regional se han tratado de elaborar convenciones de vasto alcance relativas al terrorismo.⁹² Los Estados miembros, en sus

⁸⁷ Véase, por ejemplo, informes del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión de la Asamblea General de la ONU, UN Doc. A/AC.752/2002.CRP.1; A/AC.252/2002/CRP.1 Add.1.

⁸⁸ La versión aparentemente más reciente del proyecto de tratado aparece en el informe del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión del 29 de octubre de 2001 y contiene los artículos 3 a 17 bis, 20 a 27, 2 y 2 bis (Grupo de trabajo de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Medidas para eliminar el terrorismo internacional. Sexta Comisión, 56ª sesión, UN Doc. A/C.6/56/L.9) [en adelante Informe 2001 del Grupo de Trabajo], así como en el informe del Grupo de Trabajo de octubre de 2000, que contiene el preámbulo así como los artículos 1 y 18 (Grupo de trabajo de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Medidas para eliminar el terrorismo internacional. Sexta Comisión, 55ª sesión, UN Doc. A/C.6/55/L.2, 19 de octubre de 2000) [en adelante Informe 2000 del Grupo de Trabajo]. Una versión posterior del proyecto de convención se incluyó en el informe del Comité Ad Hoc de su reunión celebrada del 28 de enero al 1º de febrero de 2002, pero al redactarse este documento, dicho informe no se encontraba disponible. Véase el comunicado de prensa de la ONU L/2993 del 1 de febrero de 2002 sobre la sexta sesión, 26ª reunión del Comité Ad Hoc constituido por resolución 51/210 de la Asamblea General, citando el documento UN Doc. A/AC.252/2002/CRP.1 y Add. 1.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, Informe del Comité Ad Hoc constituido por resolución 51/510 de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1996, quinta sesión (12 a 23 de febrero de 2001) UN Doc. A/56/37, párrafos 5 a 22.

⁹⁰ Véase, por ejemplo, Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Medidas para eliminar el terrorismo internacional, Sexto Comité, 56ª sesión, UN Doc. A/C/56/L. 9 párrafos 4 a 9.

⁹¹ Véase comunicado de prensa de la ONU GA/L/3211, 57ª Asamblea General, Sexto Comité, 10ª reunión (4 de octubre de 2002).

⁹² Véase, por ejemplo, Convención Europea para la Supresión del Terrorismo, nota 20, *supra*, Convención de la OUA sobre la Prevención y el Combate contra el Terrorismo, nota 23 *supra*.

respuestas a la invitación de la Comisión para que presentaran información sobre este estudio, han destacado que esos esfuerzos incluyeron la Convención Interamericana contra el Terrorismo, que la Asamblea General de la OEA aprobó y abrió a la firma el 3 de junio de 2002, con la finalidad y propósito declarados de prevenir, castigar y eliminar el terrorismo.⁹³ Al redactarse este documento, la Convención había sido firmada por 32 Estados miembros, pero ninguno la había ratificado.⁹⁴ Muchas disposiciones de la Convención Interamericana contra el Terrorismo son similares a las de otros tratados contra el terrorismo e incluyen, por ejemplo, artículos que obligan a los Estados partes a prestar asistencia legal mutua, incluida la cooperación entre las autoridades encargadas de vigilar el cumplimiento de la ley, con respecto a la prevención, investigación y enjuiciamiento de los delitos a que se refiere el tratado.⁹⁵ Asimismo, declara inaplicable la excepción del delito político a los delitos previstos por el tratado y exige que los Estados miembros no concedan la condición de refugiado a persona contra la que haya indicios serios de haber cometido un delito o delitos de esa índole.⁹⁶ A diferencia de la Convención de la ONU contra el terrorismo, empero, el tratado de la OEA se abstiene de dar una definición pormenorizada del terrorismo y, en cambio, incluye los delitos definidos en diez tratados internacionales sobre terrorismo existentes a la fecha.⁹⁷ La Convención también comprende extensas disposiciones relativas a

⁹³ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8, *supra*, artículo 1 y Anexo II, que estipula: “La presente Convención tiene como objeto prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo. Para tal efecto, los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias y fortalecer la cooperación entre ellos, de acuerdo con lo establecido en esta Convención”.

⁹⁴ OEA, Secretaría de Asuntos Jurídicos, Departamento de Cooperación e Información Jurídica, Convención Interamericana contra el Terrorismo, firmas y ratificaciones, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-66.html> (enumera los siguientes signatarios de la Convención Interamericana contra el Terrorismo al 2 de octubre de 2002: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela).

⁹⁵ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8, *supra*, artículos 8 y 9.

⁹⁶ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8, *supra*, artículos 11 y 12.

⁹⁷ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8, *supra*, artículo 2 (1) que estipula: “1. Para los propósitos de esta Convención, se entiende por ‘delito’ aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación: a. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. b. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. c. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973. d. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979. e. Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de
(Continúa...)

la prevención, represión y erradicación del financiamiento del terrorismo requiriendo, por ejemplo, que los Estados partes establezcan “un amplio régimen interno normativo y de supervisión para los bancos, otras instituciones financieras y otras entidades consideradas particularmente susceptibles de ser utilizadas para financiar actividades terroristas”.⁹⁸ También prevé el embargo y decomiso de fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan como propósito financiar o hayan facilitado o financiado la comisión de cualquiera de los delitos establecidos en la Convención.⁹⁹ Como se dijo antes, de acuerdo con el artículo 15, las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.¹⁰⁰

36. Los elementos del derecho internacional sobre terrorismo descritos antes se considerarán en forma más detallada en el análisis sustantivo de los derechos y libertades en este informe. Empero, cabe señalar aquí que al momento de la interpretación y aplicación de ciertas disposiciones de los tratados debe prestarse atención especial a los derechos humanos fundamentales. Ello comprende, por ejemplo, las consecuencias para la libertad y la seguridad personales, el derecho al debido proceso y el principio de *nonrefoulement* para la aprehensión, detención y enjuiciamiento o extradición de los sospechosos de terrorismo, así como los efectos de la investigación, embargo y decomiso de bienes presuntamente usados con fines terroristas, sobre los derechos de propiedad y privacidad.

(...Continuación)

marzo de 1980. f. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988. g. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. h. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. i. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997. j. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999. 2. Al depositar su instrumento de ratificación a la presente Convención, el Estado que no sea parte de uno o más de los instrumentos internacionales enumerados en el párrafo 1 de este artículo podrá declarar que, en la aplicación de esta Convención a ese Estado Parte, ese instrumento no se considerará incluido en el referido párrafo. La declaración cesará en sus efectos cuando dicho instrumento entre en vigor para ese Estado Parte, el cual notificará al depositario de este hecho. 3. Cuando un Estado Parte deje de ser parte de uno de los instrumentos internacionales enumerados en el párrafo 1 de este artículo, podrá hacer una declaración con respecto a ese instrumento, tal como se dispone en el párrafo 2 de este artículo”.

⁹⁸ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8, *supra*, artículo 4.

⁹⁹ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8, *supra*, artículo 5.

¹⁰⁰ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8, *supra*, artículo 15.

B. Derecho internacional de los derechos humanos

37. Dentro del sistema interamericano, las obligaciones de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en materia de derechos humanos derivan de varias fuentes.

38. En virtud de su ratificación de la Carta de la OEA, todos los Estados miembros están obligados por las disposiciones sobre derechos humanos incorporadas a ese instrumento que los órganos políticos¹⁰¹ y de derechos humanos¹⁰² de la Organización han reconocido como contenido de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y definidos por ésta. También puede considerarse que aspectos significativos de la Declaración Americana reflejan normas del derecho internacional consuetudinario.¹⁰³ Por lo tanto, sobre estas bases convencionales y consuetudinarias, la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones jurídicas para todos los Estados miembros de la OEA, incluyendo en particular aquellos Estados que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰⁴

39. Los Estados miembros que han ratificado la Convención Americana explícitamente se comprometen en virtud de sus artículos 1(1) y 2 a respetar los derechos humanos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de sus derechos y libertades, sin discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, condición económica, nacimiento u otra condición social. También acuerdan adoptar, de acuerdo con sus procesos constitucionales y las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas y de otra índole que puedan ser necesarias para dar efecto a los derechos o libertades en los casos en que el ejercicio de

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, OEA AG Res. AG/RES. 314 (VII-0/77 del 22 de junio de 1977; OEA AG RES. AG/Res. 370 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978; OEA AG Res. AG/Res. 1829 (XXXI-0/01) de 5 de junio de 2001.

¹⁰² Véase Opinión Consultiva OC 10/89, nota 73, *supra*, párrs. 43-46; Caso 9647, Res. 3/87, James Terry Roach y Jay Pinkerton (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 1986-87, párrs. 46-49; Caso 12.067, Informe N° 48/01, Michael Edwards y otros (Bahamas), Informe Anual de la CIDH 2000, párr. 107.

¹⁰³ La Comisión ha considerado que no hay duda que los derechos básicos protegidos por la Declaración Americana, incluido el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho al debido proceso y a un juicio justo, han adquirido la condición de normas consuetudinarias del derecho internacional. Caso 12.379, Informe N° 19/02 (inadmisibilidad), Alfredo Lares Reyes y otros (Estados Unidos) (27 de febrero de 2002), Informe Anual de la CIDH 2001, párr. 46.

¹⁰⁴ Opinión Consultiva OC-10/89, nota 73 *supra*, párrs. 43-46.

esos derechos o libertades ya no estén garantizados por disposiciones legislativas o de otra índole.

40. Otros numerosos tratados han complementado y ampliado los derechos contenidos en estos dos instrumentos principales y constituyen obligaciones internacionales adicionales para los Estados miembros que han ratificado los instrumentos o adherido a sus términos. Estos acuerdos incluyen la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,¹⁰⁵ la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,¹⁰⁶ la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”),¹⁰⁷ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”).¹⁰⁸

41. La Comisión también observa que estos instrumentos deben ser interpretados y aplicados a la luz de varias normas y principios claramente establecidos que rigen las obligaciones jurídicas internacionales en general y las obligaciones de derechos humanos en particular, como se describe más adelante.

42. Al igual que con todas las obligaciones internacionales, las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos son superiores a toda obligación que pueda imponer su derecho interno y deben ser cumplidas de buena fe. En consecuencia, los Estados no pueden invocar su legislación interna contraria como excusa para el incumplimiento del derecho

¹⁰⁵ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, firmada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, en el décimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, [en adelante, Convención Interamericana sobre la Tortura], en DOCUMENTOS BÁSICOS nota 13, 83 *supra*. Ver Anexo II en el cual figuran los Estados miembros de la OEA que son parte de este instrumento.

¹⁰⁶ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994, en el vigesimocuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. [en adelante, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas], en DOCUMENTOS BÁSICOS nota 13, 93 *supra*. Ver Anexo II en el cual figuran los Estados miembros de la OEA que son parte de este instrumento.

¹⁰⁷ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, aprobada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigesimocuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, [en adelante, Convención Interamericana sobre violencia contra la Mujer], en DOCUMENTOS BÁSICOS nota 13, 101 *supra*. Ver Anexo II en el cual figuran los Estados miembros de la OEA que son parte de este instrumento.

¹⁰⁸ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el vigesimocuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, en DOCUMENTOS BÁSICOS nota 13, 65 *supra*.

internacional.¹⁰⁹ Asimismo, se reconoce ampliamente que los compromisos de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos se aplican en todo momento, sea en situaciones de paz o en situaciones de guerra. Este precepto deriva de la jurisprudencia de esta Comisión¹¹⁰ y de otras autoridades internacionales pertinentes,¹¹¹ así como de los propios instrumentos de derechos humanos.¹¹²

43. También se ha reconocido que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos difieren de sus otros compromisos internacionales porque se entiende que, a través de sus compromisos internacionales de derechos humanos, los Estados se someten al orden jurídico dentro del cual asumen diversas obligaciones, no en relación con otros Estados Partes, sino para con las personas bajo su jurisdicción. En consecuencia, los instrumentos de derechos humanos deben interpretarse a la luz de un objeto y propósito coherente con su carácter fundamental, a saber, la protección de los derechos básicos del ser humano, independientemente de su nacionalidad, tanto contra el Estado de su nacionalidad, como contra otros Estados contratantes.¹¹³

¹⁰⁹ Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 U.N.T.S. 331, artículo 27 [en adelante, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados]; véase también Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, Responsabilidad Internacional por la Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 de diciembre de 1994, Ser. A. N° 14, párr. 35 (donde se reconoce que "Según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia". Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), P.C.I.J., Serie B, N° 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzing (1932), P.C.I.J., Series A/B, N° 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), P.C.I.J., Series A/B, N° 46, pág. 167.]

¹¹⁰ Caso Abella, nota 73, *supra*, párr. 158. Véase también Caso Coard y otros, nota 73, *supra*; CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999 [en adelante, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999)].

¹¹¹ Véase, por ejemplo, Opinión Consultiva de la CIJ sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, nota 73, *supra*, artículo 25 (donde se confirma que la "protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, excepto por aplicación del artículo 4 del Pacto conforme al cual podrían quedar derogadas ciertas disposiciones en tiempo de emergencia nacional"). (Traducción por la Comisión).

¹¹² Véase, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 27 (que específicamente dispone circunstancias limitadas en que ciertas garantías de la Convención pueden ser suspendidas, incluidos los tiempos de guerra). Véase análogamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66, *supra*, artículo 4.

¹¹³ Véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC 2/82, El efecto de las Reservas al Entrar en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75), 24 de septiembre

(Continúa...)

44. En congruencia con esta noción, las obligaciones de los Estados en esta materia no dependen de la nacionalidad de la persona o de su presencia dentro de una zona geográfica determinada, sino que más bien se extienden a todas las personas sujetas a la autoridad y el control de ese Estado.¹¹⁴ Este precepto esencial a su vez está basado en la premisa fundamental de que las protecciones de los derechos humanos derivan de los atributos de la personalidad individual y en virtud del hecho de que se trata de un ser humano y no porque sea ciudadano de un Estado en particular. Este principio está implícitamente reconocido en los preámbulos de la Declaración Americana y de la Convención Americana¹¹⁵ y está también reconocido en otras disposiciones de estos instrumentos, incluyendo las que garantizan a todas las personas los derechos consagrados en tales instrumentos sin discriminación por razones de sexo, idioma, credo o cualquier otro factor, incluido el origen nacional o social,¹¹⁶ y el derecho a su reconocimiento como persona ante la ley.¹¹⁷

(...Continuación)

de 1982, Ser. A N° 2, párr. 29 (donde se recalca que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”).

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, Caso 9903, Informe N° 51/01, Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2000, párr. 178, donde se cita, entre otras, la Opinión Consultiva OC 2/82, nota 113 *supra*, párr. 29; Informe N° 38/99, Caso Saldaño (Argentina), Informe Anual de la CIDH 1998, párrs. 15-20; Caso Coard y otros, nota 73, *supra*, párr. 37, donde se cita, entre otros, el Informe de la CIDH sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, 1985 [en adelante, CIDH, Informe sobre Chile 1985], Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Suriname, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 21, rev. 1, 1985]. Véase, análogamente, Comisión Europea de Derechos Humanos, Chipre c. Turquía, 18 Y.B. Eur. Conv. Hum. Rgts. 83 (1975), 118; Corte Europea de Derechos Humanos, Loizidou c. Turquía, Objeciones Preliminares, 23 de marzo de 1985, Serie A N° 310, párrs. 59-64 [en adelante, Objeciones Preliminares en Loizidou].

¹¹⁵ Véase Declaración Americana, nota 63 *supra*, Preámbulo “En repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”; Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, Preámbulo “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”.

¹¹⁶ Carta de la Organización de los Estados Americanos, [en adelante Carta de la OEA], en DOCUMENTOS BÁSICOS, nota 63, 193, *supra*, artículo 3(I); Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo II; Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, *supra*, artículos 1(1), 24.

¹¹⁷ Declaración Americana, nota 63, *supra*, artículo XVII, Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 3.

45. Al interpretar y aplicar las disposiciones de los instrumentos interamericanos de derechos humanos es apropiado y necesario tener en cuenta las obligaciones de los Estados miembros en virtud de otros tratados de derechos humanos y del derecho humanitario, que en su conjunto crean un régimen interrelacionado y que se refuerza mutuamente de protecciones de los derechos humanos. Estos tratados incluyen, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹¹⁸ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹¹⁹ la Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados¹²⁰ y su Protocolo Adicional,¹²¹ la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño,¹²² la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,¹²³ la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,¹²⁴ y los Convenios de Ginebra de 1949¹²⁵ y sus Protocolos Adicionales de 1977.¹²⁶ De acuerdo con este régimen interconectado de obligaciones contractuales, no puede usarse un instrumento como base para negar o limitar otros derechos humanos favorables o de mayor alcance de que puedan gozar las personas en virtud del derecho o la práctica

¹¹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, nota 65 *supra*.

¹¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*.

¹²⁰ Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951, 189 U.N.T.S. 150 [en adelante, Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados]. En el Anexo II figuran los Estados miembros de la OEA que son partes de este instrumento.

¹²¹ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 31 de enero de 1951, 606 U.N.T.S. 267 [en adelante, Protocolo de la ONU sobre el Estatuto de Refugiados]. En el Anexo II figuran los Estados miembros de la OEA que son partes de este instrumento.

¹²² Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Resolución de la A.G. 44/25, Anexo 44, ONU GAOR Supp. (N° 49), 167, ONU Doc. A/44/49 (1989) [en adelante, Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño]. En el Anexo II figuran los Estados miembros de la OEA que son partes de este instrumento.

¹²³ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965, 660 U.N.T.S. 195 [en adelante, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial]. En el Anexo II figuran los Estados miembros de la OEA que son partes de este instrumentos.

¹²⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963, 596 U.N.T.S. 261 [en adelante, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares]. En el Anexo II figuran los Estados miembros de la OEA que son partes de este instrumento.

¹²⁵ Primer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*; Segundo Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*; Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36, *supra*.

¹²⁶ Primer Protocolo Adicional, nota 68, *supra*; Segundo Protocolo Adicional, nota 36, *supra*.

internacional o nacional.¹²⁷ En el Anexo II al presente informe se ha incluido un gráfico en el que se establecen los Estados miembros que actualmente han firmado,¹²⁸ ratificado o adherido a cada uno de los instrumentos mencionados.

46. Además, estos tratados, junto con los instrumentos y la jurisprudencia de otros sistemas internacionales de derechos humanos, son reflejo y parte de la evolución del cuerpo del derecho internacional de los derechos humanos en términos más amplios que aquellos que se tienen debidamente en cuenta en la evaluación de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en el sistema interamericano. Como lo ha dictaminado la Corte Interamericana, las disposiciones de los instrumentos interamericanos deben ser interpretadas en el contexto de la evolución en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, dado que estos instrumentos fueron elaborados con la debida consideración de otras normas pertinentes del derecho internacional aplicable a los Estados miembros.¹²⁹ Esta evolución puede a su vez derivarse de las disposiciones de otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos imperantes, informados por los principios y normas consuetudinarias pertinentes del derecho

¹²⁷ Véase, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, *supra*, artículo 29(b) ("Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados."); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66, *supra*, artículo 5(2) ("No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado"); Primer Protocolo Adicional, nota 68, *supra*, artículo 75(8) ("Ninguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional"). Véase, en general, Buergenthal, *To Ensure and Respect*, 1981, nota 69 *supra*, 89-90.

¹²⁸ Con respecto a los Estados miembros que han firmado pero aún no han ratificado ciertos instrumentos, el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, nota 109, *supra*, dispone que un "Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

- a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado.

¹²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, El Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso Legal, 1º de octubre de 1999, Ser. A. N° 16, párr. 114, donde se cita, entre otras, las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Tyrer c. Reino Unido*, Sentencia del 25 de abril de 1978, Ser. A. N° 26, págs. 15-16, párr. 31; *Marckx c. Bélgica*, Sentencia del 13 de junio de 1979, Ser. A. N° 31, pág. 19, párr. 41, y *Objeciones Preliminares en Loizidou*, nota 114, *supra*, párr.71.

internacional.¹³⁰

47. También es pertinente observar que el contexto de derechos humanos establecido por los Estados miembros de la OEA habla en general de las obligaciones y responsabilidades de los Estados,¹³¹ que están obligados a abstenerse de apoyar, tolerar o aceptar o de alguna otra manera admitir los actos u omisiones que no se conformen con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos.¹³² De acuerdo con esta premisa, el mandato de la Comisión es el de promover la observancia y protección de los derechos humanos por parte de los Estados y de sus agentes y no por parte de actores no estatales.¹³³

48. Sin embargo, esto no significa que el comportamiento de actores que no sean Estados, incluyendo los terroristas y grupos terroristas, no tenga relevancia para la evaluación de las obligaciones de los Estados en

¹³⁰ Ibid. Véase también el Caso 12.243, Informe N° 52/01, Juan Raúl Garza (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2000, párrs. 88-89; Opinión Consultiva OC-1/82, nota 73, *supra*; Opinión Consultiva OC-10/89, nota 73, *supra*, párr. 37; Corte IDH, Caso Villagrán Morales, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C. N° 63, párrs. 178-198 (donde se hace referencia a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, nota 122, *supra*. Véase, análogamente, CIJ, Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Presencia Continuada de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental) pese a la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, de 21 de junio de 1971, CIJ, Informes de 1971, pág. 16 ad 31, donde se declara que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”). (Traducción por la Comisión).

¹³¹ Véase la Carta de la OEA, nota 116, *supra*, artículo 106 (“Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”); Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, *supra*, artículo 41 (“La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos.”); Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nota 13, *supra*, artículos 18-20.

¹³² Está bien establecido que, a diferencia del derecho penal interno, no es necesario determinar la culpabilidad o intención de los perpetradores para establecer que se han violado las obligaciones de un Estado en materia de derechos humanos ni es esencial identificar individualmente a los agentes a quienes se atribuyen dichos actos de violación. Como lo reconoció la Corte Interamericana, “Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando éste no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso sancionar a los autores de las propias violaciones”: Véase Corte IDH, Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia de 18 de marzo de 1998, Serie C, N° 37, párr. 91. Véase análogamente Caso 11.654, Informe N° 62/01, Masacre de Riofrío (Colombia), Informe Anual de la CIDH 2000, párrs. 48-52.

¹³³ Véase Carta de la OEA, nota 116, *supra*, artículo 106; Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nota 13, *supra*, artículos 18-20; Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110, *supra*, Capítulo IV, párrs. 2, 3.

materia de la protección de los derechos humanos en el continente. A lo largo de su historia, la Comisión, por ejemplo, ha referenciado las atrocidades cometidas por grupos armados disidentes en sus comunicados de prensa, en sus comunicaciones con los gobiernos y en sus informes sobre la situación de derechos humanos en varios Estados miembros de la OEA.¹³⁴ La Comisión ha considerado que la violencia de esta naturaleza es un componente pertinente del ambiente en que debe evaluarse el cumplimiento de las normas de derechos humanos en general por parte de los Estados y como una justificación que potencialmente podrían invocar los Estados como fundamento para suspender transitoriamente el ejercicio de ciertos derechos.¹³⁵

49. Esto a su vez plantea la cuestión de la derogación de derechos protegidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos. Como se indicó, la protección de los derechos humanos fundamentales de las personas se aplica en todo momento, en situaciones de paz, durante emergencias y en tiempos de guerra.¹³⁶ No obstante, la Convención Americana, al igual que otros instrumentos internacionales de derechos humanos,¹³⁷ permite que los Estados adopten medidas que derogan ciertas protecciones convencionales bajo situaciones de emergencia declaradas con criterio estricto y restringido. El artículo 27 de la Convención dispone a este respecto lo siguiente:

Artículo 27

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión

¹³⁴ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110, *supra*, Capítulo 4, párr. 6. Véase, análogamente, CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., 247. [en adelante Informe sobre Colombia (1993)].

¹³⁵ Informe Anual de la CIDH 1990-91, nota 3, *supra*, Capítulo V, 504 y siguientes.

¹³⁶ Caso Abella, nota 73, *supra*, párr. 158. Véase también Coard y otros, nota 73, *supra*, párrs. 37-42; Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110, *supra*.

¹³⁷ Véase, por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66, *supra*, artículo 4; artículo 15 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, (ETS N°5), 213 U.N.T.S. 222, que entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953, y enmendada por los Protocolos Nos. 3, 5, 8 y 11 [en adelante, la Convención Europea sobre Derechos Humanos], artículo 15.

de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.¹³⁸

50. Si bien la Declaración Americana no prevé explícitamente la posibilidad de restringir o suspender los derechos en ella protegidos, la Comisión ha considerado que los criterios de derogación derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran las deliberaciones continentales sobre la cuestión y son debidamente consideradas y aplicadas en el contexto de la Declaración.¹³⁹

¹³⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 27. Para una descripción de los *travaux préparatoires* del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, véase THE INTER-AMERICAN SYSTEM (T. Buergenthal y R. Norris, eds., 1984), Vol. 1, Booklet 12, pág. 135, Actas del 14º período de sesiones de la Conferencia de San José, 17 de noviembre de 1969.

¹³⁹ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay (1987), OEA/Ser.LV/II.71 Doc. 19 rev. 1 (28 de septiembre de 1987), 15-16 [en adelante, Informe de la CIDH sobre Paraguay (1987)]; CIDH, Informe sobre Argentina (1980), nota 27, *supra*, 26. Ya en 1968, la Comisión estipuló que las normas de derogación equivalentes a las consagradas en el artículo 27 d la Convención Americana sobre Derechos Humanos se aplicaban a las obligaciones de los Estados miembros en materia de derechos humanos conforme estaban entonces consagradas en la Carta de la OEA y en la Declaración Americana. Véase la resolución aprobada en el curso del 18º período de sesiones de la CIDH (abril de 1968), OEA/Ser.LV/II. 19 Doc. 32, reproducidas en el ANUARIO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 1968, 60 (donde se declara que: "la suspensión de las garantías constitucionales o estado de sitio sólo es compatible con el régimen de gobierno democrático representativo si la misma es adoptada en las siguientes condiciones: a. Decretada oficialmente según el procedimiento establecido en la respectiva Constitución; b. Establecida en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación y con efectos limitados a la vigencia de la misma; c. Adoptada en caso de guerra u otra emergencia pública grave que pongan en peligro la vida de la Nación o la seguridad del Estado; d. No entrañe discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; e. No suponga suspensión alguna del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad de la persona, derecho de protección contra la detención arbitraria, derecho a proceso regular y derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión; f No suponga la restricción de la vigencia del Estado de Derecho ni de las normas constitucionales, ni la alteración de las competencias de los Poderes del Estado o el funcionamiento de los medios de contralor".

51. De acuerdo con la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos, la capacidad de los Estados para adoptar medidas que deroguen estas protecciones de los instrumentos de derechos humanos a los que están obligados está estrictamente regida por varias condiciones que, a su vez, están reguladas por los principios generalmente reconocidos de la proporcionalidad, la necesidad y no discriminación:¹⁴⁰

- para que pueda considerarse que hay una emergencia que justifica la suspensión de derechos, debe existir en el país una situación de extrema gravedad y de tal naturaleza que exista una amenaza real para la ley y el orden o la seguridad del Estado, como guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte.¹⁴¹
- la suspensión sólo puede imponerse por el plazo estrictamente requerido por las exigencias de la situación y no puede proclamarse por períodos indefinidos o prolongados¹⁴²
- la suspensión sólo puede ser efectuada en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito se refiere a la prohibición de suspender innecesariamente ciertos derechos, imponer restricciones mayores a las necesarias y extender innecesariamente la suspensión a áreas no afectadas por la emergencia.¹⁴³
- la suspensión de derechos no puede comportar discriminación de tipo alguno fundada en razones tales como la raza, el color, el sexo, el idio, la religión o el origen social.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Véase, el Caso Neira Alegría, nota 6, *supra*, párrs. 74-76; Caso 11.010, Informe N° 15/95, Hildegard María Feldman (Colombia), Informe Anual de la CIDH 1995, 57.

¹⁴¹ Informe Anual de la CIDH 1980-81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc.9 rev.1, 16 de octubre de 1981, pág. 115 [en adelante, Informe Anual de la CIDH 1980-81]; Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, capítulo II, párr. 70; Caso Asencios Lindo y otros, nota 6, *supra*, párr.67. Véase análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General N° 29 sobre la suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción, (artículo 4 ICGPR), Doc. ONU CCPR/C/21 Rev. 1/Add.11 (31 de agosto de 2001) [en adelante Observación General N° 29, párr. 3].

¹⁴² Informe Anual de la CIDH 1980-81, nota 141 *supra*, p.115; Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27, *supra*; Caso Asencios Lindo y otros, nota 6, *supra*, párr. 68. Ver asimismo Observación General N° 29, note 141, parr. 4.

¹⁴³ Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, Capítulo II, párr. 70; Caso Asencios Lindo y otros, nota 6, *supra*, párr. 69.

¹⁴⁴ Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27, *supra*, Capítulo II, párr. 70; Caso Asencios Lindo y otros, nota 6, *supra*, párr. 70. Ver asimismo Observación General N° 29, nota 141, párr. 8.

- la suspensión debe ser compatible con todas las demás obligaciones que el derecho internacional impone al Estado.¹⁴⁵
- la declaración del estado de emergencia por el Estado debe ser notificada a los Estados Miembros de la OEA con información suficiente para que puedan determinar la naturaleza de la emergencia, si las medidas son estrictamente necesarias debido a las exigencias de la situación, y si pueden ser discriminatorias o incongruentes con las demás obligaciones que el derecho internacional impone al Estado.¹⁴⁶

52. Sin embargo, es preciso considerar que ciertos derechos nunca pueden ser objeto de derogación. Las implicaciones de esta restricción en el contexto de los derechos particulares serán exploradas con más detalle en la Parte III del presente informe. Sin embargo, a esta altura corresponde señalar que en el artículo 27(2) de la Convención Americana se enumeran todos los derechos inderogables, a saber: el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de no retroactividad de las leyes, la libertad de conciencia y religión, la protección de la familia, el derecho a un nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y el derecho a participar en el gobierno. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los derechos no derogables dentro del sistema interamericano incluyen también el régimen de derecho y el principio de legalidad y, en consecuencia, las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos que no son derogables, incluyendo en particular el recurso de *habeas corpus* y el recurso de amparo.¹⁴⁷ Los derechos derogables, por otro lado, incluyen el derecho a la privacidad, el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión, el derecho a la libertad de asociación, el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de movimiento y residencia, así como los aspectos derogables del derecho a la libertad personal y el derecho a un juicio justo, según se examinarán más adelante con mayor detalle.

53. Adicionalmente a las normas que rigen la derogación de los

¹⁴⁵ Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27, *supra*, Capítulo II, párr. 70; Caso Asencios Lindo y otros, nota 6, *supra*, párr. 71.

¹⁴⁶ Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27, *supra*, Capítulo II, párr. 70; Caso Asencios Lindo y otros, nota 6, *supra*, párr. 72. Ver asimismo Buergethal, *To Respect and Ensure*, nota 69, 85.

¹⁴⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, *Habeas Corpus en Situaciones de Emergencia*, 30 de enero de 1987, Ser. A N° 8, párrs. 21-27; Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27, *supra*, párrs. 71-73.

derechos, es evidente que ciertos derechos protegidos por los instrumentos interamericanos de derechos humanos pueden legítimamente ser objeto de ciertas restricciones específicamente dispuestas en las disposiciones mismas que protegen dichos derechos. Estas restricciones, generalmente descritas como las que, conforme a la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública y la salud pública, se encuentran en las disposiciones de la Convención Americana que rigen el derecho a la libertad de conciencia y religión,¹⁴⁸ el derecho a la libertad de pensamiento y expresión,¹⁴⁹ y el derecho a la libertad de asociación.¹⁵⁰ Si bien estas disposiciones restrictivas son diferentes en varios aspectos fundamentales de las cláusulas sobre derogación,¹⁵¹ son, al igual que las disposiciones sobre derogación de protecciones, regidas por requisitos específicos que están sujetos a la revisión estricta y rigurosa de los órganos supervisores del sistema interamericano.¹⁵² También tienen que ser interpretadas a la luz de los términos generales del artículo 30 de la Convención Americana y de las estipulaciones correspondientes establecidas en el artículo XXVIII de la Declaración

¹⁴⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, *supra*, artículo 12(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”.

¹⁴⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, *supra*, artículo 13(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”.

¹⁵⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, *supra*, artículo 16(2), “El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

¹⁵¹ Jaime Oraá identifica tres distinciones fundamentales en el funcionamiento de las cláusulas de derogación y de las cláusulas limitativas: las cláusulas limitativas autorizan restricciones sobre la base de “situaciones normales” o de tiempos de paz, en tanto las cláusulas de derogación operan en situaciones excepcionales; las cláusulas limitativas sólo afectan derechos específicos, en tanto las cláusulas de derogación podrían afectar todos los derechos amparados en un tratado, con excepción de aquellos considerados no derogables, y la aplicación de las cláusulas limitativas no requiere ninguna declaración especial del Estado, en tanto las cláusulas de derogación exigen la notificación a todos los demás Estados Partes del tratado de la proclamación de la emergencia, de las disposiciones derogadas y de las razones para ello. Jaime Oraá, *Derechos Humanos en Estados de Emergencia*, en *Derecho Internacional*, 9-10 (1992).

¹⁵² Véase, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985, Ser. A. N° 5, [en adelante Opinión Consultiva OC-5/85], párrs. 36, 37; Caso 10.506, Informe N° 38/96, X & Y (Argentina), Informe Anual de la CIDH 1996, párrs. 54-71.

Americana,¹⁵³ según el cual “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

54. De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, para determinar la legitimidad de las restricciones de esta naturaleza y, por ende, determinar si dichas disposiciones han sido violadas, es necesario decidir caso por caso si los términos específicos de las restricciones o limitaciones han sido respetados.¹⁵⁴ Estas normas establecen a la vez requisitos procesales y sustantivos para la adecuada imposición de restricciones o limitaciones a determinados derechos humanos.¹⁵⁵ Los requisitos procesales establecen que toda medida que afecte a los derechos debe estar prescrita por ley aprobada por el parlamento y en cumplimiento del ordenamiento jurídico interno y que no puede estar sujeta a la discreción de un gobierno o de sus funcionarios.¹⁵⁶

55. Los requisitos sustantivos disponen que toda restricción debe efectuarse en aras de la seguridad de todos y de acuerdo con las exigencias justas de una sociedad democrática, y que su aplicación debe ser proporcionada y adecuada con precisión al objetivo legítimo que la determina.¹⁵⁷ La Corte Interamericana ha sugerido a este respecto que el orden público y el bienestar general pueden debidamente ser considerados al evaluar las limitaciones a los derechos de la naturaleza señalada. El orden público,¹⁵⁸ a su vez, se refiere a

¹⁵³ El artículo XXVIII de la Declaración Americana nota 63, *supra*, dispone: “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

¹⁵⁴ Véase, por ejemplo, Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152, *supra*, párr. 36.

¹⁵⁵ Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 30 (“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”); Declaración Americana, nota 63, *supra*, artículo XXVIII. Véase también Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152, *supra*, párr. 37.

¹⁵⁶ Caso X & Y, nota 152, *supra*, párrs. 61, 62.

¹⁵⁷ Caso X & Y, nota 152, *supra*, párr. 71.

¹⁵⁸ Como lo han reconocido los redactores de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y también lo han observado algunos autores, la expresión “orden público” es un término tomado de sistemas jurídicos nacionales, que debe interpretarse conforme al trato dispensado al término en esos sistemas. Esto incluye su interpretación conjuntamente con el concepto francés de *ordre public* que, en un sentido amplio, admite la imposición de limitaciones a determinados derechos humanos cuando éstas son necesarias para asegurar un nivel mínimo de bienestar público y organización social. Véase, por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota

(Continúa...)

las condiciones que garantizan el funcionamiento normal y armónico de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, en tanto el concepto de bienestar general dentro del marco de la Convención Americana se refiere a las condiciones de la vida social que permiten a los miembros de la sociedad llegar a los más altos niveles de desarrollo personal y al logro óptimo de los valores democráticos.¹⁵⁹ Cuando se invocan estos conceptos como fundamentos para limitar los derechos humanos, sin embargo, los mismos deben estar sujetos a una interpretación estrictamente limitada a las exigencias justas de la sociedad democrática, teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar intereses encontrados y la necesidad de preservar el objeto y propósito de la Convención.¹⁶⁰

56. Como se detallará en el resto del presente informe, resulta claro que las protecciones de los derechos humanos del sistema interamericano son pertinentes a las iniciativas de los Estados miembros para responder al terrorismo en varios aspectos: constituyen obligaciones jurídicas internacionales que son obligatorias para los Estados miembros en todo momento, sea en tiempos de guerra o emergencia o en tiempos de paz; algunas situaciones de terrorismo podrían presumiblemente presentar condiciones en las cuales los Estados miembros podrían legítimamente restringir o derogar ciertos derechos; y ciertos derechos, incluido el derecho a la vida, el derecho a un trato humano y los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo, nunca pueden ser legítimamente objeto de restricción o derogación, en circunstancia alguna. Como ya se especificó, esta última restricción deriva de los términos explícitos de los instrumentos de derechos humanos aplicables así como de la interrelación que se refuerza mutuamente entre las distintas obligaciones que imponen los instrumentos internos e internacionales de derechos humanos, conforme a las cuales las restricciones y derogaciones autorizadas en virtud de un instrumento o ley no pueden ser utilizadas para legalizar o justificar restricciones o derogaciones por lo demás inadmisibles de

(...Continuación)

66, *supra*, artículo 12(3), donde se estipula que los derechos a la libertad de movimiento y de elección de residencia 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 Pacto. Véase, también, M.J.Bossuyt, *GUIDE TO THE "TRAVAUX PRÉPARATOIRES" OF THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS*, 258 (1987) citando el informe del tercer comité de la Asamblea General, 14a. sesión (1959) UN Doc. A/4299, § 15; Alexandre Charles Kiss *Permissible Limitations on Rights*, en *THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS – THE COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS* 290, 299-301 (Louis Henkin, ed. 1981). [en adelante Kiss, *Permissible Limitations on Rights*].

¹⁵⁹ Véase, por ejemplo, Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párrs. 64-66.

¹⁶⁰ Véase, por ejemplo, Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 67.

los derechos humanos, en virtud de otro instrumento o ley.¹⁶¹

C. Derecho internacional humanitario

57. En la medida en que los actos terroristas o antiterroristas pueden precipitar o inscribirse en el uso de la fuerza armada entre los Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado, según se describe más adelante en detalle, ello puede implicar la posible aplicación de normas del derecho internacional humanitario para evaluar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Esta sección ofrece una introducción al derecho humanitario, su ámbito de aplicación y sus normas básicas existentes a la fecha. Sin embargo, como se observa en la introducción del presente informe, no puede descartarse que nuevas manifestaciones de violencia terrorista, como las acaecidas en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, puedan dar lugar a una futura evolución del derecho internacional humanitario.

58. El derecho internacional humanitario es una rama del derecho internacional que se aplica en situaciones de conflicto armado y que, principalmente regula y restringe la conducción de la guerra o el uso de la violencia a efectos de disminuir sus efectos en las víctimas de las hostilidades. Las víctimas de conflictos armados que son objeto de esta protección incluyen a los civiles, los prisioneros de guerra y todo otro miembro de las fuerzas armadas que se encuentre fuera de combate (*hors de combat*) por enfermedad, heridas, detención o cualquier otra situación y que han caído en manos de la parte adversaria.¹⁶²

59. El derecho internacional humanitario es aplicable durante los conflictos armados, es decir, toda vez que se recurra a la fuerza armada entre los Estados, a los enfrentamientos armados de baja intensidad entre autoridades estatales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 29(b); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66, *supra*, artículo 5(2); Primer Protocolo Adicional, nota 68, *supra*, artículo 75(8) (“Ninguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional”). Ver análogamente, Observación General N° 29, nota 141, *supra*, par. 9. Ver en general, Buergethal, *To Respect and Ensure*, nota 69, *supra*, 90.

¹⁶² Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, pág. 74, párr. 10. Véase también, M. Sassoli & A. Bouvier, *HOW DOES LAW PROTECT IN WAR*, (CICR, 1999), pág. 67 [en adelante, Sassoli & Bouvier].

Estado.¹⁶³ A este respecto, los conflictos armados pueden ser de carácter internacional o no internacional, lo que, a su vez, incide en las normas internacionales específicas que se aplican al conflicto. En particular, como se demostrará a lo largo de este informe, las situaciones de conflicto armado internacional ponen en funcionamiento un amplio régimen de normas y reglamentos especializados en el marco de los Convenios de Ginebra de 1949 y otros instrumentos afines que inciden en la manera como el derecho internacional de los derechos humanos puede aplicarse a las víctimas de dichos conflictos, incluidos los prisioneros de guerra, los combatientes no privilegiados y los civiles. Por su parte, los conflictos armados internos deben también distinguirse de las situaciones de tensiones y disturbios internos, como las manifestaciones sin un plan concertado desde el principio o los actos de violencia esporádicos y aislados¹⁶⁴ que actualmente no están regidos por el derecho internacional humanitario sino que están cubiertos por los instrumentos universales y regionales de derechos humanos.¹⁶⁵ En todos los casos, la determinación de la existencia y la naturaleza de un conflicto armado es objetiva, con base en la naturaleza y el grado de las hostilidades,

independientemente del propósito o la motivación que subyace en el conflicto¹⁶⁶ o de la calificación de las partes en el conflicto.¹⁶⁷

¹⁶³ Caso Abella, nota 73, *supra*, párr. 152. Véase análogamente *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v. Duski Tadic, IT-94'1, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 70 [en adelante, Decisión de Tadic AC sobre Jurisdicción].

¹⁶⁴ Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Protection and Assistance Activities in Situations Not Covered by International Humanitarian Law*, 262, INT'L REV. RED CROSS 9, 13 (1988).

¹⁶⁵ Véase Hans-Peter Gasser, *A Measures of Humanity in Internal Disturbances and Tensions: Proposal for a Code of Conduct*, 262, INT' REV. RED CROSS 38, 42 (1988). Véase también Declaración de Turku Abo (2 de diciembre de 1990) (donde se declaran las normas humanitarias mínimas aplicables a todas las situaciones, incluida la violencia, disturbios, tensiones y emergencias públicas internas, y que no pueden ser derogadas en circunstancia alguna).

¹⁶⁶ Véase el Caso Abella, nota 73, *supra*, párr. 153. Una excepción estrecha a esta regla está consagrada en el artículo 1(4) del Primer Protocolo Adicional, el cual incorpora dentro de los tipos de conflicto gobernados por el Protocolo "los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en le ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación". Ver Primer Protocolo Adicional, nota 68, artículo 1(4).

¹⁶⁷ Véase el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra, notas 36, 67 *supra*.

60. Temporal y geográficamente, el derecho internacional humanitario se aplica “desde el inicio de estos conflictos armados y se extiende más allá de la cesación de las hostilidades, hasta la concertación general de la paz; o, en el caso de los conflictos internos, hasta que se logre una solución pacífica. Hasta ese momento, el derecho internacional humanitario sigue aplicándose en todo el territorio de los Estados en conflictos o, en el caso de conflictos internos, en todo el territorio bajo el control de una parte, se produzcan en él o no combates efectivos”.¹⁶⁸

61. En situaciones de conflicto armado se aplica el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.¹⁶⁹ Sin embargo, la Convención Americana y otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos no fueron diseñados específicamente para regular las situaciones de conflicto armado y no contienen normas específicas que rijan el uso de la fuerza y los medios y métodos de guerra en ese contexto. En consecuencia, en situaciones de conflicto armado, el derecho internacional humanitario puede servir como *lex specialis* para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁷⁰ Por ejemplo, tanto el artículo 4 de la Convención Americana como el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados protegen el derecho a la vida y, por tanto, prohíben las ejecuciones sumarias en todas las circunstancias. Sin embargo, la referencia al artículo 4 de la Convención únicamente podría no bastar para determinar si en situaciones de conflictos armados se ha violado el derecho a la vida. Ello se debe en parte a que la Convención no incluye normas que definan o distingan a los civiles de los combatientes y de otros blancos militares. Tampoco especifica la Convención las circunstancias en las que no es ilegal, en el contexto de un conflicto armado, atacar a un combatiente o civil ni cuándo las bajas civiles como consecuencia de operativos militares no implican una violación del derecho internacional. En consecuencia, en tales circunstancias, es imprescindible examinar y aplicar los estándares definitorios y las normas relevantes del derecho internacional humanitario como fuente de orientación autorizada para evaluar el respeto de los instrumentos

¹⁶⁸ Decisión de Tadic AC sobre Jurisdicción, nota 163 *supra*, párr. 70. (Traducción por la Comisión). Véase también Informe sobre Colombia (1999), nota 110, *supra*, Capítulo IV, pág. 95, párr. 83.

¹⁶⁹ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo IV, pág. 74, párr. 9. Caso Abella, nota 73, *supra*, párr. 158.

¹⁷⁰ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo IV, pág. 74, párrs. 10-11. Véase también el Caso Abella, nota 73, *supra*, párrs. 158-159. Véase también el Caso 11.142, Informe N° 26/97, Arturo Ribón Avilan (Colombia), Informe Anual de la CIDH (1997), párr. 171.

interamericanos en situaciones de combate.¹⁷¹

62. Por lo tanto, es pertinente y, en realidad, imperativo, que la Comisión considere todas las normas internacionales pertinentes, incluyendo las del derecho internacional humanitario, al interpretar los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que es responsable.¹⁷² El derecho internacional humanitario también es pertinente para la interpretación y aplicación por parte de la Comisión de la protección de los derechos humanos en la medida en que, como se señaló antes, las obligaciones convencionales de los Estados en estos regímenes del derecho internacional prescriben normas o protecciones que se interrelacionan y se refuerzan mutuamente.¹⁷³

63. Las principales fuentes del derecho internacional humanitario son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949,¹⁷⁴ sus Protocolos Adicionales

I¹⁷⁵ y II¹⁷⁶ de 1977, las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907¹⁷⁷ y las normas consuetudinarias de la guerra. La mayor parte de las disposiciones de las Convenciones de La Haya,¹⁷⁸ los Convenios de Ginebra de 1949¹⁷⁹ y el

¹⁷¹ Véase, entre otros, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo IV, pág. 75, párr. 12. Véase también el Caso Abella, nota 73, *supra*, párr. 161.

¹⁷² Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*. Véase también Opinión Consultiva OC-16/99, nota 129 *supra*, párr. 36 y siguientes.

¹⁷³ Véase la sección II(B), sobre el Derecho Internacional Humanitario, párr. 45. Véase también los artículos 27(1) y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, *supra*, y el artículo 75(8) del Primer Protocolo Adicional, nota 68, *supra*. Véase también la Opinión Consultiva OC-1/82, nota 73, *supra*. Véase también, en general, la Opinión Consultiva OC-16/99, nota 129, *supra*, párrs. 29 y siguientes. Caso Villagrán Morales, nota 130, *supra*, párrs. 178-198, donde se hace referencia a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, nota 122, *supra*.

¹⁷⁴ Primer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*; Segundo Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*; Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36, *supra*.

¹⁷⁵ Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*.

¹⁷⁶ Protocolo Adicional II, nota 36, *supra*.

¹⁷⁷ En particular, la Convención N° IV del 18 de octubre de 1907, Relativa a la Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre [en adelante, la Convención de La Haya de 1907 y su Anexo], en James Brown Scott, Las Convenciones de La Haya, (Oxford University Press, 1916).

¹⁷⁸ Convención N° I del 29 de julio de 1899, para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales; Convención N° II del 29 de julio de 1899, Relativa a la Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre; Convención No. III del 29 de julio de 1899, para la Adaptación de los Principios de la Convención de Ginebra a la Guerra Marítima; Declaración No. IV del 29 de julio de 1899 Prohibiendo el Lanzamiento de proyectiles y Explosivos desde Globos; Convención No. I del 18 de

(Continúa...)

Protocolo Adicional I¹⁸⁰ son aplicables a los conflictos armados internacionales o las ocupaciones beligerantes, definidas como casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que pueda surgir entre dos Estados, aun cuando el estado de guerra no es reconocido por uno de ellos, los casos de ocupación parcial o total del territorio de un Estado por otro, inclusive si dicha ocupación no enfrenta resistencia armada,¹⁸¹ y, en el caso del Protocolo Adicional I, los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra regímenes racistas, en ejercicio del derecho a la libre determinación.¹⁸² Por otro lado, el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra fue formulado para su aplicación a los conflictos armados que no tienen carácter internacional¹⁸³ y posteriormente se ha interpretado que contiene los estándares mínimos del derecho internacional humanitario aplicables a todos los conflictos armados.¹⁸⁴ El Protocolo Adicional II¹⁸⁵ que formula y complementa muchas de las protecciones contenidas en el artículo 3 común, es específicamente aplicable a una categoría más restringidamente definida de conflictos armados internos, a saber, los que se producen en el territorio de un Estado entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados que, bajo un comando responsable, ejercen tal control sobre una parte de su territorio que les permite llevar a cabo operaciones

(...Continuación)

octubre de 1907, para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales; Convención No. II del 18 de octubre de 1907, Relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales; Convención N° III del 18 de octubre de 1907, Relativa a la Ruptura de Hostilidades; Convención No. IV del 18 de octubre de 1907, Relativa a la Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, nota supra; Convención N° V del 18 de octubre de 1907, Concerniente a los Derechos y Deberes de las Potencias y de las Personas Neutrales en Caso de Guerra Terrestre; Convención N° VIII del 18 de octubre de 1907, Relativa a la Colocación de Minas Submarinas Automáticas de Contacto; Convención N° IX del 18 de octubre de 1907, Concerniente al Bombardeo por Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra; Convención No. X del 18 de octubre de 1907, para la Adaptación de los Principios de la Convención de Ginebra a la Guerra Marítima; Convención No. XI del 18 de octubre de 1907, Relativa a Ciertas Restricciones en el Ejercicio del Derecho de Captura en la Guerra Marítima; Convención No. XIII del 18 de octubre de 1907, Concerniente a los Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales en Caso de Guerra Marítima; Declaración No. XIV del 18 de octubre de 1907, Prohibiendo el Lanzamiento de proyectiles y Explosivos desde Globos; en James Brown Scott, Las Convenciones de La Haya, (Oxford University Press, 1916).

¹⁷⁹ Véase notas 36, 67 *supra*.

¹⁸⁰ Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*.

¹⁸¹ Artículo 2 común de los Cuatro Convenios de Ginebra, notas 36, 67, *supra*.

¹⁸² Artículo 2, Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*.

¹⁸³ Artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra, notas 36, 67 *supra*.

¹⁸⁴ Véase Tadic AC decisión sobre Jurisdicción, nota 163, *supra*, párrs. 97-134.

¹⁸⁵ Protocolo Adicional II, nota 36, *supra*.

militares sostenidas y concertadas e implementar el derecho internacional humanitario.¹⁸⁶ Sin embargo, pese a la aplicación más limitada del Protocolo Adicional II, ciertas disposiciones, incluidas las garantías fundamentales de los artículos 4, 5 y 6, se considera que desarrolla las protecciones prescritas en el artículo 3 común, y debe por lo tanto considerarse análogamente que sus disposiciones se aplican a todos los conflictos armados no internacionales. Prácticamente todos los Estados miembros de la OEA han ratificado también uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949 y/o otros instrumentos del derecho humanitario.¹⁸⁷

64. Se considera, en general, que buena parte del derecho convencional analizado hasta aquí constituye derecho internacional consuetudinario¹⁸⁸ que obliga a todos los Estados,¹⁸⁹ incluyendo, en particular, la Convención de La Haya, de 1907 y sus reglamentos anexos relativos a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre,¹⁹⁰ los Cuatro Convenios de Ginebra

¹⁸⁶ Protocolo Adicional II, nota 36, *supra*, artículo 1.

¹⁸⁷ Caso Abella, nota 73, *supra*, párr. 162. Véase el Anexo II donde figuran los Estados miembros de la OEA que son partes de los Convenios de Ginebra de 1949.

¹⁸⁸ Artículo 38 (1)b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945, 3 Bevens 1153; Casos de la plataforma continental del Mar del Norte, 20 de febrero de 1969, CIJ Rep. 1969, 3; Nicaragua c. Estados Unidos, 27 de junio de 1984, CIJ Rep. 1986, 14, párr. 77 [en adelante, Caso Nicaragua de la CIJ]; Tadic AC, decisión sobre Jurisdicción, nota 163, *supra*, párr. 96 y sig.

¹⁸⁹ Véase Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110, *supra*, Capítulo IV, párr. 39; Caso 11.519, Informe N° 61/99, José Alexis Fuentes Guerrero (Colombia), Informe Anual de la CIDH 1998, párr. 37; Caso 10.488, Informe N° 136/99, Ignacio Ellacuría, S.J. y otros (El Salvador), Informe Anual de la CIDH 1999, párr. 159; Caso 10.548, Informe N° 38/97, Hugo Bustos Saavedra (Perú), Informe Anual de la CIDH 1997, párr. 61; Véase, entre otros, el Informe del Secretario General en virtud del párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad (1993), ONU Doc. S/25704 y Add. 1, 3 de mayo de 1993; Véase también Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU del 25 de mayo de 1993 (en adelante, Informe del Secretario General de la ONU (1993); Opinión Consultiva de la CIJ sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, nota 73, *supra*, párrs. 79 y 84; Caso Nicaragua de la CIJ, nota 188, *supra*, párr. 220, Decisión en Tadic AC sobre Jurisdicción, nota 163 *supra*, párrs. 98, 102, 112, 134. Por un análisis general de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario, véase Theodor Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, 94 A.J.I.L. 239 (2000), págs. 244, 248-250, 275 [en adelante, Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*]; Theodor Meron, *The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law*, 90 A.J.I.L. 238 (1996) págs 239, 244, 247. Otros instrumentos que pueden ser pertinentes y que se considera forman parte del derecho internacional consuetudinario incluyen la Convención sobre el Genocidio (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948, 78 U.N.T.S. 277 [en adelante, la Convención sobre el Genocidio] y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (Acuerdo para el procesamiento y sanción de los principales criminales de guerra del Eje europeo, y el estatuto del Tribunal Militar Internacional, 8 de agosto de 1945, 82 U.N.T.S. 280).

¹⁹⁰ Véase, por ejemplo, el Juicio a los principales criminales de guerra alemanes, 1946, Cmd. 6964, Misc. N° 12, 65 y Estados Unidos c. Von Leeb, 11 Juicios de criminales de guerra ante (Continúa...)

de 1949,¹⁹¹ incluidas sus disposiciones sobre violaciones graves¹⁹² y el artículo 3 común¹⁹³ y el núcleo de los Protocolos

Adicionales I y II,¹⁹⁴ incluidos los artículos 51(1), 52(1) y 75 del Protocolo Adicional I¹⁹⁵ y los artículos 4, 5, 6 y 13(2) del Protocolo Adicional II.¹⁹⁶

(...Continuación)

los tribunales militares de Nuremberg bajo control de la Ley del Consejo N° 10, 462 (1950) (en que se reconoce que la Convención de La Haya de 1907 es una norma del derecho internacional consuetudinario).

¹⁹¹ Los Cuatro Convenios de Ginebra, notas 36-67 *supra*.

¹⁹² *Prosecutor v. Dusko Tadić, Case N° IT-94-1, Trial Chamber, Opinion and Judgment*, 7 de mayo de 1997, párr. 577 [en adelante, Sentencia en Tadic TC] (donde se refiere a la Decisión en Tadic AC sobre jurisdicción, nota 163, *supra*, y se reconoce el carácter consuetudinario de las disposiciones sobre violaciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra). La sentencia de Tadic fue apelada ante la Cámara de Apelaciones del ICTY (15 de julio de 1999). Véase también ONU GAOR, 3ª Comisión, 23º período de sesiones, ONU Doc. A/C.3/SR.1534 (1968), ONU GAOR, 25º período de sesiones, Suplemento N° 28 ONU Doc. A/8028 (1970).

¹⁹³ Véase, por ej., el Caso de Nicaragua de la CIJ, nota 188, *supra*, párr.77; ICTY, *Prosecutor v. Delalić, Case N° IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgment*, 16 de noviembre de 1998, párr. 298-306 [en adelante, Sentencia TC en Celibici]. Confirmada en esta etapa en la apelación *The Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić and Esad Landžo, Appeals Chamber Judgment*, 20 de febrero de 2001 (ICTY), párrs. 143-150; ICTR, *Prosecutor v. Akayesu, Case N° ICTR-96-4-T, Trial Chamber I Judgment*, 2 de septiembre de 1998, párrs. 604-610 [en adelante, Sentencia TC en Akayesu]; ICTR *Appeals Chamber dismissed appeal June 1, 2001*; ICTY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez, Case No. IT-95-14/2, Trial Chamber III Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction based on the limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3*, 2 de marzo de 1999, párrs. 25-34 [en adelante, Decisión en Kordic TC sobre jurisdicción] (en que se reconoce que el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra constituye una norma del derecho internacional consuetudinario).

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, Decisión en Tadic AC sobre jurisdicción, nota 163, *supra*, párr. 98, 117 (en que se reconoce que el núcleo del Protocolo Adicional II constituye derecho consuetudinario internacional); Decisión en Kordic TC sobre jurisdicción, nota 193, *supra*, parr. 31, (en que se reconoce que los artículos 51(2) y 52(1) del Protocolo Adicional I y el artículo 13 (2) del Protocolo Adicional II constituyen derecho consuetudinario internacional).

¹⁹⁵ Véase en general Michael J Matheson, "The United States position on the relation of customary international law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions" en Martin D. Dupuis, John Q. Heywood and Michèle Y.F. Sarko, *The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: a Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions*, 2 AM. U. J. INTL. L. & POL. 419 (1987) [en adelante, Matheson]. Decisión en Kordic TC sobre jurisdicción, nota 193, *supra*, parr. 31, (en que se reconoce que los artículos 51(2) y 52(1) del

(Continúa...)

65. Adicionalmente, pese a los regímenes distintos de protección que se aplican a los conflictos armados internacionales y no internacionales, en general se reconoce que ciertas normas se aplican a todos los conflictos armados, independientemente de su naturaleza.¹⁹⁷ Éstas incluyen las protecciones del artículo 3 común y sus correspondientes disposiciones del Protocolo Adicional II,¹⁹⁸ así como:

- el principio de necesidad militar, que justifica aquellas medidas de violencia militar que no están proscritas por el derecho internacional, que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos.¹⁹⁹
- el principio de humanidad,²⁰⁰ complementa y limita inherentemente la doctrina de la necesidad militar. Este principio prohíbe infligir sufrimiento, lesión o destrucción que no sean actualmente necesarios, es decir proporcionados, para la realización de propósitos militares legítimos.²⁰¹ Más aún, el

(...Continuación)

Protocolo Adicional I y el artículo 13(2) del Protocolo Adicional II constituyen derecho consuetudinario internacional).

¹⁹⁶ Véase, por ej. Decisión en Tadic AC sobre jurisdicción, nota *supra*, párr. 98 117 y 132. Decisión en Kordic TC sobre jurisdicción, nota 193, *supra*, párr. 31, (en que se reconoce que los artículos 51(2) y 52(1) del Protocolo Adicional I y el artículo 13(2) del Protocolo Adicional II constituyen derecho consuetudinario internacional). Opinión Consultiva de la CIJ sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, nota 73, *supra*, párr. 84; Matheson, nota 195, *supra*.

¹⁹⁷ Véase, por ej., Decisión en Tadić AC sobre jurisdicción, nota 163, *supra*, párr. 96-127, donde se citan, entre otros, la Resolución de la Asamblea General de la ONU 2444, ONU GAOR 23º período de sesiones, Suplemento N° 18, ONU Doc. A/7218 (1968), Resolución 2675 de la Asamblea General de la ONU, ONU GAOR 25º período de sesiones, Suplemento N° 28, ONU Doc. A/8028(1970); Informe sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*.

¹⁹⁸ Véase, por ej., Caso de Nicaragua de la CIJ, nota 188, *supra*, párr. 77; Decisión en Tadić AC sobre Jurisdicción, nota 163, *supra*, párr. 98, 117 y 132.

¹⁹⁹ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo IV, pág. 82, párr. 38. Véase, por ejemplo, el artículo 23 g de la Convención de La Haya de 1907 y su anexo, nota 177 *supra*; artículo 50 *in fine* del Primer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*; artículo 51 *in fine* del Segundo Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*; artículo 147 *in fine* del Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*; artículo 51(1) del Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*.

²⁰⁰ Véase, por ejemplo, el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra notas 36, 67 *supra*; el artículo 12 del Primer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*; el artículo 12 del Segundo Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*; el artículo 13 del Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*; el artículo 27 del cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*; el artículo 11 del Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*; el artículo 4 del Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*.

²⁰¹ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo IV, pág. 82, párr. 38. Véase, por ejemplo, Caso Arturo Ribón Avilan, nota 170 *supra*, párrs. 134, 136, 140 y 141, (Continúa...)

principio de humanidad también confirma la inmunidad fundamental de las personas civiles a ser objeto de ataques en todo conflicto armado. Así, la conducción de las hostilidades por las partes en todo conflicto armado debe ser adelantada dentro de los límites establecidos por el derecho internacional, incluyendo las restricciones y protecciones inherentes a los principios de necesidad militar y humanidad.²⁰²

66. Son inherentes a los principios de necesidad militar y humanidad, los de proporcionalidad y distinción. El principio de proporcionalidad prohíbe ataques cuando pueda preverse la pérdida incidental de vidas o lesiones entre los civiles, daños a objetivos civiles o una combinación de éstos, que puedan resultar excesivos en relación a la ventaja militar directa y concreta anticipada.²⁰³ En el mismo sentido, el principio de la distinción prohíbe, entre otras cosas, el lanzamiento de ataques contra la población civil u objetivos civiles y exige que las partes en un conflicto armado distingan en todo momento entre los miembros de la población civil y las personas que forman parte activa de las hostilidades o entre objetos civiles y objetivos militares,²⁰⁴ y dirijan sus

(...Continuación)

donde la Comisión consideró que los ataques contra las personas "fuera de combate" constituían violaciones del derecho internacional humanitario.

²⁰² Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo IV, pág. 82, párr. 38.

²⁰³ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo IV, párr. 40 y 70-79 (atinente a las normas de los artículos 51 y 52 del Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*, estipulando que el principio de proporcionalidad

prohíbe "[U]n ataque que puede esperarse que produzca incidentalmente la muerte de civiles, lesiones a civiles, daño a bienes civiles o una combinación de ellas, que sería excesiva en relación a la ventaja militar concreta y directa prevista." (...)Esta regla de proporcionalidad impone "una limitación adicional a la discreción de los combatientes al decidir si un bien civil es un objetivo militar (...). Si se espera que un ataque produzca incidentalmente víctimas o daños civiles, el requisito de una ventaja militar anticipada "definida" se eleva al estándar más restrictivo de una ventaja militar "concreta" y "directa". Otro aspecto de la ecuación de proporcionalidad requiere que el daño predecible a personas o bienes civiles no sea desproporcionado o "excesivo" a la "ventaja militar concreta y directa prevista".

Ver también el Caso Abella, nota 73, *supra*, párr. 177; Caso Bustios Saavedra, nota 189, *supra*, párr. 61; Caso Fuentes Guerrero, nota 189, *supra*, párr. 38-39; Caso Ignacio Ellacuría, S.J. y Otros, nota 189, *supra*, párrs. 158-163.

²⁰⁴ Véase el artículo 52 del Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*, que estipula: "1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2(2). Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización (Continúa...)

ataques sólo contra las personas que participen activamente en las hostilidades y otros objetivos militares legítimos.²⁰⁵

67. Si bien ciertas normas son comunes a todos los conflictos armados, independientemente de su naturaleza, otros se limitan al ámbito de los conflictos armados internacionales, conforme a su definición en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I. Entre las más significativas de estas normas está el concepto de “combatiente privilegiado” y el concepto afín del “*status* de prisionero de guerra” que se analiza más adelante. En general, se define al “combatiente” como una persona que participa directamente en las hostilidades, que interviene en un ataque con el propósito de causar daño físico a las tropas u objetos enemigos. Un combatiente “legítimo” o “privilegiado” es la persona autorizada por una parte en un conflicto armado internacional que participa en las hostilidades y, como tal, tiene derecho a la protección comprendida en el concepto de “combatiente privilegiado”, así como al *status* y protecciones del prisionero de guerra previstos en la Tercera Convención de Ginebra, cuando hayan caído en poder del enemigo.²⁰⁶ El artículo 4A de la Tercera Convención de Ginebra, que refleja los requisitos de las convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y es considerado en general como derecho internacional consuetudinario, prescribe estas categorías de combatientes privilegiados:

1. Los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, así como los miembros de milicias o cuerpos de voluntarios que formen parte de esas fuerzas.
2. Los miembros de otras milicias y de otros cuerpos voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, que pertenezcan a una parte en conflicto y

(...Continuación)

contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. 3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin”. Véase, también, la Resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre Respeto a los Derechos Humanos en los Conflictos Armados, adoptada el 19 de diciembre de 1968, G.A. Res. 2444, U.N. GAOR, 23ª Sesión, A/RES/23/2444 (1968), en DIETRICH SCHINDLER Y JIRI TOMAN, *THE LAW OF ARMED CONFLICTS*, 2ª edición, 199 (1981).

²⁰⁵ Véase, por ejemplo, Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*, artículos. 51 y 52; Protocolo Adicional II, nota 36, *supra*, artículo 13.

²⁰⁶ Véase Waldmar Solf, *The Status of Combatants in Non-International Armed Conflicts Under Domestic Law and Transnational Practice*, 33 AM. U. L. REV. 53, 59 (1983) [en adelante, Solf, *The Status of Combatants*].

operen en su propio territorio o fuera de éste, aunque su territorio se encuentre ocupado, siempre que esas milicias o cuerpos de voluntarios, incluidos los movimientos de resistencia organizados:

- a) se encuentren bajo el mando de una persona responsable por sus subordinados;
 - b) porten un distintivo visible a distancia;
 - c) porten armas abiertamente;
 - d) conduzcan sus operaciones de acuerdo con las leyes y prácticas de la guerra.
3. Los miembros de fuerzas armadas regulares, que profesen lealtad a un gobierno o a una autoridad no reconocida por la potencia detenedora.
 4. Las personas que acompañen a las fuerzas armadas sin formar parte de ellas, por ejemplo civiles integrantes de tripulaciones de aeronaves, corresponsales de guerra, contratistas de suministros, miembros de unidades de trabajo o de servicios responsables del bienestar de las fuerzas armadas, siempre que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas que acompañen, las que deberán proveerles una credencial similar al modelo que se adjunta.
 5. Los miembros de la marina mercante, incluyendo patrones, pilotos y aprendices y los tripulantes de aeronaves civiles de las partes en conflicto que no sean acreedores a un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional.
 6. Los habitantes de un territorio no ocupado que, al aproximarse el enemigo, hayan empuñado espontáneamente las armas para oponerse a las fuerzas invasoras, sin haber tenido tiempo para incorporarse a unidades de las fuerzas armadas regulares, siempre que porten sus armas abiertamente y respeten las leyes y prácticas de la guerra.²⁰⁷

²⁰⁷ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*, artículo 4A. Para una lista de los Estados miembros de la OEA que son partes del Protocolo Adicional I véase el Anexo II. Debe observarse que los artículos 43 y 44 de ese instrumento apuntan a aliviar los requisitos de las normas de La Haya y de Ginebra, eliminando la distinción que se encuentra en los reglamentos de La Haya y en el
(Continúa...)

68. A su vez, este privilegio del combatiente es en esencia una licencia para matar o herir a combatientes enemigos y destruir otros objetivos militares del enemigo. Un combatiente legítimo también puede causar bajas civiles incidentales. Al combatiente legítimo que posee esta protección es preciso darle la condición de prisionero de guerra, como se describe más adelante, tras su captura, e inmunidad contra procesamiento penal en virtud de la legislación interna del captor por los actos hostiles que no violen las leyes y costumbres de la guerra. Esta inmunidad, sin embargo, no se extiende a actos que transgredan las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados.²⁰⁸

(...Continuación)

Tercer Convenio de Ginebra, entre fuerzas armadas regulares y cuerpos voluntarios irregulares, milicias y otros movimientos de resistencia organizados y brindando, por consiguiente, a los guerrilleros, la posibilidad de obtener la condición de combatientes protegidos. Más precisamente, en virtud del artículo 43 del Protocolo Adicional I, se concede la condición de combatientes protegidos y de prisioneros de guerra “a todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.” Protocolo Adicional I nota 68, *supra*, artículo 43(1). El artículo 44(3) del Protocolo Adicional I obliga, además, a los combatientes definidos en el artículo 43 a “distinguirse de la población civil mientras lleven a cabo un ataque o una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, reconociendo que en los conflictos armados se suscitan situaciones en las que debido a la naturaleza de las hostilidades un combatiente armado no pueden distinguirse de tal manera, conservará su condición de combatiente siempre que, en esos casos, porte abiertamente sus armas: a) durante cada combate militar, y b) durante el tiempo que sea visible para el adversario mientras participa de un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que vaya a tener participación. Los actos que se ciñan a estos requisitos no se considerarán péfidos con el significado previsto en el artículo 27, párrafo 1(c) del Protocolo Adicional I nota 68, *supra*, artículo 44(3). Estas disposiciones han sido motivo de controversias entre Estados y nunca fueron aplicadas en un conflicto armado, razón por la cual es posible que no formen parte del derecho internacional consuetudinario. Revisten importancia, empero, para los Estados miembros de la OEA que han ratificado el Protocolo Adicional I. Debe señalarse, asimismo, que aunque se apliquen las normas del Protocolo Adicional I, es posible que se considere que un combatiente ha perdido su condición de combatiente y, por ende, el derecho a ser tratado como prisionero de guerra, por incumplimiento de la norma del artículo 44(3) del Protocolo, vale decir por no haber portado abiertamente sus armas durante cada combate militar y durante el tiempo que haya sido visible para su adversario mientras participaba de un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque. Véase George Aldrich, *Guerrilla Combatants and Prisoner of War Status*, AM. U. L. REV. 871, 877-878 (1982). [En adelante Aldrich (1982)].

²⁰⁸ Véase, por ej., Estados Unidos c. List (el Caso de los Rehenes), [Juicio a los criminales de guerra ante el Tribunal de Nuremberg] 1228, 1238 (1950) (donde se afirma que es incuestionable que los actos cometidos en tiempos de guerra bajo la autoridad militar de un enemigo no pueden entrañar responsabilidad penal de parte de los oficiales o soldados si los actos no están prohibidos por las normas convencionales o consuetudinarias de la guerra); US DEPARTMENT OF WAR, INSTRUCTIONS FOR THE GOVERNMENT OF THE ARMIES OF THE UNITED STATES IN THE FIELD, *General Order N° 100 (1863)* [en adelante, “las Instrucciones Lieber”], artículos 56, 57; Tercer Convenio de Ginebra, (Continúa...)

69. Por su parte, en los conflictos armados internacionales existe la condición de combatiente “no privilegiado”, a veces denominado “ilegítimo”, a saber, una persona que no tiene la protección o privilegio de combatiente pero participa directamente en las hostilidades. Se considera beligerantes ilegítimos a los combatientes irregulares o con “dedicación parcial”, como los guerrilleros, partisanos y miembros de movimientos de resistencia, que no siempre se distinguen de la población civil mientras están en operaciones o, por cualquier otro motivo, no cumplen con los requisitos de la condición de combatiente legítimo, así como los combatientes legítimos que no cumplen con los requisitos relativos a la vestimenta, por ejemplo el personal militar regular capturado en acto de espionaje sin vestir uniforme. También se considera combatientes ilegítimos a los civiles, las tropas no combatientes de las fuerzas armadas, así como los miembros no combatientes de las fuerzas armadas que, en violación de su *status* protegido, participan activamente en las hostilidades.²⁰⁹ Estas personas pierden su inmunidad contra ataques directos individualizados durante el tiempo que asumen el papel de combatientes.²¹⁰ En este sentido, es posible, sin embargo, que una vez una persona es calificada como combatiente, ya sea regular o irregular, privilegiado o no privilegiado, ella no puede volver, a voluntad, al *status* civil o alternar entre el *status* civil y el de combatiente.²¹¹ A

(...Continuación)

nota 67, *supra*, artículo 87 (donde se establece que los “prisioneros de guerra no podrán ser sentenciados por las autoridades militares y los tribunales de la Potencia detenedora a castigos diferentes de los previstos para los mismos hechos con respecto a los miembros de las fuerzas armadas de dicha Potencia”).

²⁰⁹ Véase, en general, Richard Baxter, *So Called Unprivileged Belligerency: Spies, Guerrillas and Saboteurs*, BRIT.Y.B.INTL. L. (1952).

²¹⁰ Véase el Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*, artículo 51(3), que estipula que “los civiles gozarán de la protección acordada por esta sección, salvo que participen directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”. Véase, también, COMENTARIO DEL ICRC SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 619 (CICR, 1987) [en adelante COMENTARIO DEL CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES], párr. 1944, donde se observa, con respecto a la calificación conforme al artículo 51(3) del Protocolo Adicional I, que “sólo durante (dicha) participación directa un civil pierde su inmunidad y se convierte en blanco legítimo. Una vez que cesa su participación, el civil recupera su derecho a la protección y ya no puede ser atacado”. (Traducción por la Comisión). Ver también M. BOTHE, K. PARTSCH & W. SOLF, *NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICTS: COMMENTARY ON THE TWO 1977 PROTOCOLS ADDITIONAL TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 1949 (1982)* [en adelante *NEW RULES*], at 301-302.

²¹¹ COMENTARIO DEL CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES, nota 210 *supra*, 515, párr. 1677, confirmando con relación a los estándares bajo el artículo 43 del Protocolo Adicional I que gobierna el *status* de combatiente que: “Desaparece igualmente así toda noción de estatuto a tiempo parcial, medio civil y medio militar, combatiente por la noche y apacible ciudadano durante el día. Un civil incorporado a una organización armada de las mencionadas en el párrafo precedente, independientemente de que participe o no en los combates o de que esté o no momentáneamente armado, se convierte en un militar y un combatiente durante toda la duración de

(Continúa...)

diferencia de los combatientes privilegiados, los combatientes ilegítimos, tras su captura, pueden ser juzgados y sancionados según la ley interna por su beligerancia no privilegiada, aun si sus actos hostiles han cumplido con las leyes de la guerra. También corresponde señalar que el término de combatiente "ilegítimo" se usa sólo para denotar el hecho de que la persona carece del privilegio de combatiente y no tiene derecho a participar en las hostilidades. El mero hecho de combatir por parte de esas personas no equivale a una violación de las leyes y costumbres de la guerra, aunque sus actos hostiles específicos sí podrían constituir una violación.

70. Dado que el *status* de combatiente legítimo y de prisionero de guerra derivan directamente del privilegio del combatiente, en el derecho internacional consuetudinario y convencional el reconocimiento de este privilegio se limita a las situaciones de conflicto armado internacional, conforme a la definición de las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I. En contraste con ello, el gobierno inmerso en una guerra civil o en otro tipo de hostilidades internas no está obligado a reconocer a sus oponentes armados el *status* de prisionero de guerra, dado que esos disidentes no tienen la protección del combatiente. Por lo tanto, esos gobiernos están en libertad de enjuiciar a todos los disidentes capturados por sedición y sus otros actos violentos.²¹² Al mismo tiempo, no existe norma alguna en el derecho internacional que prohíba a un gobierno, durante un conflicto armado no internacional, asignar a miembros de grupos armados disidentes el *status* de prisionero de guerra o un *status* equivalente.

71. En relación a la cuestión de la supervisión del cumplimiento del derecho de los conflictos armados, los tratados de derecho internacional humanitario son, en gran medida, autorregulados, pues los Estados partes de los tratados se comprometen a respetar y asegurar el respeto de los términos de los acuerdos a través de mecanismos tales como la capacitación, información, divulgación y prescripción y aplicación de sanciones disciplinarias y penales dentro del derecho interno.²¹³ Sin embargo, los términos de los Convenios de

(...Continuación)

las hostilidades (en todo caso, hasta que sea definitivamente desmovilizado por el mando responsable, estipulado en el párrafo 1). Si resulta herido, está enfermo o ha naufragado, tiene derecho a la protección de los Convenios I y II (artículo 44, párrafo 8) y, si es capturado, a la protección del III Convenio (artículo 44, párrafo 1)". (Traducción por la Comisión).

²¹² Solf, *The Status of Combatants* nota 206 *supra*, 53.

²¹³ Véase, por ej., el artículo 1 común de los Convenios de Ginebra de 1949 (que exige que las Altas Partes Contratantes "se comprometen a respetar y a hacer respetar" por los términos de los Convenios notas 36, 67); Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36, *supra*, artículo 146 (que exige que los Estados partes aprueben la legislación necesaria para establecer la sanción penal efectiva contra las personas que cometan, u ordenen cometer, toda violación grave al Convenio).

Ginebra de 1949 establecen dos mecanismos de supervisión externa específicos: el régimen de las Potencias protectoras, que es aplicable sólo a los conflictos armados internacionales y hasta ahora nunca se ha empleado;²¹⁴ y los servicios del Comité Internacional de la Cruz Roja, que pueden ser ofrecidos y aceptados en el contexto de los conflictos armados internacionales y no internacionales²¹⁵ así como posiblemente en situaciones de tensiones o disturbios que no alcanzan a ser un conflicto armado.²¹⁶ Estos mecanismos son complementados por las disposiciones del Tercer y Cuarto Convenio de Ginebra y el Protocolo Adicional I, que establecen procedimientos de revisión para la determinación del *status* de personas protegidas, y su tratamiento, en ciertas circunstancias y son examinados en la Parte III(H) *infra*.²¹⁷ El artículo 90 del Protocolo Adicional I dispone además una Comisión Internacional de Encuesta, cuyo mandato incluye, entre otras cosas, la investigación de todo hecho que se alegue constituye una infracción grave según la definición de esos instrumentos, o cualquier otra violación seria de esos instrumentos, respecto de los Estados partes que han reconocido la competencia de la Comisión a ese respecto.²¹⁸ Por último, corresponde señalar que la Corte Penal Internacional recientemente establecida cuenta con jurisdicción para procesar, entre otras, las violaciones graves al derecho internacional humanitario que se cometan en conflictos

²¹⁴ Véase, por ej., Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*, artículo 8 "El presente Convenio será aplicado con la colaboración y bajo el control de las Potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las Partes en conflicto. Para ello, las Potencias protectoras podrán designar, aparte de su personal diplomático o consular, a delegados de entre los propios súbditos o de entre los de otras Potencias neutrales. Estos delegados serán sometidos a la aprobación de la Potencia ante la cual hayan de efectuar su misión. Las Partes en conflicto facilitarán, en la mayor medida posible, la labor de los representantes o delegados de las Potencias protectoras. Los representantes o delegados de las Potencias protectoras nunca deberán extralimitarse en la misión que se les asigna en el presente Convenio; habrán de tener en cuenta, especialmente, las imperiosas necesidades de seguridad del Estado ante el cual ejercen sus funciones".

²¹⁵ Véase, por ej., artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 (donde se establece, entre otras cosas, que "[u]n organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto" notas 36, 67 *supra*); Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*, artículo 9 ("Las disposiciones del presente Convenio no son óbice para las actividades humanitarias que el Comité Internacional de la Cruz Roja, u otro organismo humanitario imparcial, emprenda para la protección de los prisioneros de guerra, así como para los socorros que, con el consentimiento de las Partes en conflicto interesadas, se les proporcione").

²¹⁶ *Internal Disturbances and Tensions: A New Humanitarian Approach?* 262 INT'L REV. RED CROSS 3, 4-5 (1988).

²¹⁷ Véase Parte III(F) párrs.347-348.

²¹⁸ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 90.

armados internacionales y no internacionales, en los casos en que se satisfagan las condiciones de admisibilidad.²¹⁹

72. También es importante reconocer que el derecho internacional humanitario difiere del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a los actores cuya conducta regula y respecto a quienes impone la responsabilidad jurídica internacional. Como se mencionó en la sección anterior, el derecho internacional en materia de derechos humanos rige directamente el comportamiento de los Estados y de sus agentes. En consecuencia, ciertas violaciones de tales normas por el Estado pueden implicar responsabilidad para éste. El derecho internacional humanitario también rige el comportamiento de los Estados y sus agentes, pero, además, el de los actores que no son Estados, pues se aplica igualmente y obliga expresamente a todas las partes en el conflicto.²²⁰ De esta forma, el derecho internacional humanitario regula la conducta de las fuerzas de seguridad del Estado, los grupos armados disidentes y todos sus agentes o delegados respectivos.²²¹ Además, ciertas violaciones del derecho internacional humanitario podrían generar no sólo responsabilidad para el Estado, sino también responsabilidad penal individual para el perpetrador y, de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad de jefes y de mando,²²² para su superior.²²³ Las violaciones del derecho internacional humanitario por Estados, grupos o personas durante un conflicto no afecta, sin embargo, la aplicación continuada del derecho internacional humanitario a dicho conflicto, ni justifica violación alguna por las partes opositoras.²²⁴

73. Aunque los actos terroristas y antiterroristas pueden dar lugar a situaciones de conflicto armado, cabe recordar que los conceptos de terrorismo y de guerra son distintos. En ciertas circunstancias, las acciones terroristas y antiterroristas pueden comportar una violencia organizada de tal intensidad que

²¹⁹ Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículos 5(1)(c), 8.

²²⁰ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo IV, párr. 13.

²²¹ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo IV, párr. 13.

²²² Véase Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 87; *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Session, UN Doc S/Res/827, of 25 May 1993, artículo 10 [en adelante Estatuto del TPIY], artículo 7(3).

²²³ Véase, por ej., Primer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*, artículo 49; Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*, artículo 129; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36, *supra*, artículo 146; Primer Protocolo Adicional, nota 68, *supra*, artículo 85(1).

²²⁴ Para los artículos sobre las medidas de represalia, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*, artículo 13; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36, *supra*, artículo 33; Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*, artículo 51(6).

de lugar a un conflicto armado. Ese sería el caso, por ejemplo, en que las acciones terroristas y antiterroristas conlleven recurrir a la fuerza armada entre los Estados o en los casos en que existen enfrentamientos armados de baja intensidad y abiertos entre fuerzas o grupos armados relativamente organizados que tienen lugar dentro del territorio de un determinado Estado²²⁵ en algunos casos con respaldo o connivencia de otros Estados. Aparte de constituir el origen de un conflicto armado, las acciones terroristas y antiterroristas pueden ocurrir como actos discretos dentro de un conflicto armado existente. La violencia terrorista cometida en tales circunstancias también está sometida al derecho internacional humanitario,²²⁶ inclusive si se produce fuera de combate,²²⁷ siempre que los incidentes estén suficientemente vinculados al conflicto armado.²²⁸ Este sería claramente el caso, por ejemplo, en que los actos terroristas o antiterroristas son cometidos por agentes de una parte beligerante contra los miembros u objetos de una parte adversaria.²²⁹ En todas las circunstancias, las normas específicas del derecho internacional humanitario aplicables a la violencia terrorista variarán dependiendo si generan o se presentan en el contexto de un conflicto de naturaleza internacional o no internacional. También es importante recordar que el hecho de que se perpetren actos terroristas dentro del contexto de un conflicto armado no afecta por lo demás el carácter jurídico de ese conflicto, aunque, como se indicó, puede generar la responsabilidad penal individual del perpetrador o de su superior por dichos actos, en la medida en que constituyen violaciones graves del derecho y las costumbres de la guerra.

74. La Comisión también considera crucial señalar a esta altura la importancia de determinar el *status*, dentro del derecho internacional humanitario, de las personas que participan en la violencia terrorista en el

²²⁵ Caso Abella, nota 73, *supra*, párr. 152. Ver también la decisión en Tadic AC sobre Jurisdicción, nota 163, párr.70.

²²⁶ Por ejemplo, las operaciones del Ejército de Liberación de Kosovo (KLA) durante la Guerra de Kosovo de 1999 fueron consideradas actividades terroristas por el Gobierno yugoslavo. Sin embargo, las operaciones del KLA y de las fuerzas yugoslavas estaban sujetas al derecho internacional humanitario, tal como se observa en el procedimiento del TPIY.

²²⁷ Como se indicó anteriormente, durante los conflictos armados se aplica el derecho internacional humanitario a todo el territorio de los Estados en pugna o, en caso de los conflictos internos, a todo el territorio bajo el control de una parte, sea que existe o no un combate efectivo en él. Decisión en Tadic sobre Jurisdicción, nota 163, *supra*, párr. 70. Véase también Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110, *supra*, pág. 95, párr. 83.

²²⁸ Sentencia TC en Tadic, nota 192, *supra*, párr. 572.

²²⁹ Véase, entre otros, Eric David, PRINCIPES DE DROIT DES CONFLITS ARMÉS, (Bruylant, 1999), pág. 178 [en adelante, David 1999]. Ciertamente, algunas normas de los tratados de derecho internacional humanitario prohíben específicamente actos de terrorismo en el contexto de conflictos armados. Véase por ejemplo, Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36, *supra*, artículo 33.

contexto de los conflictos armados internacionales, pues es de este *status* que derivará en gran medida la *lex specialis* de las protecciones del derecho internacional humanitario para esas personas. Específicamente, en los casos en que, en el contexto de un conflicto armado internacional, las personas participen directamente en las hostilidades perpetrando actos de violencia terrorista o participando de alguna otra manera en ésta, pero no reúnan los requisitos de combatientes legítimos porque, por ejemplo, no están autorizadas por una parte en el conflicto para participar en las hostilidades, como lo dispone el artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra, pueden correctamente ser considerados combatientes ilegítimos.²³⁰ Si bien, como consecuencia de lo anterior, estas personas no calificarán para tener las protecciones del Tercer y Cuarto Convenio de Ginebra, tendrán no obstante derecho a las normas mínimas de protección previstas en el artículo 75 del Protocolo Adicional I.

75. En los casos en que, en relación con un acto o una situación de terrorismo, no pueda decirse que existe un conflicto armado, las acciones terroristas o las iniciativas antiterroristas estarán sujetas exclusivamente al derecho internacional de los derechos humanos y a la legislación interna, según se ha descrito en la sección anterior.²³¹

76. Dado el enfoque amplio del presente informe, la Comisión considerará en su análisis principalmente aquellas protecciones fundamentales de derechos humanos y de derecho humanitario ampliamente reconocidas como constitutivas del derecho internacional consuetudinario y que son aplicables a todos los conflictos armados. Éstas incluyen el núcleo de los derechos comunes a la mayor parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como son el derecho a la vida, el derecho a un trato humano y el derecho al debido proceso, así como las protecciones consiguientes consagradas en disposiciones específicas de los tratados del derecho internacional humanitario,

²³⁰ Como se señaló anteriormente, para los Estados que son parte del Protocolo Adicional I (ver Anexo II, los artículos 43 y 44 del Protocolo Adicional I eliminan la distinción de las normas de La Haya y de Ginebra eliminando la distinción de las normas de La Haya y del Tercer Convenio de Ginebra entre fuerzas armadas regulares y los cuerpos de voluntarios irregulares, milicias y otros movimientos de resistencia organizados y, con ello, ofrece a las guerrillas una posibilidad de obtener el *status* de combatiente privilegiado. Sin embargo, aun en los casos en que se aplican las normas del Protocolo I, sigue siendo posible que se considere que un combatiente está violando su condición de combatiente y por tanto no tiene derecho a la condición de prisionero de guerra, al no cumplir los estándares del artículo 44(3) del Protocolo, por no portar las armas a la vista durante los operativos militares, así como durante el tiempo que es visible para el adversario cuando participa en un despliegue militar antes de lanzar un ataque. Véase Aldrich (1982), nota 207, *supra*, páginas 871, 877-878 (1982).

²³¹ Véanse la sección II (B), párrs. 42, 49.

en particular el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra,²³² el núcleo del artículo 75 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949²³³ y los artículos 4 a 6 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949.²³⁴ El artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra dispone lo siguiente:

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

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

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

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

²³² Cuatro Convenios de Ginebra, notas 36, 67 *supra*.

²³³ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*.

²³⁴ Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

77. Esta disposición contiene garantías fundamentales aplicables en todo momento durante los conflictos armados en beneficio de las personas que no son o ya no son parte activa en las hostilidades. Garantías similares, que complementan y elaboran las establecidas en el artículo 3 común, figuran en los artículos 4 a 6 del Segundo Protocolo Adicional para personas que ya no toman parte en las hostilidades en un conflicto armado no internacional, y por el artículo 75 del Primer Protocolo Adicional para las personas que están en poder de alguna de las partes en un conflicto armado internacional y que no se benefician de un trato más favorable en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 o del Protocolo Adicional I, como ciertos combatientes no privilegiados, que no están comprendidos dentro de la protección del Tercer o Cuarto Convenio de Ginebra o del Protocolo Adicional I en lo atinente a los Estados parte de dicho documento.²³⁵

78. Por último, es preciso recalcar que, sujeto a excepciones muy limitadas, las normas del derecho internacional humanitario no son derogables.²³⁶ En consecuencia, los estándares mínimos prescritos en el marco del derecho internacional humanitario no pueden ser suspendidos, ni siquiera en el caso que la Convención Americana pueda, por otro lado, permitir la derogación de las protecciones correspondientes. En los casos en que, por ejemplo, el derecho internacional humanitario prescribe las normas mínimas del debido proceso, los Estados no pueden recurrir a ninguna derogación permisible de este derecho al amparo del derecho internacional humanitario para evitar el respeto de estas normas en situaciones de conflicto armado. Este criterio está impuesto en parte por los artículos 27 y 29 de la Convención Americana, que prohíbe toda medida de derogación que sea incongruente con las demás

²³⁵ COMENTARIO DEL CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES, nota 210, *supra*, pág. 870, párr. 3031.

²³⁶ Véase COMENTARIO DEL CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES, nota 210, *supra*, págs. 392 y siguientes, 626, 649, 843-844. En circunstancias muy específicas, ciertas normas del derecho internacional humanitario pueden estar sujetas a derogación o restricción basadas en razones de seguridad nacional, necesidad militar o razones de imperativo militar. Véase, por ejemplo, el artículo 54(5) del Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*. (“[H]abida cuenta de las exigencias vitales que para toda Parte en conflicto supone la defensa de su territorio nacional contra la invasión, una Parte en conflicto podrá dejar de observar las prohibiciones señaladas en el párrafo 2 dentro de ese territorio que se encuentre bajo su control cuando lo exija una necesidad militar imperiosa”). Véase también la Sección III(D), párrs. 247-250.

obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional y que prohíbe toda interpretación de la Convención que restrinja el goce del ejercicio de un derecho o libertad reconocida en virtud de otra convención de la cual el Estado sea parte.

III. NORMAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLES A LAS SITUACIONES DE TERRORISMO

79. Desde hace mucho es evidente que la conducta de los Estados en la protección de su seguridad y de la de su población contra el terrorismo y otras formas de violencia tiene posibles implicaciones para muchos o para todos los derechos humanos fundamentales. De acuerdo con el carácter focalizado del presente estudio, la Comisión ha emprendido un análisis detallado de seis derechos humanos básicos internacionalmente protegidos, a saber, el derecho a la vida, el derecho de las personas a la libertad y seguridad, el derecho a un trato humano, el derecho al debido proceso y a un juicio justo, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección judicial y la obligación correspondiente de respetar y garantizar todos los derechos humanos sin discriminación. También ofrece un análisis de la situación particular de los trabajadores migrantes, los refugiados, las personas que buscan asilo y otros no nacionales, cuyos derechos son particularmente susceptibles de abusos ante medidas antiterroristas. Este análisis está informado por el panorama general de la Parte II sobre la sustancia y la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como por la consideración del carácter variable de la violencia terrorista y sus implicaciones multifacéticas para las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados.

80. De acuerdo con este enfoque, se analiza primero cada derecho en términos de las normas y principios pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario aplicables en tiempos de paz, los estados de emergencia y los conflictos armados, a lo que sigue un análisis de las implicaciones de cada derecho para determinadas iniciativas antiterroristas que los Estados puedan emprender.

A. El derecho a la vida

1. Derecho internacional de derechos humanos

81. El más fundamental de los derechos humanos establecido en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos y en otros sistemas de derechos humanos es el derecho a la vida, pues sin el pleno respeto por este derecho es imposible garantizar o gozar efectivamente de ninguno de los otros derechos humanos o libertades.

82. El derecho a la vida está establecido en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²³⁷ y en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²³⁸ en los siguientes términos:

Declaración Americana

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

Convención Americana

Artículo 4. (1) Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (2) En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. (3) No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. (4) En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. (5) No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. (6) Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

83. Protecciones similares pueden hallarse en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, incluido el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²³⁹ y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁴⁰

84. El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos

²³⁷ Declaración Americana, nota 63 *supra*.

²³⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*.

²³⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, nota 65 *supra*.

²⁴⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*.

Humanos regula el derecho a la vida en varios aspectos. En particular, el artículo 4(1) establece que toda persona tiene derecho a la protección legal de su vida y el derecho a no ser arbitrariamente privado de su vida. En los países que no han abolido la pena de muerte, los incisos 4(2) a (6) del artículo 4 de la Convención prescriben limitaciones y restricciones específicas en la manera en que se puede imponer la pena, que se relacionan, entre otros aspectos, con la naturaleza de los delitos por los que se puede aplicar la pena de muerte y las características de los delincuentes, que pueden impedir la aplicación de la pena, y la manera en que se dictamina la condena y la sentencia. Además, el artículo 27 de la Convención Americana²⁴¹ establece que el derecho a la vida no es un derecho derogable. En consecuencia, los Estados no pueden, ni siquiera en tiempo de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, adoptar medidas que suspendan la protección del derecho a la vida.²⁴² La Comisión ha interpretado el artículo 1 de la Declaración Americana en el sentido de que permite la aplicación de la pena de muerte sujeta a condiciones similares a las consagradas en la Convención Americana.²⁴³ Por último, el artículo 1 del Protocolo Opcional sobre la abolición de la pena de muerte²⁴⁴ dispone que los Estados que han ratificado el Protocolo no pueden aplicar la pena de muerte en su territorio a ninguna persona sujeta a su jurisdicción.

85. Por lo tanto, mediante estas disposiciones, los instrumentos interamericanos de derechos humanos establecen la protección general del derecho a la vida que abarca la prohibición de la privación arbitraria de la vida y condiciones específicas para la imposición de la pena de muerte en los países que aún no la han abolido.²⁴⁵ La Corte Interamericana y la Comisión Interamericana han examinado la aplicación de estas disposiciones en dos contextos de particular pertinencia para el presente estudio: el uso de la fuerza letal por los agentes del Estado y la imposición de la pena de muerte tras una decisión judicial.

a. Uso letal de la fuerza por agentes del Estado

²⁴¹ Para un análisis del artículo 27 y la derogación, véase, *supra*, párrs. 49 y siguientes.

²⁴² Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, pág. 74.

²⁴³ Véase, en general, Caso Garza, nota 130, *supra*, párrs. 88-96, y Caso 11.139, Informe N° 57/96, William Andrews (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 1997, párrs. 175-77. Véase también Caso James Terry Roach y Jay Pinkerton, nota 102 *supra*.

²⁴⁴ OEA, Serie sobre Tratados, N° 73 (1990), aprobado el 8 de junio de 1990, reeditado en DOCUMENTOS BÁSICOS nota 13 *supra*, 80 (1992).

²⁴⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-3/83, 8 de setiembre de 1983, "Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4(2) y 4(4) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)," Serie A, párr. 53.

86. Sea en tiempo de paz, en situaciones de emergencia distintas de la guerra o durante conflictos armados,²⁴⁶ el artículo 4 de la Convención Americana y el artículo I de la Declaración rigen el uso de la fuerza letal por los Estados y sus agentes, prohibiendo la privación arbitraria de la vida y las ejecuciones sumarias.²⁴⁷ La Comisión ha especificado que los contornos del derecho a la vida pueden variar en el contexto de un conflicto armado pero que la prohibición de la privación arbitraria de la vida sigue siendo absoluta. La Convención establece claramente que el derecho a la vida no puede ser suspendido en circunstancia alguna, incluidos los conflictos armados y los estados de emergencia legítimos.²⁴⁸

87. Sin embargo, en situaciones en que la seguridad del Estado o de los ciudadanos se ve amenazada por la violencia, el Estado tiene el derecho y la obligación de brindar protección contra las amenazas²⁴⁹ y para ello puede utilizar la fuerza letal en ciertas situaciones. Ello incluye, por ejemplo, el uso de la fuerza letal por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos estrictamente inevitables para protegerse o proteger a otras personas contra una amenaza inminente de muerte o lesiones graves²⁵⁰ o mantener por otros

²⁴⁶ Véase la Sección II(B), *supra* párr. 42.

²⁴⁷ Caso Abella, nota 73, *supra*, párr. 161. Véase también el Caso 10.559, Informe N° 1/96, Chumbivilcas (Perú), Informe Anual de la CIDH 1995, pág. 147, en que la Comisión especificó: "La prohibición de la privación arbitraria de la vida humana es el núcleo protector del derecho a la vida. Cuando se advierte el empleo de la expresión 'arbitrariamente', se podría pensar que la Convención admite excepciones al derecho a la vida al interpretarse, erróneamente, que están autorizadas otras privaciones del derecho a la vida, siempre que no sean arbitrarias. Sin embargo, es todo lo contrario, porque se trata de una cláusula que más bien busca garantizar el reforzamiento de las condiciones de aplicación de la pena de muerte para los Estados que hasta la fecha no la han abolido y, al mismo tiempo, sirve de garantía para impedir las ejecuciones sumarias".

²⁴⁸ Véase Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110, *supra*, pág. 78, párr. 24. Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*. Véase también Caso Bustios Saavedra, nota 189, *supra*, párr. 59; Caso Chumbivilcas, nota 247, *supra*, págs. 147-148. Véase también Informe Anual de la CIDH 1980-81, nota 141, *supra*, pág. 112.

²⁴⁹ Caso Neira Alegría, nota 6, *supra*, párr. 75. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 28 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 154; Corte IDH, Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párr. 162. Véase también Caso 11.291, Informe N° 34/00, Carandiru (Brasil), Informe Anual de la CIDH 2000, párr. 62.

²⁵⁰ Por ejemplo, el artículo 9 de los Principios Básicos de la ONU sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley especifica que éstos "no emplearán armas de feugo contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida. Principios Básicos de la ONU sobre el

(Continúa...)

medios la ley y el orden cuando sea estrictamente necesario y proporcionado. La Corte ha explicado que, en tales circunstancias, los Estados tienen derecho a usar la fuerza “inclusive si ello implica la privación de la vida a personas...Existen abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de personas en tales circunstancias no genera responsabilidad alguna contra el Estado y sus agentes”.²⁵¹

88. Sin embargo, excepto que existan tales exigencias, el uso de la fuerza letal puede constituir una privación arbitraria de la vida o una ejecución sumaria; ello equivale a decir que el uso de la fuerza letal tiene necesariamente que estar justificado por el derecho del Estado a proteger la seguridad de todos.²⁵²

89. Los medios que el Estado puede utilizar para proteger su seguridad o la de sus ciudadanos no son ilimitados. Por el contrario, como lo especificó la Corte, “independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de quienes perpetran ciertos delitos, el poder del Estado no es ilimitado ni puede el Estado recurrir a cualquier medio para lograr sus fines”.²⁵³

90. En tales circunstancias, el Estado puede recurrir al uso de la fuerza sólo contra individuos que amenacen la seguridad de todos y, por tanto, el Estado no puede utilizar la fuerza contra civiles que no presentan esa amenaza. El Estado debe distinguir entre los civiles inocentes y las personas que constituyen la amenaza.²⁵⁴ Los usos indiscriminados de la fuerza pueden en tal sentido constituir violaciones del artículo 4 de la Convención y del artículo I de la Declaración.²⁵⁵

(...Continuación)

Empleo de la Fuerza y las Armas de Fuego por los Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, Octavo Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1, 112 (1990).

²⁵¹ Caso Neira Alegría, nota 6, *supra*, párr. 74.

²⁵² Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 32. Ver también Caso Chumbivilcas, nota 247 *supra*, pág. 149.

²⁵³ Caso Neira Alegría, nota 6, *supra*, párr. 75. Caso Velásquez Rodríguez, nota 249, *supra*, párr. 154. Véase también Caso Godínez Cruz, nota 249 *supra*, párr. 162.

²⁵⁴ Caso Ignacio Ellacuría, S.J. y Otros, nota 189, *supra*, párrs. 158, 159. Véase también Caso Fuentes Guerrero, nota 189 *supra*, párrs. 33-34 y 43; Caso Bustios Saavedra, nota 189 *supra*, párrs. 58-63. Véase también Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, nota 189 *supra*, pág. 272.

²⁵⁵ Caso Arturo Ribón Avilán, nota 170 *supra*, párr. 159, en que la Comisión, aunque no basó sus conclusiones en este principio, hizo referencia al hecho de que el uso indiscriminado de la fuerza podría constituir una violación del artículo 4.

91. Análogamente, el Estado, en sus iniciativas para hacer cumplir la ley, no debe utilizar la fuerza contra individuos que ya no plantean una amenaza como la descrita, como los individuos que han sido detenidos por las autoridades, se han rendido o han sido heridos y se abstienen de actos hostiles.²⁵⁶ El uso de la fuerza letal de esa manera constituiría una ejecución extrajudicial, en violación flagrante del artículo 4 de la Convención y el artículo I de la Declaración.²⁵⁷

92. Por último, como lo especifica la Corte Interamericana y la Comisión, el nivel de fuerza utilizado debe estar justificado por las circunstancias,²⁵⁸ a los efectos, por ejemplo, de la defensa propia o de neutralizar o desarmar a los individuos involucrados en un enfrentamiento armado.²⁵⁹ La fuerza excesiva²⁶⁰ o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley²⁶¹ que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida.²⁶² Es preciso

²⁵⁶ Caso Abella, nota 73 *supra*, párrs. 204, 218 y 245, en que la Comisión consideró que la muerte de personas que habían participado en ataques contra cuarteles militares pero posteriormente se habían rendido, constituía una violación del artículo 4. Véase también el Caso Arturo Ribón Avilan, nota 170 *supra*, párrs. 134 y siguientes y 159 y siguientes, en que la Comisión llegó a la conclusión de que constituía una violación del artículo 4 el hecho de matar personas que habían participado en un enfrentamiento armado con las fuerzas de seguridad pero que posteriormente se habían rendido, habían sido arrestadas o heridas y ya no participaban en el enfrentamiento armado. Las personas que han caído en poder de la parte adversaria (las autoridades, en los casos de disturbios internos o conflictos armados internos), se han rendido o han resultado heridas y se abstienen de actos hostiles y de huir, también constituyen combatientes *hors de combat* de acuerdo con el derecho internacional humanitario, según se explica más adelante. Véase también el Caso Fuentes Guerrero, nota 189 *supra*, párrs. 33, 34 y 43. Véase también Carandiru, nota 249, *supra*, párrs. 63, 67 y 91.

²⁵⁷ Véase, por ejemplo, el Caso Arturo Ribón Avilan, nota 170 *supra*, párrs. 159 y siguientes. Véase también el Caso Bustios Saavedra, nota 189 *supra*, párrs. 58-63. Véase también Carandiru, nota 249 *supra*, párrs. 63, 67 y 91.

²⁵⁸ Caso Neira Alegría, nota 6 *supra*, párr. 74, en que la Corte llega a la conclusión de que, pese al hecho de que en el contexto de un motín carcelario, las fuerzas de seguridad peruanas estaban combatiendo a oponentes armados y muy peligrosos, la cantidad de fuerza utilizada era injustificada.

²⁵⁹ Véase Carandiru, nota 249 *supra*, párr. 63, en que la Comisión llegó a la conclusión de que varias muertes causadas por el uso de la fuerza por parte de la policía durante un motín en una cárcel brasilera no tenía el propósito de la defensa propia ni de desarmar a los amotinados.

²⁶⁰ Caso Neira Alegría, nota 6 *supra*, párr. 76.

²⁶¹ Véase por ejemplo, Carandiru, nota 249 *supra*, párrs. 63, 67 y 91.

²⁶² Véase también Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, nota 189 *supra*, pág. 272.

subrayar que, contrariamente al derecho internacional humanitario que rige las situaciones de conflictos armados, las normas relevantes aplicables del derecho internacional de los derechos humanos requieren que los agentes del Estado no usen la fuerza contra personas involucradas en un enfrentamiento violento excepto en las circunstancias que antes se mencionaron.

b. Imposición de la pena de muerte

93. Con respecto a los países que no han abolido la pena de muerte, la Corte Interamericana ha especificado que la Convención impone varias restricciones y ha definido con precisión las condiciones que limitan la imposición de la pena capital. Primero, la pena de muerte no puede ser impuesta excepto de acuerdo con una sentencia definitiva dictada por un tribunal competente y de acuerdo con una ley que establezca dicha pena, promulgada con anterioridad a la comisión del delito. Además, la pena de muerte puede imponerse únicamente por los delitos más graves y su aplicación a delitos políticos o delitos comunes conexos está prohibida absolutamente. Los condenados a muerte tienen derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la sentencia.²⁶³ Por último, deben tenerse en cuenta ciertas consideraciones que involucran a la persona del acusado, que pueden impedir la imposición o aplicación de la pena de muerte. Estas consideraciones incluyen la prohibición de la imposición de la pena de muerte a las personas que, en momentos de cometer el delito, tuvieran menos de 18 años o más de 70 o si se tratase de una mujer en estado de gestación.²⁶⁴

94. La Corte ha tenido oportunidad de considerar, en particular, los requisitos procesales que deben ser estrictamente observados y revisados en la aplicación de la pena de muerte.²⁶⁵ En particular, dado el carácter excepcionalmente grave e irreparable de la pena, los Estados que aún mantienen la pena de muerte deben sin excepción ejercer el control más estricto y riguroso de la observancia de las garantías judiciales en estos casos, para que las mismas no sean violadas y en consecuencia se cercene una vida humana en forma arbitraria. En consecuencia, la inobservancia del derecho de una persona a las garantías del debido proceso resultante en la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser "arbitrariamente" privado de la vida, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁶⁶ La Comisión ha llegado a conclusiones similares en el contexto del

²⁶³ CIDH, Informe sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, Capítulo III, pág. 50, párr. 22.

²⁶⁴ Opinión Consultiva OC-3/83, nota 245 *supra*, párrs. 53 y siguientes.

²⁶⁵ Opinión Consultiva OC-3/83, nota 245 *supra*, párr. 55.

²⁶⁶ Opinión Consultiva OC-16/99, nota 129 *supra*, párrs. 135-137. Véase también Caso Garza, nota 130, *supra*, párr. 100.

artículo I de la Declaración Americana.²⁶⁷ En la medida en que estos requisitos protegen el derecho inalienable a la vida y constituyen condiciones previas que garantizan que la imposición de la pena capital no constituya una privación arbitraria de la vida, esas garantías fundamentales son de por sí no derogables.²⁶⁸

95. A este respecto, la Comisión ha especificado que en los procesos que pueden culminar en aplicación de la pena capital se hacen necesarias varias garantías fundamentales del debido proceso que incluyen requisitos sustantivos básicos, incluido el derecho a no ser condenado por acto u omisión alguno que no haya constituido un delito penal, de acuerdo con el derecho nacional o internacional, en el momento en que fue cometido, y el derecho a no ser sometido a una pena más rigurosa que la que era aplicable en momentos en que se cometió el delito. También incluyen protecciones procesales fundamentales del debido proceso, incluido el derecho a la presunción de inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad de acuerdo con la ley, el derecho a la notificación previa de los cargos, el derecho a un tiempo y medios adecuados para preparar la defensa, el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido previamente por ley, el derecho del acusado a defenderse personalmente o con la asistencia de un asesor letrado de su propia elección y a comunicarse libre y privadamente con su asesor, y el derecho a no ser obligado a atestiguar en su contra ni a declararse culpable.²⁶⁹ En el contexto de los procesamientos que pueden culminar en la aplicación de la pena capital contra ciudadanos extranjeros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que los requisitos de la notificación consular consagrados en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares constituyen garantías adicionales exigidas por las normas del debido proceso de la ley.²⁷⁰

96. Aparte de las violaciones al debido proceso y a un juicio justo, otras acciones del Estado en la implementación de la pena de muerte podrían dar lugar a la privación arbitraria de la vida, constituyendo una violación de los instrumentos interamericanos. La Comisión ha llegado a la conclusión de que esas acciones incluyen el incumplimiento de parte del Estado de la limitación de la pena de muerte a los delitos de excepcional gravedad prescritos por una ley

²⁶⁷ Véase, en general, el Caso Garza, nota 130 *supra*, párrs. 88-96, citando el Caso Andrews, nota 243, *supra*, párrs. 175-177 y el Caso James Terry Roach y Jay Pinkerton, nota 102 *supra*.

²⁶⁸ Véase la Sección III(D), párrs. 246 y siguientes; Opinión Consultiva OC-8/87, nota 147, *supra*, párrs. 21-27.

²⁶⁹ Caso Garza, nota 130 *supra*, párr. 101.

²⁷⁰ Véase la Sección III(H), párrs. 399 y siguientes.

preexistente, la existencia de un temor razonable de parcialidad por parte del juez o el jurado que procesa a un acusado de un delito punible con pena capital,²⁷¹ la imposición de la pena de muerte con base en normas de pena obligatoria,²⁷² y una diversidad notoria y demostrable de la práctica dentro del Estado miembro que dé lugar a una aplicación incongruente de la pena de muerte por los mismos delitos.²⁷³

97. Por último, la Corte Interamericana ha subrayado que la Convención, sin llegar a abolir la pena de muerte, impone restricciones destinadas a delimitar estrictamente su aplicación y alcance a efectos de reducir la pena hasta su gradual eliminación. En consecuencia, la Convención prohíbe no sólo la extensión de la aplicación e imposición de la pena de muerte a delitos para los cuales no se aplicaba anteriormente, sino que también prohíbe el restablecimiento de la pena de muerte para cualquier tipo de delito.²⁷⁴ Por estas razones, la decisión de un Estado parte de la Convención de abolir la pena de muerte, cualquiera sea el momento en que la adopte, se transforma *ipso jure* en una decisión definitiva e irrevocable.²⁷⁵ En el contexto de la Declaración Americana, la Comisión especificó que la reintroducción de la pena de muerte en los Estados que la han abolido o su extensión a otros delitos es incongruente con el espíritu y propósito de la Declaración Americana y de numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, y contraviene una tendencia internacional demostrable hacia la aplicación más restrictiva de la pena de muerte.²⁷⁶

2. Derecho internacional humanitario

98. El derecho internacional humanitario también establece garantías fundamentales en relación con la protección del derecho a la vida, exclusivamente en el contexto de los conflictos armados.

²⁷¹ Caso Andrews, nota 243 *supra*, párr. 177.

²⁷² Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C N° 94, párrs. 85-118. Caso Michael Edwards y otros, nota 102 *supra*, párrs. 124-154, 164-165 y 175, Caso 12.023, Informe N° 41/00, Desmond McKenzie (Jamaica), Caso 12.044, Informe 41/00, Andrew Downer y Alphonso Tracey (Jamaica), Caso 12.107, Informe N° 41/00, Carl Baker (Jamaica), Caso 12.126, Informe N° 41/00, Dwight Fletcher (Jamaica), y Caso 12.146, Informe N° 41/00, Anthony Rose (Jamaica), Informe Anual de la CIDH 2000, párrs. 194-201.

²⁷³ Caso Garza, nota 130 *supra*, párr. 91, haciendo referencia al Caso Andrews, nota *supra*, y al Caso James Terry Roach y Jay Pinkeron, nota 102 *supra*, párr. 61.

²⁷⁴ Opinión Consultiva OC-3/83, nota 245 *supra*, párrs. 56 y 57. Véase también Informe Anual de la CIDH 1993, OEA/Ser.L/V/III.85, Capítulo IV Situación de los Derechos Humanos en Varios Países, Perú, págs. 510-513.

²⁷⁵ Opinión Consultiva OC-3/83, nota 245 *supra*, párrs. 56 y 57.

²⁷⁶ Caso Garza, nota 130, *supra*, párrs. 92 y siguientes.

99. Como se señaló en la Sección II(C) *supra*, el derecho internacional humanitario impone una limitación general a las operaciones militares exigiendo que las partes en un conflicto armado respeten los principios de necesidad, distinción, proporcionalidad y humanidad.²⁷⁷ Estos principios procuran limitar el sufrimiento de las víctimas de los conflictos armados, incluida la pérdida innecesaria de vidas.²⁷⁸

100. Además, es preciso subrayar que el derecho internacional humanitario no prohíbe disparar contra combatientes enemigos o darles muerte cuando no han depuesto las armas o no han quedado fuera de combate y, en consecuencia, que la muerte de un combatiente en tales circunstancias no constituye una violación del derecho a la vida. Al mismo tiempo, el derecho internacional humanitario sí protege hasta cierto punto la vida de los combatientes o la manera en que pueden ser legítimamente privados de su vida restringiendo los medios y métodos de guerra que las partes en un conflicto armado pueden utilizar para librar la guerra.²⁷⁹ Ello incluye, por ejemplo, restricciones al uso o la prohibición de ciertas armas que causen sufrimiento innecesario, como los gases tóxicos,²⁸⁰ o las armas bacteriológicas.²⁸¹

101. Las normas que rigen los medios y métodos de guerra en el contexto del derecho internacional humanitario también protegen la vida de los civiles²⁸² y a los combatientes que se han rendido o han quedado *hors de combat* por haber sido heridos, estar enfermos, haber sido detenidos o cualquier

²⁷⁷ Véase la Sección II(C) *supra*, párr. 65.

²⁷⁸ Véase, en general, David 1999, nota 299 *supra*, págs. 215 y siguientes.

²⁷⁹ Véase, por ejemplo, la Convención de La Haya de 1907 y Anexo, nota 117 *supra*, en particular, los artículos 22 y 23. Véase también la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 10 de octubre de 1980, 1342 U.N.T.S. 162.

²⁸⁰ Protocolo sobre la Prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológica, Ginebra, 17 de junio de 1925, 94 L.N.T.S. 65.

²⁸¹ Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción, abierto a la firma en Londres, Moscú y Washington, el 10 de abril de 1972, 1015 U.N.T.S. 1976.

²⁸² Artículos. 50-52 del Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*. Artículo 13 del Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*. Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, pág. 82, párr. 40. Véase también el Caso Abella, nota 73 *supra*, párr. 177; Caso Bustios Saavedra, nota 189 *supra*, párr. 61; Caso Fuentes Guerrero, nota 189 *supra*, párrs. 38-39. Caso Ignacio Ellacuría, S.J. y Otros, nota 189 *supra*, párrs. 158-163.

otra causa,²⁸³ prohibiendo los ataques contra estas categorías de personas. A este respecto, la Comisión ha especificado que “además del artículo 3 común, [común a los Cuatro Convenios de Ginebra], los principios del derecho consuetudinario aplicables a todos los conflictos armados exigen que las partes contendientes se abstengan de atacar directamente a la población civil y a civiles en forma individual y que al fijar sus objetivos distingan entre los civiles y los combatientes y otros objetivos militares legítimos. Para amparar a los civiles de los efectos de las hostilidades, otros principios del derecho consuetudinario requieren que la parte atacante tome precauciones para evitar o minimizar la pérdida de vidas civiles o daños a las propiedades civiles incidentales o colaterales a los ataques contra objetivos militares”.²⁸⁴

102. Aparte de las normas que rigen los medios y métodos de guerra, las normas que rigen la protección de las víctimas de los conflictos armados en el contexto del derecho internacional humanitario también disponen la protección general de la vida de ciertas personas afectadas por los conflictos armados, incluidos los prisioneros de guerra²⁸⁵ y los civiles²⁸⁶ en el contexto de un conflicto armado internacional y, en forma similar, a todas las personas que no participan o ya no participan activamente de las hostilidades²⁸⁷ en un conflicto armado no internacional.²⁸⁸

103. Finalmente, el derecho internacional humanitario regula la aplicación de la pena de muerte impuesta contra víctimas de conflictos armados a manos de la parte adversaria. Como se indica en la Parte III(D) en relación con el derecho al debido proceso y a un juicio justo en los conflictos armados internacionales,²⁸⁹ los prisioneros de guerra, los civiles y las personas que no se benefician de una forma de mayor protección, reciben ciertas garantías

²⁸³ Artículo 41 del Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*. Véase, por ejemplo, Caso Arturo Ribón Avilan, nota 170 *supra*, párrs. 134, 136, 140 y 141, en que la Comisión consideró que los ataques contra personas *hors de combat* era contrario al derecho internacional humanitario.

²⁸⁴ Caso Abella, nota 73 *supra*, párr. 177 (se omitieron las notas al pie). Véase también, Informe sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, pág. 82.

²⁸⁵ Ver, por ejemplo, el artículo 13 del Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*. Véase también, el Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 75(2).

²⁸⁶ Ver, por ejemplo, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36, *supra*. Véase también, Informe sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, págs. 84 y siguientes.

²⁸⁷ Artículo 3 común al Primer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, al Segundo Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, al Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra* y al Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*. Artículo 4 del Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*.

²⁸⁸ Ver, por ejemplo, Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 4.

²⁸⁹ Véase la Sección III(D) *infra*, párrs. 254 y siguientes.

judiciales cuando están sujetas a proceso penal,²⁹⁰ incluidos los procedimientos que pueden conducir a una posible sentencia de muerte.

104. Más específicamente, las personas sujetas a procedimientos penales durante algún tipo de conflicto armado no pueden ser sentenciadas a muerte excepto de acuerdo con una condena dictada por un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad.²⁹¹ También es necesario otorgar a los acusados punibles con la pena capital el beneficio de los principios y normas fundamentales del debido proceso. Ello incluye las garantías que otorgan los principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* y *non-bis-in-idem* así como la presunción de la inocencia, el derecho a no ser condenado por un delito excepto sobre la base de la responsabilidad penal individual, y el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido por ley. También incluye varias garantías procesales fundamentales como el derecho a notificación detallada y previa de los cargos que se imputan, el derecho a un tiempo y medios suficientes para preparar la defensa, que necesariamente incluyen el derecho a la asistencia de un abogado de su elección o, en el caso de un inculpaado indigente, el derecho a asesoramiento letrado gratuito, cuando ello sea necesario para un juicio justo, el derecho a no ser obligado a testimoniar en su contra o a declararse culpable, el derecho a interrogar los testigos de cargo, el derecho a obtener la asistencia y a interrogar a los testigos en su favor en las mismas condiciones que los testigos

²⁹⁰ Véase, por ejemplo, el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra, nota 36, 67; *supra*, artículos. 99 y 102 del Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*; artículo 75 del Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*; artículo 6 del Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*.

²⁹¹ Véase, por ejemplo, el Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*, artículo 84 (donde se estipula que “[u]nicamente los tribunales militares podrán juzgar a un prisionero de guerra, a no ser que en la legislación de la Potencia detenedora se autorice expresamente que los tribunales civiles juzguen a un miembro de las fuerzas armadas de dicha Potencia por una infracción similar a la causante de la acusación contra el prisionero. En ningún caso se hará comparecer a un prisionero de guerra ante un tribunal, sea cual fuere, si no ofrece las garantías esenciales de independencia y de imparcialidad generalmente reconocidas y, en particular, si su procedimiento no garantiza al acusado los derechos y los medios de defensa previstos en el artículo 105.”). Como lo sugiere el artículo 84 y se analiza en la Parte III(D), más adelante, debe observarse que el requisito de independencia e imparcialidad aplicable a los procesos de civiles difiere del aplicable a los miembros de las fuerzas armadas del Estado y, en situaciones de conflicto armado, a los combatientes privilegiados y no privilegiados. En particular, si bien el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe generalmente el uso de tribunales o comisiones ad hoc, especiales o militares para juzgar a civiles por delitos terroristas y afines, los tribunales militares de un Estado pueden juzgar a los miembros de sus propias fuerzas armadas por delitos relacionados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares y, durante conflictos armados internacionales, puede procesar a combatientes privilegiados y no privilegiados siempre que se cumpla con los requisitos mínimos del debido proceso. Sin embargo, los tribunales militares no pueden juzgar violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con funciones militares, que deben someterse a los tribunales civiles. Véase Parte III(D), párrafos 202 y siguientes.

de cargo y el derecho a contar con asesoramiento, en caso de convicción, respecto de los recursos a su alcance, judiciales y de otra índole, así como de los plazos para interponerlos, incluido el derecho a la apelación.²⁹² Las normas que rigen los conflictos armados internacionales y no internacionales también prohíben en ciertas circunstancias imponer una sentencia de muerte contra personas menores de 18 años en el momento del delito y no puede aplicarse a mujeres grávidas o madres de niños de corta edad.²⁹³

105. Cabe hacer notar que, en ciertos aspectos, las garantías judiciales establecidas en los instrumentos que rigen los conflictos armados internacionales brindan mayores salvaguardas que los instrumentos que rigen los conflictos armados no internacionales. Estas incluyen el derecho a ser informado tan pronto como sea posible de los delitos que son punibles con la pena de muerte de acuerdo con la legislación de la Potencia detenedora, la que también debe informar análogamente a las Potencias protectoras,²⁹⁴ y el requisito de que sólo se podrá pronunciar una sentencia de muerte por un tribunal, únicamente en el caso en que el mismo haya sido informado de que el prisionero de guerra no tiene obligación de lealtad a la Potencia detenedora y que se encuentra en poder de la misma como resultado de circunstancias independientes de su propia voluntad.²⁹⁵ También de acuerdo con el Tercer y Cuarto Convenios de Ginebra, cuando una sentencia que involucra la pena de muerte es impuesta a un civil o a un prisionero de guerra, debe notificarse a las Potencias protectoras,²⁹⁶ tras lo cual no podrá ejecutarse la sentencia de muerte antes del vencimiento de un plazo de por lo menos seis meses a partir de recibida esta notificación.²⁹⁷ Ciertos otros derechos mencionados

²⁹² Ibid. (Véase, por ej., artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, notas 36, 67 *supra*; artículo 99 y 102 del Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*; artículo 75, Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*; artículo 6, Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*). Véase también Parte III (D) párrafos 255, 261.

²⁹³ Véase, por ejemplo, el Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 68; artículos 76 y 77 Protocolo Adicional I, nota 68, *supra*; Protocolo Adicional II, nota 36, *supra*, artículo 6.. Véase, también, el artículo 38 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 122. En términos más generales, con respecto a la participación de niños en conflictos armados, véase el Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño, acerca de la participación de niños en conflictos armados. G.A. Res. 54/263, Anexo I, U.N. GAOR, 54º Período de Sesiones, 97a. reunión plenaria, 25 de mayo de 2000.

²⁹⁴ Véase párr.Sección II(C) *supra*, párr. 71.

²⁹⁵ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 100. Véase análogamente, Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 68.

²⁹⁶ Artículos 101 y 107 del Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*; artículos 71, 74 y 75 del Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*.

²⁹⁷ Artículo 101 del Tercer Convenio de Ginebra, nota 67, *supra*, artículos 74 y 75 del Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*.

exclusivamente en el contexto de los conflictos armados internacionales, como el derecho a examinar o a que se examine a los testigos en su contra, pueden no obstante considerarse aplicables a los conflictos armados internos²⁹⁸ como garantías no derogables de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos.²⁹⁹

3. El derecho a la vida y el terrorismo

106. Como se ha sugerido, las protecciones del derecho a la vida establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son particularmente relevantes para dos tipos de iniciativas antiterroristas que pueden emprenderse en tiempos de paz, en estados de emergencia y en conflictos armados, a saber, el uso de la fuerza letal durante operativos antiterroristas por parte de agentes del Estado y la aplicación de la pena de muerte a condenados de delitos relacionados con el terrorismo.

107. En el curso de las operaciones antiterroristas, los agentes del Estado podrían recurrir al uso de la fuerza letal contra sospechosos terroristas. En efecto, el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar la seguridad de todos y esto, en algunas circunstancias, puede requerir el uso de fuerza letal.³⁰⁰

Sin embargo, como lo ha recalcado la Corte Interamericana en el contexto del uso de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, “independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de quienes cometen ciertos delitos, el poder del Estado no es ilimitado, ni puede el Estado recurrir a cualquier medio para alcanzar sus fines. El Estado está sometido a la ley y a la moral. El irrespeto por la dignidad humana no puede servir de base para ninguna acción del Estado”.³⁰¹

108. La Comisión ha especificado que “la Convención Americana, así como otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos, y los

²⁹⁸ Ejemplos de estos derechos incluyen el derecho del inculpado a examinar o a que se examine a los testigos en su contra y a obtener la asistencia y el examen de los testigos en su nombre en las mismas condiciones que los testigos en su contra, el derecho a no ser procesado o sancionado por la misma parte por un delito respecto del cual se haya pronunciado previamente una sentencia definitiva de absolución o condena de acuerdo con la misma ley y el mismo procedimiento judicial, y el derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente. Véase, Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 75(4).

²⁹⁹ Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, *supra*. Véase Sección III(D), párrs. 246 y siguientes.

³⁰⁰ Caso Neira Alegría, nota 6, *supra*. Véase también, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, página 73, párr. 8.

³⁰¹ Caso Neira Alegría, nota 6, *supra*, párr. 75, refiriéndose al Caso Velásquez Rodríguez, nota 249, *supra*, párr. 154 y Caso Godínez Cruz, nota 249, *supra*, párr. 162.

Convenios de Ginebra de 1949, comparten un núcleo común de derechos no derogables y un propósito común de proteger la vida y la dignidad humana. Estos tratados de derechos humanos se aplican en tiempos de paz, y durante situaciones de conflicto armado (...) Tanto el artículo 3 común como el artículo 4 de la Convención Americana protegen el derecho a la vida y por tanto prohíben, entre otras cosas, las ejecuciones sumarias en cualquier circunstancia”.³⁰² En consecuencia, tanto el derecho internacional en materia de derechos humanos como el derecho internacional humanitario protegen la vida de los civiles, los combatientes *hors de combat* y, en cierta medida, la vida de los combatientes que participan en las hostilidades.

109. Como se ha indicado en las secciones anteriores, una de las distinciones principales entre el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en tiempos de paz y el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados es el hecho de que éste no prohíbe disparar contra combatientes enemigos o darles muerte cuando estos no han depuesto sus armas o no han quedado fuera de combate, de modo tal que la muerte de un combatiente en estas circunstancias no constituye una violación del derecho a la vida. Pese a esta distinción fundamental, también puede considerarse que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen principios fundamentales similares aplicables a las situaciones en que el Estado utiliza la fuerza letal para proteger su seguridad o la de sus ciudadanos tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflicto armado.³⁰³

110. Además, si bien existe una norma de proporcionalidad aplicable en tiempos de paz y durante situaciones de conflicto armado, la misma tiene distinto significado y consecuencias en cada contexto. Por lo tanto, en tiempos de paz, el principio de proporcionalidad establece que el uso de la fuerza debe ser proporcionado a las necesidades de la situación.³⁰⁴ En el derecho internacional humanitario, por su parte, el principio de proporcionalidad prohíbe “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas

³⁰² Caso Abella, nota 73 *supra*, párrs. 158 y 161 (se omitieron notas al pie). Véase también, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, pág. 75, párr. 12. Véase también Caso Coard y otros, nota 73 *supra*, párr. 39.

³⁰³ Véase Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, nota 189 *supra*, pág. 272, haciendo referencia a Corte Europea de Derechos Humanos, Ergi c. Turquía, 28 de julio de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV N° 81, párrs. 79, 81, 86, Corte Europea de Derechos Humanos, McCann c. Reino Unido, 27 de septiembre de 1995, Ser. A. 324, párrs. 194, 200, 213 (1995); Caso Hildegard María Feldman, nota 140 *supra*, 57 y Caso Neira Alegría, nota 6 *supra*, párrs. 74-76.

³⁰⁴ Véase *supra*, Sección I(A), párr. 92.

cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista".³⁰⁵ El concepto de proporcionalidad es inherente a los principios complementarios del derecho consuetudinario de necesidad y humanidad, que informan el derecho que rige la conducta de todos los conflictos armados. El principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. De modo que el principio de humanidad conlleva la prohibición específica de un sufrimiento innecesario, el requisito de la proporcionalidad y confirma la inmunidad básica de las poblaciones civiles y que los civiles sean objeto de ataques durante los conflictos armados.³⁰⁶ En consecuencia, estos principios del derecho consuetudinario prohíben los ataques desproporcionados y de otro tipo, exigiendo que la parte que lanza un ataque contra un objetivo militar legítimo debe siempre tratar de evitar o reducir al mínimo las bajas civiles y el daño a objetos civiles previsible.³⁰⁷ Aunque este principio busca minimizar el daño inflingido a los civiles, no se aplica, sin embargo, para limitar el daño inflingido a combatientes u objetivos militares.³⁰⁸ Mientras debe reconocerse el carácter distinto del principio de proporcionalidad aplicable conforme al derecho internacional humanitario, puede, no obstante, decirse que el daño o lesión excesivo previsible a ciertas personas u objetos está prohibido tanto en tiempos de paz como en un conflicto armado.

111. Además, de acuerdo con el principio de distinción aplicable durante los conflictos armados³⁰⁹ y el principio equivalente aplicable en tiempos de paz,³¹⁰ los agentes del Estado, cuando utilizan la fuerza, sólo pueden tener como objetivo ciertas personas y objetos. En consecuencia, en situaciones de conflicto armado, las partes en el conflicto deben distinguir entre los objetivos militares y los civiles y objetos civiles, y lanzar ataques sólo contra aquellos.³¹¹

³⁰⁵ Artículo 51(5)(b) Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*.

³⁰⁶ Folleto N° 110-31 de la Fuerza Aérea de Estados Unidos, *International Law-The Conduct of Armed Conflict and Air Operations* 1-6, párr.1-3 (a)(2) (1976).

³⁰⁷ Véase, *supra*, Sección II(C), párr. 65.

³⁰⁸ Sin embargo, debe recordarse que, de acuerdo con los principios de humanidad y necesidad, los medios y métodos de guerra empleados durante ataques a combatientes no deben causar un sufrimiento innecesario, ver *supra* párr. 65 y párr. 100.

³⁰⁹ Véase, *supra*, Sección II(C), párr. 66.

³¹⁰ Véase, *supra*, Sección III(A), párr.87.

³¹¹ Véase, *supra*, Sección II(C), párr. 66.

Análogamente, en situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave, o amenazan cometer un delito particularmente grave que implica una grave amenaza para la vida, y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras.³¹²

112. Cuando se procura determinar si se ha violado el derecho a la vida protegido en los instrumentos interamericanos de derechos humanos específicamente en el contexto de conflictos armados, también es necesario hacer referencia a las normas correspondientes del derecho internacional humanitario que establecen disposiciones específicas con base en las cuales se puede determinar si una privación de la vida que se produce durante un conflicto armado fue arbitraria y, por tanto, ilegítima. Dichos estándares son utilizados para distinguir entre civiles y combatientes.³¹³

113. En su empeño por eliminar el terrorismo, los Estados con frecuencia han recurrido a la imposición de la pena de muerte como castigo por los delitos relacionados con el terrorismo, lo cual también tiene implicaciones para el derecho a la vida. Independientemente de que esta medida sea impuesta durante tiempo de paz o en situaciones de conflicto armado, existen ciertas restricciones que se aplican en todo momento como protecciones fundamentales y no derogables bajo el derecho internacional de los derechos humanos y/o el derecho internacional humanitario.

114. Primero, ciertas condiciones limitan la capacidad del Estado de someter los delitos relacionados con el terrorismo a la pena capital. Los Estados Partes de la Convención Americana que han abolido la pena de muerte por tales delitos no pueden reimplantarla³¹⁴ y los Estados que crean nuevos delitos de terrorismo y que han ratificado la Convención no pueden castigar esos delitos con la pena capital.³¹⁵

115. Segundo, en los casos en que un Estado legítimamente somete los delitos relacionados con el terrorismo a la pena capital, también existen ciertas condiciones que limitan la manera en que se puede aplicar la pena. En particular, sólo puede ser pronunciada una sentencia de muerte de acuerdo con una decisión definitiva a cargo de un tribunal competente y de acuerdo con una

³¹² Véase, *supra*, Sección III(A), párr. 90.

³¹³ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, pág. 75, Capítulo IV, párr. 12.

³¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 4 (3).

³¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 4 (2).

ley que establezca ese castigo promulgada con anterioridad a la comisión del delito.³¹⁶ Sólo se puede imponer la pena de muerte para los delitos más graves y no puede aplicarse con base en normas de pena obligatoria.³¹⁷ Nunca puede aplicarse por delitos políticos o delitos comunes conexos.³¹⁸ A este respecto, corresponde señalar que ciertos instrumentos internacionales de antiterrorismo explícitamente estipulan que los delitos de terrorismo definidos en dichos instrumentos no deben considerarse delitos políticos o delitos comunes afines para los efectos de la extradición o la cooperación jurídica mutua.³¹⁹

116. Otras condiciones limitan también la manera en que se puede aplicar la pena de muerte. Específicamente, ciertas características del delincuente, incluida su edad, pueden ser un impedimento absoluto para la aplicación de la pena.³²⁰ Los condenados a muerte tienen derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la sentencia.³²¹ Como se ha sugerido, pueden aplicarse otros requisitos procesales como la notificación a las Potencias protectoras, en base a la *lex specialis* del derecho internacional humanitario que rige los conflictos armados internacionales.

117. Además, en todo momento, inclusive durante los conflictos armados, la imposición de dicha pena está sujeta a requisitos procesales estrictos y a un riguroso control de las garantías judiciales mínimas de carácter fundamental. En la medida en que estos requisitos protegen el derecho no derogable a la vida y constituyen condiciones previas necesarias para garantizar que la imposición de la pena capital no constituye una privación arbitraria de la

³¹⁶ Véase la Sección III(D), *infra*.

³¹⁷ Véase Corte IDH Caso Constantine y Benjamín y otros, nota 272 *supra*, párrafos 85-118; Caso Michael Edwards y otros, nota 102 *supra*, párrs. 124-154, 164-165 y 175. Véase también Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párrs. 194-200.

³¹⁸ Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 4(4).

³¹⁹ Véase, por ejemplo, Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*, artículo 11.

³²⁰ Véase, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículos 4 (4) y (5) que prohíben la ejecución de mujeres grávidas o de personas que en momentos de cometer el delito tuvieran menos de 18 o más de 70 años de edad. Véase también Opinión Consultiva OC-3/83, nota 245 *supra*, párrs. 53 y siguientes. Véase también Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 68; Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículos 76, 77; Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 6.

³²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 4(6). CIDH, Informe sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, pág. 50, párr. 22. Los procedimientos para formular dichas solicitudes deben cumplir con la norma de imparcialidad procesal; véase Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párrs. 228-232. Ver también el Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 75.

vida, esas garantías fundamentales son de por sí no derogables de acuerdo con el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario.³²² Estos requisitos incluyen en particular garantías dispuestas por los principios del *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, y *non-bis-in-idem*, así como la presunción de inocencia, el derecho a no ser condenado por un delito excepto con base en la responsabilidad penal individual y el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial conforme a las normas internacionales aplicables³²³ y establecido previamente por la ley. También incluyen las siguientes garantías procesales a los acusados de delitos que conllevan la pena capital:

- el derecho a la notificación detallada y previa de los cargos que se le imputan;
- el derecho a disponer de tiempo y medios suficientes para preparar su defensa, lo que necesariamente incluye el derecho a ser asistido por un abogado de su elección o, en el caso de inculcados indigentes, el derecho a la asistencia de un abogado gratuito, cuando ello sea necesario para un juicio justo
- el derecho a no ser obligado a prestar testimonio contra sí mismo o a declararse culpable;
- el derecho a interrogar a los testigos que se presenten en su contra;
- el derecho a obtener la comparecencia e interrogar a los testigos en su nombre en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

el derecho al asesoramiento, tras la convicción, acerca de los recursos judiciales o de otra índole y de los plazos para su interposición, incluido el derecho a la apelación ante un tribunal superior.³²⁴

B. Derecho a la libertad y la seguridad personales

1. Derecho internacional de los derechos humanos

³²² Véase la Sección III(D) *infra*, párrs. 247, 248, 259.

³²³ Con respecto a las distinciones en las normas sobre imparcialidad e independencia aplicables a civiles y miembros de las fuerzas armadas, véase *infra*, Sección III(D), párr. 256.

³²⁴ Véase *supra*, Sección III(A), párrs. 94 y siguientes y párrs. 104 y siguientes.

118. El derecho a la libertad y seguridad personales y el derecho a la libertad contra el arresto o detención arbitraria está establecido en el artículo XXV de la Declaración Americana y en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los siguientes términos:

Declaración Americana

Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Convención Americana

Artículo 7. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

119. Pueden encontrarse disposiciones similares en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, incluido el artículo 9 de la

Declaración Universal de los Derechos Humanos,³²⁵ el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³²⁶ y, específicamente con respecto al arresto, la detención o el encarcelamiento de niños, el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño.³²⁷

120. Estas disposiciones establecen numerosas garantías encaminadas a la protección de las personas contra la interferencia ilegítima o arbitraria de su libertad por parte del Estado, tanto en relación con procesos penales como en otras esferas en que los Estados puedan ejercer su autoridad. Entre las protecciones garantizadas cabe mencionar los requisitos de que toda privación de la libertad se realice de acuerdo con una ley preestablecida, que el detenido sea informado de las razones de su detención y notificado sin demora de las acusaciones que se le imputan, que toda persona privada de su libertad tiene derecho a un recurso jurídico, a obtener, sin demora, una determinación de la legalidad de su detención, y que la persona sea juzgada dentro de un plazo

³²⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, nota 65, *supra*, artículo 9. “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

³²⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66, *supra*, artículo 9. “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

³²⁷ Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, nota 122 *supra*, artículo 37: “Los Estados Partes velarán por que [...] b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

razonable o liberada mientras continúa el proceso.³²⁸ En todas las circunstancias, los detenidos deben recibir un trato humano.³²⁹

121. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han subrayado anteriormente que nadie puede ser privado de su libertad excepto en casos o circunstancias expresamente dispuestas por ley, y que toda privación de la libertad debe adherir estrictamente a los procedimientos definidos por la ley.³³⁰ Ello incluye garantizar el derecho contra el arresto y la detención arbitrarias regulando estrictamente los fundamentos y procedimientos del arresto y la detención de acuerdo con la ley.³³¹ También incluye la garantía de una pronta y efectiva supervisión judicial de las instancias de la detención a fin de proteger el bienestar de los detenidos en momentos en que están totalmente bajo control del Estado y, por tanto, son particularmente vulnerables a los abusos de autoridad.³³² Se ha observado a este respecto que en los casos en que no existe orden de detención o la misma no es rápidamente supervisada por una autoridad judicial competente, cuando el detenido no puede comprender cabalmente la razón de su detención o no tiene acceso a un asesor letrado, y en que la familia del detenido no puede localizarlo con prontitud, existe un claro riesgo, no sólo para los derechos legales del detenido, sino también para su integridad personal.³³³

122. Para evitar esos riesgos, la Comisión ha sugerido que no se considerará razonable una demora de más de dos o tres días en llevar al detenido ante una autoridad judicial en general.³³⁴ Un sistema efectivo para

³²⁸ Para un examen de los requisitos de un juicio dentro de un plazo razonable, véase *infra*, Sección III(D), párr. 234.

³²⁹ Véase Sección III(C), *supra*.

³³⁰ Véase, por ejemplo, CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Guatemala, OEA/Ser.L./II.111 doc.21 rev., 6 de abril de 2001, Capítulo VII, párr.37 [en adelante, CIDH, Informe sobre Guatemala (2001)], donde se cita el Caso 11.245, Informe N° 12/96, Jorge Alberto Giménez (Argentina), Informe Anual de la CIDH 1995; Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Ser. C. N° 35, párr. 43.

³³¹ La Corte Interamericana ha indicado, por ejemplo, que, a menos que se demuestre que la persona fue *detenida in flagrante delicto*, debe demostrarse que su arresto ha sido efectuado con una orden de detención impartida por una autoridad judicial competente. Caso Suárez Rosero, nota 330 *supra*, párr. 44.

³³² Caso 11.205, Informe N° 2/97, Jorge Luis Bernstein y otros (Argentina), Informe Anual de la CIDH 1997, párr. 11. Véase, análogamente, Caso 12.069, Informe N° 50/01, Damion Thomas (Jamaica), Informe Anual de la CIDH 2000, párrs. 37, 38.

³³³ CIDH, Informe sobre Guatemala (2001), nota 330 *supra*, Capítulo VII, párr. 37.

³³⁴ Véase, por ejemplo, el Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párrs. 248-251. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos, Observación General 8, Artículo 9 (Decimosexto Período de Sesiones, 1982). Compilación de las Observaciones Generales y las
(Continúa...)

registrar los arrestos y las detenciones y poner esa información a disposición de los familiares, asesores letrados y demás personas con intereses legítimos en la información, ha sido también ampliamente reconocido como uno de los componentes más esenciales de un sistema judicial funcional, pues ofrece una protección vital de los derechos del detenido e información confiable para establecer las responsabilidades del sistema.³³⁵

123. Cuando la persona es sometida a detención preventiva después de su arresto, debe demostrarse que las autoridades del Estado tienen una justificación adecuada de dicha detención y que el Estado ha ejercido diligencia debida para asegurar que la duración de dicho confinamiento es razonable, inclusive estableciendo una pronta y continua supervisión judicial. La Comisión ha sostenido que la detención preventiva puede posiblemente justificarse con la existencia de sospechas razonables de que el acusado ha cometido un delito, el peligro de que huya, la necesidad de investigar, la posibilidad de colusión, el riesgo de presiones sobre los testigos y la preservación del orden público.³³⁶ La validez de cualquiera de estas justificaciones debe ser interpretada a la luz de los derechos del inculpado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser liberado, así como del derecho a la presunción de inocencia, que requiere que la duración de la detención preventiva no supere un período de tiempo razonable.³³⁷

124. Esta Comisión, al igual que otros órganos internacionales de derechos humanos, ha reconocido que la privación de la libertad de una persona también puede justificarse en relación con el ejercicio de la autoridad del Estado que vaya más allá de la investigación y la sanción de delitos, cuando medidas

(...Continuación)

Recomendaciones Generales Adoptadas por Organos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 8 (1994), párr. 2; [en adelante Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General N° 8;] Corte Europea de Derechos Humanos, Brogan y otros c. Reino Unido, Sentencia del 29 de noviembre de 1988, Ser. A N° 145B, pág. 33, párr. 62 (en adelante, Caso Brogan).

³³⁵ Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, pág. 317. Véase, análogamente, Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, 30 de agosto de 1955, Primer Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, ONU Doc. A/CONF/611, Anexo I, E.S.C. res. 663c, 24 ONU ESCOR Supp. (N° 1), 11, ONU Doc. E/3048 (1957), y enmiendas E.S.C. Res. 2076, 62 ONU ESCOR Supp. (N° 1), 35, ONU Doc. E/5988 (1977), Regla 7 [en adelante, Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos]; Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, ONU GAOR Res.43/173, 43° Período de Sesiones, 76 Sesión Plenaria, 9 de diciembre de 1988, 43 ONU GAOR Supp. (N° 49), 298, ONU Doc. A/43/49 (1988) [en adelante, Conjunto de Principios de la ONU], Principio 12.

³³⁶ Caso Bronstein, nota 332 *supra*, párrs. 26-37.

³³⁷ Caso Bronstein, nota 332 *supra*, párrs. 11, 12, 24, 25.

de esta naturaleza sean estrictamente necesarias. Se ha sostenido que tales circunstancias incluyen la detención en el contexto del control del ingreso y la residencia de extranjeros en sus territorios y el confinamiento por razones relacionadas con la salud física o mental.³³⁸ Si bien las privaciones de la libertad pueden ser permisibles en situaciones de esta naturaleza, la Comisión ha recalcado que toda detención de este tipo debe en toda circunstancia cumplir con los requisitos de la legislación nacional e internacional preexistente. Como se indicó, ésta incluye el requisito de que la detención se base en fundamentos y procedimientos claramente establecidos en la constitución u otra ley y que debe ser demostrablemente necesaria, justa y no arbitraria. La detención en tales circunstancias debe estar también sujeta a la supervisión judicial sin demora y, en instancias en que el Estado ha justificado la continuidad de la detención, a intervalos razonables.³³⁹

125. En el caso de las personas que buscan asilo, en particular, la Comisión observa que la detención u otras restricciones al movimiento de dichas personas sólo se permiten como excepciones en el contexto de la legislación de refugiados y de derechos humanos aplicable y sólo de acuerdo con la ley y con sujeción a las protecciones del debido proceso.³⁴⁰ Las medidas dirigidas a la detención automática de personas que buscan asilo no están por tanto permitidas por las protecciones internacionales de los refugiados. También pueden considerarse arbitrarias y, dependiendo de las características de las personas afectadas por cualquiera de estas restricciones, potencialmente discriminatorias según el derecho internacional de los derechos humanos.

126. Según los instrumentos de derechos humanos aplicables y la jurisprudencia interamericana al respecto, el derecho a la libertad puede estar sujeto a derogación en tiempos de emergencia. Al mismo tiempo, la capacidad del Estado de suspender este derecho en tales circunstancias ha sido definida

³³⁸ Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114, *supra*, párr. 210, citando CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000, párrs. 134-142 [CIDH, Informe sobre Canadá (2000)]; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Winterwerp, (1979) E.H.R.R. 387; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Amuur v. Francia, (1996) E.H.R.R. 553, párr. 53.

³³⁹ Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114, *supra*, párr. 212. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, A. v. Australia, Comunicación N° 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 de abril de 1997, párr. 9.4

³⁴⁰ Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, nota 120, *supra*, artículo 26 "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." Véase también el Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114 *supra*, párrs. 210-212.

en forma estricta y delimitada por los órganos supervisores de éste y de otros sistemas de derechos humanos.³⁴¹ En particular, la Corte Interamericana ha determinado que el artículo 7(6) de la Convención, que se ha citado, proclama y rige el recurso del *habeas corpus* que, a juicio de la Comisión, “cumple una función vital de garantía del respeto a la vida y la integridad física de las personas, evitando su desaparición o que se mantenga en secreto su paradero, protegiéndolas contra la tortura y otros castigos o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes”.³⁴² A la luz del carácter fundamental del *habeas corpus* a este respecto, la Corte ha llegado a la conclusión de que las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos humanos no sujetos a derogación de acuerdo con el artículo 27(2) de la Convención Americana incluyen aquellas expresamente mencionadas en el artículo 7(6) de la Convención.³⁴³ En consecuencia, si bien el derecho a la libertad personal y a la seguridad es derogable, el derecho a recurrir a un tribunal competente en virtud del artículo 7(6) –que, por su naturaleza, es necesario para proteger derechos no derogables durante la detención penal o administrativa, como el derecho a un trato humano, no puede ser objeto de derogación en el sistema interamericano.

127. La Comisión ha sostenido que hay otros componentes del derecho a la libertad que nunca pueden ser negados, incluidos principios fundamentales que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley deben observar al realizar un arresto, aun durante una emergencia.³⁴⁴ A este respecto, la Comisión, conjuntamente con otras autoridades internacionales, también se ha empeñado en identificar las normas fundamentales adicionales para la protección de los detenidos que no deben ser suspendidas inclusive en condiciones permisibles de derogación en situaciones de emergencia que

³⁴¹ Véase, por ejemplo, Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, pág. 318 (donde se exhorta a todos los Estados miembros de la OEA a “limitar la detención llevada a cabo en estados de emergencia a un breve período y siempre con sujeción a la revisión judicial”). Véase, análogamente, Caso Brogan, nota 334 *supra*, párrs. 61-62.

³⁴² Opinión Consultiva OC-8/87, nota 147, *supra*, párr. 35. Véase también Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en los estados de emergencia (Arts. 27(2), 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 6 de octubre 1987, Ser. A. N° 9, párr. 31.

³⁴³ Opinión Consultiva OC-8/87, nota 147, *supra*, párr. 42; Opinión Consultiva OC-9/87, nota 342 *supra*, párr. 38. A juicio de la Corte, “dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza.” Opinión Consultiva OC-8/87, nota 147 *supra*, párr. 40. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General N° 29, nota 141 *supra*, párrs. 14-16.

³⁴⁴ Caso Asencios Lindo y otros, nota 6, *supra*, párr. 85.

amenacen la independencia o seguridad del Estado.³⁴⁵ Éstos incluyen el requisito de que los fundamentos y procedimientos para la detención estén prescritos por ley, el derecho a ser informado de las razones de la detención, así como a ciertas garantías contra la detención prolongada en carácter de incomunicado o la detención indefinida, incluido el acceso a un abogado, a la familia y a la asistencia médica después del arresto, límites prescritos y razonables para la duración de la detención preventiva,³⁴⁶ y mantenimiento de un registro central de detenidos. Se considera que estas protecciones también incluyen mecanismos adecuados de revisión judicial para examinar las detenciones en forma periódica cuando la detención es prolongada o extendida. Al igual que con el derecho de *habeas corpus* o de amparo, el carácter no derogable de estas protecciones deriva en gran medida de su función integral para la protección de otros derechos no derogables, tales como el derecho a un trato humano y el derecho a un juicio justo, así como de la necesidad de garantizar que los detenidos o prisioneros no queden completamente a merced de quienes los detienen.

128. En los casos de arresto, detención o custodia en espera de juicio, o la detención por alguna otra vía de ciudadanos extranjeros, la jurisprudencia internacional, incluido el sistema interamericano de derechos humanos, ha reconocido la importancia del cumplimiento de las obligaciones internacionales que apuntan a la protección de los intereses particulares de los

³⁴⁵ Para un examen de las conclusiones de la Comisión y de otras autoridades sobre las protecciones no derogables en relación con el derecho a la libertad y la seguridad personales, véase Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, págs. 317, 318, 342; Organización de los Estados Americanos, AG/Res. 510, N°13, reproducida en el Informe Anual de la CIDH 1980-81, nota 141 *supra*; CIDH, Informe sobre Argentina (1980), nota 27 *supra*, págs. 24-27; CIDH, Informe sobre Colombia (1981), nota 27 *supra*, págs. 15-18. Véase, análogamente, COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, ESTADOS DE EMERGENCIA: SU EFECTO EN LOS DERECHOS HUMANOS (Ginebra 1983), págs. 461-463, Nos. 21, 22, 23, 24, 26, 29, 34, 36 [en adelante, COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, ESTADOS DE EMERGENCIA]; *International Law Association*, Paris, *Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, reproducido en R. Lillich, *Current Developments: The Paris Minimum Standards of Human Rights in a State of Emergency*, 79 AM. J. INT'LL. 651 (1985), pág. 75 [en adelante, Normas Mínimas de París]; *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the ICCPR*, HUM. RGTS. Q. 7 (1982), págs. 3-130, *Principles* 70(e) – (g), *Principle* 70 [en adelante, Los Principios de Siracusa]; Nicole Questiaux, *Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency*, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, ECOSOC, Sub-Comisión de Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, E/CN.4/Sub.2/1989/15, 27 de julio de 1982, pág. 45 [en adelante, el Informe Questiaux].

³⁴⁶ La Comisión, por ejemplo, ha determinado como contraria *per se* a los artículos 7(5) y 8(2)(f) de la Convención Americana una ley que autorice la extensión de la detención preventiva bajo incomunicación en ciertos casos hasta por 15 días. Caso Asencios Lindo y otros, nota 6 *supra*, párr. 85. Véase, análogamente, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Aksoy c. Turquía, Sentencia del 18 de diciembre de 1996, *Report of Judgments and Decisions* 1996-VI, N° 26, párr. 78.

ciudadanos extranjeros en tales situaciones. Estas obligaciones incluyen el requisito del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que dispone:

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:
 - a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;
 - b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;
 - c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.
2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.³⁴⁷

129. Estas disposiciones han sido descritas en el sentido de que establecen un régimen interrelacionado destinado a facilitar la implementación del sistema de protección consular de los nacionales extranjeros en los Estados partes del Tratado.³⁴⁸ El Estado Parte de este tratado está obligado a informar a

³⁴⁷ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, nota 124 *supra*, artículo 36.

³⁴⁸ CIJ. Caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos), 27 de junio de 2001, CIJ, Lista General N° 104, en internet http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/igus/igusjudgment/igus_ijudgment_20010625.htm, (visitada el 12 de junio de 2002), párr. 74.

los ciudadanos extranjeros que sean detenidos de cualquier manera por ese Estado de su derecho a que se notifique al representante consular de su Estado, de las circunstancias de la detención y de su derecho a comunicarse con su consulado. Asimismo, estos requisitos no contienen disposición para su derogación. El derecho a la notificación consular ha sido reconocido también como sustancial para el debido proceso y para otros derechos de los detenidos al otorgar, por ejemplo, posible asistencia para la defensa tales como la representación de abogado, la reunión de pruebas en el país de origen, la comprobación de las condiciones en que se brinda la asistencia letrada y el monitoreo de las condiciones de detención del inculpado.³⁴⁹

2. Derecho internacional humanitario

130. Ciertas disposiciones de los instrumentos del derecho internacional humanitario también regulan de la manera como se puede restringir y regular la libertad de las personas. En el caso de los conflictos armados internacionales en particular, el Tercer y Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 contienen disposiciones extensas y especializadas que abordan las circunstancias en que se pueden internar o detener a los prisioneros de guerra y a los civiles y la manera en que se debe supervisar su internación o detención.³⁵⁰ Con respecto a los prisioneros de guerra, los artículos 21, 118 y 19

³⁴⁹ Véase la Opinión Consultiva OC-16/99, nota 129 *supra*, párrs. 56, 57. Otras autoridades internacionales han reconocido análogamente la importancia de facilitar asistencia consular para la protección de ciudadanos extranjeros bajo cualquier forma de arresto, detención o reclusión. Véase el Conjunto de Principios de la ONU, nota 335 *supra*, Principio 16.2 (donde se establece que "... si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo"); *Rules governing the detention of persons awaiting trial or appeal before the Tribunal or otherwise detained on the authority of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991*, 5 May 1994, as amended on 29 November 1999, IT/38/REV., Article 65 [en adelante, el Reglamento de Detención del TPIY]; UN GA Res. A.RES/40/144, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (Nº 53) a 252, UN Doc. A/40/53 "Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven", (13 de diciembre de 1985), artículo 10 [en adelante "Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven"], artículo 10 (Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional).

³⁵⁰ En el régimen de derecho internacional humanitario, debe distinguirse la internación de la detención. Como lo explica el Comité Internacional de la Cruz Roja:

Internar a una persona es colocarla en cierta zona o lugar –en el caso de los prisioneros de guerra, habitualmente un campamento- y evitarles abandonar sus

(Continúa...)

del Tercer Convenio de Ginebra, permiten expresamente la internación de prisioneros de guerra hasta su repatriación “al cese de las hostilidades” o hasta la terminación de cualquier proceso o sanción penal pendiente por cualquier delito del que pudiera habersele legítimamente imputado a un prisionero de guerra.³⁵¹ Los artículos 17 a 117 de ese Convenio también regulan las condiciones de internación. Los prisioneros de guerra no son en razón de esa condición considerados delincuentes y en consecuencia su internación no debe constituir una forma de castigo.³⁵² Ningún prisionero permanecerá en detención preventiva a no ser que la misma medida sea aplicable a los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora por infracciones análogas, o que lo exija el interés de la seguridad nacional. Esta detención preventiva no durará, en ningún caso más de tres meses.³⁵³ Análogamente, se puede confinar a un prisionero de guerra por delitos contra la disciplina si la misma medida es aplicable a los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora por infracciones análogas o si fuera esencial para los intereses del orden o la disciplina del campamento y en ese caso sólo por un período máximo de 14 días.³⁵⁴ Corresponde señalar a este respecto que la condición de prisionero de guerra se aplica sólo en situaciones de conflicto armado internacional y a las categorías de conflicto armado prescritas en el artículo 1(4) del Protocolo Adicional I, y que en casos de duda en el curso de un conflicto armado

(...Continuación)

límites. No debe confundirse el concepto de internación con el de detención. La internación comporta la obligación de no abandonar la ciudad, aldea o parcela de tierra, esté o no cercada, en la que están situadas las instalaciones del campamento, pero no necesariamente significa que el prisionero de guerra tenga que ser confinado a una celda o un cuarto. Este confinamiento sólo puede imponerse en ejecución de sanciones penales o disciplinarias para las cuales se establece disposición expresa en la Sección VI, Capítulo III (del Tercer Convenio de Ginebra).

CICR, COMENTARIO SOBRE EL TERCER CONVENIO DE GINEBRA RELATIVO AL TRATAMIENTO DE LOS PRISIONEROS DE GUERRA (CICR, Jean S. Pictet, ed. 1960), pág. 178 [en adelante, COMENTARIO DEL CICR SOBRE EL TERCER CONVENIO DE GINEBRA].

³⁵¹ En el artículo 119(5) del Tercer Convenio de Ginebra se estipula, en este sentido, que “[l]os prisioneros de guerra procesados por un crimen o un delito penal podrán ser retenidos hasta que finalice el proceso y eventualmente, hasta que hayan cumplido la sentencia. Dígase lo mismo por lo que respecta a los condenados por un crimen o un delito de derecho penal”.

³⁵² Ver, por ejemplo, el artículo 21 del Tercer Convenio de Ginebra nota 67 *supra* estipula que “[...]A reserva de las disposiciones del presente Convenio relativas a las sanciones penales y disciplinarias, estos prisioneros no podrán ser encerrados ni confinados más que cuando tal medida sea necesaria para la protección de su salud; en todo caso, tal situación no podrá prolongarse más de lo que las circunstancias requieran”.

³⁵³ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 103.

³⁵⁴ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 95.

internacional en cuanto a la clasificación individual como prisionero de guerra, la persona debe gozar de la protección que se otorga a los prisioneros de guerra hasta que se determine su condición por parte de un tribunal competente de acuerdo con el artículo 5 del Tercer Convenio de Ginebra.³⁵⁵

131. Los artículos 42, 43 y 78 del Cuarto Convenio de Ginebra, que se aplican a los extranjeros enemigos dentro de un territorio de una parte en un conflicto armado internacional o a las personas protegidas en los territorios ocupados, permiten la internación o ubicación en una residencia asignada de dichas personas protegidas sólo si la seguridad de la Potencia detenedora u ocupante lo hace absolutamente necesario. Estas disposiciones también establecen que toda persona así internada o ubicada en una residencia asignada tendrá derecho a la reconsideración de esa acción o a la apelación de la misma con la menor demora posible, si la misma continúa, sujeto a revisión periódica por parte de un órgano, corte o tribunal administrativo adecuado y competente designado a tal efecto.

132. Con respecto a las personas que están en poder de una parte en un conflicto internacional y que no gozan del beneficio de un tratamiento más favorable en virtud de los Convenios o del Protocolo Adicional I, incluyendo, por ejemplo, los combatientes que no están comprendidos en el Artículo 4 del Cuarto Convenio y otras personas a las que se le niega la condición de prisionero de guerra,³⁵⁶ los artículos 75(34), (5) y (6) del Protocolo Adicional I disponen lo siguiente:

75(3) Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento.

[...]

(5) Las mujeres privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de

³⁵⁵ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 4 y 5. Véase, también, el Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 45, con respecto a los Estados parte en ese instrumento.

³⁵⁶ COMENTARIO DEL CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES, nota 210 *supra*, 869-870.

mujeres. No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar.

(6) Las personas detenidas, presas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado disfrutarán de la protección otorgada por el presente artículo, incluso después de la terminación del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento.

133. También vale la pena subrayar que estas disposiciones, al igual que ocurre con las protecciones fundamentales del derecho internacional humanitario, no pueden ser objeto de derogación.³⁵⁷

134. De forma similar a las normas que rigen el derecho internacional de los derechos humanos, las disposiciones pertinentes del derecho humanitario que rigen los conflictos armados internacionales, establecen mecanismos específicos conforme a los cuales debe reunirse y otorgarse a los Estados afectados y a los familiares información detallada en relación con los prisioneros de guerra y esas disposiciones también obligan a la Potencia detenedora a facilitar la información a estos mecanismos.³⁵⁸ Asimismo, como se indica en la Parte II(C), la detención de víctimas de conflictos armados puede estar sujeta a la supervisión del Comité Internacional de la Cruz Roja y, en los casos en que esté establecido a los efectos de un conflicto armado internacional específico, el régimen de las Potencias protectoras previsto en los Convenios de Ginebra de 1949.³⁵⁹

135. El derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales tampoco prohíbe la captura y detención de personas que toman parte activa en las hostilidades, pero prohíbe la internación o detención de civiles excepto cuando sea necesario por razones imperativas de seguridad.³⁶⁰ Cuando existen circunstancias que justifiquen la detención de

³⁵⁷ Véase, por ejemplo, Sección II(C), párr. 78, *supra*.

³⁵⁸ Véase, por ejemplo, Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 122 y 123 (donde se dispone la transmisión a las Potencias en cuestión, a través de una oficina de información y un organismo central de información sobre prisioneros de guerra, la información relativa a los prisioneros de guerra, incluyendo su apellido, primeros nombres, lugar y fecha de nacimiento completos, nombre y dirección de la persona que debe ser informada y domicilio al que se puede enviar la correspondencia para el prisionero).

³⁵⁹ Véase sección II(B) párr. 71 *supra*, donde se cita el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, Arts. 8 y 9.

³⁶⁰ Véase Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo IV, párr. 122.

combatientes o civiles, el artículo 3 común y los artículos 4 y 5 del Protocolo Adicional II someten el tratamiento de las personas privadas de su libertad por razones relacionadas con el conflicto armado a normas mínimas de trato humano y protección.

3. Derecho a la libertad y la seguridad personales y el terrorismo

136. Como se indicó anteriormente, el comportamiento de los Estados en situaciones de terrorismo está siempre sujeto a los requerimientos del derecho internacional de los derechos humanos y puede estar concurrentemente sujeto a las normas del derecho internacional humanitario en aquellas situaciones en que se den las condiciones para la aplicación de ese régimen de derecho.

137. El derecho a la libertad y la seguridad personales, en la medida en que es abordado por los dos regímenes del derecho internacional, puede dar lugar a diversos requerimientos sobre cuándo se puede detener a una persona, por cuánto tiempo y sujeto a qué mecanismos de supervisión; pero, en toda circunstancia, esos requerimientos deben ajustarse a los principios fundamentales de necesidad, proporcionalidad, humanidad y no discriminación, y deben ser continuamente evaluados.³⁶¹

138. En circunstancias en que no exista un estado de emergencia estrictamente definido de acuerdo con los instrumentos aplicables de derechos humanos, los Estados están completamente obligados por las restricciones y limitaciones del derecho internacional de los derechos humanos que rigen las privaciones de la libertad personal. Éstos incluyen el derecho de las personas a:

- no ser privado de la libertad física excepto por las razones y en las condiciones establecidas por ley;
- ser informado, en un idioma que entienda, de las razones de su detención y a ser notificado sin demora del cargo o los cargos que se le imputan;
- a un contacto sin demora entre el detenido y sus familiares inmediatos y a la asistencia letrada y médica;

³⁶¹ Para un análisis de estos principios del derecho internacional en materia de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, véase sección II(A) *supra* párr. 51, Sección II(C), párrs. 65-66.

- a ser llevado ante un tribunal competente para determinar la legitimidad de su arresto o detención y ordenar su liberación si el arresto o la detención fuera ilegítima.
- a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser liberado sin perjuicio para el proceso, liberación que puede estar sujeta a garantías que aseguren su comparecencia en juicio.
- a información sobre asistencia consular en los casos que involucren el arresto, encarcelamiento o sometimiento a custodia en espera de juicio, o detención de alguna otra manera, de ciudadanos extranjeros.³⁶²
- a la implementación de un sistema efectivo de registro de los arrestos y detenciones y al suministro de información a familiares, abogados y otras personas con interés legítimo en la información.

139. Sujeto al análisis que figura más adelante respecto de las circunstancias particulares de los conflictos armados, existiendo una situación de terrorismo en la jurisdicción de un Estado de tal naturaleza o grado que da lugar a una emergencia que amenaza su independencia o seguridad, el Estado está, sin embargo, impedido de suspender ciertos aspectos fundamentales del derecho a la libertad y la integridad personal que se consideran necesarios para la protección de los derechos no derogables, o que no son derogables en virtud de otras obligaciones internacionales del Estado. Éstos incluyen el requisito de que los fundamentos y procedimientos para la detención estén dispuestos por ley, el derecho a ser informado de las razones de la detención, el acceso sin demora a un abogado, a la familia y, cuando sea necesario o aplicable, a asistencia médica y consular, a límites prescritos en cuanto a la prolongación de la detención y al mantenimiento de un registro central de detenidos. Se considera que estas protecciones incluyen también mecanismos adecuados de revisión judicial para supervisar las detenciones, inmediatamente después del arresto o la detención, y a intervalos razonables, cuando la detención se prolonga.

140. Otros aspectos del derecho a la libertad y la seguridad personales podrían ser suspendidos sujetándose a normas y principios que rigen la derogación, conforme se describe en la Parte II(A). Éstos podrían incluir, en particular, el requisito de que la persona sea juzgada dentro de un

³⁶² En la Sección III(H), se discute en más detalle el derecho a la libertad y seguridad personal en el contexto de los trabajadores migratorios, personas que buscan asilo, refugiados y otros no nacionales.

plazo razonable o sea liberada. El Estado podría, por ejemplo, tener justificaciones para someter a las personas a períodos de detención preventiva o administrativa por plazos más prolongados que los que serían admitidos en circunstancias normales, si se demuestra que la detención prolongada es estrictamente necesaria en razón de la situación de emergencia.³⁶³ Sin embargo, toda detención de ese tipo debe prolongarse sólo por el período que sea necesario en virtud de la situación y debe seguir sujeta a las protecciones no derogables que se describieron antes, incluida la permanente supervisión judicial mediante revisión periódica.

141. Como se indica en la parte II(C), en las situaciones de conflicto armado deben tomarse en cuenta las normas y principios del derecho internacional humanitario como *lex specialis* aplicable para interpretar y aplicar las protecciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluido el derecho a la libertad y seguridad personales, con el debido respeto por los principios generales de necesidad, proporcionalidad, humanidad y no discriminación.³⁶⁴ A este respecto, existen varias características particulares sobre la manera en que el derecho internacional humanitario regula las condiciones en que se pueden efectuar privaciones de la libertad, así como la justificaciones de esas privaciones, que deben informar un análisis del cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos bajo situaciones de conflicto armado. Las implicaciones sustanciales que el derecho internacional humanitario puede tener para el derecho de una persona a la libertad y la seguridad, particularmente en el caso de los combatientes legítimos o ilegítimos, también pone de relieve la importancia de asegurar que exista un procedimiento justo para determinar la condición de las personas que se mantienen bajo custodia por el Estado a fin de garantizar que se les otorguen las protecciones internacionales a las que tienen derecho.³⁶⁵

142. Unos de los factores principales que debe tenerse en cuenta al evaluar el cumplimiento del derecho a la libertad en el contexto de los conflictos armados son las justificaciones del derecho internacional humanitario para detener a personas en tiempos de guerra. En el caso de las personas que han participado activamente en las hostilidades, el derecho internacional humanitario permite su internación por una de las partes en el conflicto como un componente

³⁶³ Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Lawless c. República de Irlanda* (N° 3), 1° de julio de 1961 (N° 3), 1 E.H.R.R. 15, párrs. 36, 37.

³⁶⁴ Véase Sección II(C) *supra*, párrs. 61, 65.

³⁶⁵ Véase sección II(C), parr. 74. Véase también CIDH, Medidas cautelares solicitadas respecto de los detenidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba (Estados Unidos), 12 de marzo de 2002.

fundamental para el logro de los objetivos militares de esa parte, a saber, evitar que la parte opositora se beneficie de la participación continuada de los integrantes de sus fuerzas que han depuesto sus armas o han quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención u otra causa.³⁶⁶ Como se ha indicado, el derecho internacional humanitario también permite, en general, la internación continuada de combatientes hasta su repatriación al cesar las hostilidades activas. Por tanto, en razón de estos principios jurídicos internacionales particulares y más específicos en que se sustenta la detención de combatientes en conflictos armados, no debe considerarse que el derecho internacional otorga algún derecho de parte de los combatientes detenidos a ser informados de las razones de su detención, a impugnar la legalidad de la detención o, en ausencia de actuaciones disciplinarias o penales, a que se les otorgue acceso a la asistencia letrada.

143. Por su parte, como se señaló anteriormente, el derecho internacional humanitario en general permite la detención o internación administrativa de civiles y de otros que no han tomado parte activa en las hostilidades, sólo en circunstancias excepcionales. En particular, esa detención sólo puede efectuarse de acuerdo con disposiciones específicas y puede ser autorizada sólo cuando lo requieran preocupaciones de seguridad, cuando medidas menos restrictivas no puedan permitir lograr el objetivo que se procura y cuando la acción se desarrolle en cumplimiento de los fundamentos y procedimientos establecidos en una ley preexistente.³⁶⁷ Las normas aplicables del derecho internacional humanitario en relación con la detención de civiles también exigen que toda detención se efectúe de acuerdo con un “procedimiento normal” que incluirá el derecho del detenido a ser oído y a apelar la decisión, y que toda continuación de la detención debe estar sujeta a revisión periódica.³⁶⁸ Si bien los requisitos particulares del proceso de revisión pueden variar de

³⁶⁶ De acuerdo con la CICR, “los prisioneros de guerra están en poder del Estado que los captura. Este poder se basa en la fuerza y la primera preocupación del captor es mantenerlo, resistiendo toda fuga o intento de fuga por parte de los prisioneros”. COMENTARIO DEL CICR SOBRE EL TERCER CONVENIO DE GINEBRA, nota 350 *supra*, pág. 178. Véase, análogamente, *THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS* (D. Fleck, ed. 1995), pág. 326 (donde se indica que “el propósito del cautiverio es excluir a los soldados enemigos de nuevas operaciones militares. Dado que se permite que los soldados participen en operaciones militares legítimas, los prisioneros de guerra sólo deben ser considerados detenidos cautivos por razones de seguridad, y no delincuentes (...). Por lo tanto, la toma de un prisionero combatiente enemigo nunca puede servir de castigo sino sólo para evitar una ulterior participación en operaciones militares contra la Potencia detenedora. En razón de esta percepción fundamental de las operaciones legítimas durante los conflictos armados, la internación de los prisioneros de guerra debe diferenciarse de la de los condenados”. (Traducción por la Comisión).

³⁶⁷ Caso Coard y otros, nota 73 *supra*, párrs. 52, 53, 54. Véase también Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículo 75(3).

³⁶⁸ Caso Coard y otros, nota 73 *supra*, párrs. 52, 53, 54.

acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular, incluyendo, por ejemplo, la capacidad del detenido, en todas las instancias los estándares mínimos del derecho en materia de derechos humanos exigen que los procedimientos de revisión de la detención cumplan con las normas de la justicia procesal. Estas normas incluyen los requisitos de que quien toma la decisión cumpla con las normas de imparcialidad y que el detenido tenga oportunidad de presentar pruebas y de conocer y controvertir los alegatos de la parte opositora y que se otorgue al detenido oportunidad de ser representado por un abogado u otro representante.³⁶⁹ Es preciso recalcar que, inclusive en los casos en que las hostilidades armadas puedan producirse durante un período prolongado, este factor por sí solo no basta para justificar la detención o internación prolongada de civiles; su detención sólo está justificada en tanto las preocupaciones de seguridad lo requieran estrictamente.³⁷⁰

144. En cuanto a las condiciones en que se pueden efectuar privaciones de la libertad, el derecho internacional humanitario reconoce que la detención de personas en circunstancias de conflicto armado puede producirse durante el calor del combate, cerca o en el teatro de operaciones o en situaciones de peligro similares. En parte como consecuencia de ello, el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados dispone una serie de presunciones y mecanismos de toma de decisiones para determinar el *status* y los derechos y obligaciones correspondientes de las personas capturadas durante un conflicto armado, incluyendo si es susceptible a ser detenida o internada. En relación a las personas que han cometido actos de beligerancia y han caído en manos del enemigo y cuyo *status* de prisionero de guerra, por ejemplo, está en duda, el artículo 5 del Tercer Convenio de Ginebra, y conforme se indica con más detalle en el artículo 45 del Protocolo Adicional I, establece una presunción de aplicación de la protección del Convenio a esas personas hasta que haya sido determinado su *status* por un “tribunal competente”. Si bien las características de ese tribunal competente, a su vez, pueden necesariamente

³⁶⁹ Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114 *supra*, párr. 213. Véase, análogamente, Corte Europea de Derechos Humanos, Branningan c. Reino Unido, 26 de mayo de 1993, Ser. A. 258-B, párr. 58.

³⁷⁰ En el contexto del artículo 42 del Cuarto Convenio de Ginebra, relacionado con la internación de extranjeros en el territorio de una parte en un conflicto armado internacional, el CICR ha observado que el Convenio subraya el carácter excepcional de la internación y la asignación de residencia sometiendo su aplicación a condiciones estrictas; su objeto para ello es poner fin al abuso que ocurrió durante la Segunda Guerra Mundial. Con demasiada frecuencia, el mero hecho de ser un sujeto enemigo fue considerado justificativo de la internación. De ahí que sólo la necesidad absoluta, basada en los requisitos de la seguridad del Estado, puede justificar el recurso a estas dos medidas, y sólo si no se puede salvaguardar la seguridad por otros medios menos severos. Quedan estrictamente excluidas todas las consideraciones sin estos fundamentos. COMENTARIO DEL CICR SOBRE EL CUARTO CONVENIO DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1979, (CICR, Jean S. Pictet, ed. 1960), [en adelante COMENTARIO DEL CICR SOBRE EL CUARTO CONVENIO DE GINEBRA] nota 370 *supra*.

estar afectadas por otras exigencias, como la proximidad del frente, la experiencia práctica indica que dichos tribunales pueden ser de índole administrativa, lo cual puede incluir comisiones militares, y deben estar compuestos por funcionarios calificados.³⁷¹

145. Esto a su vez sugiere que, en circunstancias en que los actos terroristas puedan desatar un conflicto armado internacional, o de alguna manera producirse durante un conflicto armado internacional, el cumplimiento por el Estado de los derechos a la libertad de las personas detenidas en el curso del conflicto debe evaluarse a la luz de las presunciones y mecanismos particulares establecidos por el derecho internacional humanitario. El derecho de los conflictos armados exige que cuando un detenido no sea combatiente o existan dudas acerca de su *status*, debe examinarse su *status* y, por consiguiente, si es susceptible a ser detenido o internado y en qué condiciones.

146. Pese a estas normas y mecanismos específicos que rigen la detención de personas en situaciones de conflicto armado, puede haber circunstancias en las que existe duda sobre si siguen existiendo hostilidades activas, o en las que una ocupación beligerante continúa durante un período prolongado. Si esto ocurre, las normas y procedimientos del derecho internacional humanitario pueden resultar inadecuadas para salvaguardar apropiadamente los estándares mínimos de derechos humanos de los detenidos.³⁷² La Comisión reconoce que el derecho internacional vigente no aborda claramente las situaciones de esta naturaleza, pero entiende que en todo momento la consideración primordial debe ser la protección eficaz, conforme a derecho, de los derechos fundamentales de los detenidos, incluidos los

³⁷¹ Véase COMENTARIO DEL CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES, nota 210 *supra*, págs. 551-552 y nota 29 citando, entre otros, a W.H. Parks, *The Law of War Adviser*, 31 *The Jag Journal*, N° 1, Summer, 1980, p. 14, donde se indica que durante el conflicto de Vietnam, el gobierno de los Estados Unidos delegó la clasificación de los cautivos a tribunales integrados por tres oficiales y que en general se consideró que quienes se pronunciaban acerca de la conducta de miembros de las fuerzas armadas debían estar calificados y, por ejemplo, que sólo oficiales por lo menos del mismo rango, podían juzgar la conducta de un oficial con mando igual.

³⁷² Con respecto a la repatriación de los prisioneros de guerra tras la guerra de Corea, por ejemplo, el CICR ha observado que el Comité Internacional de la Cruz Roja tuvo acceso a los campos establecidos por las Naciones Unidas pero nunca pudo llevar a cabo verificaciones similares en Corea del Norte. Las potencias protectoras jamás asumieron sus deberes en cualquiera de los lados. Además, los prisioneros de guerra nunca pudieron mantener correspondencia con sus familiares ni recibir paquetes de éstos. Por ende, no se aplicaron las disposiciones esenciales de la Convención y así resultó considerablemente afectada la aplicación del artículo 118. La Convención constituye un todo y si se descuida alguna de sus disposiciones esenciales, esa integridad queda en peligro. Véase COMENTARIO DEL CICR SOBRE EL TERCER CONVENIO DE GINEBRA, *supra* nota 350 p. 546.

derechos a la libertad y a un trato humano.³⁷³ Por ende, la Comisión considera que si los detenidos se encuentran en una situación incierta o prolongada de conflicto armado u ocupación, los mecanismos de supervisión y las garantías judiciales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, incluidos los recursos de amparo y de *habeas corpus*, pueden necesariamente reemplazar al derecho internacional humanitario si así fuere necesario para salvaguardar los derechos fundamentales de esos detenidos.³⁷⁴

C. Derecho a un trato humano

1. Derecho internacional de los derechos humanos

147. Quizá no haya campo donde exista mayor convergencia entre el derecho internacional en materia de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que en lo atinente a las normas de trato humano y de respeto a la dignidad humana. Ambos regímenes, si bien gobernados por instrumentos diferentes, prevén los mismos requisitos mínimos e inderogables respecto del trato humano de todas las personas bajo control de la autoridad y del Estado.³⁷⁵

³⁷³ La necesidad de asegurar que en todas las circunstancias se brinde protección a los derechos fundamentales de las personas se refleja análogamente en la Declaración de Turku sobre las normas humanitarias mínimas, del 2 de diciembre de 1990, mediante la cual un grupo de especialistas en derecho humanitario y en derecho internacional de los derechos humanos consagró normas humanitarias mínimas aplicables en todas las situaciones, incluidas violencia interna, disturbios, tensiones y emergencia pública. Estas normas comprenden protecciones mínimas para las personas detenidas, consignadas en el artículo 4 de la Declaración. Véase, también, Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, nota 189 *supra*, pp. 273-275.

³⁷⁴ Algunos autores han sostenido, en el mismo sentido, que cuando el derecho internacional humanitario resulta inadecuado para abordar ciertas situaciones como las ocupaciones militares prolongadas, deben invocarse las protecciones aplicables del derecho internacional de los derechos humanos a fin de llenar ese vacío. Véase, por ejemplo, Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, nota 189 p. 266, citando a Adam Roberts, *Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories since 1967*, 84 AM. J. INT' LL. 70-74. Al parecer de la Comisión, los fines que sustentan esta propuesta no sólo se aplicarían a las protecciones sustantivas al amparo del derecho internacional de los derechos humanos, sino también a los mecanismos de supervisión mediante los cuales se pretenden garantizar esas disposiciones sustantivas.

³⁷⁵ El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha observado en este sentido que la esencia del cuerpo íntegro del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos reside en la protección de la dignidad humana de cada persona, cualquiera sea su sexo. El principio general de respeto a la dignidad humana es la propia razón de ser del derecho internacional humanitario y del derecho internacional en materia de derechos humanos e inclusive, en los tiempos modernos ha cobrado una importancia suficiente para permear todo el cuerpo del derecho internacional "ICTY, *The Prosecutor v. Furundzija*, N° IT-95-17/1-T, *Judgment of December 19, 1998 (Trial Chamber II)*, para. 183, *appealed to the ICTY Appeals Chamber, Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-A, *Judgment of July 21, 2000 (ICTY Appeals Chamber)*, [en adelante Sentencia TC en Furundzija].

148. Además, bajo ambos regímenes las violaciones de la prohibición de torturas y otras infracciones serias de las normas sobre trato humano no sólo crean responsabilidad del Estado como se describe más adelante, sino que también pueden configurar delitos internacionales que conllevan la responsabilidad penal individual por parte de quien las perpetra y de sus superiores.³⁷⁶ Algunas de esas violaciones pueden constituir crímenes de lesa humanidad e, inclusive, genocidio³⁷⁷ y ahora pueden quedar bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.³⁷⁸

149. Dentro del sistema interamericano, el derecho al trato humano está prescrito principalmente en los artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana y en el artículo 5 de la Convención Americana, que disponen:

Declaración Americana

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

Artículo XXV. (...)Todo individuo que haya sido privado de su libertad (...) tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Artículo XXVI. Toda persona acusada de delito tiene derecho (...) a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

Convención Americana

Artículo 5 (1) Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. (2) Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la

³⁷⁶ Véase, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre de 1984, AG Res. 39/46, Anexo, 39 ONU GAOR Supp. (N° 51), 197, ONU Doc. A/39/51 (1984), que entró en vigor el 26 de junio de 1987, artículo 1, [en adelante, Convención de la ONU sobre la Tortura].

³⁷⁷ Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículos 6 y 7. Convención sobre Genocidio, nota 189 *supra*, artículo 2. Como se describe más adelante, en situaciones de conflictos armados esos actos también pueden constituir crímenes de guerra (véase, por ejemplo, Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículo 8) y en situaciones de conflictos armados internacionales también pueden constituir violaciones graves de los Convenios de Ginebra, (ver Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 130, Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 147) o del Protocolo Adicional I (véase Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículos 11, 85 y siguientes).

³⁷⁸ Estatuto de Roma, nota 31 *supra*.

dignidad inherente al ser humano. (3) La pena no puede trascender de la persona del delincuente. (4) Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. (5) Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. (6) Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 7 (1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

150. Estas disposiciones reflejan derechos humanos similares garantizados en virtud de otros instrumentos regionales y universales,³⁷⁹ y en general abarcan tres categorías amplias de tratos o castigos prohibidos, a saber: 1) la tortura; 2) otros tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; 3) otros prerequisites de respeto de la integridad física, mental o moral, incluyendo ciertas regulaciones que rigen los medios y objetivos de detención o castigo. El análisis que figura a continuación ofrece un panorama del significado y contenido de estas protecciones para un trato humano, seguido por la consideración de varias esferas del comportamiento de los Estados, particularmente pertinentes al derecho a un trato humano, a saber, los métodos de interrogación, las condiciones de detención y protecciones específicas para los niños, las mujeres y los extranjeros.

151. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana no definen expresamente la “tortura” u “otros castigos o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes”.

152. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, por su parte, define la tortura a los efectos del tratado como

todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por

³⁷⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, nota 65 *supra*, artículo 3 y 5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, artículos 7 y 9. Véase también Convención Europea sobre Derechos Humanos, nota 137 *supra*, artículo 3. Véase también Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, nota 122 *supra*, artículo 37, que se examina *infra*, parr. 171.

cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.³⁸⁰

153. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³⁸¹ establece una definición similar, aunque no idéntica, de la tortura, en su artículo 2, que reza como sigue:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

154. De acuerdo con el régimen de la Convención Interamericana sobre la Tortura, la tortura se refiere a actos cometidos por agentes del Estado o personas que actúen bajo las órdenes o la instigación de agentes del Estado.³⁸² Al analizar el concepto de tortura a los efectos del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión se ha referido con frecuencia a la definición establecida en la Convención Interamericana sobre la Tortura,³⁸³ y

³⁸⁰ Convención de la ONU sobre la Tortura, nota 376 *supra*, artículo 1. Véase, también, Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículo 7.

³⁸¹ Convención Interamericana sobre la Tortura, nota 105 *supra*.

³⁸² Convención Interamericana sobre la Tortura, nota 105 *supra*, artículo 3, que reza: "Serán responsables del delito de tortura: a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices".

³⁸³ Respecto del artículo 5 de la Convención Americana, véase, por ejemplo, Caso 10.970, Informe N° 5/96, Raquel Martín de Mejía (Perú), Informe Anual de la CIDH (1995), pág. 185. Véase también el Caso 9.853, Informe N° 4/98, Ceferino UI Musicue y otros (Colombia), Informe Anual de la CIDH (1997). Véase también el Caso Abella, nota 73 *supra*, párr. 233.

ha comprobado también violaciones de la propia Convención Interamericana sobre la Tortura contra Estados Partes de ese instrumento.³⁸⁴ La Comisión ha considerado que, para que exista tortura, deben combinarse tres elementos: 1. debe ser un acto intencional mediante el cual se inflige dolor y sufrimiento físicos y mentales; 2. debe ser cometido con un propósito (entre otros, castigo personal o intimidación) o intencionalmente (por ejemplo, para producir cierto resultado en la víctima); 3. debe ser cometido por un funcionario público o por un particular actuando por instigación de aquél.³⁸⁵ Como se indica más adelante, la tortura y el trato inhumano son distintos tipos de violaciones.³⁸⁶

155. La Convención Americana prohíbe la imposición de la tortura o de un trato o castigo cruel, inhumano o degradante contra las personas en cualquier circunstancia.³⁸⁷ Si bien la Declaración Americana no contiene una disposición general sobre el derecho a un trato humano, la Comisión ha interpretado el artículo I de dicha Declaración en el sentido de que contiene una prohibición similar a la de la Convención Americana.³⁸⁸ En efecto, ha especificado que “un aspecto esencial del derecho a la seguridad personal es la absoluta prohibición de la tortura, norma perentoria del derecho internacional que crea obligaciones *erga omnes*”³⁸⁹ También ha calificado la prohibición de la tortura como una norma de *jus cogens*.³⁹⁰

156. Ni la Convención Americana ni la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura establecen lo que se debe entender por “tratamiento inhumano o degradante”, ni cómo éste debe diferenciarse de la tortura. Sin embargo, pueden extraerse ciertos principios rectores de la jurisprudencia de la Corte y la Comisión Interamericanas a los efectos de determinar si ciertas conductas pueden quedar comprendidas dentro de esas categorías de trato inhumano. Al analizar alegaciones de violación del artículo 5 de la Convención Americana, por ejemplo, la Comisión Interamericana ha tenido en cuenta decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de acuerdo con las cuales el trato inhumano es aquel que causa deliberadamente sufrimiento

³⁸⁴ Caso 11.565, Informe N° 53/01, Ana, Beatriz y Celia González Pérez (México), Informe Anual de la CIDH 2001, párr. 94.

³⁸⁵ Caso Martín de Mejía., nota 383, 185.

³⁸⁶ Véase *infra* sección III(C), párrs. 158-165. Véase también Corte Europea de Derechos Humanos, Irlanda c. Reino Unido, Sentencia (9 de octubre de 1979), Ser. A N° 25.

³⁸⁷ Convención Americana, artículo 5, nota 61 *supra*.

³⁸⁸ Véase, por ejemplo, el Caso 9437, Informe N° 5/85, Juan Antonio Aguirre Ballesteros (Chile), Informe Anual de la CIDH 1984-1985.

³⁸⁹ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párr. 118.

³⁹⁰ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párr. 154.

mental o psicológico, el cual, dada la situación particular, es injustificable, y que el trato o castigo de una persona puede ser degradante si es gravemente humillada frente a otros o es obligada a actuar contra sus deseos o su conciencia.³⁹¹

157. La Comisión Interamericana también ha considerado la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual un tratamiento debe tener un nivel mínimo de severidad para ser considerado “inhumano o degradante”. La determinación de ese nivel “mínimo” se relaciona y depende de las circunstancias de cada caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y la salud de la víctima.³⁹²

158. Además, con respecto a la diferencia conceptual entre el término “tortura” y un “tratamiento inhumano o degradante”, la Comisión Interamericana ha compartido la opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de que el concepto de “tratamiento inhumano” incluye el de “tratamiento degradante”, y de que la tortura es una forma agravada de tratamiento inhumano perpetrado con un propósito, a saber, obtener información o confesiones, o infligir castigo.³⁹³ La Comisión Interamericana también se ha basado en la opinión de la Corte Europea de Derechos Humanos de que el criterio esencial para distinguir entre tortura y otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante “deriva primordialmente de la intensidad del sufrimiento infligido”.³⁹⁴

159. La Corte Interamericana se ha basado análogamente en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos al concluir que, inclusive en ausencia de lesiones físicas, el sufrimiento psicológico y moral, acompañado de perturbaciones psíquicas durante el interrogatorio, puede considerarse un trato inhumano. De acuerdo con la Corte Interamericana, el aspecto degradante de un tratamiento se caracteriza por el temor, la angustia y la inferioridad inducida con el propósito de humillar y degradar a la víctima y

³⁹¹ Caso 10.832, Informe 35/96, Luis Lizardo Cabrera (República Dominicana), Informe Annual de la CIDH 1997, párr. 77, citando la Comisión Europea de Derechos Humanos, el caso Griego, 1969, 12 Y.B. Eur. Conv.on H.R. 12 [en adelante el caso Griego] 186.

³⁹² Caso Luis Lizardo Cabrera, nota 391 *supra*, párr. 78, refiriendo Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*, párrs. 162-163.

³⁹³ Caso Luis Lizardo Cabrera, nota 391 *supra*, párr. 79, refiriendo el Caso Griego, nota 391 *supra*, pág. 186.

³⁹⁴ Caso Luis Lizardo Cabrera, nota 391 *supra*, párr. 80, refiriendo Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*, párr. 167. Para un análisis más detallado del concepto de trato inhumano por parte de la Corte Europea, véase Corte EDH, Caso Tyrer, nota 129 *supra*, párrs. 28 y siguientes.

quebrar su resistencia física y moral.³⁹⁵ La Corte también observó que el aspecto degradante del tratamiento puede verse exacerbado por la vulnerabilidad de la persona que es detenida ilegalmente.³⁹⁶

160. Por último, esta Comisión ha considerado que la Convención Americana y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ofrecen a la Comisión cierta latitud para determinar si, en vista de su gravedad o intensidad, un acto o práctica constituye tortura o tratamiento o castigo inhumano o degradante. De acuerdo con la Comisión, esa clasificación debe efectuarse caso por caso, teniendo en cuenta sus peculiaridades, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales en cada víctima específica y las circunstancias personales de ésta.³⁹⁷

161. Aunque es imposible ofrecer un listado exhaustivo del tipo de comportamiento que podría constituir una tortura o un castigo o tratamiento cruel, inhumano o degradante, puede obtenerse alguna orientación a partir de la jurisprudencia interamericana disponible, en cuyo contexto se ha comprobado que ciertos actos equivalen a un tratamiento inhumano, en general, y específicamente en el contexto del interrogatorio y la detención.³⁹⁸ Los ejemplos son los siguientes:

la detención prolongada con incomunicación;³⁹⁹

el mantenimiento de los detenidos encapuchados y desnudos en las celdas e interrogarlos bajo los efectos de pentotal;⁴⁰⁰

la imposición de una alimentación restringida que cause desnutrición;⁴⁰¹

³⁹⁵ Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, 19 de septiembre de 1997, Serie C Nº 33, párr. 57.

³⁹⁶ Caso Loayza Tamayo, nota 395 *supra*, citando a Corte EDH, Ribitsch c. Austria, Sentencia de 4 de diciembre de 1995, Serie A Nº 336, párr. 36.

³⁹⁷ Caso Luis Lizardo Cabrera, nota 391 *supra*, párr. 82-83.

³⁹⁸ Para un examen general de la jurisprudencia interamericana en esta esfera, véase Scott Davidson, *The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System*, in *THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM* (David Harris y Stephen Livingstone eds. 1998), párrs. 226 y siguientes.

³⁹⁹ Véase, por ejemplo, Caso Velásquez Rodríguez, nota 249 *supra*, párr. 156. Véase también Caso Godínez Cruz, nota 249 *supra*, párr. 164. Caso Villagrán Morales, nota 130 *supra*, párrs. 162-164.

⁴⁰⁰ CIDH, Informe sobre El Salvador (1978), nota 27 *supra*, Capítulo III, párrs. 7, 8 véase en particular el caso de Lil Ramírez.

⁴⁰¹ CIDH, Informe sobre El Salvador (1978), nota 27 *supra*, Capítulo III párrs. 7, 8 en particular los casos de Lil Ramírez, Sergio Vladimir Arriaza y Carlos A. Madrid.

la aplicación de choques eléctricos a una persona;⁴⁰²

sumergir la cabeza de una persona en el agua hasta el punto de asfixia;⁴⁰³

pararse encima o caminar sobre las personas;⁴⁰⁴

las golpizas;⁴⁰⁵ los cortes con trozos de vidrio;⁴⁰⁶ la colocación de una capucha en la cabeza de una persona y quemarla con cigarrillos encendidos;⁴⁰⁷

la violación;⁴⁰⁸

los simulacros de entierros y ejecuciones, las golpizas y la privación de alimentos y de agua;⁴⁰⁹

las amenazas de un comportamiento que constituiría un tratamiento inhumano;⁴¹⁰ las amenazas de la extirpación de partes del cuerpo, la exposición a la tortura de otras víctimas;⁴¹¹

las amenazas de muerte.⁴¹²

⁴⁰² Véase, por ejemplo, Caso 10.202, Informe N° 76/90, Muñoz (Perú), Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1990-91); Caso 10.574, Informe N° 5/94 Lovato Rivera (El Salvador), Informe Anual de la CIDH (1993), 174 y 179.

⁴⁰³ Caso 9274, Resolución N° 11/84, Roslik (Uruguay), Informe Anual de la CIDH (1984-1985) pág. 121 y 127.

⁴⁰⁴ Véase, Caso Lovato Rivera (El Salvador), nota 402 *supra*, 174, 179. Caso 7481, Resolución N° 30/82, Hechos ocurridos en Caracoles (Bolivia), Informe Anual de la CIDH (1981-1982), págs. 36, 39 y 40.

⁴⁰⁵ Véase, por ejemplo, el Caso Caracoles, nota 404 *supra*, págs. 36, 39 y 40. Caso Lovato Rivera, nota 402 *supra*, págs. 174 y 179.

⁴⁰⁶ Véase, por ejemplo, el Caso Caracoles, nota 404 *supra*, págs. 36, 39 y 40.

⁴⁰⁷ Véase, por ejemplo, el Caso Lovato Rivera, nota 402 *supra*, págs. 174 y 179.

⁴⁰⁸ Véase, por ejemplo, el Caso Martín de Mejía, nota 383 *supra*, pág. 182 y siguientes. Véase también el Caso 10.772, Informe N° 6/94, Rivas (El Salvador), Informe Anual de la CIDH (1994); Caso Caracoles, nota 404 *supra*. Véase también el Caso González Pérez, nota 384 *supra*.

⁴⁰⁹ Véase, por ejemplo, Caso 7823, Informe N° 32/82, Solano (Bolivia), Informe Anual de la CIDH (1981-82), págs. 42 y 44.

⁴¹⁰ Caso Villagrán Morales, nota 130 *supra*, párr. 165.

⁴¹¹ Véase, por ejemplo Caso 7824, Resolución N° 33/82, Barrera (Bolivia) Informe Anual de la CIDH (1981-82), págs. 44 y 46.

162. También puede obtenerse cierta orientación de otras autoridades internacionales en este sentido. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura también ha enumerado varios actos que comportan la inflicción de grave sufrimiento, suficiente para constituir tortura. Estos actos incluyen, por ejemplo, las golpizas, la extracción de las uñas, los dientes, etc., las quemaduras, las descargas eléctricas, la suspensión, la sofocación, la exposición a luz o ruido excesivo, la agresión sexual, la administración de drogas en instituciones de detención o psiquiátricas, la negación prolongada del descanso o el sueño, de los alimentos, una higiene suficiente o la asistencia médica, el aislamiento y la privación sensorial totales, la detención en constante incertidumbre en términos de espacio y tiempo, las amenazas de tortura o de muerte a familiares y las ejecuciones simuladas.⁴¹³ El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha considerado que una conducta similar constituye tortura u otro tipo de trato inhumano, incluyendo las golpizas, las descargas eléctricas y las ejecuciones simuladas, el obligar a los detenidos a permanecer de pie por períodos extremadamente prolongados, y mantenerlos incomunicados por más de tres meses, con los ojos vendados y las manos atadas, dando lugar a parálisis de miembros, lesiones en piernas, sustancial pérdida de peso e infección en los ojos.⁴¹⁴

163. La Corte Europea de Derechos Humanos también ha tenido ocasión de evaluar un comportamiento que presuntamente constituye tortura u otro trato inhumano a los efectos de la Convención Europea de Derechos Humanos. En particular, en el Caso Griego, la Corte consideró que la práctica

(...Continuación)

⁴¹² Véase, por ejemplo, Caso 10.508, Informe N° 25/94, Lissardi & Rossi (Guatemala), Informe Anual de la CIDH (1994), 51 y 54.

⁴¹³ Véase. La Tortura y otros tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, Informe del Relator Especial, Sr. P. Kooijmans, designado de acuerdo con la Resolución 1985/33 E/CN.4/1986/15, de la Comisión de Derechos Humanos, 19 de febrero de 1986 [en adelante, Informe del Relator Especial de la ONU sobre la Tortura], párr. 119, al que se hace referencia en la Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párr. 467.

⁴¹⁴ Muteba c. Zaire, (124/1982) Informe del Comité de Derechos Humanos, Actas Oficiales de la Asamblea General de la ONU, 22° Período Ordinario de Sesiones, Suplemento N° 40 (1984), Comunicación 124/1982, República Democrática del Congo, 27/07/84. CCPR/C/22/D/124/1982, 10.2 [en adelante caso Muteba, Comité de Derechos Humanos de la ONU]; Setelich c. Uruguay, (63/1979) Informe del Comité de Derechos Humanos, Actas Oficiales de la Asamblea General de la ONU, 14° Período de Sesiones, Comunicación N° 63/1979, Uruguay. 28/10/81, CCPR/C/14/D/63/1979, párr. 16.2 [en adelante, Caso Setelich, Comité de Derechos Humanos de la ONU]; Weinberger c. Uruguay, (28/1978) Informe del Comité de Derechos Humanos, Actas Oficiales de la Asamblea General de la ONU, 31° Período de Sesiones, Comunicación N° 28/1978, ONU Doc. CCPR/C/11/D/28/1978, párr.12 [en adelante, Caso Weinberger, Comité de Derechos Humanos de la ONU], referidos en la Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párr. 461.

de administrar graves golpizas en todas las partes del cuerpo constituye tortura y maltrato.⁴¹⁵ Análogamente, en *Aksoy c. Turquía*, la Corte consideró que la víctima había sido sometida a tortura cuando fue desnudado y suspendido por los brazos, los cuales habían sido atados juntos en su espalda, tratamiento que fue aplicado deliberadamente, que había requerido cierta preparación y determinación para llevarlo a cabo, y que aparentemente fue administrado con el objetivo de obtener admisiones o información de la víctima.⁴¹⁶ En *Aydin c. Turquía*, la Corte Europea consideró que la violación de la víctima durante su detención por un período de tres días, sumada al hecho de que le habían sido vendados los ojos, había desfilado desnuda en circunstancias humillantes, había sido interrogada y se le había mantenido en constante situación de dolor físico y angustia mental, constituía tortura.⁴¹⁷

164. La jurisprudencia del sistema interamericano y de otros sistemas de derechos humanos aporta elementos sobre varios aspectos del derecho a un trato humano que pueden ser particularmente pertinentes al analizar las iniciativas antiterroristas, a saber, la conducción de interrogatorios, las condiciones de detención, y el tratamiento de personas en situaciones de particular vulnerabilidad o desventaja, incluidos los niños, las mujeres y los extranjeros. En particular, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana han abordado el derecho a un trato humano garantizado en la Convención y la Declaración al considerar algunos de los actos antes mencionados aplicados a personas en el curso de los interrogatorios por agentes del Estado.⁴¹⁸ En ese ejercicio, la Comisión⁴¹⁹ y la Corte⁴²⁰ se han referido al análisis de la Corte Europea de Derechos Humanos en el Caso de Irlanda c. Reino Unido⁴²¹ y han sugerido que técnicas similares a las consideradas por la Corte Europea están prohibidas en todo interrogatorio que realicen agentes de los Estados. Los hechos en ese caso se referían al “interrogatorio en profundidad” que involucraba la aplicación combinada de cinco técnicas o métodos en particular, a

⁴¹⁵ El Caso Griego, 1969, nota 391 *supra*.

⁴¹⁶ Caso *Aksoy*, nota 346 *supra*, véase en particular párr. 64.

⁴¹⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *Aydin c. Turquía*, 25 de setiembre de 1997, *Reports of Judgments and Decisions*, 1997 VI, N° 50, párrs. 83-84.

⁴¹⁸ Véase, por ejemplo, el Caso *Solano*, nota 409 *supra*, págs. 42 y 44. Véase también el Caso *Barrera*, nota 411 *supra*, págs. 44 y 46; Véase también CIDH, Informe sobre El Salvador (1978), nota 27 *supra*. Con respecto al derecho contra la autoincriminación, véase 8 (3) de la Convención Americana y también, sección III(D) *infra* párrafo 237.

⁴¹⁹ Véase, por ejemplo, el Caso 11.427, Informe N° 63/99, Víctor Rosario Congo (Ecuador), Informe Anual de la CIDH (1999), párr. 82.

⁴²⁰ Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo*, nota 395 *supra*, para. 57.

⁴²¹ Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*.

veces denominados como técnicas de “desorientación” o “privación sensorial” que incluían

a) estar de pie contra una pared (obligar a los detenidos a permanecer por períodos de algunas horas en una “posición forzada”); b) la colocación de una capucha (colocándola sobre la cabeza de los detenidos y, por lo menos al principio, manteniéndola colocada todo el tiempo excepto durante los interrogatorios); c) el sometimiento a ruido (mientras esperaban sus interrogatorios, se mantenía a los detenidos en un cuarto donde había un constante ruido o silbido de alto volumen); d) la privación del sueño: en espera de los interrogatorios, privar a los detenidos del sueño; e) la privación de alimentos y bebidas; someter a los detenidos a una alimentación reducida durante su estadía en el centro de detención y en espera de los interrogatorios⁴²²

165. La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que estas técnicas de interrogación constituían un trato inhumano pero no tortura conforme a la prohibición del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁴²³ En el análisis, la Corte especificó que:

Para constituir tortura o trato inhumano, el tratamiento debe llegar a un nivel mínimo de gravedad que se determina teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, a saber, aunque no exclusivamente, la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el Estado de salud de la víctima.⁴²⁴

En el caso específico, los actos quedaron comprendidos dentro de la categoría de tratamiento inhumano porque causaron, aunque no lesiones corporales reales, por lo menos un sufrimiento físico y mental intenso a las personas sometidas al mismo y dieron lugar a disturbios psiquiátricos agudos durante el interrogatorio.⁴²⁵

Las técnicas también eran degradantes dado que, por su característica, despertaban en las víctimas sentimientos de temor, angustia e inferioridad capaces de humillarlos y degradarlos, quebrando tal vez su resistencia física o moral;⁴²⁶

⁴²² Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*, párr. 96.

⁴²³ Convención Europea sobre Derechos Humanos, nota 137 *supra*.

⁴²⁴ Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*, párr. 162.

⁴²⁵ Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*, párr. 167.

⁴²⁶ Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*, párr. 167.

La Convención contiene una distinción entre “tortura” y “tratamiento inhumano o degradante” y como tal atribuye a la tortura un estigma especial de infligir deliberadamente un tratamiento inhumano que causa un sufrimiento grave y cruel.⁴²⁷

En el caso específico, las cinco técnicas no ocasionaron un sufrimiento de intensidad y crueldad particulares implícito en la palabra tortura entendida como tal.⁴²⁸

166. Además, la Corte Interamericana ha especificado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario para asegurar una conducta adecuada de parte de los detenidos constituye un ataque a la dignidad de la persona, en violación del artículo 5 de la Convención Americana. De acuerdo con la Corte, no debe permitirse que las exigencias de la investigación y las dificultades innegables que se enfrentan en la lucha antiterrorista restrinjan la protección del derecho de la persona a la integridad física.⁴²⁹

167. La Comisión y la Corte Interamericanas también han abordado el derecho a un trato humano garantizado por la Convención y la Declaración al considerar la cuestión de las condiciones de detención en casos individuales y en informes de países. En este contexto, la Comisión ha hecho referencia específica⁴³⁰ a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos⁴³¹ por prescribir referencias básicas frente a las cuales se puede evaluar si el tratamiento de los reclusos satisface las normas de humanidad en virtud de los instrumentos interamericanos en esferas tales como el alojamiento,⁴³² la higiene,⁴³³ la indumentaria y elementos para dormir,⁴³⁴ el

⁴²⁷ Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*, párr. 167.

⁴²⁸ Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*, párr. 167.

⁴²⁹ Caso Loayza Tamayo, nota 395 *supra*, párr. 57, citando el Caso Ribitsch, nota 396 *supra*, párr. 38.

⁴³⁰ Véase, por ejemplo, Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párr. 289. Véase también Caso 11.743, Informe N° 38/00, Rudolph Baptiste (Grenada), Informe Anual de la CIDH (2000), párrs. 136 y siguientes; Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago, nota 272 *supra*, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 19.

⁴³¹ Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, nota 335 *supra*

⁴³² Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 9, 10, 11.

⁴³³ Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 12-16.

⁴³⁴ Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 17-19.

alimento,⁴³⁵ la recreación,⁴³⁶ el ejercicio y el tratamiento médico,⁴³⁷ la disciplina, los castigos y el uso de instrumentos de contención o control⁴³⁸, y la separación de los condenados entre menores y adultos.⁴³⁹

168. La Corte y la Comisión han sido especialmente críticas de las circunstancias en que se mantiene en malas condiciones a las personas incomunicadas por períodos prolongados,⁴⁴⁰ y han identificado otras

⁴³⁵ Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, nota 335 *supra*, Regla 20.

⁴³⁶ Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, nota 335 *supra*, Regla 21.

⁴³⁷ Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 21-26.

⁴³⁸ Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 27-34.

⁴³⁹ Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, nota 335 *supra*, Regla 8.

⁴⁴⁰ El caso de Víctor Rosario Congo, por ejemplo, implicó la detención previa al juicio de una persona que, tras mostrar signos de padecimientos mentales, fue colocada en confinamiento solitario por unos 40 días, fue gravemente golpeada, herida por un guardia de la prisión, no se le brindó atención médica y murió de desnutrición y deshidratación dos horas después de haber sido remitido a un hospital. Al evaluar dichas circunstancias bajo el artículo 5 de la Convención, la Comisión señaló que “ (...) el aislamiento puede de por sí constituir un trato inhumano. Además, cuando la persona es mantenida aislada en una institución penitenciaria y tiene una discapacidad mental, ello puede involucrar inclusive una violación más grave de la obligación del Estado de proteger la integridad física, mental y moral de las personas que mantiene bajo custodia.” La Comisión llegó entonces a la conclusión de que el tipo de confinamiento en solitario constituía un tratamiento inhumano y degradante, violatorio del artículo 5 de la Convención, que se vio agravado por el hecho de que el detenido fue dejado aislado, en situación de incapacidad de satisfacer sus necesidades básicas (...). Véase el Caso Congo, nota 419 *supra*, párrs. 58-59. Véase, análogamente, el Caso Suárez Rosero, en que la Corte Interamericana consideró que una detención y privación de toda comunicación durante 36 días con el mundo exterior constituía un trato cruel, inhumano y degradante, en particular teniendo en cuenta el hecho de que se había demostrado que la detención con incomunicación era arbitraria y violatoria de la legislación interna del Estado. El detenido había sido recluso en una celda subterránea, húmeda y mal ventilada, de unos quince metros cuadrados, con otros 16 reclusos, sin las necesarias instalaciones higiénicas, y se le había obligado a dormir sobre un periódico. Caso Suárez Rosero, nota 330 *supra*, párr. 91. De la misma manera, la Corte Interamericana y la Comisión también consideraron que constituía una violación del artículo 5 de la Convención Americana las circunstancias en que las personas fueran mantenidas por períodos prolongados en confinamiento solitario en espera de la pena de muerte, en condiciones de detención similares a las que se acaban de describir, en que se les confinaba en condiciones de higiene, ventilación y luz natural insuficientes, se les permitía salir de la celda con escasísima frecuencia, eran objeto de abuso por el personal policial y carcelario, y en algunos casos se les brindaba atención médica insuficiente. Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago, nota 272 *supra*, párrs. 84(m), (o), 168-169; Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párr. 288. Véase, análogamente, el Caso Baptiste, nota 430 *supra*, párrs. 133-138.

consideraciones que deben regular las obligaciones de los Estados en esta esfera:

- el nivel de desarrollo de un Estado Parte de la Convención en particular es irrelevante en el análisis del cumplimiento del artículo 5;⁴⁴¹
- una vez que la persona queda bajo custodia de agentes del Estado, se presume que todo trato inhumano posterior que sufra esa persona es responsabilidad del Estado;⁴⁴²
- el Estado debe abstenerse de todo uso de la fuerza contra los reclusos que no sea estrictamente necesario para el mantenimiento de la seguridad y el orden en la institución o cuando se vea amenazada la seguridad personal;⁴⁴³
- teniendo en cuenta las graves consecuencias para los detenidos de un uso excesivo o inadecuado de la fuerza por parte de sus custodios, los Estados están sujetos a un deber estricto particular de realizar una investigación adecuada y exhaustiva de las alegaciones de que los detenidos hayan sido sometidos a maltrato por parte de funcionarios del Estado y, si se determina que las alegaciones tienen fundamento, de adoptar las medidas correctivas adecuadas.⁴⁴⁴

169. Aparte de las disposiciones que acaban de señalarse, en particular el artículo 5(5) de la Convención Americana⁴⁴⁵ los instrumentos interamericanos también establecen garantías específicas para niños que se relacionan en ciertos aspectos con su trato humano:

Declaración Americana

Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Convención Americana

⁴⁴¹ Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párr. 288.

⁴⁴² Véase el Caso Villagrán Morales, nota 130 *supra*, párr. 169 y párr. 170, donde se hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁴⁴³ Caso Thomas, nota 332 *supra*, párr. 38.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ El artículo 5(5) de la Convención Americana estipula lo siguiente: "Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento".

Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

170. Cuando se consideran los casos que tienen relación con alegaciones de tortura o trato inhumano de niños, la Comisión y la Corte han considerado particularmente grave la situación de los niños víctimas de violaciones de derechos humanos⁴⁴⁶ y ha aplicado o hecho referencia a las disposiciones mencionadas,⁴⁴⁷ así como a otros tratados internacionales de derechos humanos pertinentes. Estos incluyen disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁴⁴⁸ que se relacionan con aspectos tales como la protección del niño contra toda forma de discriminación o castigo discriminatorio⁴⁴⁹ y la recuperación física y psicológica de los niños que han

⁴⁴⁶ Caso Villagrán Morales, nota 130 *supra*. En ese caso, la Corte especificó que no podía “dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción” (párr. 146, véase también el 196). Véase también el Caso 10.911, Informe N° 7/94, Hernández (El Salvador), Informe Anual de la CIDH (1993), pág. 191 y siguientes, así como los Casos 10.227 y 10.333, Informe 8/92, Julio Ernesto Fuentes Pérez, William Fernández Rivera y Raquel Fernández Rivera (El Salvador), Informe Anual de la CIDH (1991), pág. 119.

⁴⁴⁷ Véase, entre otros: Caso X & Y, nota 152 *supra*, párrs. 101 y siguientes; Caso Rivas, nota 408 *supra*, pág. 183 y 186; Caso Hernández, nota 446 *supra*, pág. 194; Caso 2029 (Paraguay), Informe Anual de la CIDH (1977), pág. 40. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Paraguay, 9 de marzo de 2001, OEA/Ser.L/V/II.110 Doc. 52, párr. 6 [en adelante, Informe de la CIDH sobre Paraguay (2001)]; Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, Capítulo VIII, párr. 4.

⁴⁴⁸ Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, nota 122 *supra*. Véase, por ejemplo, el Caso Villagrán Morales, nota 130 *supra*, párr. 146. Con respecto a la relación entre el artículo 19 de la Convención Americana y las disposiciones de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, la Corte señaló que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”. (párr. 194). [...]“Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las ‘medidas de protección’ a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la inserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”. (párr. 196). Véase también Caso X&Y, nota 152 *supra*, párr. 102; Caso Hernández, nota 446 *supra*, pág. 191.; Informe de la CIDH sobre Paraguay (2001), nota 447 *supra*, párr. 9; Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, párr. 5; Informe Anual de la CIDH (1991) en Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1991, págs. 965, 969 (Capítulo VI, Sección IV, Subsección II y III-2), [en adelante, Informe Anual de la CIDH (1991)]. Véase la similitud general con el Estatuto de Roma, nota 31 *supra*.

⁴⁴⁹ Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, nota 122 *supra*, artículo 2.

sufrido, *inter alia*, cualquier forma de abandono, explotación o abuso, y todo lo cual se funda en el principio general del mejor interés del niño.⁴⁵⁰

171. De particular relevancia a este respecto es el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño que aborda el tratamiento de los niños durante la detención:

Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

172. De acuerdo con estas disposiciones, la Comisión ha considerado que el encarcelamiento de niños sólo debe utilizarse como último recurso y por el período más breve posible y que los niños nunca deben ser mantenidos incomunicados o reclusos con adultos.⁴⁵¹

173. Los instrumentos interamericanos de derechos humanos también disponen garantías particulares en relación con los derechos de la mujer que son pertinentes a la cuestión de un trato humano. Además de la prohibición general del trato inhumano consignada en el artículo 5, estas disposiciones incluyen:

⁴⁵⁰ Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, nota 122 *supra*, artículo 3.

⁴⁵¹ Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, nota 122 *supra*, artículo 37. Véase también Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, párrs. 23 y 24. Véase también, Informe Anual de la CIDH (1991), nota 448 *supra*, pág. 308 (Capítulo VI, Sección IV, Subsección III-2), 308; el Caso 2029, nota 447 *supra*; Caso 11.491, Informe N° 41/99, Menores Detenidos (Honduras), Informe Anual de la CIDH 1998.

Declaración Americana

Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales
Convención Americana

Artículo 11. (1) Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

174. Al evaluar los casos que se refieren al trato humano de la mujer durante la detención, la Comisión ha tomado en cuenta estas disposiciones. En su resolución definitiva de mayo de 1977 sobre el Caso 2029, por ejemplo, la Comisión llegó a la conclusión de que Paraguay era responsable de la violación de los artículos II y VII de la Declaración Americana en relación con la detención y maltrato de varias mujeres, incluida una embarazada, que tuvo el parto y pasó tres años con su hijo en la cárcel, así como una víctima que perdió a su hijo bajo tortura, no recibió atención médica y solo fue puesta en libertad cuando estaba al borde de la muerte.⁴⁵²

175. Entre los instrumentos interamericanos de derechos humanos más importantes está la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer,⁴⁵³ que define y prohíbe la violencia contra la mujer⁴⁵⁴ y reafirma el derecho de toda mujer a que se respete su integridad física, mental y moral, el derecho a la libertad y seguridad personales y el derecho a no ser sometida a tortura.⁴⁵⁵ También impone obligaciones positivas para los Estados Partes de, *inter alia*, prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer,⁴⁵⁶ y fomentar la educación y capacitación de los agentes del Estado pertinentes a este aspecto.⁴⁵⁷ De particular relevancia en

⁴⁵² Caso 2029, nota 447 *supra*.

⁴⁵³ Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer, nota 107 *supra*, Véase, análogamente, los siguientes instrumentos universales: Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, 18 de diciembre de 1979, A/G. Res. 34/180, ONU GAOR Supp. (N° 46), 193, ONU Doc. A/34/46, 1249 UNTS 455; Declaración sobre la Protección de la mujer y el niño en emergencia de conflicto armado, 14 de diciembre de 1974, A/G.Res. 3318 (XXIX), 29 ONU GAOR Supp. (N° 31), 146, ONU Doc. A/9631 (1974).

⁴⁵⁴ Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer, nota 107 *supra*, artículos 2-3.

⁴⁵⁵ Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer, nota 107 *supra*, artículo 4.

⁴⁵⁶ Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer, nota 107 *supra*, artículo 7.

⁴⁵⁷ Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer, nota 107 *supra*, artículo 8.

las circunstancias irregulares que con frecuencia se crean a raíz de la violencia terrorista y de las medidas que los Estados toman para responder a ésta, cabe mencionar el artículo 9 de esa Convención que establece que: “los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

176. En cuanto a las disposiciones particulares de la Convención Americana y la Declaración Americana, la Comisión ha tomado en cuenta estas disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en los casos en que se trata de mujeres víctimas,⁴⁵⁸ incluyendo los que denuncian trato inhumano.⁴⁵⁹ De particular pertinencia en este aspecto es el informe final de la Comisión en el caso de Raquel Martín de Mejía,⁴⁶⁰ aprobado en marzo de 1996, en que la Comisión llegó a la conclusión de que la violación de la víctima constituía tortura de acuerdo con la Convención Americana y con la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Caso 12.051, Informe N° 54/01, María Da Penha Maia Fernández, Informe Anual de la CIDH 2000, párrs. 51 y siguientes y párr. 60.

⁴⁵⁹ Véase, por ejemplo, Caso González Pérez, nota 384 *supra*, párrs. 46 y siguientes. Véase también, Caso Martín de Mejía, nota 383 *supra*; Caso 2029, nota 447 *supra*; Caso X & Y, nota 152 *supra*, párrs. 87 a 89. Para un análisis general del derecho a la integridad personal y protección de la mujer contra la violencia en el hemisferio, véase CIDH, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de la mujer en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 de octubre de 1998, Capítulo III(C), pág. 24 y siguientes. Véase también CIDH, Informe Anual (1997), 13 de abril de 1998, OEA/Ser.L/V/II.97, doc. 7 rev., Capítulo VI. Sección I, pág. 995 y siguientes [en adelante, Informe Anual de la CIDH (1997)].

⁴⁶⁰ Caso Martín de Mejía, nota 383 *supra*.

⁴⁶¹ Caso Martín de Mejía, nota 383 *supra*, pág. 182 y siguientes. Al abordar la propia violación, la Comisión determinó que cada uno de los tres elementos establecidos por la Comisión Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura se habían cumplido: (1) “todo acto realizado intencionalmente por el cual se infligen a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales;” (2) “cometido con un propósito;” (3) “por un funcionario público o un particular actuando a instigación de aquél.” El análisis relativo al primer elemento tiene en cuenta el sufrimiento físico y psicológico causado por la violación. En el informe se observan las consecuencias a corto y largo plazo para la víctima, así como la renuencia de numerosas víctimas de denunciar esta violación. (Véase CIDH, Informe Anual (1997), nota 459 *supra*, pág. 1002). Aparte de determinar que las violaciones fueron infligidas contra Raquel Mejía como tortura, la Comisión llegó a la conclusión de que viola su derecho a que se respete su honor y se le reconozca su dignidad (artículo 11). Recordando las palabras del Relator especial de la ONU contra la Tortura, la violación afecta a la mujer “en la parte más sensible de su personalidad” con el efecto agravado por el hecho de que “en la mayoría de los casos no se
(Continúa...)

177. Además, en el Caso X & Y c. Argentina, la Comisión tuvo la ocasión de abordar los intereses de la integridad e intimidad de las mujeres y los niños. La denuncia en este caso se relacionaba con una práctica aplicada en la Argentina de exigir en forma rutinaria que las familiares mujeres que deseaban tener visitas con contacto personal con los reclusos fueran objeto de inspecciones vaginales.⁴⁶² Se presentó una petición ante la Comisión en diciembre de 1989 en la que se alegaba que la esposa de un recluso y su hija de 13 años habían sido sometidas a ese tipo de inspecciones sin tener en cuenta si existían circunstancias especiales que ameritaran medidas extraordinarias.

178. Al sopesar los intereses de aquellas personas sujetas a esos registros frente a los intereses del Estado de mantener la seguridad dentro de las penitenciarías, la Comisión caracterizó el “registro vaginal como una medida más que restrictiva pues comporta la invasión del cuerpo de la mujer”. “En consecuencia, el equilibrio de los intereses involucrados exige someter al gobierno a una norma más estricta”. En su informe, la Comisión estableció cuatro criterios para determinar la legitimidad de una inspección o registro vaginal: 1) debe ser absolutamente necesario para lograr el objetivo de seguridad en el caso particular; 2) no debe existir una opción alternativa; 3) debe estar determinado por una orden judicial, y 4) debe ser realizado por un profesional de la salud capacitado. Con respecto a la Srta. Y, que tenía 13 años de edad en el momento en cuestión, la Comisión llegó a la conclusión de que “es evidente que la inspección vaginal fue un método absolutamente inadecuado e irrazonable”. La Comisión determinó que los hechos denunciados responsabilizaban al Estado de la violación de los artículos 5 y 11, 25 y 8, y 1(1) de la Convención Americana.⁴⁶³

179. Otra categoría de personas respecto de las cuales se aplican protecciones especiales para garantizar un trato humano son los extranjeros en el territorio de un Estado. Los principios y la jurisprudencia pertinentes a este respecto se analizan en la Parte III(H) *infra*, en relación con los trabajadores migratorios, las personas que buscan asilo, los refugiados y otros no nacionales.

(...Continuación)

brindará el tratamiento y la atención psicológicas necesarios”, la Comisión caracterizó el abuso sexual en general como “un ultraje deliberado” contra la dignidad de la mujer. (Véase el Caso Martín de Mejía, nota 383 *supra*, pág. 186-187, Informe Anual de la CIDH (1997), nota 459 *supra*, pág. 1002). La Comisión llegó a conclusiones similares en el Caso González Pérez, nota 384 *supra*, párrs. 28-54. Véase también Caso Rivas, nota 408, *supra*; Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículos 7, 8; Sentencia TC en Furundzija, nota 375, *supra*.

⁴⁶² Véase el Caso X & Y, nota 152 *supra*. Véase también el Informe Anual de la CIDH (1997), nota 459 *supra*, pág. 1003.

⁴⁶³ Véase el Caso X & Y, nota 152 *supra*, pág. 71 y siguientes. Véase también Informe Anual de la CIDH (1997), nota 459 *supra*, pág. 1003.

180. Por último, la Comisión subraya que el derecho a un trato humano es un derecho no derogable, independientemente de la existencia o gravedad de una emergencia, según lo dispone específicamente el artículo 27(2) de la Convención Americana, reforzado por el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre la Tortura,⁴⁶⁴ que dispone:

No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.

2. Derecho internacional humanitario

181. El derecho a un trato humano y la prohibición de la tortura también están establecidos en los instrumentos del derecho internacional humanitario y en las normas correspondientes del derecho internacional consuetudinario.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 27(2), Convención Interamericana sobre la Tortura, nota 105, *supra*, artículo 5. Véase también el Caso Asencios Lindo y otros, nota 6 *supra*, párra. 75.

⁴⁶⁵ Véase, en general, Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párrs. 452 y siguientes. Véase también Fiscal c. Anto Furundzija, Caso N° IT-95/17/1T, nota 375 *supra*, párrs. 137-157 y 517. Al considerar los conceptos de tortura y trato inhumano en el contexto de conflictos armados, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha considerado que para constituir tortura dentro de un conflicto armado (y, como tal, potencialmente constituir una grave violación de los Convenios de Ginebra o del Primer Protocolo Adicional) el acto debe (i) consistir en la inflicción, por acto u omisión, de grave dolor o sufrimiento, sea físico o mental; además (ii) este acto u omisión debe ser intencional; (iii) debe tener por objetivo obtener información o una confesión, o castigar, intimidar, humillar o coaccionar a la víctima o a un tercero, o discriminar, por alguna razón, a la víctima o a un tercero; (iv) debe estar relacionado con un conflicto armado; (v) por lo menos una de las personas involucradas en el proceso de tortura debe ser un funcionario público o en todo caso actuar en calidad que no sea de particular, por ejemplo, como órgano *de facto* de un Estado o cualquier otra entidad que ejerza autoridad. [Véase Sentencia TC en Furundzija, nota 375 *supra*, párr. 162]. Véase también Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párr. 494. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones ha sugerido que el requisito de la involucración de un oficial público podría no ser un requisito bajo el derecho internacional consuetudinario en relación con la responsabilidad penal de un individuo por tortura fuera del marco de la Convención contra la Tortura. (Traducción por la Comisión). [See *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, and Zoran Vukovic, Case N° IT-96-23 and IT-96-23/1, Appeals Chamber, Judgment of 12 June 2002, paras. 146-148*]. Análogamente, se ha entendido en el marco de violaciones graves de los Convenios de Ginebra, que el concepto de trato inhumano involucra "actos u omisiones que causen grave sufrimiento o lesión mental o física o constituya un grave ataque contra la dignidad humana. En consecuencia, todos los actos u omisiones que se compruebe constituyen tortura o que deliberadamente causen gran

(Continúa...)

182. Primero es preciso señalar a este respecto que la tortura y otras formas de trato inhumano son totalmente incompatibles y, por ende, están prohibidas en todos los conflictos armados por los principios fundamentales del derecho internacional humanitario de necesidad, proporcionalidad y, más importante aún, humanidad.⁴⁶⁶

183. Aparte de estas prescripciones aplicables en general, los tratados de derecho internacional humanitario contienen ciertas disposiciones que específicamente abordan las cuestiones del trato humano. El artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 dispone el derecho general a un trato humano, aplicable en todos los conflictos armados.⁴⁶⁷

Artículo 3

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

(...Continuación)

sufrimiento o grave lesión corporal o para la salud, también constituirían trato inhumano. Sin embargo, esta tercera categoría de delito no se limita a los actos ya incorporados en los otros dos, y alcanza a actos que violen los principios básicos de trato humano, particularmente con respecto a la dignidad humana". (Traducción por la Comisión). Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párr. 442, 543. El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional de Ruanda, también han considerado que la violación y otros graves ataques sexuales pueden constituir tortura. Sentencia TC en Furundzija, nota 375 *supra*, párrs. 163 y siguientes, 264 y siguientes. Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párrs. 475 y siguientes, 940 y siguientes. Los tribunales ad hoc también han examinado otros actos que podrían constituir tortura, entre ellos, la quema de partes del cuerpo, Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párr. 976 y siguientes, el encarcelamiento de una persona en un pozo y privar a esa persona de alimentos y de agua, Sentencia en Celibici TC, nota 193 *supra*, párr. 1007, las golpizas, las amenazas contra la vida de personas sometidas a interrogatorios y obligar a las víctimas a que se golpeen entre ellos. [Sentencia TC en Akayesu, nota 193 *supra*, párrs. 682-683]. Análogamente, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha examinado otros actos que podrían constituir trato inhumano, entre ellos las golpizas, Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párr. 1026 y suministrar descargas eléctricas que causen dolor y quemaduras, Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párrs. 1058-59.

⁴⁶⁶ Véase Sección II(C), *infra*. Como se indicó antes, se considera que las violaciones de estas prohibiciones revisten gravedad suficiente para configurar responsabilidad penal individual, como infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales, o violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y que, cuando se perpetran como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil por razones de nacionalidad, opinión política, origen étnico, raza o religión, pueden reputarse como crímenes de lesa humanidad y posiblemente genocidio.

⁴⁶⁷ Cuatro Convenios de Ginebra, nota 36, 67 *supra*.

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

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

184. Ha quedado claramente establecido que el artículo 3 común y las correspondientes prohibiciones de la tortura, el trato cruel y los ultrajes a la dignidad personal constituyen normas del derecho internacional consuetudinario.⁴⁶⁸

⁴⁶⁸ Véase, entre otros, el Informe del Secretario General de la ONU (1993), nota 189 *supra*. Véase también la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU, 3217ª Reunión del 25 de mayo de 1993, S/RES/827 (1993); CIJ, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, nota 73 *supra*, párrs. 79 y 84; Caso Nicaragua, de la CIJ, nota 188, *supra*, párr. 220. Decisión en Tadic sobre Jurisdicción, nota 163 *supra*, párrs. 98, 102, 112, 134, Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párrs. 298-306, Sentencia TC en Akayesu, nota 193 *supra*, párrs. 218-220, y Decisión en Kordic sobre Jurisdicción TC, nota 193 *supra*, párrs. 25-34, donde se reconoce que el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra constituye una norma del derecho internacional consuetudinario.

185. Los instrumentos del derecho internacional humanitario que rigen los conflictos armados internacionales contienen también garantías generales de trato humano. El Tercer Convenio de Ginebra⁴⁶⁹ contiene disposiciones generales sobre el derecho a un trato humano para los prisioneros de guerra:

Artículo 13

Los prisioneros de guerra deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias. Está prohibido y será considerado como infracción grave contra el presente Convenio, todo acto ilícito o toda omisión ilícita por parte de la Potencia detenedora, que comporte la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder. En particular, ningún prisionero de guerra podrá ser sometido a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos sea cual fuere su índole, que no se justifiquen por el tratamiento médico del prisionero concernido, y que no sean por su bien. Asimismo, los prisioneros de guerra deberán ser protegidos en todo tiempo, especialmente contra todo acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública. Están prohibidas las medidas de represalia contra ellos.

Artículo 14

Los prisioneros de guerra tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor. Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo y, en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciban los hombres. Los prisioneros de guerra conservarán su plena capacidad civil tal como era cuando fueron capturados. La Potencia detenedora no podrá limitar el ejercicio de esa capacidad, sea en su territorio sea fuera del mismo, más que en la medida requerida por el cautiverio.

186. El Cuarto Convenio de La Haya de 1907 respecto de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y su Reglamento anexo en relación con las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre⁴⁷⁰ también garantizan el trato humano de los prisioneros de guerra.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*.

⁴⁷⁰ Convención de La Haya y Anexo, nota 177 *supra*.

⁴⁷¹ Convención de La Haya y Anexo, nota 177 *supra*, artículo 4.

187. El Cuarto Convenio de Ginebra⁴⁷² dispone garantías similares sobre el derecho a un trato humano de civiles y otras personas protegidas por el tratado.⁴⁷³

Artículo 27

Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública. Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor. Habida cuenta de las disposiciones relativas al estado de salud, a la edad y al sexo, todas las personas protegidas serán tratadas por la Parte en conflicto en cuyo poder estén con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas. No obstante, las Partes en conflicto podrán tomar, con respecto a las personas protegidas las medidas de control o de seguridad que sean necesarias a causa de la guerra.

Artículo 32

Las Altas Partes Contratantes se prohíben expresamente emplear toda medida que pueda causar sufrimientos físicos o la exterminación de las personas protegidas que estén en su poder. Esta prohibición se aplica no solamente al homicidio, a la tortura, a los castigos corporales, a las mutilaciones y a los experimentos médicos o científicos no requeridos por el tratamiento médico de una persona protegida, sino también a cualesquiera otros malos tratos por parte de agentes civiles o militares.

⁴⁷² Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*.

⁴⁷³ El artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, dispone: "El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas. No protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en él. Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén. Sin embargo, las disposiciones del Título II tienen un ámbito de aplicación más extenso, definido en el artículo 13. Las personas protegidas por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña o por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar o por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, no se considerará que son personas protegidas en el sentido del presente Convenio".

Artículo 37 (referente a los no nacionales en el territorio de una parte en el conflicto).

Las personas protegidas que estén en detención preventiva o cumpliendo un castigo de privación de libertad serán tratadas, durante su detención, con humanidad. Podrán, al ser puestas en libertad, solicitar su salida del territorio, de conformidad con los artículos anteriores.

188. Análogamente, el Protocolo Adicional⁴⁷⁴ incluye garantías fundamentales que protegen el derecho a un trato humano de personas que estén en poder de la parte adversaria en el contexto de un conflicto armado internacional:

Artículo 11 – Protección de la persona

1. No se pondrán en peligro, mediante ninguna acción u omisión injustificada, la salud ni la integridad física o mental de las personas en poder de la Parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma a causa de una situación prevista en el artículo 1. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los nacionales no privados de libertad de la Parte que realiza el acto.

2. Se prohíben en particular, aunque medie el consentimiento de las referidas personas:

- a) las mutilaciones físicas;
- b) los experimentos médicos o científicos;
- c) las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si estos actos están justificados en las condiciones previstas en el párrafo 1.

(...)

4. Constituirá infracción grave del presente Protocolo toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una Parte

⁴⁷⁴ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*.

distinta de aquella de la que depende, sea que viole cualquiera de las prohibiciones señaladas en los párrafos 1 y 2, sea que no cumpla las exigencias prescritas en el párrafo 3.

189. De particular relevancia, el artículo 75 del Protocolo I prescribe las normas mínimas de trato humano para personas que están en poder de una parte en un conflicto armado internacional y no gozan de un trato más favorable en virtud de los Convenios de Ginebra o el Protocolo Adicional I:

Artículo 75

1. Cuando se encuentren en una de las situaciones a que hace referencia el artículo 1 del presente Protocolo, las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos. Cada Parte respetará la persona, el honor, las convicciones y las prácticas religiosas de todas esas personas.

2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares:

- a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las persc
 - i) el homicidio;
 - ii) la tortura de cualquier clase, tanto física como mental;
 - iii) las penas corporales; y
 - iv) las mutilaciones;
- b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;
- c) la toma de rehenes;
- d) las penas colectivas; y
- e) las amenazas de realizar los actos mencionados.

(...)

190. Existen fundamentos razonables para sostener que las protecciones fundamentales establecidas en el artículo 75 del Protocolo

Adicional I, incluyendo el artículo 75(2), constituyen una norma del derecho internacional consuetudinario.⁴⁷⁵

191. Finalmente, en el contexto de los conflictos armados no internacionales, el Segundo Protocolo Adicional⁴⁷⁶ otorga garantías similares a todas las personas que no participan directamente o que han dejado de participar en las hostilidades y/o cuya libertad ha sido restringida:

Artículo 4

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

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

- a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;
- b) los castigos colectivos;
- c) la toma de rehenes;
- d) los actos de terrorismo;
- e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;
- f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;
- g) el pillaje;
- h) las amenazas de realizar los actos mencionados.

Artículo 5

(...) 2. En la medida de sus posibilidades, los responsables del internamiento o la detención de las personas a que se refiere el párrafo 1 respetarán también, dentro de los límites de su competencia, las disposiciones siguientes relativas a esas personas:

⁴⁷⁵ Véase *infra*, Sección III (C), párr. 64.

⁴⁷⁶ Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*.

(...)

e) no se pondrán en peligro su salud ni su integridad física o mental, mediante ninguna acción u omisión injustificadas. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad.

192. Aparte de las disposiciones generales que rigen el trato humano de las personas protegidas en los conflictos armados internacionales, el Tercer⁴⁷⁷ y Cuarto⁴⁷⁸ Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I prescriben requisitos específicos y detallados en casi todos los aspectos del trato a las personas protegidas por estos Convenios. Esos requisitos incluyen directrices sobre:

- las condiciones de internación de los prisioneros de guerra y civiles;⁴⁷⁹
- la higiene, salud y tratamiento médico de los prisioneros de guerra y civiles;⁴⁸⁰
- las condiciones de alojamiento, alimento y vestimenta de los prisioneros de guerra y civiles;⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*.

⁴⁷⁸ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*.

⁴⁷⁹ El Tercer Convenio de Ginebra especifica más particularmente: "(...) La Potencia detenedora podrá internar a los prisioneros de guerra. Podrá obligarlos a no alejarse más allá de cierta distancia del campamento donde estén internados o, si el campamento está cercado, a no salir de su recinto. A reserva de las disposiciones del presente Convenio relativas a las sanciones penales y disciplinarias, estos prisioneros no podrán ser encerrados ni confinados más que cuando tal medida sea necesaria para la protección de su salud; en todo caso, tal situación no podrá prolongarse más de lo que las circunstancias requieran. (...)" (Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 21, y artículos 22-25). El Cuarto Convenio de Ginebra contiene disposiciones similares referentes a la internación de personas protegidas (Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 41-43, 68, 78-88).

⁴⁸⁰ Véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 15-16, 29-32 y artículo 109. El Cuarto Convenio de Ginebra contiene disposiciones similares con respecto a las personas protegidas, en particular, a las personas protegidas internadas (Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 38, y artículos 56 y siguientes, 91-92).

⁴⁸¹ Véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 25-27. Los prisioneros de guerra deben, en general, contar con condiciones de alojamiento tan favorables como las que se les ofrecen a las fuerzas de la Potencia detenedora (Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo (Continúa...))

- la deportación, evacuación o transferencia de prisioneros de guerra y civiles;⁴⁸²
- el interrogatorio de toda clase de detenidos;⁴⁸³

(...Continuación)

25). Además, los prisioneros de guerra deben ser tratados de acuerdo con su rango militar (véase, por ejemplo, Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 16-17, 43-45, 98). Véase también Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 86-90, El artículo 85 del Cuarto Convenio de Ginebra que dispone: "La Potencia detenedora tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias y posibles para que las personas protegidas sean alojadas, desde el comienzo del internamiento, en edificios o acantonamientos con todas las garantías de higiene y de salubridad y que protejan eficazmente contra los rigores del clima y los efectos de la guerra. En ningún caso, estarán los lugares de internamiento permanente en regiones malsanas o donde el clima sea pernicioso para los internados. En cuantos casos estén internadas temporalmente en una región insalubre o donde el clima sea pernicioso para la salud, las personas protegidas serán trasladadas, tan rápidamente como las circunstancias lo permitan, a un lugar de internamiento donde no sean de temer tales riesgos. Los locales deberán estar totalmente protegidos contra la humedad, suficientemente alumbrados y calientes, especialmente entre el anochecer y la extinción de las luces. Los dormitorios habrán de ser suficientemente espaciosos y estar bien aireados; los internados dispondrán de apropiado equipo de cama y de suficiente número de mantas, habida cuenta de su edad, su sexo y su estado de salud, así como de las condiciones climáticas del lugar. Los internados dispondrán, día y noche, de instalaciones sanitarias que se avengan con las normas de la higiene y que estén en constante estado de limpieza. Se les proporcionará suficiente agua y jabón para el aseo diario y para lavar la ropa; a este respecto, dispondrán de las instalaciones y de las facilidades necesarias. Tendrán, además, instalaciones de duchas o de baños. Se les dará el tiempo necesario para el aseo personal y para los trabajos de limpieza. Cuando sea necesario alojar, como medida excepcional, provisionalmente a mujeres internadas no pertenecientes a un grupo familiar en el mismo lugar de internamiento que a los hombres, habrá, obligatoriamente, dormitorios e instalaciones sanitarias aparte".

⁴⁸² Véase el Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 19-20, 46. Con respecto a personas protegidas en territorios ocupados, véase también el Cuarto Convenio de Ginebra nota 36 *supra*, artículo 49. Véase también el artículo 127 del Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, que especifica que: "El traslado de los internados se efectuará siempre con humanidad, en general por vía férrea o en otros medios de transporte y en condiciones por lo menos iguales a aquellas de las que se benefician para sus desplazamientos las tropas de la Potencia detenedora. Si, excepcionalmente, han de hacerse traslados a pie, no podrán realizarse más que cuando el estado físico de los internados lo permita y no deberán, en ningún caso, imponérseles fatigas excesivas. La Potencia detenedora proporcionará a los internados, durante el traslado, agua potable y alimentos en cantidad, calidad y variedad suficientes para mantenerlos en buen estado de salud, así como ropa, alojamiento conveniente y la asistencia médica necesaria. Tomará las oportunas medidas de precaución para garantizar su seguridad durante el traslado y hará, antes de su salida, la lista completa de los internados trasladados. Los internados enfermos, heridos o inválidos, así como las parturientas, no serán trasladados mientras su estado de salud corra peligro a causa del viaje, a no ser que lo requiera imperativamente su seguridad. Si el frente se aproxima a un lugar de internamiento, los internados no serán trasladados, a no ser que su traslado pueda efectuarse en suficientes condiciones de seguridad, o en caso de que corran más peligro permaneciendo donde están que siendo trasladados".

- el interrogatorio de prisioneros de guerra, en particular que sólo se les puede requerir que den su nombre, rango, fecha de nacimiento y número de identificación en el ejército, y no puede ser obligados a responder a ninguna otra pregunta,⁴⁸⁴
- el trabajo de los prisioneros de guerra y civiles, en particular con respecto a las condiciones laborales,⁴⁸⁵
- medidas disciplinarias contra los prisioneros de guerra y civiles sujetos a internación;⁴⁸⁶
- las condiciones específicas de detención aplicadas como castigo disciplinario a prisioneros de guerra y civiles sujetos a internación;⁴⁸⁷

(...Continuación)

⁴⁸³ Protocolo Adicional I, *supra* nota 68, artículo 75(4). Véase, asimismo, Protocolo Adicional II nota 36, *supra*, artículo 6, relativo a los conflictos armados que no revisten carácter internacional.

⁴⁸⁴ El artículo 17 del Tercer Convenio de Ginebra, dispone que: “El prisionero de guerra no tendrá obligación de declarar, cuando se le interrogue a este respecto, más que sus nombres, apellidos y graduación, la fecha de su nacimiento y su número de matrícula o, a falta de éste, una indicación equivalente. (...) No se podrá infligir a los prisioneros de guerra tortura física o moral ni presión alguna para obtener datos de la índole que fueren. Los prisioneros que se nieguen a responder no podrán ser amenazados ni insultados ni expuestos a molestias o desventajas de ningún género. (...)” (Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 17).

⁴⁸⁵ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 49 y siguientes. En particular, el artículo 52 dispone: “Si no es por propia voluntad, ningún prisionero de guerra podrá ser empleado en faenas insalubres o peligrosas. A ningún prisionero de guerra se asignarán trabajos que pueda considerarse que son humillantes para un miembro de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora. La recogida de minas o de dispositivos análogos se considerará que es un trabajo peligroso”. El Cuarto Convenio de Ginebra contiene garantías similares para las personas protegidas. Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 40, 51 y 95-96 que prohíben el empleo en tareas de carácter degradante o humillante.

⁴⁸⁶ El Tercer Convenio de Ginebra también dispone: “Los castigos disciplinarios no serán, en ningún caso, inhumanos, brutales o peligrosos para la salud de los prisioneros de guerra” y que “están prohibidos los castigos colectivos por actos individuales, los castigos corporales, los encarcelamientos en locales donde no entre la luz solar y, en general, toda forma de tortura o de crueldad.” (Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 87(3) y 89). El Cuarto Convenio de Ginebra contiene las mismas garantías para personas protegidas sujetas a internación (Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 100 y 119).

⁴⁸⁷ Por ejemplo, el artículo 97 del Tercer Convenio de Ginebra dispone: “En ningún caso los prisioneros de guerra serán trasladados a establecimientos penitenciarios (prisiones, penitenciarías, cárceles etc.) para cumplir allí castigos disciplinarios. Todos los locales donde se cumplan castigos disciplinarios se atenderán a las exigencias higiénicas previstas en el artículo 25. Los prisioneros de guerra castigados dispondrán de condiciones para mantenerse en estado de limpieza, según lo estipulado en el artículo 29. Los oficiales y las personas de estatuto equivalente

(Continúa...)

- medidas de vigilancia especiales para los prisioneros de guerra y civiles sujetos a internación;⁴⁸⁸
- las condiciones específicas de detención de los prisioneros de guerra y civiles sujetos a internación resultantes de sanciones judiciales;⁴⁸⁹

193. Además, el Tercer y Cuarto Convenios de Ginebra prescriben las funciones de las Potencias protectoras⁴⁹⁰ y, con el consentimiento de la

(...Continuación)

no permanecerán arrestados en los mismos locales que los suboficiales o los soldados. Las prisioneras de guerra castigadas disciplinariamente cumplirán el arresto en locales distintos a los de los hombres y estarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres". (Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 97). También especifica las garantías fundamentales que se refieren al tratamiento de los prisioneros de guerra sujetos a castigo disciplinario: "Los prisioneros de guerra arrestados a causa de un castigo disciplinario continuarán beneficiándose de las disposiciones del presente Convenio, salvo en la medida en que la detención las haga inaplicables. Sin embargo, en ningún caso podrán retirárseles las ventajas de los artículos 78 y 126. Los cautivos castigados disciplinariamente no podrán quedar privados de las prerrogativas de su graduación. Los prisioneros de guerra castigados disciplinariamente tendrán la facultad de hacer ejercicio diario y de estar al aire libre durante, por lo menos, dos horas. Estarán autorizados, tras solicitud propia, a presentarse a la vista médica diaria; recibirán la asistencia que su estado de salud requiera y, eventualmente, serán evacuados a la enfermería del campamento o a un hospital". Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 98). El Cuarto Convenio de Ginebra contiene las mismas garantías para las personas protegidas sujetas a internación (Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 124 y 125).

⁴⁸⁸ Según el Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 92 *in fine*. "El prisionero de guerra que sea castigado a raíz de un intento de fuga sin éxito puede ser sometido a medidas de vigilancia especial, que no afecten su estado de salud y que no comporten la supresión de las salvaguardias que otorga el Tercer Convenio de Ginebra" El Cuarto Convenio de Ginebra contiene las mismas garantías para las personas protegidas sujetas a internación (Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 120).

⁴⁸⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 108 del Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, que dispone: "Las sentencias dictadas contra los prisioneros de guerra en virtud de juicios ya legítimamente ejecutivos, se cumplirán en los mismos establecimientos y en las mismas condiciones que para los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora. Estas condiciones serán, en todo caso, conformes a las exigencias de higiene y de humanidad. Una prisionera de guerra contra quien se haya dictado tal sentencia, la cumplirá en locales distintos y bajo la vigilancia de mujeres. En todo caso, los prisioneros de guerra condenados a castigos privativos de libertad seguirán beneficiándose de las disposiciones de los artículos 78 y 126 del presente Convenio. Además, estarán autorizados a recibir y a enviar correspondencia, a recibir, por lo menos, un paquete de socorros por mes y a hacer ejercicio con regularidad al aire libre, recibirán la asistencia médica que su estado de salud requiera, así como la ayuda espiritual que deseen. Los castigos que hayan de infligírseles serán conformes a las disposiciones del artículo 87, párrafo tercero". El Cuarto Convenio de Ginebra contiene garantías similares y establece en particular: "Se prohíben todos los encarcelamientos en locales sin luz del día y, en general, las crueldades de toda índole" (Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 118).

⁴⁹⁰ Véase, por ejemplo, Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 8 (que dispone que el Convenio "será aplicado con la colaboración y bajo el control de las Potencias protectoras (Continúa...)

Potencia detenedora afectada, del Comité Internacional de la Cruz Roja en la supervisión de la detención y el tratamiento de los prisioneros de guerra e internados civiles.⁴⁹¹ Esto incluye el derecho de los prisioneros de guerra y los internados civiles de presentarse ante los representantes de las Potencias protectoras para llamar su atención sobre todo aspecto del que tengan quejas que formular en relación con sus condiciones de cautiverio e internación.⁴⁹²

194. Como en el caso del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario dispone protecciones particulares en el caso de ciertas categorías de personas vulnerables, incluidos los niños⁴⁹³ y las mujeres. Por ejemplo, los tratados de derecho internacional humanitario otorgan garantías específicas para la atención, asistencia y protección de los niños sujetos a internación.⁴⁹⁴ El artículo 77 del Protocolo Adicional I dispone:

Artículo 77

1. Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.
2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.
3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores

(...Continuación)
encargadas de salvaguardar los intereses de las Partes en conflicto".) Ver también Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 9.

⁴⁹¹ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 126. Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 142 y 143.

⁴⁹² Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 9, 78; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 10, 101.

⁴⁹³ Véase, por ejemplo, Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 24, 38(5), 50, 82, 89, 93, 94, 132, Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículos 70, 77 y 78.

⁴⁹⁴ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 82, 89, 94.

de quince años y cayeran en poder de la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

4. Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75.

5. No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años.

195. El artículo 4(3) del Protocolo Adicional II dispone garantías específicas similares en relación con los niños en el contexto de los conflictos armados no internacionales:

Artículo 4

Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos; b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas; c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades; d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados; e) se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar.

196. El derecho internacional humanitario también otorga garantías específicas de un trato humano a las mujeres.⁴⁹⁵ Éstas incluyen la protección

⁴⁹⁵ Véase, por ejemplo, el Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 14, 25, 29, 97, 108; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 14, 16, 23, 27, 38, 50, 76, 85, 89, 98, 124; Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículos 70, 75, 76; Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 5(2)(a).

general del honor y el respeto por la mujer así como su protección contra violaciones, prostitución forzada y otras formas de ataques indecentes, así como protecciones específicas en relación con las condiciones de restricción de su libertad. El artículo 14 del Tercer Convenio de Ginebra dispone en particular:

Artículo 14

Los prisioneros de guerra tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor. Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo y, en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciban los hombres. (...)

197. Análogamente, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra dispone:

Artículo 27

Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública. Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor. Habida cuenta de las disposiciones relativas al estado de salud, a la edad y al sexo, todas las personas protegidas serán tratadas por la Parte en conflicto en cuyo poder estén con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas. No obstante, las Partes en conflicto podrán tomar, con respecto a las personas protegidas las medidas de control o de seguridad que sean necesarias a causa de la guerra.

198. El Protocolo Adicional I también establece garantías específicas para las mujeres:

Artículo 76. Protección de la mujer

1. Las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor.
2. Serán atendidos con prioridad absoluta los casos de mujeres encintas y de madres con niños de corta edad a su cargo, que sean

arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado.

3. En toda la medida de lo posible, las Partes en conflicto procurarán evitar la imposición de la pena de muerte a las mujeres encintas o a las madres con niños de corta edad a su cargo por delitos relacionados con el conflicto armado. No se ejecutará la pena de muerte impuesta a esas mujeres por tales delitos.

199. De acuerdo con el Tercer Convenio de Ginebra, las prisioneras de guerra tienen que ser alojadas en dormitorios separados de los prisioneros de guerra,⁴⁹⁶ en tanto las mujeres bajo castigo disciplinario o sujetas a sentencias judiciales deben ser confinadas en alojamiento separado de los prisioneros de guerra varones y estar bajo la supervisión inmediata de mujeres.⁴⁹⁷ El Cuarto Convenio de Ginebra y los Protocolos Adicionales I y II contienen garantías similares para los civiles sujetos a internación.⁴⁹⁸

200. Es preciso subrayar que la violación de algunas de las normas del derecho internacional humanitario relativas al trato humano y a la prohibición de la tortura no sólo implica responsabilidad del Estado,⁴⁹⁹ sino que también constituye un crimen internacional que comporta la responsabilidad penal individual de quienes participan en las violaciones y de sus superiores. Algunas de estas violaciones pueden en tal sentido constituir infracciones graves a los Convenios de Ginebra⁵⁰⁰ o del Protocolo Adicional I,⁵⁰¹ actos que configuran crímenes de guerra,⁵⁰² crímenes de lesa

⁴⁹⁶ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 25, 29.

⁴⁹⁷ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 97, 108.

⁴⁹⁸ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 76, 85, 124; Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículo 75(5); Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 5(2)a.

⁴⁹⁹ Sentencia TC en Furundzija, nota 375 *supra*, párr. 142.

⁵⁰⁰ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 130, Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 147.

⁵⁰¹ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículos 11, 85 y siguientes.

⁵⁰² Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículo 8.

humanidad⁵⁰³ e inclusive el genocidio⁵⁰⁴ y ahora pueden quedar bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.⁵⁰⁵

3. El derecho a un trato humano y el terrorismo

201. En el contexto de las respuestas del Estado a la violencia terrorista, las garantías que se han mencionado rigen el derecho a un trato humano y son particularmente relevantes en varias situaciones posibles, incluido el tratamiento y el interrogatorio de sospechosos de terrorismo durante y después de la captura por agentes del Estado y, como se señala en la Parte III(H), de la detención y expulsión de extranjeros, incluidas las mujeres y los niños.

202. Al igual que con otras categorías de derechos humanos, en que las personas están bajo la autoridad y el control del Estado, en situaciones fuera de las de conflicto armado, su tratamiento está regido exclusivamente por el derecho internacional de los derechos humanos. En los casos de conflicto armado, sin embargo, el tratamiento de los detenidos y de otras personas también está sujeto al derecho internacional humanitario. Además, en el contexto de los conflictos armados internacionales surge una cuestión preliminar relativa al *status* de los detenidos de acuerdo con los Convenios de Ginebra de 1949, que tiene implicaciones para la naturaleza del tratamiento al que tienen derecho las personas, incluyendo, en particular, un tratamiento diferente que deberá darse a los prisioneros de guerra y a los civiles sometidos a

⁵⁰³ Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículo 7. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda consideró que los siguientes constituyen elementos de tortura: (i) el perpetrador debe infligir intencionalmente grave dolor o sufrimiento físico o mental a la víctima por uno o más de los siguientes propósitos: a) obtener información o una confesión de la víctima o de un tercero; b) castigar a la víctima o a un tercero por un acto cometido o que se sospecha ha cometido uno de ellos; c) a los efectos de intimidar o coaccionar a la víctima o a un tercero; d) por cualquier razón basada en discriminación de cualquier tipo. (ii) El perpetrador era un funcionario o actuó por instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario o de persona actuando en carácter de funcionario (Sentencia TC en Akayesu, nota 193 *supra*, párr. 594). El TPIR también llegó a la conclusión de que la tortura podría también constituir un crimen contra la humanidad si se cumplían con los siguientes elementos: a) la tortura debe ser perpetrada como parte de un ataque generalizado o sistemático; b) el ataque debe cometerse contra la población civil; c) el ataque debe ser lanzado en forma discriminatoria, a saber, por razones nacionales, étnicas, raciales, religiosas o políticas. Sentencia TC en Akayesu, nota 193 *supra*, párr. 595.

⁵⁰⁴ Convención sobre el Genocidio, nota 189 *supra*, artículo 2, Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículo 6.

⁵⁰⁵ Estatuto de Roma, *supra* nota 31. Véase, asimismo, Estatuto del TPIY, nota 222 *supra*, "Statute of the International Tribunal for Rwanda, S.C. Res. 955, UN SCOR, 49th Sess., UN Doc S/Res/955, (1994), artículo 9 [en adelante, Estatuto del TPIR].

internación⁵⁰⁶

203. En consecuencia, cuando las personas han cometido actos de beligerancia y han caído en manos del enemigo en el contexto de un conflicto armado internacional y se plantean dudas en cuanto a su derecho al *status* de prisioneros de guerra, el *status* de los detenidos debe ser determinado por un tribunal competente.⁵⁰⁷ Este es el caso si las personas son sospechosas de haber participado en actos de terrorismo o no. Hasta que se determine la condición de los detenidos por parte de un tribunal competente, debe otorgárseles la condición de prisioneros de guerra⁵⁰⁸ o una protección similar.⁵⁰⁹

204. Sobre esta materia debe recordarse que los prisioneros de guerra tienen inmunidad contra el procesamiento penal bajo el derecho interno del captor por sus actos hostiles que no violen las leyes y costumbres de la guerra. Pero esta inmunidad no se extiende a actos que transgredan las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados.⁵¹⁰

205. Pese a la importancia de determinar el *status* de las personas que caen en manos del adversario en las situaciones de conflicto armado

⁵⁰⁶ Por ejemplo, durante un conflicto armado, los prisioneros de guerra deben ser detenidos en campamentos de guerra y no en cárceles normales, Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 21, 97, en tanto los civiles internados deben ser detenidos en campamentos para civiles y no en cárceles normales. Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 41-43, 68, 78-88, 124.

⁵⁰⁷ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 5. Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículo 45. La determinación de si el combatiente tiene derecho al estatus de prisionero de guerra no necesariamente exige un juicio por parte de un tribunal civil, sino que también puede estar a cargo de un órgano administrativo. Véase, por ej, *US DEPARTMENT OF THE ARMY, FIELD MANUAL 27-10, THE LAW OF LAND WARFARE*. Véase también Parte II(B) sobre el derecho a la libertad y la seguridad personales, párr. 130; Parte III(F) sobre la obligación de respetar y asegurar la no discriminación y el derecho a la protección judicial, párr. 347.

⁵⁰⁸ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 45.

⁵⁰⁹ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 5.

⁵¹⁰ Véase las Secciones II(B), III(B) y III(D). *supra*. Véase también Estados Unidos c. List (el Caso del Rehén), *TRIAL OF THE WAR CRIMINALS BEFORE THE NUREMBERG TRIBUNAL* 1228, 1238 (1950) y Comisión de la ONU sobre Crímenes de Guerra, *Law Reports of Trials of War Criminal*, Volumen VIII, 1949, 50 (donde se afirma que es incuestionable que los actos cometidos en tiempos de guerra bajo la autoridad militar de un enemigo no pueden entrañar responsabilidad penal de parte de los oficiales o soldados si los actos no están prohibidos por las normas convencionales o consuetudinarias de la guerra); las Instrucciones Lieber, nota 208 *supra*, artículos 56, 57; Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 87 (donde se establece que los prisioneros de guerra "no podrán ser sentenciados por las autoridades militares y los tribunales de la Potencia detenedora a castigos diferentes de los previstos para los mismos hechos con respecto a los miembros de las fuerzas armadas de dicha Potencia".); David 1999, nota 229 *supra*, págs.379-381; Sassoli & Bouvier, nota 162 *supra*, págs. 125-126.

internacional, también es significativo reconocer que los regímenes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario establecen requisitos mínimos y no derogables similares que versan sobre el trato humano de todas las personas bajo la autoridad y el control del Estado. Si bien las protecciones del derecho humanitario que rigen los conflictos armados internacionales en particular establecen una *lex specialis* específica y detallada que debe informar el derecho a un trato humano de las víctimas de dichos conflictos, es notable que muchas de las normas y principios fundamentales de este régimen son similares a las aplicables fuera de los conflictos armados internacionales, en particular respecto de las condiciones en que se puede detener e interrogar a las personas. Más adelante se incluye un examen de estos requisitos similares y de sus correspondientes fuentes en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

206. Específicamente con respecto a las condiciones de detención, dado que las personas pueden ser detenidas antes de que se les impute cargo penal alguno, los prisioneros no procesados deben mantenerse separados de los prisioneros condenados.⁵¹¹ Además, los hombres y las mujeres deben ser detenidos en instituciones separadas o en porciones separadas de la misma institución,⁵¹² y los niños deben ser detenidos en instituciones o partes de la misma institución separadas de los adultos.⁵¹³

⁵¹¹ Para las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicables, véase Convención Americana, artículo 5; Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Regla 8. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 97. Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 124.

⁵¹² Para las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicables, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Regla 8. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 25, 29, 97, 108. Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 76, 85, 124; Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 75(5); para las normas del derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados no-internacionales. Véase Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 5(2)a.

⁵¹³ Para las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicables, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Regla 8. Para las normas del Derecho Internacional Humanitario aplicables en conflictos armados, ver Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 77(4). Sin embargo, con relación a las personas protegidas sujetas a internamiento, el Cuarto Convenio de Ginebra establece: “[...]La Potencia detenedora agrupará, en la medida de lo posible, a los internados según su nacionalidad, su idioma y sus costumbres. Los internados súbditos del mismo país no deberán ser separados por el solo hecho de diversidad de idioma. Durante todo el internamiento, los miembros de una misma familia, y en particular los padres y sus hijos, estarán reunidos en el mismo lugar, excepto los casos en que las necesidades del trabajo, razones de salud o la aplicación de las disposiciones previstas en el capítulo IX de la presente Sección hagan necesaria una separación temporal. Los internados podrán solicitar que sus hijos, dejados en libertad sin vigilancia de parientes, sean internados con ellos. En la medida de lo posible, los miembros internados de la misma familia estarán reunidos en los mismos

(Continúa...)

207. Las instalaciones en que se mantiene a los detenidos, también deben respetar características físicas mínimas. En ninguna circunstancia se puede mantener a los detenidos en instalaciones que pongan en peligro su vida o su salud física y mental.⁵¹⁴ Los detenidos deben ser detenidos en edificios o cuarteles que permitan aplicar todas las salvaguardias posibles en cuanto a higiene y salud y ofrecer una protección eficiente contra el clima.⁵¹⁵ Además, las instalaciones deberán estar protegidas contra la humedad, deberán tener calefacción e iluminación adecuadas y alojamiento para dormir suficientemente espacioso y ventilado. Los detenidos deben contar con ropa de cama y frazadas adecuadas teniendo en cuenta el clima y las características personales de los detenidos. Éstos deben tener acceso a servicios sanitarios suficientemente higiénicos y limpios.⁵¹⁶ Los detenidos deben contar con agua, alimentos, vestimenta y atención médica necesaria suficiente.⁵¹⁷ Toda transferencia o evaluación de detenidos debe realizarse en forma humana.⁵¹⁸

(...Continuación)

locales y no se alojarán con los otros internados; se les darán las facilidades necesarias para hacer vida familiar. Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 82.

⁵¹⁴ Para las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicable, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 9, 10, 11, 22-26. Véase también el Caso del Congo, nota 419 *supra*, párr. 58. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 13, 22-25. Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 32, 85. Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículos 11(4) y 75(2). Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados no internacionales, véase Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículos 4(2) 5(2).

⁵¹⁵ Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 85; Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 25. Para las normas del derecho internacional en materia de derechos humanos aplicables, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Regla 10.

⁵¹⁶ Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 25 y Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 85. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 10, 12-16, 19. Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párr. 288. Véase, análogamente, Caso Baptiste, nota 430 *supra*, párrs. 133-138.

⁵¹⁷ Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales; véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 15-16, 25-27, 29-32, 109 y siguientes; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 38, 56 y siguientes, 89-90. Para las normas del derecho internacional en materia de derechos humanos aplicables, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 17-18, 20-26, Caso del Congo, nota 419 *supra*.

⁵¹⁸ Para las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicables, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Regla 33. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales,

(Continúa...)

208. Si bien los tribunales civiles están encargados de la supervisión de las protecciones de los derechos humanos en tiempos de paz y de estados de emergencia, el Tercer y Cuarto Convenio de Ginebra asignan a las Potencias protectoras⁵¹⁹ y, con el consentimiento de la Potencia detenedora afectada, al Comité Internacional de la Cruz Roja, las funciones de supervisión de la detención y el tratamiento de los prisioneros de guerra y los internados civiles durante los conflictos armados internacionales. El CICR también puede cumplir funciones similares en el contexto de los conflictos armados no internacionales.⁵²⁰ Sin embargo, como se indica en la Parte III(C),⁵²¹ pueden suscitarse circunstancias en las que los mecanismos de supervisión previstos por el derecho internacional humanitario no se encuentren adecuadamente organizados o disponibles, o en que la detención e internamiento de civiles o combatientes continúe por un período prolongado. Cuando esto ocurre, las normas y procedimientos del derecho internacional humanitario pueden resultar inadecuadas para salvaguardar debidamente los estándares mínimos de trato a los detenidos y los mecanismos de supervisión del derecho internacional de los derechos humanos, incluidos los recursos de *habeas corpus* y de amparo, pueden necesariamente reemplazar al derecho internacional humanitario a fin de asegurar, en todo momento, la protección efectiva de los derechos fundamentales de los detenidos.

209. Los detenidos que sean sometidos a sanciones disciplinarias o penales deberán contar análogamente con condiciones adecuadas de detención, un trato humano en todo momento y nunca deben ser sometidos a tortura o trato inhumano.⁵²² En particular, están prohibidos los castigos

(...Continuación)

véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 19-20, 46. Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 49 y 127.

⁵¹⁹ Véase, por ej, Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 8 (que establece que el Convenio se aplicará con la cooperación y bajo el escrutinio de las Potencias protectoras, cuyo deber es salvaguardar los intereses de las Partes en el conflicto); Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 9.

⁵²⁰ Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales, véase el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, notas 36, 67 *supra*. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 126; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 142-143.

⁵²¹ Véase Sección III(C), párr. 146.

⁵²² Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 13, 87, 89, 92, 97-98, 108; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 32, 100, 118, 119, 124-125; Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículos 11(4) y 75(2). Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados no internacionales, véase Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículos 4(2), 5(2). Para las normas del derecho internacional en materia

(Continúa...)

corporales, los períodos prolongados en confinamiento solitario y la colocación de detenidos en celdas oscuras.⁵²³ Los instrumentos de contención o control, tales como las esposas, las cadenas, los chalecos de hierro y de fuerza, nunca se aplicarán como castigo pues constituyen castigos corporales prohibidos.⁵²⁴ Todo tratamiento de vigilancia o contención adicional de los detenidos nunca podrá afectar la salud de éstos y deben utilizarse excepcionalmente, de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad.⁵²⁵ El tratamiento que pudiera potencialmente poner en peligro la salud de los detenidos debe ser supervisado por funcionarios médicos y prohibido si en realidad pone en peligro la salud de los detenidos.⁵²⁶

(...Continuación)

de derechos humanos, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 27-34.

⁵²³ Para las normas del derecho internacional en materia de derechos humanos aplicables, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 31, 32. Véase también Caso Suárez Rosero, nota 330 *supra*. Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párr. 288. Véase análogamente el Caso Baptiste, nota 430 *supra*, párrs. 133-138. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 13, 87, 89, 98 y 108; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 32, 118, 119, 124-125; Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículos 11(4) y 75(2). Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados no internacionales, véase Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículos 4(2) y 5(2).

⁵²⁴ Para las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicables, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Regla 33. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 13, 87, 108; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 32, 118-119; Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículos 11(4) y 75(2). Para las normas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados no internacionales, ver Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículos 4(2) y 5(2). Además, conforme a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, nunca deberían usarse cadenas y grillos como elementos represivos (véase las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335, *supra*, regla 33). Si bien las normas del derecho internacional humanitario no prohíben expresamente esta práctica, el hecho de que las cadenas y los grillos pueden causar sufrimiento y lesiones físicas sugiere que, inclusive en situaciones de conflicto armado, el uso de esos instrumentos debe limitarse estrictamente a las situaciones en que se requiera esa medida (como el traslado de detenidos o la protección temporal de los detenidos o sus guardianes), cuando no se disponga de otras opciones y sólo mientras sea necesario.

⁵²⁵ Para las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicables, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Reglas 27 y siguientes. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 87, 89, 92; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 118-119, 120.

⁵²⁶ Para las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicables, véase Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de Reclusos, nota 335 *supra*, Regla 32. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 13, 87, 89, 98, 108; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 118-119, 120.
(Continúa...)

210. El interrogatorio de personas sospechosas de haber cometido actividades terroristas también está estrictamente limitado por las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en relación con el derecho a un trato humano y la prohibición absoluta de la tortura.⁵²⁷

211. En consecuencia, todos los métodos de interrogatorio que puedan constituir tortura u otro trato cruel, inhumano o degradante, están estrictamente prohibidos. Ello podría incluir el maltrato grave y deliberado que cause sufrimiento grave y cruel, como las golpizas severas,⁵²⁸ la suspensión de los prisioneros en forma humillante y dolorosa,⁵²⁹ la violación⁵³⁰ y la agresión sexual,⁵³¹ las descargas eléctricas,⁵³² la asfixia,⁵³³ las quemaduras,⁵³⁴ y la extracción de uñas y dientes.⁵³⁵

212. Además, si bien cada caso debe ser evaluado de acuerdo con

(...Continuación)

Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 118, 119, 125 y Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículos 11(4) y 75(2). Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados no internacionales, véase Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículos 4(2) y 5(2).

⁵²⁷ Para las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicables, véase, entre otros, Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 5, Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo I, Convención Interamericana sobre la Tortura, nota 105 *supra*. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales, véase artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra, notas 36, 67 *supra*. Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales, véase Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 13, 14, 17; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 27 y 32; Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículos 11(4) y 75(2). Para las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados no internacionales, ver Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículos 4(2) y 5(2).

⁵²⁸ Véase, por ej., Caso Griego, nota 391 *supra*.

⁵²⁹ Véase, por ej., Caso Aksoy, nota 346 *supra*, párr. 64.

⁵³⁰ Véase, por ej., Caso Aydın, nota 417 *supra*, párr. 84.

⁵³¹ Véase, en general, Informe del Relator Especial de la ONU sobre la Tortura, nota 413 *supra*, párr. 119, referido en Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párr. 467.

⁵³² Véase, en general, Informe del Relator Especial de la ONU sobre la Tortura, nota 413 *supra*, párr. 119, referido en Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párr. 467.

⁵³³ Véase, en general, Informe del Relator Especial de la ONU sobre la Tortura, nota 413 *supra*, párr. 119, referido en Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párr. 467.

⁵³⁴ Véase, en general, Informe del Relator Especial de la ONU sobre la Tortura, nota 413 *supra*, párr. 119, referido en Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párr. 467.

⁵³⁵ Véase, en general, Informe del Relator Especial de la ONU sobre la Tortura, nota 413 *supra*, párr. 119, referido en Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párrs. 467

sus propias circunstancias, la tortura u otro trato cruel, inhumano o degradante podría incluir un trato más sutil que no obstante ha sido considerado suficientemente cruel, como la exposición a luz o ruidos excesivos, la administración de drogas en la detención o en instituciones psiquiátricas, la negación prolongada del descanso o el sueño o los alimentos, higiene suficiente o asistencia médica, el total aislamiento y la privación sensorial.⁵³⁶

213. Los actos que constituyen otros castigos o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes también están estrictamente prohibidos. Como se señaló, conductas de esta naturaleza podrían incluir las amenazas de muerte,⁵³⁷ la detención prolongada y la detención bajo incomunicación,⁵³⁸ y la privación del sueño.⁵³⁹

214. Por último, debe hacerse hincapié en que, si bien puede interrogarse a los detenidos, no puede obligárseles a rendir testimonio contra sí mismos, a declararse culpables o a confesar.⁵⁴⁰ Además, en situaciones de conflicto armado, los prisioneros de guerra no sólo tienen el derecho a no inculparse, sino que sólo están obligados a brindar su nombre, apellido y rango, fecha de nacimiento y el ejército, regimiento y número personal o de serie, o, en su defecto, información equivalente y no pueden ser obligados a responder a ninguna otra pregunta, ni a dar otra información que la antes enumerada.⁵⁴¹

215. Las normas del derecho internacional aplicable también pueden tener implicaciones con respecto a la detención y devolución de inmigrantes,

⁵³⁶ Véase, en general Informe del Relator Especial de la ONU sobre la Tortura, nota 413 *supra*, párr. 119. Véase también Caso Muteba Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 414 *supra*, párr. 10.2; Caso Setelich Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 414 *supra*, párr. 16.2; Caso HRC Weinberger Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 414 *supra*, párr. 4. Véase también Sentencia TC en Celibici, nota 193 *supra*, párrs. 461, 467.

⁵³⁷ Véase, por ejemplo, Lissardi & Rossi, nota 412 *supra*, págs. 51 y 54.

⁵³⁸ Véase, por ejemplo, Caso Velásquez Rodríguez, nota 249 *supra*, párr. 156. Véase también Caso Godínez Cruz, nota 249 *supra*, párr. 164. Véase también el Caso Villagrán Morales, nota 130 *supra*, párrs. 162-164.

⁵³⁹ Véase, por ejemplo, Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*, párr. 96.

⁵⁴⁰ Véase las normas aplicables del derecho internacional de los derechos humanos en la Convención Americana, nota 61 *supra*, artículo 8(3). Véase las normas del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados que no tengan carácter internacional en el Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 6(2). Véase las normas del derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados internacionales. ver el Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículo 75(4). Véase la sección III(D), párr. 261.

⁵⁴¹ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 17; véase también [COMENTARIO DEL CICR SOBRE EL TERCER CONVENIO DE GINEBRA], nota 350 *supra*, pág. 156-159.

incluidos los sospechosos de actividad terrorista. Más adelante se analiza nuevamente este aspecto en la Parte III(H), *infra*, en relación con la situación de los trabajadores migratorios, las personas que buscan asilo, los refugiados y otros no nacionales.

216. Es preciso subrayar que, pese a la amenaza o la gravedad de una situación de violencia terrorista e independientemente de que la misma surja en el contexto de un conflicto armado, el derecho a un trato humano es un derecho no derogable en virtud del artículo 27(2) de la Convención Americana y el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre la Tortura.⁵⁴² Más específicamente, la prohibición contra la tortura constituye una norma perentoria del derecho internacional⁵⁴³ y, por tanto, no puede ser suspendida ni restringida en circunstancia alguna.

D. Derechos al debido proceso y a un juicio justo

1. Derecho internacional de los derechos humanos

217. Dentro del sistema interamericano de derechos humanos, los derechos al debido proceso y a un juicio justo están establecidos fundamentalmente en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señalan lo siguiente:

Declaración Americana

XVIII. Toda persona puede ocurrir 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.

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

⁵⁴² Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 27(2), Convención Interamericana sobre la Tortura, nota 105 *supra*, artículo 5. Véase también el Caso Asencios Lindo y otros, nota 6 *supra*, párra. 75; CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párrs. 118 y 154; CIDH, Informe sobre Perú (2000), nota 27 *supra*. Para normas del derecho internacional humanitario véase el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1940, nota 36, 67 *supra*; Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 13, 14; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 27, 32; Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 75; Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículos 4, 5.

⁵⁴³ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párrs. 118 y 154.

establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas

Convención Americana

8(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 substanciación 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 inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado 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.

9. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

218. Como es evidente en los textos anteriores, que reflejan protecciones establecidas en otros instrumentos regionales e internacionales de

derechos humanos,⁵⁴⁴ estas disposiciones garantizan protecciones sustantivas y procesales fundamentales en la determinación de acusaciones de carácter penal. Ta como se discutirá en más detalle adelante, estas garantías están definidas abarcando ciertos principios fundamentales del derecho penal, incluido el derecho a que se presuma la inocencia, y los principios *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, y *non-bis-in-idem*. También se protege el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, y un número no taxativo de garantías procesales que se consideran esenciales para un juicio justo.

219. Las normas y principios consagrados en las protecciones mencionadas, son relevantes no sólo para los procesos penales, sino también, *mutatis mutandis*, para otros procedimientos a través de los cuales se determinen los derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal y de otra índole.⁵⁴⁵ Conforme se elaborará en la Parte III(H), *infra*, los procedimientos no penales a los que se aplican ciertas garantías del debido proceso en este y en otros sistemas de derechos humanos incluyen procedimientos relacionados con la detención, el *status* y la devolución de extranjeros.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ Véase, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, nota 65 *supra*, artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, artículos 14, 15; Convención Europea sobre Derechos Humanos, nota 137 *supra*, artículos 6, 7. El artículo 40 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, prescribe protecciones similares específicamente relativas a los procedimientos que involucran a niños y que han sido objeto de consideración por la Comisión, nota 122 *supra*. Véase, por ejemplo, el Caso Rivas, nota 408 *supra*.

⁵⁴⁵ Véase Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia del 31 de enero de 2001, Ser. C. N° 7, párrs. 69, 70 (donde se llega a la conclusión de que las garantías mínimas establecidas en el artículo 8(2) de la Convención no se limitan a los procedimientos judiciales en sentido estricto, sino que también se aplican a los procedimientos que involucran la determinación de derechos y obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal y de otra índole). Véase también Corte IDH, Opinión Consultiva 11/90, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (artículos 46.1, 46.2.a) y 46.2.b: Convención Americana sobre Derechos Humanos), 10 de agosto de 1990, Series A. N° 11, párr. 28. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General 13, artículo 14 (Sesión 21ª, 1984), Compilación de Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptados por los Organos de los Tratados de Derechos Humanos, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 14 (1994), párr. 2 [en adelante, Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU].

⁵⁴⁶ Véase, por ejemplo, Caso 11.610, Informe N° 49/99, Loren Laroye Riebe Star y otros (México), Informe Anual de la CIDH (1998), párrs. 46, 65-70 (en que se aplica el artículo 8(1) de la Convención Americana en el contexto de procedimientos administrativos que dan lugar a la expulsión de extranjeros); Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114 *supra*, párr. 213; CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párrs. 109, 115; Caso sobre la Interdicción de los haitianos (Estados Unidos), Informe Annual de la CIDH (1993) párr. 180. Véase, análogamente, Comisión Europea de Derechos Humanos, Huber c. Austria, 1975 Y.B. Eur. Conv. on H.R., párrs. 69 a 71; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Albert y Le Compte, 10 de febrero de 1983, Series A Vol.58, párr. 39 (donde se consideran los principios del debido proceso a ser aplicadas, *mutatis mutandis*, a las sanciones disciplinarias de carácter administrativo).

220. También es necesario observar a esta altura que ciertas convenciones multilaterales que procuran combatir el terrorismo y sus diversas manifestaciones, establecen específicamente que las personas acusadas de delitos relacionados con el terrorismo deben contar con las garantías legales del debido proceso en todo procedimiento que se adelante contra ellas.⁵⁴⁷

221. De acuerdo con la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, articulada a través de las opiniones y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los informes especiales y de los informes en casos individuales de la Comisión, los componentes de los requerimientos de un juicio justo y del debido proceso comportan ciertos requisitos y restricciones esenciales. A continuación se examinan varios de los más pertinentes de estos atributos.

a. Principios fundamentales del derecho penal

222. Entre los principios más fundamentales para el proceso penal que son reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos están la presunción de inocencia, el principio *non-bis-in-idem* y los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, así como el precepto de que nadie puede ser condenado por un delito excepto sobre la base de la responsabilidad penal individual.⁵⁴⁸ La inclusión de estos principios en los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en los estatutos que rigen los tribunales penales internacionales,⁵⁴⁹ y en el derecho interno de los Estados⁵⁵⁰ sugiere su amplio reconocimiento como principios generales del derecho penal.

⁵⁴⁷ Véase, por ejemplo, la Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente, nota 35 *supra*, artículo 9, “Toda persona respecto de la cual se sustancia un procedimiento en relación con uno de los delitos previstos en el artículo 2 gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento”; Convención sobre el Terrorismo de 1971, nota 7 *supra*, artículo 4, conforme al cual “[t]oda persona privada de su libertad por aplicación de la presente Convención gozará de las garantías legales del debido proceso, y el artículo 8, según el cual, para cooperar en la prevención y sanción de los delitos previstos en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados contratantes aceptan las obligaciones siguientes: [. . .] (c) [g]arantizar el más amplio derecho de defensa a toda persona privada de libertad por aplicación de la presente Convención; Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*, artículo 15(3) “A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional.”

⁵⁴⁸ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo XXVI; Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículos 8(2), 8(4), 9.

⁵⁴⁹ Véase Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículos 22-23; Estatuto del TPIR, nota 505 *supra*.

223. La Comisión ha subrayado desde hace tiempo el carácter axiomático de la presunción de la inocencia en los procesos penales y ha exhortado a los Estados a garantizar que la misma esté expresamente establecida en sus leyes internas.⁵⁵¹ Es de anotar que esta presunción puede considerarse violada cuando la persona es detenida preventivamente bajo acusación penal durante un período prolongado sin la debida justificación, debido a que esa detención se transforma en una sanción y no en una medida cautelar, lo que equivale a anticipar una sentencia.⁵⁵²

224. Análogamente, un elemento central de los procesos penales es el principio *non-bis-in-idem*, que ha sido descrito por la Corte Interamericana, en el contexto del artículo 8(4) de la Convención Americana, indicando que busca proteger los derechos de las personas a no ser sometidas a un nuevo juicio por la misma causa y hechos específicos por la que ya han sido juzgadas.⁵⁵³ A este respecto, la Corte ha señalado que entre las circunstancias que impedirían un nuevo juicio están los procedimientos en los cuales un tribunal ha tomado conocimiento de los hechos, circunstancias y pruebas relacionadas con los actos alegados, los ha evaluado y ha decidido que el acusado es inocente.⁵⁵⁴

225. Los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sin lege*, también referidos conjuntamente como el principio de legalidad, prohíben que los Estados procesen o sancionen a personas por actos u omisiones que no constituirían delitos penales según la legislación aplicable en el momento en que fueron cometidos. Los órganos de derechos humanos del sistema interamericano también han interpretado el principio de legalidad en el sentido de exigir que los delitos estén definidos sin ambigüedades.⁵⁵⁵ De acuerdo con este requisito, los delitos deben clasificarse y describirse en términos precisos e inequívocos que definan con precisión el delito sancionable. Esto a su vez

(...Continuación)

⁵⁵⁰ Véase generalmente M. Cherif Bassouni, *Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions*, 3 DUKE J. COMP. & INT'L L. 235, 267-293 (1993).

⁵⁵¹ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre Argentina (1980), nota 27 *supra*, pág. 224; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Nicaragua (1981), 30 de junio de 1981, OEA/Ser.L/V/II.81/Doc. 25, págs. 88-9, 93, 168 [en adelante, CIDH, Informe sobre Nicaragua (1981)].

⁵⁵² Caso Suárez Rosero, nota 330 *supra*, párr. 77.

⁵⁵³ Caso Loayza Tamayo, nota 395 *supra*, párr. 66.

⁵⁵⁴ Caso Loayza Tamayo, nota 395 *supra*, párr. 76. Véase también Caso Jorge Alberto Giménez, nota 330 *supra*, párrs. 77-80.

⁵⁵⁵ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, párrs. 80, 168; Cort IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, nota 55 *supra*, párr. 121.

requiere una clara definición de la conducta penalizada, estableciendo sus elementos y los factores que la distinguen de comportamientos que no son delitos sancionables o son sancionables por otras penas.⁵⁵⁶ Como lo ha observado la Corte Interamericana, “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”.⁵⁵⁷ Relacionada con estos principios está la prohibición general de la imposición de una pena más grave que la que sea aplicable en el momento en que se cometió el delito penal, así como el derecho a beneficiarse de una sanción más leve si ésta ha sido adoptada en legislación posterior a la comisión del delito.⁵⁵⁸

226. Estos principios son particularmente importantes en el contexto de la legislación nacional que contempla los delitos relacionados con el terrorismo. La Comisión y la Corte han concluido previamente que ciertas leyes nacionales de antiterrorismo violan el principio de legalidad porque, por ejemplo, estas leyes han tratado de incluir una definición exhaustiva del terrorismo que, inevitablemente, resulta excesivamente amplia e imprecisa, o han adoptado variaciones sobre el delito de “traición” que desnaturalizan el significado de esa figura delictiva y crean imprecisión y ambigüedades cuando se trata de distinguir entre esos delitos diversos.⁵⁵⁹ La Comisión observa que los Estados en esta y en otras regiones han adoptado una variedad de enfoques al adoptar normas penales sobre terrorismo. Algunos Estados han establecido el delito específico de terrorismo sobre la base de características comunes de la violencia terrorista.⁵⁶⁰ Otros Estados no han establecido el terrorismo como un delito *per se*, sino que han modificado diversos delitos comunes ya existentes, como el homicidio, agregando la intención terrorista o variaciones en la pena que reflejan

⁵⁵⁶ Véase, por ejemplo, Caso Castillo Petrucci y otros, nota 55 *supra*, párr. 121.

⁵⁵⁷ Caso Castillo Petrucci y otros, nota 55 *supra*, párr. 121.

⁵⁵⁸ Véase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, artículo 15. Véase, análogamente, Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículo 75(4)(c); Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 6(2)(c).

⁵⁵⁹ Véase, por ej, Informe de la CIDH sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, párr. 80, 168; Caso Castillo Petrucci y otros, nota 55 *supra*, párr. 121.

⁵⁶⁰ Véase, por ej, *Detention of Terrorist (Northern Ireland) Order of 1972 (United Kingdom)*, citado en el caso del Irlanda c. Reino Unido, nota 386 *supra*, párr. 85. (En la que se define el terrorismo como el uso de la violencia con fines políticos [incluyendo] cualquier uso de la violencia con el fin de atemorizar al público o a una parte de éste). (Traducción por la Comisión).

el carácter particularmente abominable de la violencia terrorista.⁵⁶¹ Cualquiera sea el cauce elegido, los Estados miembros de la OEA deben ceñirse a los principios básicos articulados por la Corte Interamericana y por la Comisión en esta materia. Para asegurar que los castigos impuestos por delitos relacionados con el terrorismo sean racionales y proporcionados, también se insta a los Estados miembros a tomar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para conceder a los jueces discreción en la consideración de las circunstancias de los infractores individuales y sus infracciones al dictar sentencia por delitos terroristas.⁵⁶²

227. Por último, los procesos penales deben cumplir con los requisitos fundamentales de que nadie debe ser condenado por un delito excepto sobre la base de la responsabilidad penal individual y con el corolario de este principio que prohíbe la responsabilidad penal colectiva.⁵⁶³ Este principio ha recibido particular atención en el contexto de los procesos penales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, debido en gran medida a la oposición de la opinión pública internacional a que se condenara ciertas personas por el único hecho de haber integrado un grupo o una organización.⁵⁶⁴ Sin embargo, esta restricción no impide el procesamiento de personas con base en elementos de la responsabilidad penal individual tales como la complicidad o la incitación,

⁵⁶¹ Véase, por ej, Informe de la Comisión Internacional de Juristas sobre la Administración de Justicia en Perú, 30 de noviembre de 1993, [en adelante Informe de la Comisión Internacional de Juristas sobre la Administración de Justicia en Perú], pág. 15-22 (donde se brindan ejemplos de leyes antiterroristas europeas que definen el terrorismo en relación con delitos comunes bien establecidos). La Comisión Internacional de Juristas es una Comisión Internacional creada por un acuerdo entre los Gobiernos de Perú y Estados Unidos. Importantes organismos no gubernamentales se han referido a este informe, tales como Amnistía Internacional, *Human Rights Watch* y el *Lawyers Committee for Human Rights*. Véase análogamente 18 U.S.C. paragrafo 2331.

⁵⁶² En este sentido, el artículo 5(6) de la Convención Americana estipula que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

⁵⁶³ Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 5(3) “La pena no puede trascender de la persona del delincuente.”

⁵⁶⁴ Véase, en general, EL COMENTARIO CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES, nota 210 *supra*, 880-881. Ver además el Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 33 (donde se dispone en parte que ninguna persona protegida puede ser sancionada por un delito que no haya cometido personalmente. Las sanciones colectivas y, análogamente, todas las medidas de intimidación y terrorismo, están prohibidas); Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículo 75(4)(b); Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 5(2)(b); Estatuto del TPIY, nota 222 *supra*, artículo 7, Estatuto del TPIR, nota 505 *supra*, artículo 6; Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículo 25. El Informe del Secretario General de la ONU (1993), nota 189 *supra*, párr. 51 (en que se desestima mantener, para los fines de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la responsabilidad penal de las personas en razón de su membresía en una asociación u organización que se considera criminal).

ni impide responsabilizar a una persona sobre la base de la doctrina claramente establecida de la responsabilidad superior.⁵⁶⁵

b. Derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por ley

228. El derecho a un juicio ante un tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por la ley, ha sido interpretado por la Comisión y por la Corte Interamericanas en el sentido de que comporta ciertas condiciones y estándares que deben ser satisfechos por los tribunales encargados de juzgar la sustanciación de toda acusación de carácter penal o la determinación del derecho o las obligaciones de las personas de carácter civil, fiscal, laboral o de otra índole. Buena parte de la jurisprudencia interamericana existente en esta esfera se ha desarrollado a través de la consideración y condena de ciertas prácticas específicas con las que los Estados Miembros se han empeñado en responder al terrorismo y a otras amenazas y que se ha considerado no cumplen esas condiciones y estándares.

229. Este derecho a un juicio justo se sustenta en los conceptos fundamentales de la independencia e imparcialidad de la justicia que, al igual que los principios del derecho penal enumerados anteriormente, son ampliamente considerados como principios generales del derecho internacional indispensables para la debida administración de justicia y la protección de los derechos humanos fundamentales.⁵⁶⁶ El requisito de independencia, a su vez, requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e independiente de las funciones judiciales, incluidas la estabilidad de un cargo y la capacitación profesional adecuada.⁵⁶⁷ La

⁵⁶⁵ Para ejemplos de fundamentos permisibles de responsabilidad penal individual, véase, por ej., Estatuto del TPIY, nota 222 *supra*, artículo 7; Estatuto del TPIR, nota 505 *supra*, artículo 6; Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículo 25.

⁵⁶⁶ Véase por ejemplo, Informe del Relator Especial sobre la Independencia e Imparcialidad de la Justicia, presentado de acuerdo con la Resolución 1994/41 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, 51º Período de Sesiones, 6 de febrero de 1995, E/CN.4/1995/39, párr. 34.

⁵⁶⁷ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, Capítulo VIII, párr. 139; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Haití (1995), MRE/RES.6/94 OEA/Ser.L/II.88, 9 de febrero de 1995, Capítulo V, párrs. 276-280. CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador (1997), OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, Capítulo III; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en México (1998), 24 de septiembre de 1998, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev.1, 24 de septiembre de 1998, Capítulo V, párrs. 393-398.

imparcialidad de los tribunales debe ser evaluada desde una perspectiva subjetiva y objetiva para garantizar la inexistencia de un prejuicio real de parte del juez o el tribunal, así como garantías suficientes para evitar toda duda legítima en este sentido. Estos requisitos, a su vez, exigen que el juez o el tribunal no abriguen sesgo real alguno en un caso en particular y que el juez o el tribunal no sean razonablemente percibidos como inclinados por un sesgo de ese tipo.⁵⁶⁸

230. En el contexto de estos requisitos fundamentales, la jurisprudencia del sistema interamericano ha venido denunciando desde hace tiempo la creación de cortes o tribunales especiales que desplazan la jurisdicción que pertenece a las cortes ordinarias o tribunales judiciales y que no utilizan los procedimientos debidamente establecidos del proceso legal.⁵⁶⁹ Ello ha incluido en particular el uso de tribunales especiales o comisiones militares ad hoc para procesar a civiles por delitos contra la seguridad en tiempos de emergencia, práctica que ha sido condenada por esta Comisión, por la Corte Interamericana y por otras autoridades internacionales. El fundamento de esta crítica se ha relacionado en gran parte con la falta de independencia de estos tribunales frente al ejecutivo y la ausencia de garantías mínimas del debido proceso y de un juicio justo en sus actuaciones.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Caso Andrews, nota 243 *supra*, párrs. 159-161. Véase, análogamente, Corte Europea de Derechos Humanos, Findlay c. Reino Unido, 25 de febrero de 1997, *Reports* 1997-I, pág. 281, párr. 73.

⁵⁶⁹ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Chile, Doc. OEA/Ser.L/V/II.34, 25 de octubre de 1974; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Uruguay, Doc. OEA/Ser.L/V/II.43, 31 de enero de 1978; CIDH, Informe sobre Nicaragua (1981), nota 551 *supra*; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Guatemala, Doc. OEA/Ser.L/V/II.61, 5 de octubre de 1983 [en adelante, CIDH, Informe sobre Guatemala (1983)]; CIDH, Informe sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, párr. 139; Caso Castillo Petruzzi y otros, nota 55 *supra*, párr. 129, donde se citan los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas 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 confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, Principio 5 [en adelante, Principios Básicos de la Independencia de la Judicatura]. Véase, análogamente, Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*, párr. 4.

⁵⁷⁰ Véase, por ejemplo, Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, 331; CIDH, Informe sobre Nicaragua (1981), nota 551 *supra*, pág. 62 y siguientes; CIDH, Informe sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, párr. 190 y siguientes. Véase, análogamente, Comisión Europea de Derechos Humanos, Zand c. Austria, Solicitud N° 7360/76, 12 de octubre de 1978, párr. 69 (en que se sostiene que el objeto y propósito de la Cláusula en el artículo 6(1) [de la Convención Europea de Derechos Humanos] que requiere que la Corte sea establecida por la ley, que la organización judicial en una sociedad democrática no debe depender de la discreción del ejecutivo, sino que debe estar regulada por la legislación que emane del parlamento." Traducción por la Comisión); Principios Básicos de la Independencia de la Judicatura, nota 569 *supra*, Principio 4 (en que se declara: No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las
(Continúa...)

231. Ha sido ampliamente reconocido a este respecto que los tribunales militares, por su propia naturaleza, no satisfacen los requisitos de un tribunal independiente e imparcial aplicable a los procesos de civiles porque no forman parte de la justicia civil independiente sino del poder ejecutivo, y debido a que su propósito fundamental es mantener el orden y la disciplina sancionando los delitos militares cometidos por los integrantes de la comunidad militar. En tales instancias, funcionarios militares asumen el papel de jueces, mientras que al mismo tiempo siguen siendo subordinados de sus superiores de acuerdo con la jerarquía militar establecida.⁵⁷¹

232. Esto no quiere decir que los tribunales militares no tengan razón de ser en los sistemas judiciales militares de los Estados miembros. La Comisión ha reconocido a este respecto que los tribunales militares pueden en principio constituir un tribunal independiente e imparcial para los efectos del procesamiento de integrantes de las fuerzas armadas por ciertos delitos realmente relacionados con el servicio y la disciplina militares, que por su naturaleza puedan lesionar los intereses jurídicos de las fuerzas armadas, siempre que lo hagan con pleno respeto por las garantías judiciales.⁵⁷² Sin embargo, en estos tribunales no pueden juzgarse violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, los que deben someterse a los tribunales ordinarios.⁵⁷³ Tampoco puede juzgarse a civiles en los tribunales militares, aunque ciertos órganos supervisores de los derechos humanos han considerado que, en circunstancias excepcionales puede recurrirse a tribunales militares o especiales para juzgar a civiles, siempre que se garantice el cumplimiento de los requisitos mínimos del debido proceso.⁵⁷⁴ Durante los conflictos armados, los

(...Continuación)

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.)

⁵⁷¹ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, Capítulo VIII, párr. 140; Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párr. 25.

⁵⁷² Véase Corte IDH, Caso Las Palmeras, Sentencia del 6 de diciembre de 2001, Serie C N° 90, párrs. 51-53; Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, capítulo V, párr.27. Véase, análogamente, Corte IDH, Caso Durand y Ugarte, 16 de agosto de 2000, Serie C. N° 68, párr. 117 (donde se indica que en un Estado democrático la jurisdicción 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"; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Morris c. Reino Unido, 26 de febrero de 2002, Petición N° 38784/97, párr. 59.

⁵⁷³ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párrs. 17, 27-32; Caso Asencios Lindo y otros, nota 6 *supra*, párrs. 114-128.

tribunales militares de un Estado también pueden juzgar a combatientes privilegiados y no privilegiados siempre que garanticen los requisitos mínimos del debido proceso. En el artículo 84 del Tercer Convenio de Ginebra, por ejemplo, se dispone expresamente que

Unicamente los tribunales militares podrán juzgar a un prisionero de guerra, a no ser que en la legislación de la Potencia detenedora se autorice expresamente que los tribunales civiles juzguen a un miembro de las fuerzas armadas de dicha Potencia por una infracción similar a la causante de la acusación contra el prisionero.

En ningún caso se hará comparecer a un prisionero de guerra ante un tribunal, sea cual fuere, si no ofrece las garantías esenciales de independencia y de imparcialidad generalmente reconocidas y, en particular, si su procedimiento no garantiza al acusado los derechos y los medios de defensa previstos en el artículo 105.⁵⁷⁵

Si bien las disposiciones del derecho internacional humanitario aplicables a los combatientes no privilegiados, incluido el artículo 75 del Protocolo I, no se refieren específicamente a su susceptibilidad al juicio en tribunales militares, pareciera que no hay razón alguna para considerar que se aplicarán normas distintas a combatientes privilegiados y no privilegiados. En cualquier caso, los estándares del debido proceso a que tienen derecho los combatientes no privilegiados en modo alguno pueden estar por debajo de los previstos en el artículo 75 del Protocolo Adicional I.

233. Otra práctica denunciada por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos como contraria al derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial es el uso de los sistemas judiciales “sin rostro”, principalmente debido a que el anonimato de los fiscales, jueces y testigos priva al acusado de las garantías básicas de la justicia.⁵⁷⁶ El

(...Continuación)

⁵⁷⁴ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Fals Borda c. Colombia*, Comm. N° 46/1979, 27 de julio de 1982; Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*, párr. 4; Caso el Griego, nota 391 *supra*, párr. 328; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Incal c. Turquía*, 8 de junio de 1998, Informes 1998-IV, párr. 70.

⁵⁷⁵ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 84.

⁵⁷⁶ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párrs. 121-127; Informe Anual de la CIDH 1996, 658 (Colombia), 736 (Perú). Véase, análogamente, Comisión de la ONU sobre Derechos Humanos, Informe del Relator Especial de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados, Sr. Param Cumaraswamy, Misión a Perú, Doc. E/CN.4/1998/39/Add.1 (1998), párrs. 72-74.

acusado, en tales circunstancias, no sabe quién lo está juzgando o acusando y, por tanto, no puede saber si la persona está calificada para ello, ni puede saber si existe algún fundamento para solicitar la recusación de esas autoridades alegando incompetencia o falta de imparcialidad. El acusado tampoco puede realizar ningún examen efectivo de los testigos de la contraparte, si no posee información alguna en relación con los antecedentes o motivaciones de los testigos, ni sabe cómo estos obtuvieron información acerca de los hechos en cuestión.⁵⁷⁷ Por estas razones, el uso de sistemas judiciales secretos ha sido catalogado por la Corte y la Comisión como una flagrante violación de la garantía esencial del debido proceso a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial, y de la garantía relacionada con el carácter público de los juicios penales.⁵⁷⁸ Al mismo tiempo, conforme se analiza en la sección siguiente respecto de la derogación del derecho a un juicio justo, debe reconocerse que los esfuerzos de investigación y enjuiciamiento de delitos, incluidos los de índole terrorista, pueden exponer a jueces y otros participantes en la administración de justicia, a amenazas contra sus vidas o su integridad. De hecho, los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir la violencia contra los magistrados, abogados y otros participantes en la administración de justicia.⁵⁷⁹ Esto, a su vez, puede exigir la adopción de ciertas medidas excepcionales para proteger la vida, la integridad física y la independencia de los jueces. Dichas medidas deben evaluarse caso por caso, aunque siempre disponiendo que su carácter o aplicación no comprometan las garantías inderogables de los encausados a un juicio justo, incluidos su derecho a la defensa y a ser juzgados por un tribunal competente, independiente e imparcial.

c. Derecho a un juicio dentro de un plazo razonable

234. Los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo incluyen también el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Si bien el concepto de plazo razonable no es fácil de definir, se han articulado ciertos requisitos previos en este y en otros sistemas de derechos humanos que se consideran necesarios para dar debido efecto a este derecho. Se ha sostenido en particular que el concepto de plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una

⁵⁷⁷ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párrs. 121-127. Véase también *infra*, sección III(D), párrs. 238, 251.

⁵⁷⁸ CIDH, Informe sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, Capítulo II, párrs. 102-103; Caso Castillo Petruzzi y otros, nota 55 *supra*, párr. 172.

⁵⁷⁹ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia, 1999, *supra* nota 110, párrafos 67-70.

sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se pueda haber interpuesto.⁵⁸⁰ La razonabilidad de la duración de los procedimientos debe ser evaluada a la luz de las circunstancias específicas del caso, teniendo particularmente en cuenta la complejidad de la materia, la conducta de la parte interesada y la conducta de las autoridades.⁵⁸¹ El hecho de que un sistema judicial esté sobrecargado o no cuente con recursos suficientes, no puede de por sí justificar demoras prolongadas en los procesos penales, habida cuenta de la obligación de los Estados de regular los elementos del sistema procesal penal para garantizar que las personas sean juzgadas dentro de un plazo razonable.⁵⁸² Además, en ciertos casos, una demora prolongada de por sí puede constituir una violación del derecho a un juicio justo, circunstancias en las cuales el Estado debe explicar y probar porqué le llevó más tiempo de lo normal dictar una sentencia definitiva en el caso en particular.⁵⁸³ La Comisión ha observado que reiteradas demoras injustificadas en los procesos por presuntas violaciones de derechos humanos, contribuyen a la creación de un clima de impunidad en relación a esos delitos.⁵⁸⁴

d. Derecho a las debidas garantías de un juicio justo

235. El derecho internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva para defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y si bien puede ser necesario contar con garantías adicionales en

⁵⁸⁰ Caso Suárez Rosero, nota 330 *supra*, párrs. 70-72 (donde se concluye que el transcurso de cuatro años y dos meses entre el arresto de la víctima y la resolución sobre su apelación final excede holgadamente el plazo razonable previsto por la Convención y, por ende, viola los artículos 7(5) y 8(1) de ésta). Véase, análogamente, Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*.

⁵⁸¹ Corte IDH, Caso Genie Lacayo, 29 de enero de 1997, Serie C N° 30, párr. 77, donde se cita a la Corte Europea de Derechos Humanos, Motta c. Italia, 19 de febrero de 1991, Serie A N° 195-A, párr. 30; Corte Europea de Derechos Humanos, Ruiz-Mateos c. España, 23 de junio de 1993, Serie A N° 262, párr. 30. Véase también Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párrs. 258, 259; Caso Michael Edwards y otros, nota 102 *supra*, párrs. 218-219.

⁵⁸² Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párr. 262.

⁵⁸³ Corte IDH, Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago, nota 272 *supra*, párrs. 143-145. Véase, análogamente, Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párr. 260; Caso Jorge Alberto Giménez, nota 330 *supra*, párr. 101.

⁵⁸⁴ Véase, por ejemplo, el informe de la CIDH sobre Colombia, (1999), *supra* nota 110, párrafo 62.

circunstancias específicas para garantizar un juicio justo,⁵⁸⁵ se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan, el derecho a defenderse personalmente o mediante asistencia de abogado de su elección y - en los casos que así lo requiera la justicia- libre de cargos, y a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Estas protecciones también incluyen el derecho a un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Además, el acusado no puede ser obligado a prestar testimonio en su contra ni a declararse culpable, y debe otorgársele el derecho de apelar la sentencia ante una instancia superior y el derecho a un juicio público. En casos en que el acusado no entienda o no hable el idioma de la corte o el tribunal, debe ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete.

236. Ciertos aspectos de estas protecciones merecen un mayor comentario. En primer lugar, uno de los derechos más importantes del acusado en el proceso es el derecho a ser asistido por un defensor de su propia elección y, en circunstancias adecuadas, a ser asistido por un defensor libre de cargo, cuando así lo requiera el interés de la justicia.⁵⁸⁶ Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han observado a este respecto que en los procesos penales y en los que se relacionan con derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de otra índole, las personas indigentes tienen derecho a un abogado gratuito cuando dicha asistencia sea necesaria para un juicio justo. Entre los factores que inciden en la determinación de la necesidad de la representación legal gratuita para un juicio justo, cabe mencionar el carácter significativo del proceso legal, su carácter legal y su contexto en un sistema jurídico determinado.⁵⁸⁷

237. El derecho a la asistencia de un abogado está a su vez íntimamente relacionado con el derecho del acusado a disponer de tiempo y

⁵⁸⁵ Opinión Consultiva OC-11/90, nota 545 *supra*, párr. 24.

⁵⁸⁶ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículos XVIII, XXVI; Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 8(2)(d), (e).

⁵⁸⁷ Véase Corte IDH, Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago, nota 272 *supra*, párr. 148; Opinión Consultiva OC-11/90, nota 545 *supra*, párrs. 25-29; Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párrs. 311-316; Caso Michael Edwards y otros, nota 102 *supra*, párrs. 201-207. Véase también CIDH, Informe sobre Guatemala (1983), nota 569 *supra*, pág. 95; Informe de la Situación de Derechos Humanos en Suriname (1983), OEA/Ser.L/V/II.61, doc.6 rev.1, 5 de octubre de 1983, pág. 68. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Lloyd Grant c. Jamaica, Comunicación N° 353/1988 ONU Doc. CCPR/C/50//D/353/1988 (1994) párr. 86, (donde se interpreta que el artículo 14(3) del Pacto establece que el acusado no puede decidir si se le brinda un abogado libre de cargo); Corte Europea de Derechos Humanos, Quaranta c. Suiza, 24 de mayo de 1991, Serie A. N° 205.

medios suficientes para la preparación de su defensa,⁵⁸⁸ lo que requiere que todos los arrestados, detenidos o encarcelados dispongan de oportunidades, tiempo y facilidades adecuadas para ser visitados y para comunicarse y consultar a su abogado, sin demora, intercepción o censura y con total confidencialidad.⁵⁸⁹ Este derecho, junto con el derecho del acusado a no declarar su culpabilidad bajo coerción de ningún tipo⁵⁹⁰ también comporta la prerrogativa del acusado de que esté presente un abogado en todas las etapas importantes del proceso, particularmente cuando se le mantiene detenido, así como el derecho a que haya un abogado presente cuando brinde una declaración o sea objeto de interrogatorio.⁵⁹¹

238. La conducción efectiva de la defensa exige también el derecho de la persona afectada a interrogar o a que se interrogue a los testigos en su contra y a obtener la comparecencia de los testigos en su nombre, en las mismas condiciones en que lo hagan los testigos opositores. Este requisito ha sido interpretado en el sentido de prohibir el que se le impida al acusado del derecho a contrainterrogar a los testigos cuyo testimonio es la base de los cargos que se le imputan.⁵⁹² Análogamente, debe otorgarse al acusado acceso a los documentos y demás pruebas en posesión y control de las autoridades,

⁵⁸⁸ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo XXVI, Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 8(2)(c). Véase en general, CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Panamá (1978), OEA/Ser.L/V/II.44, doc. 38, rev.1, 22 de junio de 1978, Capítulo IV, pág. 116 [en adelante, CIDH, Informe sobre Panamá (1978)]; CIDH, Informe sobre Colombia (1981), nota 27 *supra*, Capítulo V, pág. 181.

⁵⁸⁹ Véase Caso Castillo Petruzzi y otros, nota 55 *supra*, párr. 139, donde se citan los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) de 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1, 118 (1990) [en adelante, Principios Básicos de la ONU sobre la Función de los Abogados], Principio 8. Véase también Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párr. 115; Conjunto de Principios de la ONU, nota 335 *supra*, Principios 11 y 17; Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*.

⁵⁹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 8(3).

⁵⁹¹ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párr. 97; Informe Anual de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 Rev. 1, 26 de setiembre de 1986, 155; CIDH, Informe sobre Guatemala (1983) nota 569 *supra*, 91.

⁵⁹² Caso Casitllo Petruzzi y otros, nota 55 *supra*, párrs. 153, 154, donde se cita la Corte Europea de Derechos Humanos en el Caso de Barberà, Messegué y Jabardo, 6 de diciembre de 1988, Ser. A N° 146, párr. 78 y Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Bönisch, 6 de mayo de 1985, Ser. A N° 92, párr. 32.

necesarias para la preparación de su caso.⁵⁹³ Además, a efectos de preservar la confianza del público en los tribunales y proteger a los litigantes contra la administración de la justicia secreta y sin escrutinio público, las normas del debido proceso exigen que el juicio y el pronunciamiento de la sentencia se efectúen en público,⁵⁹⁴ excepto en circunstancias excepcionales en que la justicia exija estrictamente lo contrario.

239. Una vez que se dicta en primera instancia una decisión desfavorable, debe también garantizarse el derecho de apelar la sentencia ante una instancia superior en cumplimiento de protecciones fundamentales del juicio justo.⁵⁹⁵ Debe indicarse a este respecto que las normas de imparcialidad e independencia prescritas para un juicio justo en primera instancia son igualmente aplicables a los tribunales de apelaciones.⁵⁹⁶ Es sobre esta base, por ejemplo, que la Corte Interamericana ha llegado a la conclusión de que el derecho de apelación no se satisface meramente con la existencia de un tribunal superior al que ha juzgado y condenado al acusado y al que este último pueda recurrir.⁵⁹⁷ Para que exista una revisión legítima y válida de la sentencia en cumplimiento de las normas de derechos humanos, el tribunal superior debe contar con autoridad jurisdiccional para examinar los méritos del caso específico en cuestión y debe satisfacer los requisitos que un tribunal debe reunir para ser justo, imparcial e independiente y previamente establecido por ley.⁵⁹⁸ Se ha

⁵⁹³ Véase, por ej., Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*, párr. 9; Principios Básicos de la ONU sobre la Función de los Abogados, nota 589 *supra*, artículo 21 (“Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz.”)

⁵⁹⁴ CIDH, Informe sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, párrs. 102-105; Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros, nota 55 *supra*, párr. 172. Véase, análogamente, Corte Europea de Derechos Humanos, Axen c. Alemania, 8 de diciembre de 1983, Serie A. N° 72, párr. 25.

⁵⁹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 8(2)(h). Véase en general, CIDH, Informe sobre Panamá (1978), nota 588 *supra*, párr. 116; Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Nicaragua (1981), nota 551 *supra*, pág. 168. Véase, análogamente, Informe del Secretario General de la ONU (1993), nota 189 *supra*, párr. 116 (donde se afirma que el derecho de apelación “es un elemento fundamental de los derechos civiles y políticos individuales”. (Traducción por la Comisión)); Estatuto del TPIY, nota 222 *supra*, artículo 25 y siguientes; Estatuto del TPIR, nota 505 *supra*, artículo 24 y siguientes.

⁵⁹⁶ De acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos, este requisito deriva en parte del hecho de que “intrínsecamente, en la naturaleza misma de un tribunal independiente, está la facultad de dictar decisiones obligatorias que no serán alteradas por una autoridad no judicial”. (Traducción por la Comisión). Caso Morris, nota 572 *supra*, párr. 73.

⁵⁹⁷ Caso Castillo Petrucci et al., nota 55 *supra*, párr. 161.

⁵⁹⁸ *Id.*

sostenido también que estas normas se aplican respecto de procedimientos militares en tiempos de guerra tales como los procesos ante cortes marciales.⁵⁹⁹

e. Procesos civiles y de otro tipo

240. Si bien el cumplimiento de las protecciones que se acaban de describir ha sido muy frecuentemente evaluado por la Comisión Interamericana y la Corte en el contexto de procesos penales, los requisitos de un juicio justo y del debido proceso no se limitan, como se indicó, a tales procedimientos. También son aplicables, *mutandis mutatis*, a los procedimientos no penales para la determinación de los derechos y obligaciones de las personas de carácter civil, laboral, fiscal o de otra índole.⁶⁰⁰ La Comisión ha considerado muy detenidamente los requisitos de un juicio imparcial en los procedimientos administrativos especialmente en relación a las leyes y prácticas de inmigración de los Estados, que se examinan en más detalle en la Parte III(H), *infra*.

f. Cooperación entre los Estados en materia penal

241. También sujetos al debido proceso y a otros requisitos de las protecciones internacionales de derechos humanos están los métodos de cooperación entre los Estados en la investigación, procesamiento y sanción de delitos internacionales, transnacionales y nacionales. Los procesos de esta naturaleza incluyen la extradición de los delincuentes sospechosos para su procesamiento penal,⁶⁰¹ la transferencia entre los Estados de testigos y presos en el contexto de los procedimientos penales, y varias modalidades de asistencia legal mutua en materia penal.⁶⁰² Algunos aspectos de estos métodos de cooperación están reflejados en los tratados bilaterales⁶⁰³ y multilaterales,⁶⁰⁴

⁵⁹⁹ CIDH, Informe sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, Capítulo VIII, párr. 173.

⁶⁰⁰ Caso del Tribunal Constitucional, nota 545 *supra*, párrs. 69-70.

⁶⁰¹ Como se indica en la Parte II(A), *supra*, ciertos instrumentos internacionales sobre antiterrorismo estipulan explícitamente que los delitos de terrorismo definidos en tales instrumentos no deben considerarse delitos políticos o delitos comunes afines para los fines de la extradición o la cooperación jurídica mutua. Véase, por ej., la Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*, artículo 11.

⁶⁰² Véase, en general, M. Cherif, Bassiouni, *Policy Considerations on Inter-State Cooperation in Criminal Matters*, in *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* 3 (2d ed., Vol II. M. Cherif Bassiouni, ed., 1998).

⁶⁰³ Véase, por ejemplo, el Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales y Protocolo de firma facultativa relativo al producto del delito, AG. Res. 45/117, 68° Sesión Plenaria, 14 de diciembre de 1990, A/RES/45/117.

⁶⁰⁴ Véase, por ejemplo, la Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas, 19 de diciembre de 1988, ONU Doc. E/Conf./82/15 (1988) (reimpreso en (Continúa...))

cartas rogatorias y demás prácticas consuetudinarias entre los Estados,⁶⁰⁵ y la legislación interna de los Estados.⁶⁰⁶ En este sentido, la Comisión manifiesta su satisfacción a los Estados miembros por sus intensos esfuerzos de colaboración con la campaña contra el terrorismo, cuyo reflejo más reciente se percibe en las disposiciones de la Convención Interamericana contra el Terrorismo⁶⁰⁷

242. También, como lo reconoce apropiadamente la Convención Interamericana contra el Terrorismo,⁶⁰⁸ la manera en que los Estados implementan estos métodos de cooperación o la forma en que por otros mecanismos participan en ellos debe cumplir con los estándares mínimos del derecho de los derechos humanos, incluyendo en particular el derecho a la libertad y la seguridad, los derechos al debido proceso y a un juicio justo y el derecho a la privacidad. Al igual que con todos los actos y omisiones atribuibles a los Estados y sus agentes, estas protecciones de los derechos humanos obligan a los Estados a abstenerse de respaldar o tolerar métodos de cooperación entre los Estados que no se ajusten a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos.⁶⁰⁹ Como se indicó anteriormente, estas obligaciones incluyen garantizar el respeto por las protecciones del artículo 22(8) de la Convención Americana y el artículo 3 de la Convención de la ONU sobre la tortura, que prohíben la expulsión de una persona de un país si su derecho a la vida o a la libertad personal corren peligro de violación por motivos de raza, nacionalidad, religión, condición social o política, o si existen fundamentos sustanciales para creer que será sometida a tortura.

243. Si bien la Comisión, a los efectos del presente informe, no puede realizar un examen exhaustivo de las numerosas y variadas preocupaciones de derechos humanos que podría plantear el método de cooperación entre los Estados en materia penal y afines, observa sí con inquietud que este continente ha sido testigo de situaciones en que los

(...Continuación)

Nº 28 I.L.M. 493 (1989), véase en el internet <http://www.cicad.oas.org/es/tratados/mj14.htm>, artículo 5; Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*.

⁶⁰⁵ Véase Gerhard O.W. Mueller, *International Judicial Assistance in Criminal Matters*, in *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 41* (Gerhard O.W. Mueller & Edward M. Wise eds., 1965).

⁶⁰⁶ Véase, por ejemplo, *US Extradiction Act*, 18 U.S.C., párr. 3181 y siguientes.

⁶⁰⁷ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*.

⁶⁰⁸ *Id.*, artículo 15.

⁶⁰⁹ Caso Paniagua Morales y otros, nota 132 *supra*, párr. 91. Véase, análogamente, el Caso de la Matanza de Riofrío, nota 132 *supra*, párrs. 48-52.

procedimientos de cooperación entre los Estados establecidos han sido eludidos mediante métodos extrajurídicos que tienen graves repercusiones para los derechos humanos de las personas afectadas por tales procedimientos. Ellos han incluido en particular la medida de expulsión de nacionales a un país donde sus vidas corren en peligro y el secuestro extraterritorial para el procesamiento en un Estado de un sujeto presente en otro Estado.⁶¹⁰ Las autoridades internacionales y nacionales han entendido que transgresiones de esta naturaleza constituyen violaciones del derecho internacional público⁶¹¹ pues inciden gravemente en los derechos fundamentales de la persona afectada a la libertad de movimiento o residencia dentro de las fronteras de un Estado⁶¹² y en el derecho a la libertad y la seguridad, incluido el derecho a no ser sometido a detención arbitraria.⁶¹³ Puede también considerarse que el sometimiento de una persona a la jurisdicción de un Estado por esos métodos socava, desde el punto de vista del derecho internacional, la legitimidad y justicia de todo proceso legal posterior al que pueda someterse a la persona por parte del Estado que la recibe.⁶¹⁴

g. Juicio justo, debido proceso y derogación

244. En circunstancias que no comportan emergencia nacional, los Estados están obligados a respetar todos los derechos del debido proceso mencionados respecto de las personas bajo su autoridad y control.

⁶¹⁰ Véase, por ejemplo, Celiberti c. Uruguay, Comm. N° R13/56, Informe del Comité de Derechos Humanos, ONU GAOR, 36° Período de Sesiones, Supp. N° 40, 185, ONU Doc. A/36/40 (1981); [en adelante Caso Celiberti], *Humberto Alvarez-Machain v. United States*, 266 F.3d 1045 (US Court of Appeals for the 9th Circuit, 2001).

⁶¹¹ Véase, por ejemplo, la Resolución sobre la regionalización del derecho penal internacional y la protección de los derechos humanos en la cooperación internacional en los procesos penales, XV Congreso de la Asociación de Derecho Penal Internacional (Río de Janeiro, 4-10 septiembre, 1994); Resolución del Consejo Permanente de la OEA II.15.92, opinión del Comité Jurídico Interamericano respecto de la situación de Humberto Alvarez Machain.

⁶¹² Véase, por ejemplo, Informe Anual de la CIDH, 1976, OEA/Ser.L/VII.40, doc.5 corr.1, 10 de marzo de 1977, páginas 16-18; Informe Anual de la CIDH 1980-81, nota 141 *supra*, pág. 120. Véase, análogamente, Humberto Alvarez-Machain c. Estados Unidos, nota 610 *supra*, págs. 1050-1053.

⁶¹³ Véase, por ejemplo, Caso Celiberti, nota 610 *supra*; Burgos c. Uruguay, Comm. N° 12/52, Informe del Comité de Derechos Humanos de la ONU, ONU GAOR, 36° Período de Sesiones, Supp. N° 40, 176, ONU Doc. A/36/40 (1981); Humberto Alvarez -Machain c. Estados Unidos, nota 610 *supra*, págs. 1050-1053.

⁶¹⁴ Véase, análogamente, Caso Castillo Petruzzi, nota 55 *supra*, párrs. 218, 219 (donde se sostiene que, si los procedimientos por los cuales se dicta una sentencia tienen graves fallas que le quitan la eficacia que deben tener en circunstancias normales, la sentencia no tendrá los fundamentos necesarios, a saber, el litigio conducido por la ley y, por tanto, es insostenible).

245. En los casos en que esté involucrada una situación de emergencia que amenaza la independencia o seguridad de un Estado, los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo deben no obstante ser respetados. Más particularmente, ciertos aspectos de estos derechos, a saber, el derecho consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana en relación con la libertad contra una legislación *ex post facto* que no sea favorable para un acusado, así como “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (inderogables), son algunas de las protecciones enumeradas en el artículo 27(2) de la Convención que no pueden ser suspendidas. Además, aunque el artículo 8 de la Convención no está mencionado explícitamente en el artículo

27(2) los Estados no tienen libertad para derogar las protecciones fundamentales del debido proceso o de un juicio justo a que se hace referencia en el artículo 8 y que son comparables a las disposiciones de otros instrumentos internacionales. Por el contrario, cuando se le considera a la luz de las normas estrictas que rigen la derogación, el papel esencial que pueden desempeñar las salvaguardias del debido proceso en la protección de los derechos humanos no derogables y el carácter complementario de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, la autoridad internacional rechaza decididamente el concepto de que los Estados puedan legítimamente suspender los derechos al debido proceso y a un juicio justo.

246. A este respecto, la Comisión observa, primero, que ningún órgano de supervisión de derechos humanos se ha referido hasta ahora a la existencia de exigencias en una situación de genuina emergencia que sean suficientes para justificar la suspensión ni siquiera temporal de las salvaguardias básicas de un juicio justo. Por el contrario, los órganos interamericanos de derechos humanos han subrayado desde hace mucho tiempo la importancia de mantener siempre las salvaguardias del debido proceso, y en particular en situaciones de emergencia a efectos de asegurar la protección contra el mayor riesgo de abuso por parte de la autoridad excepcional del Estado en tales situaciones y proteger así otros derechos que no son derogables.⁶¹⁵ En tal sentido, los derechos al debido proceso forman parte integral de las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos no derogables y pueden por tanto considerarse a su vez no derogables de acuerdo con los términos expresos del artículo 27(2) de la Convención Americana.

247. De acuerdo con estas observaciones, la Comisión y otras autoridades pertinentes han llegado a la conclusión de que los componentes

⁶¹⁵ Véase, por ejemplo, Opinión Consultiva OC-8/87, nota 147 *supra*, párrs. 21-27.

básicos del derecho a un juicio justo no pueden ser suspendidos con justificación. Estas protecciones incluyen en particular el derecho a un juicio justo a cargo de un tribunal competente e imparcial para las personas acusadas de delitos penales, la presunción de la inocencia, el derecho a ser informado sin demora, y en forma que el acusado la comprenda, de toda acusación penal, el derecho a disponer de tiempo y facilidades adecuadas para preparar la defensa, el derecho a la asistencia legal de su elección o el asesoramiento de defensor gratuito cuando así lo aconseje el interés de la justicia, el derecho a no brindar testimonio en su contra y la protección contra confesiones obtenidas bajo coerción, el derecho a la asistencia de testigos, el derecho a la apelación, así como el respeto por el principio de la aplicación no retroactiva de la legislación penal.⁶¹⁶

248. También son pertinentes en la evaluación de la permisibilidad de las derogaciones las demás obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos que, como se observa en la Parte II del presente informe y se refleja explícitamente en los artículos 27(2) y 29 de la Convención Americana, deben ser interpretadas en el sentido de implementar y completar los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos y no como fundamento para imponer limitaciones.⁶¹⁷ Sobre esta base, los Estados no pueden derogar las protecciones del debido proceso si ello fuere incongruente con sus demás obligaciones en virtud del derecho internacional y, en particular, en los casos en que dicha derogación restrinja el goce o ejercicio de algún derecho o libertad reconocido en virtud de la legislación interna del Estado o de otros instrumentos que lo obligan. Esto es particularmente pertinente en el contexto de los conflictos armados en que, como se indica en la sección siguiente, las protecciones fundamentales del debido proceso y de un juicio justo aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales se

⁶¹⁶ Véase Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, pág. 341-342; CIDH, Informe sobre Argentina (1980), nota 27 *supra*, pág. 26; CIDH, Informe sobre Guatemala (1983) nota 569 *supra*, pág. 18; Informe sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, párrs. 71-73. Véase, análogamente, Observación General N° 29, nota 141 *supra*, párr. 116. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, ESTADOS DE EMERGENCIA, nota 345 *supra*, págs. 427-428, Nos. 1-8; Normas Mínimas de París, nota 345 *supra*, págs. 82-83; Los Principios de Siracusa, nota 345 *supra*, Principios 70(e) – (g). Conforme se analiza en la sección III(D), párr. 258 *infra*, en situaciones de conflicto armado el artículo 75 del Protocolo Adicional I y el artículo 6 del Protocolo Adicional II no prevén expresamente el derecho a la apelación. Éste, empero, puede existir en las situaciones en que se aplican esas disposiciones, por razones de principios, analizadas en la Parte II(B), *supra*, que prohíben la interpretación o aplicación de un instrumento sobre derechos humanos, de manera que limite o infrinja una disposición más favorable, que otorgue mayor protección al amparo de cualquier otra norma aplicable del derecho internacional, como el artículo 8(2)(h) de la Convención Americana. Véase, por ejemplo, el Protocolo Adicional I, *supra* nota 68, artículo 75(8), Convención Americana, *supra* nota 61, artículo 29.

⁶¹⁷ Véase, por ejemplo, el Caso Abella, nota 73 *supra*, párr. 166; *NEW RULES* nota 210 *supra*, 619.

corresponden en forma sustancial con las protecciones del derecho internacional de los derechos humanos, no admiten derogación y en consecuencia impiden toda suspensión que el Estado pretenda por otra vía efectuar en el curso de un conflicto armado en virtud de sus obligaciones en materia de derechos humanos.⁶¹⁸

249. Sin desvirtuar las normas mencionadas, las disposiciones imperantes sugieren que pueden existir algunos aspectos restringidos del derecho al debido proceso y a un juicio justo cuya derogación, en circunstancias absolutamente excepcionales, podría ser admisible. Sin embargo, esas suspensiones deben cumplir estrictamente con los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, y deben quedar sometidas a la supervisión de órganos competentes conforme al derecho internacional.

250. Las protecciones del debido proceso y de un juicio justo que se podría concebir están sujetas a suspensión incluyen el derecho a un juicio público cuando se considere estrictamente necesario en interés de la justicia establecer limitaciones al acceso del público a los procedimientos. Las consideraciones a este respecto podrían incluir asuntos de seguridad, orden público, intereses de menores, o situaciones en que la publicidad podría perjudicar los intereses de la justicia.⁶¹⁹ Sin embargo, todas esas restricciones deben ser estrictamente justificadas por el Estado que las imponga, caso por caso, y sujeto a supervisión judicial continua.

251. Análogamente, el derecho del acusado a interrogar o a que se interrogue los testigos presentados en su contra podría en principio estar sujeto a restricciones en instancias limitadas. Debe reconocerse a este respecto que los empeños por investigar y procesar los delitos, incluidos los vinculados con terrorismo, pueden en algunas instancias generar amenazas contra la vida e integridad de los testigos y, de esa manera, plantear aspectos complejos vinculados a la forma en que esos testigos pueden ser identificados durante el proceso penal sin comprometer su seguridad.⁶²⁰ Estas consideraciones nunca pueden servir de base para comprometer las protecciones inderogables de un

⁶¹⁸ Véase también sección II(C) párr. 78 *supra*, citando la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículos 27(1) y 29; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, artículo 5(2); Buergenthal, *To Respect and Ensure*, nota 69 *supra*, 90.

⁶¹⁹ Véase, por ejemplo, Conjunto de Principios de la ONU, sobre arresto y prisión, nota 335 *supra*, Principio 18; Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*, párr. 6; Corte Europea de Derechos Humanos, *Campbell y Fell c. Reino Unido*, 28 de junio de 1984, Ser. A N° 80, 7 E.H.R.R. 165, párrs. 87, 88; *ICTY, Rules of Procedure and Evidence, 11 February 1994, as amended on 13 December 2001, IT/32/REV.22. Article 79* [en adelante, Normas de Proceso y Prueba del TPIY].

⁶²⁰ Véase, CIDH, Informe sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párrs. 67-69.

acusado respecto del debido proceso y cada situación debe ser detenidamente evaluada en sus propios méritos dentro del contexto del sistema judicial particular de que se trate.⁶²¹ Sujeto a estas consideraciones, podrían, en principio, diseñarse procedimientos conforme a los cuales se pueda proteger el anonimato de los testigos sin comprometer los derechos del acusado a un juicio imparcial. Los factores que deben tenerse en cuenta al evaluar la permisibilidad de estos procedimientos incluyen el tener suficientes razones para mantener el anonimato de un determinado testigo, y la posibilidad de que la defensa sea, no obstante, capaz de impugnar las pruebas del testigo e intentar sembrar dudas sobre la confiabilidad de sus declaraciones, por ejemplo, mediante el interrogatorio por parte del abogado defensor. Otras consideraciones pertinentes incluyen que el propio tribunal conozca la identidad del testigo y pueda evaluar la confiabilidad de la evidencia del testigo y la importancia de las pruebas en la causa contra el acusado, en particular, si la condena podría basarse únicamente, o en grado decisivo, en esa prueba.⁶²²

252. Análogamente, la investigación y enjuiciamiento de los delitos terroristas puede exponer a amenazas a los jueces y otros funcionarios relacionados con las actuaciones judiciales. Como se indicó, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para prevenir la violencia contra dichas personas.⁶²³ Por consiguiente, las exigencias de una situación determinada pueden imponer a los Estados la configuración de los mecanismos para proteger la vida, la integridad física y la independencia de los jueces, caso por caso. Como en el caso de los testigos amenazados, debe evaluarse cuidadosamente cada situación conforme a sus propios méritos dentro del

⁶²¹ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párrs. 124-126 (donde se describen los peligros que se enfrenta en el uso de testigos anónimos en el sistema judicial regional en Colombia).

⁶²² Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Doorson c. Países Bajos*, 26 de marzo de 1996, R.J.D. 1996-11, N° 6, párrs. 70-76. Véase, análogamente, COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, ESTADOS DE EMERGENCIA, nota 345 *supra*, 429. Los Estatutos y el Reglamento de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y para Ruanda, que reflejan los intentos contemporáneos de juzgamiento en casos de crímenes graves en circunstancias en que los participantes pueden ser especialmente vulnerables a amenazas, establecen una disposición para la protección de la identidad de víctimas y testigos. Véase, por ejemplo, Estatuto del TPIY, nota 222 *supra*, artículo 22 “El Tribunal Internacional prevé en sus reglas de procedimiento y de prueba medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de la identidad de las víctimas.” (Traducción por la Comisión); Normas de Proceso y Prueba del TPIY, nota 619 *supra*, Norma 75(B)(III) (que permite que la Sala celebre audiencias *in cámara* para determinar si ordenará “medidas apropiadas que faciliten el testimonio de víctimas y testigos vulnerables como los circuitos cerrados de televisión”. (Traducción por la Comisión).

⁶²³ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia, 1999, nota 110 *supra*, Capítulo IV, párrafos 67-70-

marco del sistema judicial pertinente,⁶²⁴ debe subordinarse a las medidas que sean necesarias para asegurar el derecho del acusado a impugnar la competencia, la independencia o la imparcialidad del tribunal que le juzgue. En ningún caso puede comprometerse el derecho a ser juzgado de acuerdo a las reglas del debido proceso.

253. Como se indica en la Parte III(B) del presente informe en relación con el derecho a la libertad y la seguridad personales,⁶²⁵ el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable constituye un tercer componente del derecho a un juicio justo, al que se pueden aplicar derogaciones legítimas en circunstancias adecuadas, para permitir un período de detención antes de juicio más prolongado que el que sería admisible en circunstancias normales, en los casos en que se demuestre que tales medidas son requeridas por la situación de emergencia. Sin embargo, al igual que con otras suspensiones admisibles, las demoras sólo pueden durar lo estrictamente necesario según las exigencias de la situación, no pueden en caso alguno ser indefinidas y deben permanecer sujetas a supervisión judicial para evitar toda demora injusta y proteger al detenido contra abusos de autoridad.⁶²⁶ También, esas medidas nunca podrán justificarse cuando puedan comprometer las protecciones inderogables del debido proceso de un acusado, incluido el derecho a la preparación de una defensa y el derecho a que se presuma su inocencia.

2. Derecho internacional humanitario

254. Las disposiciones del derecho internacional humanitario que rigen los requisitos del juicio imparcial en el contexto de los conflictos armados internacionales y no internacionales son en gran medida paralelas a las prescritas en el derecho internacional de los derechos humanos y en realidad fueron extraídas en gran medida del derecho en materia de derechos humanos.⁶²⁷

⁶²⁴ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia, 1999, nota 110 *supra*, Capítulo IV, párrafos 124-126.

⁶²⁵ Véase *supra*, Sección III(B), párr. 140.

⁶²⁶ Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, pág. 320. Véase, análogamente, Caso Askoy, nota 346 *supra*, párr. 76.

⁶²⁷ Véase, por ejemplo, COMENTARIO DEL CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES, nota 210 *supra*, pág. 879 (donde se indica que la mayor parte de las garantías enumeradas en los incisos 75(4)(a) a (j) están contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos); pág. 1397 (donde se observa que el artículo 6 del Protocolo Adicional II complementa y elabora el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, párrafo 1, inciso (1)(d), reitera los principios contenidos en el Tercer y Cuarto Convenio y se basa en gran medida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

255. Con respecto a los conflictos armados internacionales, el Tercer y Cuarto Convenios de Ginebra contienen disposiciones extensivas y detalladas que rigen el procesamiento de prisioneros de guerra y civiles en una serie de circunstancias. Éstas incluyen las protecciones del debido proceso en el dictamen de sanciones disciplinarias y penales⁶²⁸ incluyendo, como se observa en la Parte III(A) del presente informe, los procedimientos penales en los cuales se puede imponer la pena de muerte.⁶²⁹ También incluyen disposiciones que prohíben la privación deliberada de los derechos a un juicio justo y regular como infracciones graves de las Convenciones.⁶³⁰ En situaciones de conflicto armado no internacional, el artículo 3 común prohíbe el pronunciamiento de sentencias o la realización de ejecuciones sin previa sentencia pronunciada por un tribunal constituido regularmente, otorgando todas las garantías judiciales que los pueblos civilizados reconocen como indispensables.

256. Como se indicó, si bien el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe el juicio de civiles por tribunales militares, el uso de estos tribunales en los juicios a prisioneros de guerra no está prohibido; por el contrario, de acuerdo con el artículo 84 del Tercer Convenio de Ginebra, el prisionero de guerra será juzgado sólo por un tribunal militar, a menos que existan leyes de la Potencia detenedora que expresamente permitan que tribunales civiles juzguen a integrantes de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora respecto del delito particular que se alegue cometió el prisionero de guerra.⁶³¹ Según el mismo artículo, sin embargo, el prisionero de guerra no puede ser en circunstancia alguna juzgado por un tribunal de tipo alguno que no ofrezca las garantías indispensables de independencia e imparcialidad generalmente reconocidas y, en particular, un tribunal cuyo procedimiento no otorgue al acusado los derechos y medios de defensa previstos en el artículo 105 del Tercer Convenio.⁶³²

⁶²⁸ Véase, por ejemplo, Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 82-108 (que rigen las sanciones disciplinarias y penales contra prisioneros de guerra); artículo 130 (que prescribe que la privación deliberada de los derechos a un juicio imparcial y normal es una grave violación de la Convención); Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 64-75 (que rigen el proceso penal de civiles en territorios ocupados), artículos 117-126 (que regulan las sanciones disciplinarias y penales contra civiles internados), artículo 147 (que prescribe que la privación deliberada de los derechos a un juicio imparcial y normal es grave violación de la Convención); Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículo 45(2) (que establece el derecho del acusado a afirmar su derecho a la condición de prisionero de guerra ante un tribunal judicial y a que se decida esa cuestión).

⁶²⁹ Véase, *supra*, Sección III(A), párr. 104.

⁶³⁰ Véase, por ej., Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 147.

⁶³¹ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 84.

⁶³² *Ibid.*

257. Las protecciones de un juicio imparcial en los Convenios de Ginebra de 1949 han sido complementadas y elaboradas por los Protocolos Adicionales I y II. Ello incluye la articulación explícita en el artículo 75(4) del Protocolo Adicional I de las garantías de un juicio justo aplicables a los combatientes no privilegiados y otras personas que no se benefician de un trato más favorable en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 o del Protocolo Adicional I. El artículo 6 del Protocolo Adicional II análogamente elabora las garantías específicas de un juicio justo que se consideran comprendidas dentro del artículo 3 común. Como se indica en la Parte II(C) del presente informe, se ha reconocido que estas disposiciones reflejan el derecho internacional consuetudinario que rigen las acusaciones penales en tiempos de conflicto armado.⁶³³

Protocolo Adicional I

Artículo 75(4) No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes: a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual; c) nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si, con posterioridad a esa infracción, la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, el infractor se beneficiará de esa disposición; d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada; f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable; g) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; h) nadie podrá ser juzgado ni condenado por la misma Parte, de conformidad con la misma legislación y con el mismo procedimiento judicial, por un delito respecto

⁶³³ Véase, *supra* Sección II(C), párr. 64.

al cual se haya dictado ya una sentencia firme, condenatoria o absolutoria; i) toda persona juzgada por una infracción tendrá derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente; y j) toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.

Protocolo Adicional II

1. El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado.

2. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. En particular: a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que procedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual; c) nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello; d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada; f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

3. Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.

4. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encintas ni en las madres de niños de corta edad.

5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

258. Al igual que en el caso del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario impone el cumplimiento de protecciones mínimas del debido proceso y de un juicio justo en todo procedimiento penal, inclusive y fundamentalmente, el derecho a un juicio por un tribunal imparcial, independiente y constituido de acuerdo con la ley, el derecho a ser informado sin demora de los detalles del delito que se le imputa. También abarca el derecho a todos los medios necesarios para la defensa,

incluido el derecho a un abogado calificado, el derecho a interrogar o a que se interroguen los testigos en su contra y a que comparezcan y se interroguen los testigos en su favor en las mismas condiciones que los testigos en su contra, y el derecho a ser notificado cuando se le dicte la condena del recurso judicial o de otro tipo disponibles y del plazo en que éstos pueden ser interpuestos. También están prescritos en el derecho internacional humanitario los principios fundamentales del derecho penal *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, y *non-bis-in-idem*, así como la presunción de la inocencia y el derecho a no ser condenado por un delito excepto sobre la base de la responsabilidad penal individual.⁶³⁴ Finalmente, el derecho internacional humanitario explícitamente establece el derecho a ser asesorado, tras la convicción, acerca de los recursos judiciales o de otra índole disponibles y de los plazos para su interposición, incluido el derecho a la apelación.⁶³⁵

259. La Comisión considera importante reiterar que las garantías mínimas del debido proceso y un juicio justo prescritas en el artículo 75 del Protocolo Adicional I y el artículo 6 del Protocolo Adicional II y las correspondientes del derecho internacional consuetudinario, así como las demás garantías fundamentales prescritas en tales disposiciones, no son derogables y, por tanto, constituyen las normas mínimas aplicables a todas las personas en conflictos armados, de las cuales los Estados no se pueden

⁶³⁴ Véase por ejemplo, Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 87. Ver también COMENTARIO DEL CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES, nota 210 *supra*, págs. 879-880.

⁶³⁵ En este sentido ciertas disposiciones del derecho internacional humanitario prevén expresamente el derecho a la apelación. Por ejemplo, el artículo 106 del Tercer Convenio de Ginebra estipula que “[t]odo prisionero de guerra tendrá derecho, en las mismas condiciones que los miembros de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora, a recurrir en apelación, en casación o en revisión, por toda sentencia dictada contra él. Será plenamente informado acerca de sus derechos de recurso así como acerca de los plazos requeridos para ejercerlos”. En contraste, ni el artículo 75 del Protocolo Adicional I ni el artículo 6 del Protocolo Adicional II incluyen el derecho de apelación entre las protecciones del debido proceso, sino que garantizan a la persona condenada el derecho a ser “informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos”. Véase Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 75(4)(j); Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 6(3). El derecho de apelación puede, sin embargo, aplicarse a personas protegidas por estas disposiciones en razón del principio, discutido antes en la Sección II(B), que impide interpretar un instrumento de derechos humanos de forma tal que limite o restrinja un derecho más favorable que ofrece mayor protección que bajo otros estándares aplicables de derecho internacional, incluyendo el derecho de apelación reflejado en el artículo 8(2)(h) de la Convención Americana y el artículo 14(5) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Véase *supra* Sección II(B), párr. 45. El artículo 75(8) del Protocolo Adicional I señala en este sentido que “[n]inguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional”.

retrotraer.⁶³⁶ Además, la condición no derogable de estas protecciones de los derechos en virtud del derecho internacional humanitario impide toda restricción o derogación que pudiera por lo demás estar autorizada en virtud de los instrumentos aplicables de derechos humanos, en cuanto se relacionen con cargos derivados de las hostilidades.⁶³⁷ En consecuencia, en tiempos de conflicto armado, los Estados no pueden invocar derogaciones o restricciones amparadas en la Convención Americana u otros instrumentos de derechos humanos para justificar el no otorgamiento a las personas de las protecciones mínimas del debido proceso y de un juicio imparcial prescritas en los Artículos 75 del Protocolo Adicional I y 6 del Protocolo Adicional II.

3. El derecho al debido proceso y a un juicio justo y el terrorismo

260. El examen general del derecho aplicable que antecede tiene varias implicaciones en el contexto de los intentos de los Estados de responder a las amenazas del terrorismo.

261. En primer lugar, queda claro que los requisitos más fundamentales de un juicio justo no pueden ser suspendidos al amparo del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Por tanto, estas protecciones se aplican en la investigación, procesamiento y sanción de delitos, inclusive los vinculados al terrorismo, independientemente de que esas iniciativas puedan adoptarse en tiempos de paz o de emergencia nacional, incluido el conflicto armado, y son, entre otras, las siguientes:

- (a) El derecho a que se respeten los principios fundamentales del derecho penal, incluido el principio *non-bis-in-idem*, los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, la presunción de la inocencia y el derecho a no ser condenado por un delito excepto sobre la base de la responsabilidad penal individual. De particular pertinencia en el contexto del terrorismo, estos principios exigen que toda ley que pretenda proscribir una conducta relacionada con terrorismo sea clasificada y descrita con una relación precisa e inequívoca que defina en términos muy claros el delito sancionable y, en consecuencia, requiera una clara definición de la conducta penalizada, estableciendo

⁶³⁶ Véase COMENTARIO DEL CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES, nota 210, 879-880, *supra*, párr. 3092.

⁶³⁷ Véase, *supra*, Sección II (B) y (C), párrs. 56, 78, donde se citan, entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 27(1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, artículo 4(1); Buergethal *To Respect and Ensure* nota 69 *supra*, 90.

sus elementos y los factores que la distinguen de comportamientos que no son sancionables o que conllevan formas diferentes de castigo. Las ambigüedades en las leyes que proscriben el terrorismo no sólo socavan la pertinencia de los procesos penales que hacen cumplir esas leyes, sino que también puede tener graves repercusiones más allá de la responsabilidad penal y el castigo, como la negación del estatuto de refugiado.⁶³⁸

Como se indicó, la Comisión y la Corte han determinado que ciertas leyes nacionales antiterroristas violan el principio de legalidad porque, por ejemplo, han intentado prescribir una definición comprensiva del terrorismo que resulta excesivamente amplia o imprecisa, o han establecido variaciones del delito de “traición” que desnaturalizan la definición de ese delito y crean imprecisión y ambigüedades en la distinción entre estos diversos delitos. Si los Estados optan por la prescripción de un delito específico de terrorismo basándose en características de violencia terrorista definidas comúnmente o en variaciones de delitos comunes existentes y bien definidos, como el homicidio, agregando una intención terrorista, o variaciones en el castigo que reflejen el carácter particularmente perverso de la violencia terrorista, deben atenerse a los principios básicos articulados por los órganos del sistema interamericano en esta materia. También se insta a los Estados miembros a otorgar a los jueces facultades para ponderar las circunstancias de los infractores individuales y sus delitos, cuando dictan sentencias por delitos terroristas.

(b) El derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial de conformidad con las normas internacionales aplicables. En lo que atañe al enjuiciamiento de civiles, esto exige un juicio a cargo de tribunales constituidos ordinariamente que se pueda demostrar son independientes de otras ramas del gobierno y estén integrados por jueces con la debida estabilidad en el cargo y capacitación y, en general, prohíbe el uso de tribunales o comisiones *ad hoc*, especiales o militares para juzgar a civiles. Los tribunales militares de un Estado pueden procesar a miembros de sus fuerzas armadas por delitos vinculados a las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares y, durante conflictos armados, a combatientes privilegiados o no privilegiados, siempre que se garantice el cumplimiento de los requisitos mínimos del debido proceso. Los tribunales militares, empero, no pueden juzgar violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones militares, los que deberán someterse a proceso por tribunales

⁶³⁸ Véase Convención de la ONU sobre el Estatuto de Refugiado, nota 120 *supra*, artículo 1F: “Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: (b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada”.

civiles. Este derecho también prohíbe el uso de procedimientos judiciales secretos o “sin rostro” sujeto, empero, a las medidas apropiadas que puedan adoptarse para proteger a jueces abogados, testigos y otros funcionarios participantes en la administración de justicia, para protegerlos frente a amenazas contra sus vidas o su integridad física;

(c) El derecho a las garantías del debido proceso, incluidos los derechos del acusado a:

(i) la previa notificación detallada de los cargos que se le imputan;

(ii) defenderse personalmente y a disponer de tiempo y medios suficientes para preparar su defensa, que necesariamente incluye el derecho a ser asistido por un defensor de su elección o, en el caso de los acusados indigentes, el derecho a abogado gratuito cuando ello sea necesario para un juicio justo. La efectividad de este derecho requiere otorgar al detenido acceso al abogado sin demora, una vez sometido a un proceso penal, tanto para obtener la protección inmediata de los derechos no derogables, como el derecho a un trato humano, como para impedir una posible injusticia en todo futuro proceso legal que pueda interponerse contra la persona, por ejemplo, a través del interrogatorio de un detenido sin que esté presente el asesor. Además, cuando el inculcado no comprenda o no hable el idioma de la corte o tribunal, tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete.

(iii) no ser obligado a brindar testimonio en su contra o a declararse culpable;

(iv) interrogar a los testigos en su contra y que los testigos en su nombre comparezcan y sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos en su contra;

(v) recibir asesoramiento, una vez convicto, acerca de los recursos judiciales o de otra índole a su disposición y de los plazos para interponerlos, incluido el derecho a apelar la sentencia ante una instancia superior.

262. También es evidente que existen ciertos aspectos limitados del derecho al debido proceso y a un juicio justo que podrían potencialmente estar sujetos a suspensión o derogación en situaciones de emergencia excepcionales y *bona fide*. En todas las instancias, ello está sujeto a las normas imperantes que rigen la derogación, que se analizaron en la Parte II, a saber, que la suspensión sólo sea efectuada durante el tiempo y el alcance estrictamente requerido por las exigencias de la situación, que no comporte discriminación de ningún tipo, que sea compatible con todas las demás obligaciones del Estado impuestas por el derecho internacional, incluido el derecho internacional

humanitario, y que se mantenga intacto el estado de derecho y la supervisión judicial. Aspectos que podrían ser derogables de las protecciones del debido proceso y el juicio justo son las siguientes:

- (a) el derecho a que el proceso penal sea público, en los casos en que se pueda considerar estrictamente necesaria la restricción del acceso del público en interés de la justicia y analizándose caso por caso. Esto puede incluir la adopción de medidas para proteger la vida, la integridad física y la independencia de los jueces u otros funcionarios participantes en la administración de justicia cuando existan amenazas contra su vida o su integridad física, sujeto a las medidas necesarias para asegurar los derechos inderogables del acusado a un juicio justo, incluido el derecho a impugnar la competencia, la independencia o la imparcialidad del tribunal que lo juzgue;
- (b) el derecho a interrogar a testigos presentes en el tribunal cuando circunstancias de seguridad o de otra índole puedan exigir la protección de la identidad del testigo, sujeto a las medidas necesarias para garantizar el derecho del acusado a impugnar la veracidad de las pruebas aportadas por el testigo a través de otros métodos.
- (c) el derecho a un juicio dentro de un plazo razonable, en que una demora superior a la que fuese aplicable en situaciones que no sean de emergencia estaría justificada, siempre que en todo momento esté sujeta a revisión judicial y en ningún caso sea prolongada o indefinida.

263. Las protecciones aplicables a los procedimientos no penales para la determinación de los derechos u obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de alguna otra índole, se examinan con más detalle en la Sección III(H) *infra*, en relación con la situación de los trabajadores migratorios, las personas que buscan asilo, los refugiados y otros no nacionales.

E. Derecho a la libertad de expresión

1. Derecho internacional de los derechos humanos

264. El derecho a la libertad de expresión está establecido en términos amplios en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶³⁹ y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre

⁶³⁹ Declaración Americana, nota 63 *supra*.

Derechos Humanos.⁶⁴⁰ Estos instrumentos establecen lo siguiente con respecto a la libertad de expresión:

Declaración Americana

Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Convención Americana, artículo 13

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

⁶⁴⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*.

similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

265. A efectos de asistir a la Comisión en la interpretación de esos dos artículos, la Oficina del Relator Especial de la CIDH para la Libertad de Expresión elaboró una Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.⁶⁴¹ La Declaración, aprobada por la Comisión en el curso del 108° Período de Sesiones en octubre de 2000, consiste en un conjunto de trece principios que detallan los requisitos de la libertad de expresión de acuerdo con el derecho y la jurisprudencia internacionales. Entre las disposiciones cruciales de la Declaración de Principios están incluidas las siguientes:

[...]

2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

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.

4. 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.

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

⁶⁴¹ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, en DOCUMENTOS BÁSICOS nota 13, pág. 189.

[...]

8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

266. El derecho a la libertad de expresión también está protegido por otros diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁶⁴² el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁴³ y el artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.⁶⁴⁴ Una comparación del artículo 13 de la Convención Americana con cada una de las disposiciones indicadas demuestra el “el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión”⁶⁴⁵ y que “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”.⁶⁴⁶

267. El respeto y la protección de la libertad de expresión es un factor fundamental del fortalecimiento de la democracia y de la garantía de los derechos humanos al ofrecer a los ciudadanos un instrumento indispensable para una participación informada. La fragilidad de las instituciones del Estado, la corrupción oficial y otros problemas con frecuencia impiden que las violaciones de los derechos humanos salgan a la luz y sean castigadas. En países afectados por estos problemas, el ejercicio de la libertad de expresión se ha transformado en uno de los medios principales a través de los cuales actos

⁶⁴² Declaración Universal de Derechos Humanos, nota 65 *supra*.

⁶⁴³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*.

⁶⁴⁴ Convención Europea sobre Derechos Humanos, nota 137 *supra*. Aunque los Estados miembros de la OEA no son parte de este instrumento, es especialmente útil incluirlo para efectos de comparación en el área de la libertad de expresión. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 10, es también útil para informar la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana en esferas que aún no han sido abordadas o elaboradas totalmente en el sistema interamericano. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta el más alto valor que se asigna a la libertad de expresión en el sistema interamericano.

⁶⁴⁵ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 50.

⁶⁴⁶ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 50.

ilegales o abusivos que antes pasaban desapercibidos o ignorados por las autoridades o perpetrados por ellas, ahora se denuncian. Como lo afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.⁶⁴⁷

268. La Corte Interamericana ha subrayado que existen dos aspectos del derecho a la libertad de expresión: el derecho a la libertad de pensamiento y de ideas, y el derecho a recibirlas. Por lo tanto, la restricción de este derecho por una interferencia arbitraria afecta no sólo el derecho de los individuos a expresar la información y las ideas, sino también el derecho de la comunidad en su conjunto a recibir todo tipo de información y de opiniones⁶⁴⁸

269. La Corte Interamericana, citando una decisión de la Corte Europea, ha declarado que la protección de la libertad de expresión debe abarcar no sólo la información o las ideas favorables, sino también las que “chocan, inquietan u ofenden”, porque “[t]ales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’”.⁶⁴⁹ La sofocación de las ideas y opiniones impopulares o críticas restringe un debate que es esencial para el funcionamiento efectivo de las instituciones democráticas.

270. El ejercicio de la libertad de expresión e información sin discriminación por parte de todos los sectores de la sociedad permite que sectores históricamente marginados mejoren sus condiciones. El derecho a la libertad de expresión también “es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio[.]”⁶⁵⁰

271. Como se indica en el capítulo introductorio sobre los derechos

⁶⁴⁷ Opinión Consultiva, OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 70.

⁶⁴⁸ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párrs. 30-32.

⁶⁴⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Handyside c. El Reino Unido*, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, Serie A N° 24, párr. 49. Véase también Corte IDH, *Caso Olmedo Bustos y otros (“La última tentación de Cristo”)*, Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C. N° 73, párr. 69. CIDH, Informe Annual 1994, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev. (1995), 204-205.

⁶⁵⁰ Declaración de los Principios de la Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, preámbulo.

humanos en el presente informe, la libertad de expresión no está incluida en la lista de derechos que no son derogables en los estados de emergencia en el artículo 27 de la Convención Americana. Sin embargo, toda restricción a la libertad de expresión en el contexto de una situación de emergencia debe conformarse con los requisitos de proporcionalidad, alcance y no discriminación establecidos en el artículo 27.⁶⁵¹ Al imponer esas restricciones al derecho a la libertad de expresión, los Estados también deben tener en cuenta la importancia de la libertad de expresión para garantizar otros derechos humanos fundamentales.

a. Censura previa

272. El artículo 13 de la Convención Americana expresamente prohíbe la censura previa excepto para la regulación del acceso a espectáculos públicos para la protección moral de niños y adolescentes.⁶⁵² La Corte Interamericana ha indicado que la censura previa constituye una violación extrema del derecho a la libertad de expresión porque “por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias... En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática.”⁶⁵³ Sin embargo, como se indica en la sección sobre la libertad de expresión y el terrorismo, *infra*, podrían surgir en una situación de emergencia válidamente declarada algunas situaciones en que la seguridad nacional o el orden público permitirían una censura limitada.

273. No obstante la excepción explícita respecto de la protección de menores, las medidas destinadas a impedir la divulgación de expresiones violan la Convención Americana.⁶⁵⁴ Según afirmó la Comisión,

La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13, es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por

⁶⁵¹ Para un examen de Derogación bajo los Instrumentos de Derechos Humanos Interamericanos véase Sección II(B), párrs. 49-52.

⁶⁵² Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 13(4).

⁶⁵³ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 54.

⁶⁵⁴ Caso Olmedo Bustos y otros, nota 649 *supra*, párr. 70.

quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma.⁶⁵⁵

b. Responsabilidad ulterior

274. El artículo 13(2) de la Convención Americana, si bien prohíbe explícitamente la censura previa,⁶⁵⁶ permite la aplicación de sanciones ulteriores en circunstancias limitadas. Esas sanciones “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.”⁶⁵⁷

275. El requisito de que la pena posterior esté “expresamente establecida por ley”, también incluido en el artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, ha sido interpretado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el sentido de que significa que la base para la responsabilidad ulterior debe estar “formulada con precisión suficiente para permitir que el ciudadano regule su comportamiento: el ciudadano debe estar en condiciones -de ser necesario, con el asesoramiento pertinente- de prever, en un grado razonable en las circunstancias, las consecuencias que una determinada acción puede comportar”.⁶⁵⁸ Esto no significa que la pena posterior deba estar expresamente establecida en legislación aprobada por el parlamento; puede estar contenida en el derecho consuetudinario, en reglamentos administrativos o fuentes similares. Sin embargo, debe ser razonablemente precisa y accesible para el público.⁶⁵⁹

⁶⁵⁵ Caso 11.230, Informe N° 11/96, Francisco Martorell (Chile), Informe Anual de la CIDH 1996 (en relación con la prohibición de la entrada en circulación y distribución de un libro que presuntamente era difamatorio), párr. 56.

⁶⁵⁶ Con la excepción establecida en el artículo 13(4) de la Convención Americana. Véase la sección anterior sobre censura previa.

⁶⁵⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 13(2).

⁶⁵⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Sunday Times c. Reino Unido*, Sentencia del 26 de abril de 1979, Ser. A N° 30, párr. 49.

⁶⁵⁹ Véase por ejemplo *Ibid*, párr. 49-53 (determinando que el principio formulado en el derecho común, pero no aplicado con anterioridad en otro caso con hechos similares, era razonablemente previsible). Véase también Corte Europea de Derechos Humanos, *Rekvényi c. Hungría*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, *Reports of Judgments and Decisions* 1999-III, pg. 423, párr. 34. (indicando que el nivel de precisión requerido depende del contenido del instrumento en cuestión, su materia, y el número y status aquellos a quienes está dirigido, y decidiendo que una disposición constitucional que contiene términos vagos era lo suficientemente precisa al ser leída conjuntamente con legislación y reglamentos administrativos complementarios); Corte Europea de Derechos Humanos, *Hashman and Harrup c. Reino Unido*, Sentencia del 25 de noviembre de 1999, *Reports of Judgments and Decisions* 1999-VIII, pg. 1, párr. 29-43 (decidiendo que la interferencia a la

(Continúa...)

276. Dos de las posibles justificaciones para la responsabilidad posterior por expresiones emitidas son relevantes en el contexto de la lucha contra el terrorismo: el orden público y la seguridad nacional. El “orden público” como ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios.”⁶⁶⁰ La Corte también ha declarado que:

[E]l mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.⁶⁶¹

277. La responsabilidad ulterior puede estar basada en la “seguridad nacional” si “su propósito genuino y efecto demostrable es proteger la existencia del país contra el uso o la amenaza de la fuerza, proteger su integridad territorial contra el uso o la amenaza de la fuerza, proteger su capacidad de reaccionar al uso o la amenaza de la fuerza, o proteger la seguridad personal de los funcionarios gubernamentales principales”.⁶⁶² La aplicación de los conceptos de orden público y seguridad nacional en la práctica serán examinadas más profundamente en la sección sobre el derecho a la libertad de expresión y el terrorismo.

278. Con respecto al requisito de “necesidad”, la Corte

(...Continuación)

libertad de expresión no era compatible con el artículo 10 de la Convención Europea porque la definición de la ofensa era demasiado vaga y por lo tanto no estaba adecuadamente “prescrita por la ley”).

⁶⁶⁰ Opinión Consultiva, nota 152 *supra*, párr. 64. Véase, asimismo, Sección II (B), *supra*, párr. 55 (análisis del contraste entre el concepto de orden público con el concepto de “*ordre public*” del derecho civil).

⁶⁶¹ Opinión Consultiva, nota 152 *supra*, párr. 69.

⁶⁶² *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information* (November 1996), disponibles en <http://www.article19.org/docimages/511.htm>, visitado 11 de agosto de 2002 [en adelante Principios de Johannesburgo], *Principle 2(a)*. Para una discusión sobre la naturaleza jurídica de los Principios de Johannesburgo, see *infra* note 687. Ver, también Kate Martin y Andrzej Rzeplinski, *Principles of Oversight and Accountability, IN THE PUBLIC INTEREST: SECURITY SERVICES IN A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY, PROJECT OF THE HELSINKI FOUNDATION FOR HUMAN RIGHTS*, Varsovia, Polonia, en cooperación con el Center for National Security Studies, Washington, D.C., 6 de enero de 1998.

Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que ello significa que la pena ulterior es más que “útil”, “razonable” u “oportuna.”⁶⁶³ Más bien, el gobierno debe demostrar que esa pena debe ser el medio menos restrictivo posible para lograr el interés que impulsa al gobierno.⁶⁶⁴ Las penas “deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13”.⁶⁶⁵ Además, las disposiciones deben estar encuadradas de tal modo que “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”.⁶⁶⁶ Esta es un estándar sumamente alto y toda disposición que imponga la responsabilidad subsiguiente por el ejercicio de la libertad de expresión debe ser detenidamente examinada, utilizando esta prueba de proporcionalidad a fin de evitar limitaciones indebidas de este derecho fundamental.

c. Confidencialidad de las fuentes

279. La libertad de expresión es entendida en el sentido de abarcar el derecho de los periodistas a mantener la confidencialidad de sus fuentes. Es derecho del comunicador social no revelar información o documentación que ha sido recibida en confianza o en el curso de una investigación. El fundamento principal en que se sustenta el derecho a la confidencialidad es que, en el ámbito de su trabajo, para suministrar al público información necesaria a efectos de satisfacer el derecho de informar, el periodista está cumpliendo un importante servicio público cuando recaba y divulga información que no sería conocida si no se protege la confidencialidad de las fuentes. La confidencialidad profesional tiene que ver con el otorgamiento de garantías legales para asegurar el anonimato y evitar posibles represalias que puedan resultar de la divulgación de cierta información. La confidencialidad, por lo tanto, es un elemento esencial de la labor del periodista y del papel que la sociedad ha conferido a los periodistas de informar sobre cuestiones de interés público.⁶⁶⁷ La Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido la importancia de la protección de las fuentes

⁶⁶³ Opinión Consultiva, OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 46.

⁶⁶⁴ Opinión Consultiva, OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 46.

⁶⁶⁵ Opinión Consultiva, OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 46.

⁶⁶⁶ Opinión Consultiva, OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 46.

⁶⁶⁷ IACHR, Informe Anual 2000, vol. III, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, [en adelante Informe del Relator Especial 2000] OEA/Ser.L/V/II.114, Doc. 20 rev., p. 24. See also Felipe Fierro Alvédez, *El derecho y la libertad de expresión en México, debates y reflexiones (The law and freedom of expression in Mexico, debates and reflections)*, REVISTA LATINA DE COMUNICACIÓN SOCIAL, Dec. 2000, available at <http://www.ull.es/publicaciones/latina/04fierro.htm>.

periodísticas, como “una de las condiciones básicas de la libertad de prensa[.]”.⁶⁶⁸ La Corte Europea declaró:

Sin esa protección, las fuentes pueden ser disuadidas de asistir a la prensa en la información al público en cuestiones de interés público. En consecuencia, el papel vital de vigilancia pública de la prensa podría verse socavado y podría verse adversamente afectada la capacidad de ésta para brindar información precisa y confiable. Teniendo en cuenta la importancia de la protección de la fuente para la libertad de prensa en una sociedad democrática y el posible efecto paralizante que podría ejercer para esa libertad una orden de divulgación de las fuentes, dicha medida no puede ser compatible con el artículo 10 de la Convención a menos que esté justificada por un interés público superior.⁶⁶⁹

280. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también indicó que la protección de las fuentes es una parte de la garantía general de la libertad de prensa, cuando aprobó la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.⁶⁷⁰ Es preciso subrayar que este derecho no constituye un deber, pues el comunicador social no tiene la obligación de proteger la confidencialidad de las fuentes de información excepto por razones de conducta y ética profesionales.⁶⁷¹

d. Acceso a la información

281. Como se indicó antes, el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a divulgar y el derecho a procurar y recibir ideas e información. Sobre la base de este principio, el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos y los Estados tienen la obligación de garantizarlo.⁶⁷² En términos del objetivo específico de

⁶⁶⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Goodwin c. Reino Unido*, Sentencia del 27 de marzo de 1996, Reports of Judgments and Decisions, N° 7, 1966-II, p.483, párr. 39.

⁶⁶⁹ *Goodwin c. Reino Unido*, nota 668 *supra*, párr.39.

⁶⁷⁰ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, Principio 8.

⁶⁷¹ Véase Informe del Relator Especial 2000, nota 667 *supra*, 24.

⁶⁷² Véase la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, Principio 4; Véase también Informe del Relator Especial encargado de la cuestión de la protección y la promoción del derecho a la libertad de opinión y de expresión Sr. Abid Hussain, Comisión de Derechos Humanos 55º período de sesiones, ONU Doc. E/CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999. El Relator Especial de la ONU sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de expresión declaró que el derecho a procurar y recibir información “cual impone a los Estados la obligación (Continúa...)”

este derecho, se entiende que las personas tienen derecho a solicitar documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado, en otras palabras, información que se considera es de fuente pública o de documentación gubernamental oficial.

282. “Garantizar la libertad de expresión sin incluir la libertad de información sería un ejercicio formal que negaría la expresión efectiva en la práctica y un objetivo clave que la libertad de expresión procura servir.”⁶⁷³ El derecho a la libertad de información está estrechamente relacionado con el principio de transparencia en la administración y el carácter público de las actividades del Estado. En una democracia el Estado es un vehículo para garantizar el bien común, derivando sus poderes del consentimiento de los gobernados. En este contexto, el propietario de la información es el individuo que ha delegado la gestión de la cosa pública a sus representantes. El principio de transparencia requiere un enfoque orientado al servicio en la administración, suministrando toda información que haya sido previa, debida y explícitamente solicitada, a menos que esté temporariamente exceptuada del ejercicio de ese derecho.⁶⁷⁴

283. Sin la información a que toda persona tiene derecho, es obviamente imposible ejercer la libertad de expresión como vehículo efectivo de la participación cívica o la supervisión democrática de la gestión de gobierno. La falta de una supervisión efectiva “da lugar a un comportamiento que va contra la esencia del Estado democrático y abre la puerta a perversiones y abusos inaceptables”.⁶⁷⁵

284. Como componente fundamental del derecho a la libertad de expresión, el acceso a la información debe estar regido por el “principio de máxima divulgación”.⁶⁷⁶ En otras palabras, debe presumirse que la información

(...Continuación)

positiva de asegurar el acceso a la información, en particular respecto de la información mantenida por el Gobierno en todo tipo de sistemas de almacenamiento y recuperación, incluidos filmes, microfichas, capacidades electrónicas, vídeo y fotografías, a reserva solamente de las restricciones mencionadas en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.” Idem, párr. 12.

⁶⁷³ Toby Mendel, *Freedom of Information as an Internationally Protected Right* (2000), disponible en <http://www.article19.org/docimages/627.htm>.

⁶⁷⁴ Véase CIDH, Informe Annual 2001, Vol. II, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión [en adelante Informe del Relator Especial 2001]. OEA/Ser.L/V/II.114, Doc. 5 rev. 1, p.72; Informe del Relator Especial 2000, nota 667, *supra*.

⁶⁷⁵ Véase ALICIA PIERINI Y OTROS, *HABEAS DATA: DERECHO A LA INTIMIDAD*, Editorial Universidad (Buenos Aires 1999), pág. 31

⁶⁷⁶ Artículo XIX, El derecho del público a saber: Principios en que debe basarse la (Continúa...)

será revelada por el gobierno. Concretamente, como se indicó en el capítulo dedicado a la libertad y la seguridad personales, la información concerniente a personas arrestadas o detenidas debe encontrarse a disposición de sus familiares, sus abogados y otras personas que posean un interés legítimo en esa información.⁶⁷⁷

285. La ley puede incluir restricciones limitadas a la divulgación, basadas en los mismos criterios que autorizan la aplicación de sanciones en el marco del artículo 13. La carga de la prueba para demostrar que las limitaciones impuestas al acceso a la información son compatibles con los estándares interamericanos sobre libertad de expresión la tiene el Estado.⁶⁷⁸ Al igual que en el caso de las restricciones ulteriores a las expresiones, los fundamentos más frecuentemente invocados para limitar el acceso a la información en el contexto de la lucha contra el terrorismo serán examinados en la sección de este capítulo sobre la libertad de expresión y el terrorismo.

286. Las restricciones deben estar expresamente definidas en la ley y deben “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”.⁶⁷⁹ Ello significa que la restricción no sólo debe relacionarse con uno de esos objetivos, sino que también debe demostrar que la divulgación constituye una amenaza “de causar substancial perjuicio a ese objetivo”⁶⁸⁰ y que el “perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información.”⁶⁸¹ Esta es esencialmente la prueba de proporcionalidad anunciada antes en la sección sobre responsabilidad ulterior por expresiones. Toda vez que se niegue información sobre la base del análisis que antecede, debe establecerse una oportunidad para una revisión

(...Continuación)

legislación relativa a la libertad de información [en adelante, Principios sobre la libertad de información] Principio 1. artículo XIX es una organización no gubernamental mundial dedicada a fomentar la libertad de expresión y el acceso a información oficial. Sus principios sobre libertad de información han sido utilizados ampliamente por organizaciones internacionales y ONG. Véase, por ejemplo, Informe Anual 1999, Vol. III, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, [en adelante Informe del Relator Especial 1999], OEA/Ser.L/V/III.111.Doc. 3 rev., Vol.III, pág. 88; Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2001/47, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 57° Período de Sesiones, Supp. N° 3, pág. 209, E/CN.4/RES/2001/47 (2001), preámbulo.

⁶⁷⁷ Véase el análisis Sección II(B), *supra*, párr. 122.

⁶⁷⁸ Ver, Principios de Johannesburgo, *supra* note 662, Principle 1(d).

⁶⁷⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 13(2).

⁶⁸⁰ Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 4.

⁶⁸¹ Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 4.

independiente de la decisión.⁶⁸²

287. Otro aspecto adicional del derecho al acceso a la información es “la presunción de que todas las reuniones de los órganos gubernamentales son abiertas al público.”⁶⁸³ Esta presunción es aplicable a toda reunión en que se ejerzan poderes de toma de decisión, incluyendo las actuaciones administrativas, las audiencias de tribunales y los procedimientos legislativos.⁶⁸⁴

Toda limitación a la apertura de las reuniones debe estar sujeta a los mismos requisitos que la retención de información.⁶⁸⁵

288. Por último, los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información⁶⁸⁶ que la Comisión, al igual que otras autoridades internacionales, considera que es una guía autorizada para interpretar y aplicar el derecho a la libertad de expresión a la luz de consideraciones sobre la seguridad nacional⁶⁸⁷ confirman que el acceso a la información indica que “toda restricción a la libre corriente de información no debe ser de naturaleza tal que contravenga los propósitos del derecho en materia de derechos humanos y el derecho humanitario. En particular, los gobiernos no pueden impedir que los periodistas o los representantes de organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales

⁶⁸² Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 5.

⁶⁸³ Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 7.

⁶⁸⁴ Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 7.

⁶⁸⁵ Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 7.

⁶⁸⁶ Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*.

⁶⁸⁷ Los Principios de Johannesburgo son una serie de principios voluntarios redactados por una comisión de expertos internacionales sobre derechos humanos y leyes sobre medios de difusión y han sido invocados con frecuencia por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (véase, por ejemplo, Resolución 2002/48 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 58° Período de Sesiones, E/CN.4/RES/2002/48 (2002), preámbulo; Resolución 2001/47, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, nota 676 *supra*, el Relator Especial de la ONU para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (véase, por ej., Informe del Relator Especial Sr. Abid Hussain, de conformidad con la resolución 1993/45 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, ONU, Comisión de Derechos Humanos, 52° período de sesiones, E/CN.4/1996/39, 22 de marzo de 1996, Anexo), el Relator Especial de la ONU encargado de la cuestión de la independencia de jueces y abogados (véase, por ej., Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la independencia de jueces y abogados, Sr. Param Cumaraswamy, Adendo, Informe sobre la misión al Perú, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 54° período de sesiones, E/CN.4/1998/39/Add.1, 19 de febrero de 1998 introduction), y el Representante Especial del Secretario General sobre los defensores de los derechos humanos (véase, por ej., Informe presentado por la Sra. Hina Jilani, Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre los defensores de los derechos humanos, de conformidad con la resolución 2000/61 de la Comisión, ONU Comisión de Derechos Humanos, 57° período de sesiones, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, párr. 14).

con mandato para supervisar las normas de derechos humanos o humanitarias ingresen a áreas en que existen fundamentos razonables para creer que se están cometiendo o se han cometido violaciones de los derechos humanos o del derecho humanitario.”⁶⁸⁸ El acceso a la información también determina que los periodistas tengan acceso a las zonas de conflicto, los lugares de desastre y otros lugares, a menos que dicho acceso plantee un “claro riesgo a la seguridad de los demás”.⁶⁸⁹

e. Habeas Data

289. Aparte del derecho general de acceso a la información en manos del gobierno, toda persona tiene el derecho a acceder a información sobre sí misma, sea que esté en posesión del gobierno o de una entidad privada.⁶⁹⁰ Con frecuencia denominado derecho de *habeas data*, este derecho incluye el derecho a modificar, eliminar o corregir la información considerada sensible,⁶⁹¹ errónea, sesgada o discriminatoria.⁶⁹² El derecho al acceso y el control de la información personal es esencial en muchas esferas de la vida, dado que la falta de mecanismos jurídicos para la corrección, actualización y eliminación de información puede tener efectos directos en el derecho a la privacidad, el honor, la identidad personal, los bienes y la rendición de cuentas en la reunión de información.⁶⁹³

290. En años recientes, el recurso a la acción de *habeas data* se ha tornado un instrumento fundamental para la investigación de violaciones de derechos humanos cometidas durante las dictaduras militares del pasado en el continente. Familiares de desaparecidos han llevado adelante acciones de *habeas data* para obtener información vinculada al comportamiento del gobierno, para conocer el destino de los desaparecidos y para determinar responsabilidades. Esas acciones, por ende, constituyen un medio importante para garantizar el “derecho a la verdad”.⁶⁹⁴

⁶⁸⁸ Principios de Johannesburgo, nota 662, *supra*, Principle 19.

⁶⁸⁹ Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*, Principle 19.

⁶⁹⁰ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, Principio 3.

⁶⁹¹ Se entiende por “información sensible” todo lo que tenga que ver con la vida privada de la persona.

⁶⁹² Véase PIERINI Y OTROS, nota 675 *supra*, pág. 16.

⁶⁹³ Véase, Informe del Relator Especial 2001, nota 674 *supra*, 75.

⁶⁹⁴ Véase, por ejemplo, Corte IDH, Caso Barrios Altos (*Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*) Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75.

291. Con respecto a la relación entre el derecho a la verdad y el artículo 13(1) de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos argumentó ante la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos que:

El derecho a la verdad está basado en los Artículos 8 y 25 de la Convención, por cuanto ambos son “fundamentales” en el establecimiento judicial de los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental. Además... este derecho está fundado en el artículo 13.1 de la Convención, por cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información... en virtud de este artículo, es una obligación positiva del Estado garantizar la información esencial para la protección de los derechos de las víctimas, garantizar la transparencia en el gobierno y la protección de los derechos humanos.”⁶⁹⁵

292. Además, la acción de *habeas data* impone ciertas obligaciones a las entidades que procesan información: la obligación de utilizar datos para objetivos específicos explícitamente estipulados, y la obligación de garantizar la seguridad de los datos contra accidentes, acceso o manipulación no autorizados. En los casos en que las entidades del Estado o del sector privado obtienen datos indebida y/o ilegalmente, el peticionario debe tener acceso a esa información, aunque sea clasificada, para que las personas tengan control sobre los datos que las afectan. La acción de *habeas data* como mecanismo para garantizar la responsabilidad de los organismos de seguridad e inteligencia dentro de este contexto, ofrece mecanismos para verificar que los datos personales se han recogido legalmente. La acción de *habeas data* da derecho a la parte perjudicada o a sus familiares a determinar el propósito para el que se recabaron los datos y, si se recabaron ilegalmente, determinar si las partes responsables deben ser castigadas. La divulgación pública de prácticas ilegales en la recolección de datos personales puede tener el efecto de evitar tales prácticas por esos organismos en el futuro.⁶⁹⁶

293. Para que la acción de *habeas data* sea efectiva, debe eliminarse la excesiva complejidad de los trámites administrativos que complican y frustran la obtención de información y es preciso establecer sistemas sencillos, de fácil acceso, que permitan que las personas soliciten la información a bajo costo. De lo contrario, el resultado sería establecer un mecanismo formal que en la práctica no facilitaría el acceso a la información.

⁶⁹⁵ Ibid, párr. 45.

⁶⁹⁶ Véase Víctor Abramovich y Christian Courtis'. *El acceso a la información como derecho*, 10 CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO, 197, 206 (Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile 2000).

294. Generalmente, en lo atinente al acceso a la información cualquier restricción que impida el ejercicio del derecho de *habeas data* debe cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.⁶⁹⁷ En la mayoría de las circunstancias no debe requerirse a las personas que ejercen la acción de *habeas data* que indiquen por qué se pide la información. La mera existencia de datos personales en los registros públicos o privados ordinariamente es razón suficiente de por sí para ejercer este derecho.⁶⁹⁸

295. La acción de *habeas data* ha adquirido aún mayor significado con el surgimiento de nuevas tecnologías. El uso difundido de las computadoras y de Internet ha significado que el Estado y el sector privado pueden obtener rápido acceso a una cantidad considerable de información sobre las personas. Por lo tanto, es necesario garantizar que existan conductos específicos para el acceso rápido a la información, que puedan ser utilizados para corregir o modificar toda información incorrecta o desactualizada contenida en las bases de datos electrónicas.

f. **Protección de los periodistas y de los medios de comunicación**

296. La Corte Interamericana ha señalado que es primordialmente a través de los medios de comunicación que la sociedad ejerce su derecho a la libertad de expresión.⁶⁹⁹ Por lo tanto, “las condiciones de su uso deben conformarse con los requisitos de esta libertad,”⁷⁰⁰ lo que significa que debe garantizarse la libertad e independencia de los periodistas y los medios de comunicaciones.⁷⁰¹ De acuerdo con la Corte Interamericana,

La libertad de expresión no está completa en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino cuando también incluye, en forma inseparable, el derecho a usar todo medio adecuado para divulgar información y garantizar que llegue a la audiencia más amplia posible...Análogamente, es fundamental que los periodistas... gocen de la protección e independencia necesarias para cumplir sus funciones plenamente, dado que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, condición indispensable para que la sociedad pueda gozar de

⁶⁹⁷ Véase el análisis en *supra*, párrafo 286.

⁶⁹⁸ Véase DERECHO A LA INFORMACIÓN: REFORMA CONSTITUCIONAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN, NUEVOS ASPECTOS. Ediciones Depalma, Buenos Aires (1996), pág. 114.

⁶⁹⁹ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 34.

⁷⁰⁰ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 34

⁷⁰¹ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 34

una amplia libertad.⁷⁰²

297. En tal sentido, el Estado tiene una responsabilidad especial de proteger a los periodistas y a los medios de comunicación contra ataques, intimidaciones y amenazas.⁷⁰³ El asesinato, el secuestro, la intimidación y la amenaza de periodistas, así como la destrucción de materiales de prensa, en la mayoría de los casos se llevan a cabo con dos objetivos concretos. El primero, es eliminar a los periodistas que investigan ataques, abusos, irregularidades o actos ilegales de cualquier tipo cometidos por funcionarios públicos, organizaciones o actores no estatales en general. Ello se hace para asegurar que las investigaciones no concluyan y nunca reciban el debate público que merecen, o sencillamente como forma de represalia por la propia investigación. En segundo lugar, estos actos son utilizados como instrumentos de intimidación para enviar un mensaje inequívoco a los integrantes de la sociedad civil que participan en la investigación de ataques, abusos, irregularidades o actos ilícitos de cualquier tipo. Esta práctica procura silenciar a la prensa en su función de vigilancia o hacerla cómplice de las personas o instituciones que participan en acciones abusivas o ilegales. En última instancia, la meta es mantener a la sociedad al margen de la información sobre esos hechos, a cualquier costo.⁷⁰⁴

298. De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos jurídicos internacionales, los Estados tienen la obligación de investigar efectivamente los hechos en torno a los homicidios y demás actos violentos contra periodistas y sancionar a quienes los perpetran. La Corte Interamericana ha sostenido que la investigación

...debe tener sentido y ser emprendida por el Estado como su deber jurídico intrínseco. No debe ser meramente una cuestión de interés privado que se basa en la iniciativa de las víctimas o las familias de emprender acciones o de fuentes privadas para presentar pruebas; más

⁷⁰² Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74, párrs. 147-150. En el caso de Ivcher Bronstein, la Corte indicó que "dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana". Ibid, párr. 162. Además la Corte concluyó que "al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos 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".

⁷⁰³ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, Principio 9.

⁷⁰⁴ Véase Caso N° 11.739, Informe N° 50/99, Héctor Félix Miranda (México), Informe Anual de la CIDH 1998.

bien, las autoridades deben efectivamente procurar la verdad.⁷⁰⁵

299. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que cuando el Estado no cumple efectiva y cabalmente la investigación del asesinato de un periodista y no aplica las sanciones penales contra los autores materiales e intelectuales de ese acto, comete un acto particularmente grave en términos de los efectos de ello para la sociedad. Este tipo de delito tiene un efecto intimidatorio no sólo para los periodistas sino para todos los ciudadanos puesto que inspira temor de denunciar los ataques, abusos y actividades ilegales de cualquier tipo. Este efecto sólo puede ser evitado mediante una acción concertada del Estado para sancionar a los responsables de los asesinatos de periodistas. De esta manera, el Estado puede enviar un mensaje firme y directo a la sociedad en el sentido de que no habrá tolerancia para quienes cometan estas graves violaciones del derecho a la libertad de expresión.⁷⁰⁶

2. Derecho Internacional Humanitario

a. Protección de periodistas e instalaciones de prensa durante conflictos armados

300. En la sección siguiente se examinarán las normas aplicables del derecho internacional humanitario que se relacionan con los periodistas y las instalaciones de prensa, principalmente en relación con las protecciones aplicables a los civiles y los objetos civiles. La mayor parte de estas protecciones, en particular las que tratan del principio de distinción, son aplicables a situaciones de conflicto armado internacional y no internacional.⁷⁰⁷

301. De acuerdo con las normas y principios del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales y no internacionales, se considera que los periodistas son civiles y gozan de los derechos que esta condición implica, incluidos los analizados en otras secciones del presente informe.⁷⁰⁸ Los periodistas mantienen la condición de civiles en

⁷⁰⁵ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, nota 249 *supra*, párr. 177.

⁷⁰⁶ Véase Miranda, nota 704 *supra*, párr.52.

⁷⁰⁷ Véase Sección II(C), *infra* párr. 65.

⁷⁰⁸ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 79; Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 13. Véase también Sección II(C), *supra*, párr. 65 que trata de los principios de Distinción y Proporcionalidad; Decisión Tadic, AC sobre Jurisdicción, nota 163, *supra*, párrs. 117-119. Véase Gasser, H.P., "The protection of journalists engaged in dangerous professional missions: Law applicable in periods of armed conflict" en *INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS*, N° 232, 1983, págs. 3-21, citado en Marco Sassoli y Antoine A. Bouvier nota 162, *supra*. *How does Law Protect in War: Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International* (Continúa...)

tanto “se abstengan de todo acto que afecte su estatuto de persona civil”.⁷⁰⁹ Los periodistas que actúan como corresponsales de guerra acreditados ante determinadas fuerzas armadas en un conflicto armado internacional tiene derecho a la condición de prisioneros de guerra si caen en poder del enemigo.⁷¹⁰

Todo otro periodista que sea capturado por una potencia enemiga sólo puede ser detenido si se ha de instituir un proceso penal contra él o si razones imperativas de seguridad justifican la internación.⁷¹¹ La condición de periodista con respecto a los conflictos armados internos no está explícitamente definida,⁷¹² pero parece lógico que los periodistas deben ser considerados civiles en este tipo de conflicto también, en la medida en que no participen en actos hostiles o participen directamente en las hostilidades.⁷¹³ Corresponde recalcar que la divulgación de información o la expresión de opiniones a favor o en contra de una parte involucrada en un conflicto no pueden considerarse actos hostiles y no pueden transformar a la persona que expresa esos puntos de vista u opiniones en un objetivo militar legítimo.⁷¹⁴

302. Por supuesto que los periodistas con frecuencia asumen riesgos que los ciudadanos civiles comunes no asumen, en virtud de su profesión. De acuerdo con Peter Gasser, “Un periodista puede perder [...], no su derecho a la protección como civil, pero la protección de *facto* si permanece muy cerca de una dependencia militar [...] dado que esta dependencia es un blanco legítimo de los ataques enemigos (a menos que la norma de proporcionalidad proscriba el ataque – artículo 51, párr. 5(b)). De modo que actúa por su propio riesgo. Lo mismo se aplica a los periodistas que se acercan a objetivos militares”.⁷¹⁵ El punto importante es que, aunque los periodistas no cuentan con protecciones

(...Continuación)

Humanitarian Law, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra 1999, pág. 427. “Los instrumentos del derecho internacional humanitario no incluyen declaraciones sobre la justificación o legalidad de las actividades periodísticas en tiempos de guerra.[...] En otras palabras, el derecho humanitario no protege la función de los periodistas [sic] pero protege a las personas que se dedican a esta actividad.” Ibid pg. 427. (Traducción por la Comisión).

⁷⁰⁹ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 79(2).

⁷¹⁰ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 4(A)(4).

⁷¹¹ Véase Gasser, nota 708 *supra*, pág. 429.

⁷¹² Artículo 3 común (común a los Convenios de Ginebra) notas 36, 67 *supra*, Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 13.

⁷¹³ Véase Gasser, nota 708 *supra*, pág. 427. Véase también artículos 4 y 13 del Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*.

⁷¹⁴ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, pág. 87, Capítulo IV, Sección C(2)(d).

⁷¹⁵ Véase Gasser, nota 708 *supra*, pág. 428.

adicionales a las que se otorga a los civiles comunes, nunca deben ser objeto directo de un ataque en tanto participen en actividades profesionales, de acuerdo con el principio de distinción.⁷¹⁶

303. Las instalaciones de prensa, tales como las estaciones de televisión y radio, pueden tener derecho a la protección como objetivos civiles de acuerdo con el derecho internacional humanitario.⁷¹⁷ Las partes en un conflicto están obligadas a distinguir entre objetivos civiles, que no pueden ser objeto de ataque, y los objetivos militares, que sí pueden serlo.⁷¹⁸ “Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 del Protocolo I. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.”⁷¹⁹ Los objetivos que son normalmente considerados “objetivos civiles” pueden transformarse en objetivos militares legítimos si se les “utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar”;⁷²⁰ pero en caso de duda sobre su uso, debe presumirse que no se está haciendo ese uso militar.⁷²¹ Si bien las instalaciones de prensa no están específicamente mencionadas como objetivos civiles, en general deben ser consideradas como tales dado que su naturaleza y ubicación en general no está relacionada con lo militar, y dado que en general no son utilizados con fines militares ni para hacer una contribución efectiva a la acción militar. Sin embargo, si las instalaciones de prensa son utilizadas como parte de un comando y control o de otra función militar, pueden transformarse en objetivos militares legítimos, sujetos a ataques directos.

⁷¹⁶ Véase Sección II(C), párr. 65 *supra*, en que se examina el principio de distinción. Véase también artículos 51 y 52, Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, y artículo 13, Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*. Véase también, Decisión en Tadic AC sobre jurisdicción, nota 163 *supra*, párrs. 117-119.

⁷¹⁷ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículos 52-56 y 85(3); Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 13. Ver también Sección II(C), *supra*, párr. 65, relacionado con los principios de necesidad, humanidad, distinción y proporcionalidad.

⁷¹⁸ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 48. Ver también Sección II(C), *supra*, párr. 65, que trata de los principios de distinción y proporcionalidad; Decisión Tadic AC sobre jurisdicción, nota 163 *supra*, párrs. 117-119.

⁷¹⁹ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 52(2). Ver también Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 13.

⁷²⁰ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 52(3). Véase también Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 13.

⁷²¹ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 52(3).

b. Derecho a conocer el destino de los familiares

304. Otro aspecto del derecho internacional humanitario que se relaciona con el derecho a la libertad de expresión en los conflictos armados internacionales, en particular con el derecho a la información, es el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros.⁷²² De acuerdo con el artículo 122 del Tercer Convenio de Ginebra, cada parte en un conflicto, así como cada Potencia neutral o no beligerante que recibe a esas personas en su territorio, debe establecer una oficina de información oficial de los prisioneros de guerra en su poder. Esta oficina está encargada de reunir información en relación con “cambios, liberaciones, repatriaciones, evasiones, hospitalizaciones y fallecimientos” de prisioneros de guerra y responder a preguntas en relación a los prisioneros de guerra.⁷²³ Además, debe establecerse una Agencia Central de información sobre prisioneros de guerra en un país neutral para facilitar la transferencia de información sobre los prisioneros de guerra a sus países de origen.⁷²⁴ En casos de fallecimiento de prisioneros de guerra, el artículo 120 establece procedimientos específicos que deben seguirse en relación con la preparación del certificado de defunción, envío de la información a la Oficina de información sobre prisioneros de guerra, el examen médico del cuerpo y la sepultura adecuada. La Potencia detenedora debe establecer un servicio de registro de tumbas, de modo que éstas se puedan ubicar.⁷²⁵ El Cuarto Convenio de Ginebra contiene requisitos similares con respecto al mantenimiento de información respecto del destino de los civiles internados en el curso del conflicto armado.⁷²⁶

305. De acuerdo con el artículo 33 del Protocolo I, las partes en un conflicto tienen la obligación de buscar a las “personas cuya desaparición haya señalado una Parte adversa” y de suministrar la información obtenida sobre tales personas a un organismo del Comité Internacional de la Cruz Roja.⁷²⁷ Las partes también tienen la responsabilidad de reunir información sobre las personas que se mantienen en cautiverio o que han muerto como resultado de

⁷²² Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 32.

⁷²³ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 122.

⁷²⁴ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 123.

⁷²⁵ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 120.

⁷²⁶ Véase Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 136 (que requiere el establecimiento de una Oficina de Información); artículo 140 (que requiere el establecimiento de un Agencia Central de Información); artículos 129-131 y 136-141 (que fijan el tipo de información que debe registrarse, particularmente en el caso de fallecimiento de un internado, y los métodos de transmisión a la Potencia protectora o al país de origen del internado).

⁷²⁷ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 33(1) y (3).

las hostilidades, para facilitar el proceso de respuesta a las solicitudes de información.⁷²⁸ Además, las “Partes en conflicto se esforzarán por ponerse de acuerdo sobre disposiciones que permitan que grupos constituidos al efecto busquen, identifiquen y recuperen los muertos en las zonas del campo de batalla; esas disposiciones podrán prever, cuando proceda, que tales grupos vayan acompañados de personal de la Parte adversa mientras lleven a cabo esas misiones en zonas controladas por ella.”⁷²⁹ Por último, el Primer Protocolo Adicional contiene una disposición que requiere el establecimiento de una Comisión Internacional de Encuesta para realizar una “investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave tal como se define en los Convenios o en el presente Protocolo”⁷³⁰ Estos derechos y responsabilidades complementan y refuerzan en tiempos de guerra el “derecho a la verdad” amparado por el derecho internacional de los derechos humanos, que se describió anteriormente.

c. Derecho a enviar y recibir información

306. En los conflictos armados internacionales, los prisioneros de guerra tienen derecho a escribir a sus familias inmediatamente después de la captura e informarles de su “cautiverio, dirección y estado de salud”⁷³¹ y a enviar y recibir postales y cartas.⁷³² Estas pueden ser limitadas en número si se considera necesario pero no pueden limitarse a menos de dos cartas y cuatro tarjetas postales, sin incluir la “tarjeta de captura.”⁷³³ La Potencia detenedora puede censurar las comunicaciones.⁷³⁴ En los casos en que las comunicaciones escritas no son factibles debido a la distancia u otros problemas, debe permitirse que los prisioneros de guerra envíen telegramas.⁷³⁵ Las personas internadas tienen derechos similares a comunicarse con sus familiares.⁷³⁶ Además, el Cuarto Convenio de Ginebra establece el derecho de “[t]oda persona que se encuentre en el territorio de una Parte contendiente o en

⁷²⁸ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 33(2).

⁷²⁹ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 33(4).

⁷³⁰ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 90.

⁷³¹ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 70.

⁷³² Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 71.

⁷³³ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 71. Véase también Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 5(2)(b).

⁷³⁴ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 71 y 76.

⁷³⁵ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 71.

⁷³⁶ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, Art.106 (que dispone el derecho a enviar una “tarjeta de internación”); artículo 107 (que establece el derecho de enviar cartas y postales).

territorio ocupado por ella” a mantener correspondencia con sus familiares⁷³⁷ y requiere que las partes en el conflicto faciliten las comunicaciones entre familiares dispersos a raíz de la guerra.⁷³⁸ Esto está sujeto a circunstancias limitadas en que puede considerarse debidamente que las personas protegidas detenidas en territorio ocupado pierden su derecho a la comunicación al amparo del Cuarto Convenio de Ginebra.⁷³⁹ Estos derechos promueven ciertos objetivos similares a los promovidos por el “derecho a la verdad” al ofrecer a los familiares medios para recibir información sobre el destino de otros miembros de la familia.

307. Los prisioneros de guerra tienen derecho a recibir “artículos destinados a satisfacer sus necesidades en materia de religión, estudio o asueto, incluso libros, objetos de culto, material científico, fórmulas de exámenes...y material que permita a los cautivos continuar sus estudios o ejercer una actividad artística.”⁷⁴⁰ Este derecho está también protegido en el caso de las personas internadas.⁷⁴¹

308. Por último, los prisioneros de guerra tienen derecho a hacer saber a sus captores o a las Potencias protectoras pedidos y denuncias sobre las condiciones de su cautiverio.⁷⁴² Estas comunicaciones no deben “considerarse parte de la cuota de correspondencia mencionada en el artículo 71.”⁷⁴³ Además, inclusive si se determina que esas solicitudes o denuncias son infundadas, “no podrán dar lugar a castigo alguno.”⁷⁴⁴ Los prisioneros de guerra también tienen derecho a disponer de “hombres de confianza” entre sus miembros, que los representen “ante las autoridades militares, ante las Potencias protectoras, ante el Comité Internacional de la Cruz Roja y cualquier otro organismo que los socorra”.⁷⁴⁵ Los hombres de confianza podrán enviar a los representantes de las Potencias protectoras informes periódicos acerca de la

⁷³⁷ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, Art.25.

⁷³⁸ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, Art. 26.

⁷³⁹ Véase Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 5(2) (que establece que “si en un territorio ocupado, una persona amparada por el convenio fuese prendida por espía o malhechora o se sospechase legítimamente que está entregada a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante, dicha persona podrá quedar privada de los derechos previstos en el presente Convenio”).

⁷⁴⁰ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 72

⁷⁴¹ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 108.

⁷⁴² Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 78.

⁷⁴³ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 78.

⁷⁴⁴ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 78

⁷⁴⁵ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 79.

situación en los campamentos y de las necesidades de los prisioneros de guerra".⁷⁴⁶ Las personas internadas también tienen derecho a presentar peticiones ante las autoridades detenedoras en relación con sus condiciones de internación, sin temor a represalias⁷⁴⁷ y tienen derecho a seleccionar a los miembros de un Comité de Internados para representar sus intereses ante las Potencias detenedoras y protectoras.⁷⁴⁸ Estos derechos complementan y refuerzan la función de la libertad de expresión por cuanto sirven para permitir la supervisión de las actividades de las partes en un conflicto a efectos de la protección de los derechos individuales.

3. El derecho a la libertad de expresión y el terrorismo

309. El terrorismo es un problema grave que afecta al orden público y, en algunos casos, la seguridad nacional. Por lo tanto, algunas de las limitaciones ulteriores sobre la libertad de expresión o el acceso a la información en relación con el combate contra el terrorismo pueden estar justificadas como medidas necesarias para proteger el orden público o la seguridad nacional. Estas medidas deben satisfacer los requisitos estrictos exigidos en el artículo 13(2), indicado ya en este capítulo.⁷⁴⁹

310. Como se ha reiterado a lo largo de este informe, las garantías de derechos humanos que consagran la Convención Americana, la Declaración Americana y otros instrumentos internacionales se aplican plenamente en el contexto del terrorismo, a menos que exista un estado de emergencia legalmente declarado y que el derecho limitado sea un derecho derogable. Repetimos que, aunque el derecho a la libertad de expresión es un derecho derogable en estado de emergencia, los Estados que consideren la suspensión de algún aspecto de este derecho deben tener siempre en cuenta la importancia de la libertad de expresión para el funcionamiento de la democracia y la garantía de otros derechos fundamentales.

311. Entre las restricciones a la libertad de expresión que los Estados probablemente impongan en el marco de la lucha contra el terrorismo, cabe mencionar la censura previa de las publicaciones relacionadas con la actividad terrorista o las actividades antiterroristas, la responsabilidad ulterior por la publicación o divulgación de información u opiniones relacionados con tales

⁷⁴⁶ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 78.

⁷⁴⁷ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 101.

⁷⁴⁸ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 102.

⁷⁴⁹ Véase el análisis *supra*, párrs. 274-278, relacionado con los requisitos que impone el artículo 13(2) de la Convención Americana a efectos de imponer una responsabilidad ulterior por expresiones.

cuestiones, la retención por el gobierno de información relacionada con tales cuestiones, la restricción del acceso a audiencias y demás reuniones gubernamentales sobre cuestiones vinculadas al terrorismo y limitaciones al derecho de los periodistas a proteger sus fuentes a fin de asistir los esfuerzos de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Esas restricciones pueden ser compatibles, o no, con el artículo 13 de la Convención Americana. Especialmente en el caso de la censura previa, la compatibilidad con el artículo 13 dependerá de que se haya declarado un estado de emergencia, con arreglo a la ley.

a. Censura previa

312. Como se señaló anteriormente, el artículo 13 de la Convención Americana contiene una prohibición prácticamente absoluta de la censura previa, prohibición que no se encuentra en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y que indica la gran importancia que los redactores de la Convención otorgaban al derecho de la libertad de expresión. Si bien no hay excepciones en este artículo por razones de seguridad nacional u orden público, podrían surgir, en el contexto de una situación de emergencia válidamente declarada al amparo del artículo 27, algunas situaciones en que podría argumentarse que la seguridad nacional o el orden público admitirían una censura restringida. No existe jurisprudencia en el sistema interamericano que específicamente hable de esta cuestión, aunque algunos casos de Estados Unidos y del sistema de derechos humanos europeo demuestran el alto nivel de escrutinio que debe merecer toda censura previa.

313. La jurisprudencia de Estados Unidos es de particular relevancia para este análisis porque, aparte de contener una cantidad abundante de casos sobre la cuestión de la censura previa, trata de principios que son similares a los establecidos en el artículo 13 de la Convención Americana. Pese a que la Suprema Corte de Estados Unidos ha contemplado la posibilidad de la restricción previa por razones de seguridad nacional,⁷⁵⁰ nunca emitió una orden judicial con estos fundamentos, como lo ilustra el importante caso de los “Documentos del Pentágono”, en que la Corte derogó una orden por la que se impedía la publicación de porciones de un informe clasificado del gobierno

⁷⁵⁰ *Near v. Minnesota* 283 U.S. 697 (1931). La Corte Suprema de Estados Unidos observó en un ejemplo hipotético que “nadie cuestionaría que un gobierno pudiera impedir... la publicación de las fechas de partida de los transportes o el número y la ubicación de tropas.” (Traducción por la Comisión). Véase también *Organization of a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415, 419 (1971), conforme a la cual en los Estados Unidos, la parte que desea imponer una restricción a priori, como una orden judicial contra una publicación, conlleva la “onerosa carga de demostrar su justificación”. (Traducción por la Comisión).

durante la Guerra de Vietnam.⁷⁵¹ En ese caso, algunos miembros de la Corte consideraron que “la primera Enmienda no tolera absolutamente ninguna orden judicial previa fundada en la sospecha o conjetura de que puedan producirse consecuencia desfavorables”,⁷⁵² en tanto otros consideraron que el gobierno no había satisfecho la pesada carga de demostrar que la publicación seguramente daría lugar a un daño directo, inmediato e irreparable para la nación.⁷⁵³

314. La jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos, aunque no obliga a las instituciones interamericanas, puede servir de indicador relevante de la aplicación de la cuestión de la censura previa a nivel regional, en particular considerando su abundante número de casos que tratan de la libertad de expresión. Pese a que el sistema de derechos humanos europeo no reconoce la misma prohibición absoluta de la censura previa que el sistema interamericano, sus instituciones han sido renuentes a permitir restricciones previas a la libre expresión, como lo ilustran los casos del “*Spycatcher*”.⁷⁵⁴ En

⁷⁵¹ Véase *New York Times Co. v. EE.UU.*, 403 U.S. 713 (1971). En el caso del *New York Times Co. v. Estados Unidos*, conocido como el caso “Documentos del Pentágono”, la Corte desestimó una orden judicial para evitar que dos importantes periódicos publicaran partes de un informe gubernamental clasificado titulado “*History of U.S. Decision-Making Process on Viet Nam Policy*.” El caso surgió en el momento candente de la guerra de Vietnam en que la oposición interna a la guerra se encontraba en su clímax. [Véase MARC A. FRANKLIN AND DAVID A. ANDERSON, *MASS MEDIA LAW: CASES AND MATERIALS* (5th ed. 1995), at 85].

⁷⁵² *New York Times Co.*, 403 U.S., 725-26 (Brennan, J., voto concurrente).

⁷⁵³ El Juez Stewart también votó por permitir la divulgación, agregando: “no puedo decir que la divulgación de alguno de ellos dará lugar con certeza a un daño directo, inmediato e irreparable a nuestra Nación o a nuestro pueblo”. (Traducción por la Comisión). [*New York Times Co.*, 403 U.S. 728-230 (Stewart, J. voto concurrente)]. El Juez White adoptó una posición similar, afirmando que no dudaba de que la divulgación de los documentos causaría daño a los intereses nacionales, pero que “Estados Unidos no ha satisfecho la onerosa carga que debe cumplir para ameritar una orden judicial contra la publicación en estos casos”. (Traducción por la Comisión). [*New York Times, Co.*, 403 U.S., 725-26 (Brennan, J., voto concurrente)]. Véase, no obstante, el caso *The Progressive* (*Estados Unidos v. Progressive, Inc.* 467 F. Supp. 990 (W.D.Wis. 1979), desestimado por falta de fundamentos 610 F.2d 819 (7th Cir. 1979). En ese caso, *The Progressive*, una revista, fue objeto de una prohibición por seis meses de publicar un artículo titulado “*The H Bomb Secret: How We Got It, Why We’re Telling It*.” El artículo contenía información sobre el diseño y la fabricación de la bomba H. Sin embargo, la revista sostenía que la información había sido reunida a partir de una serie de fuentes públicas. No obstante, el juez del Tribunal del Distrito Federal (primera instancia) comprobó que el gobierno había “cumplido la prueba enunciada por dos jueces en el caso de *The New York Times*, a saber, un daño directo, inmediato e irreparable para Estados Unidos.” (Traducción por la Comisión). Ello se debió al hecho de que la revista había reunido la información relacionada con la fabricación de la bomba en un formato que posibilitaría que otros países aceleraran su fabricación de la bomba. El juez llegó a la conclusión de que ello era análogo a la situación hipotética planteada en *Near v. Minnesota* [nota 750 *supra*]. El caso fue en última instancia desestimado, sin embargo, cuando un periódico de Madison, Wisconsin, publicó esencialmente la misma información. Véase *FRANKLING AND ANDERSON*, nota 751 *supra*, pág.95].

⁷⁵⁴ Corte Europea de Derechos Humanos *Observer and Guardian v. Reino Unido*, (Continúa...)

esos casos, la Corte Europea rechazó las órdenes judiciales basadas en fundamentos de seguridad nacional por considerarlas incompatibles con la libertad de expresión, entendiendo que dichas órdenes no podían considerarse necesarias para proteger la seguridad nacional porque la publicación en cuestión había sido publicada en otro Estado, destruyéndose la confidencialidad del material.

315. Habida cuenta de estos ejemplos, debería quedar en claro que, inclusive en un estado de emergencia, el interés del público en recibir la información en general contrarresta la necesidad de mantenerla secreta. Además, se entiende que, una vez que la información se torna pública por alguna vía, el interés del público en tener acceso a la información generalmente prevalece sobre la necesidad de evitar una divulgación más amplia.

b. Sanciones ulteriores

316. Como se indicó anteriormente, las sanciones ulteriores por la divulgación de expresiones deben estar “expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.⁷⁵⁵ Estos requisitos se aplican en el contexto del combate contra el terrorismo, a menos que se haya declarado legalmente el estado de emergencia. Existen varios problemas que habitualmente se vinculan a las sanciones posteriores encaminadas al antiterrorismo o las basadas en general en “el orden público” o “la seguridad nacional”, principales fundamentos que se utilizan para justificar las sanciones posteriores por expresiones en el contexto del terrorismo. En primer lugar, como se indicó ya en este capítulo, el requisito de que toda sanción posterior deba estar establecida por ley significa que debe ser previsible para quien formula las expresiones que una determinada expresión puede dar lugar a responsabilidad legal. Como lo señala un autor, “un

(...Continuación)

Sentencia del 26 de noviembre de 1991, Serie A N° 216 y Corte Europea de Derechos Humanos, *Sunday Times c. Reino Unido* (N° 2) Sentencia del 24 de octubre de 1991, Ser. A N° 217 (los casos de *Spycatcher*). “*Spycatcher*” era un libro que contenía las memorias de un ex alto miembro del Servicio de Seguridad Británico (M15). El mismo versaba sobre “la organización operativa, los métodos y el personal de M15 e incluía un relato de presuntas actividades ilegales del Servicio de Seguridad”. (Traducción por la Comisión). [*Observer and Guardian, supra*, párr. II]. Los periódicos peticionantes denunciaron que una orden judicial temporal deteniendo la publicación de información obtenida en un libro constituía una restricción incompatible con la libertad de expresión. La Corte Europea llegó a la conclusión de que, dado que el libro había sido publicado en Estados Unidos, la confidencialidad del material en esencia se había destruido y la orden no podía considerarse necesaria para la protección de la seguridad nacional. En el caso de *Observer and Guardian*, la Corte concluyó que la orden era válida hasta el momento de la publicación en el exterior. *Ibid*, párr. 65.

⁷⁵⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 13(2).

problema con las leyes sobre el orden y la seguridad es que con frecuencia pueden ser muy amplias y/o vagas. Ello significa que encierran el potencial de ser objeto de abuso por los gobiernos para eliminar críticas legítimas, y que ejercen un efecto atemorizador, pues los ciudadanos toman distancia de la zona de potencial aplicación para evitar la censura. En cierta medida, ello está en función de la dificultad de definir con cierto grado de precisión, en una ley de aplicación general, los parámetros exactos de la amenaza al orden público y la seguridad nacional en cuestión”.⁷⁵⁶ Una disposición demasiado amplia o vaga podría no llenar el requisito de previsibilidad y, por tanto, podría violar los términos del artículo 13(2).

317. Más frecuentemente, los problemas que enfrentan las leyes que imponen sanciones posteriores por expresiones en el contexto de la lucha contra el terrorismo se vinculan a la cuestión de la proporcionalidad de las sanciones. Con demasiada frecuencia, las penas son excesivas en relación con el tipo de perjuicio que se proponen evitar.

318. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos abordó esta cuestión en una situación vinculada al terrorismo en el caso de Rodolfo Robles Espinoza e hijos.⁷⁵⁷ El General Robles sufrió numerosas consecuencias, incluido un proceso de corte marcial contra él por varios delitos, incluida la insubordinación, insulto a un superior, el socavamiento de la Nación y las Fuerzas Armadas, abuso de autoridad, declaraciones falsas e incumplimiento del deber, debido a su denuncia de abusos perpetrados por el ejército y los servicios de inteligencia peruanos en el marco de la lucha contra el terrorismo. La Comisión Interamericana llegó a la conclusión de que estas repercusiones constituían una grave violación del derecho del Gral. Robles a la libertad de expresión. La Comisión observó que “el socavamiento de las Fuerzas Armadas o el insulto a un superior son términos adecuados cuando se aplican a los delitos para los cuales fueron creados, a fin de mantener un nivel de disciplina adecuado a la estructura de comando vertical necesaria en un entorno militar, pero que son totalmente inadecuados cuando se utilizan para cubrir alegaciones de delitos dentro de las Fuerzas Armadas.”⁷⁵⁸ La Comisión observó también que

⁷⁵⁶ Toby Mendel, *Criminal Content Restrictions*, (enero 1999), disponible en <http://www.article19.org/docimages/629.htm>.

⁷⁵⁷ Caso 11.317, Informe N° 20/99, Rodolfo Robles Espinoza e hijos (Perú), Informe Anual de la CIDH 1998. El General Robles fue jefe de la Escuela de Instrucción del Ejército (COINDE) y ex comandante de la Tercera Región Militar con base en Arequipa, y era técnicamente el tercer oficial de alto rango en el Ejército peruano en 1993. En mayo de 1993, reveló públicamente mediante una carta abierta la existencia de un “escuadrón de la muerte” conocido como “el Grupo Colina”, creado por el Servicio de Inteligencia Nacional del Perú (SIN) e integrado por miembros del SIN y de las Fuerzas Armadas. El “Grupo Colina” tenía como objetivo la eliminación física de terroristas.

⁷⁵⁸ Caso Robles Espinoza, nota 757 *supra*, párr. 151.

el derecho a la libertad de expresión, pese a poder estar sujeto a sanciones posteriores razonables de acuerdo con los términos de la Convención, es más amplio cuando las “declaraciones formuladas por una persona versan sobre presuntas violaciones de los derechos humanos.”⁷⁵⁹ Por lo tanto, se vulneró el requisito de proporcionalidad de la pena.

319. La Corte Europea de Derechos Humanos abordó una cuestión similar en el Caso *Sürek c. Turquía* (N° 2),⁷⁶⁰ referente a las sanciones posteriores impuestas por la publicación de un documento que sugería faltas por parte de oficiales involucrados en políticas antiterroristas. La Corte determinó que, dada la amenaza terrorista presente en una parte del país a esa altura, dicha disposición tenía el objetivo legítimo de proteger la seguridad nacional, la integridad territorial y los derechos de otras personas.⁷⁶¹ Sin embargo, concluyó que la sanción no era proporcionada a los objetivos de la ley debido a la gran importancia de revelar irregularidades de los funcionarios públicos.⁷⁶²

320. El análisis podría ser diferente en un caso en que la parte que tiene una obligación de confidencialidad revela la información por razones diferentes que denunciar una irregularidad de parte de los funcionarios públicos. En *Hadjianastassiou c. Grecia*,⁷⁶³ por ejemplo, un caso relacionado con la venta privada por un oficial militar de datos vinculados con armas, la Corte Europea, al evaluar la razonabilidad o pertinencia de la sanción en cuestión, consideró que la divulgación de información que podía revelar un interés del Estado, su conocimiento o progreso tecnológico en la fabricación de un arma, podría causar considerable daño a la seguridad nacional. También observó que, si bien los miembros del ejército gozan del derecho a la libertad de expresión, la vida militar tiene condiciones especiales y deberes y responsabilidades específicos que

⁷⁵⁹ Caso *Robles Espinoza*, nota 757 *supra*, párr. 146.

⁷⁶⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, *Sürek c. Turquía* (N° 2), Sentencia del 8 de julio de 1999, Comunicación N° 24122/94.

⁷⁶¹ Caso *Sürek*, nota 760 *supra*, párr. 29.

⁷⁶² Caso *Sürek* (N° 2), nota 760 *supra*, párr. 39. Por un lado, la Corte reconoció la importancia de proteger a los oficiales manteniendo sus identidades en secreto pero, por otro lado, reconoció que el público tenía derecho a conocer las faltas de los oficiales. Dado que alguna información ya había sido divulgada por otras fuentes, la Corte llegó a la conclusión de que la posibilidad de que los oficiales recibieran adecuada protección a raíz de la imposición de esta sanción era compensada por el interés del público en recibir la información. *Ibid*, párr. 40.

⁷⁶³ Corte Europea de Derechos Humanos, *Hadjianastassiou c. Grecia*, Sentencia del 23 de noviembre de 1992, Ser. A, N° 252. El peticionario era capitán de la Fuerza Aérea y el oficial encargado de la protección del diseño y producción de un misil guiado. El oficial suministró a una empresa privada un estudio técnico que había escrito sobre el misil guiado. Fue condenado por violación de secretos militares y sentenciado a dos años y medio de cárcel, que fue reducida en instancia de apelación.

incumben a los integrantes de las fuerzas armadas. En consecuencia, la Corte determinó que la sanción no era irrazonable ni impropia.⁷⁶⁴

321. También son pertinentes a la cuestión de las sanciones ulteriores las limitaciones a la divulgación de expresiones que se pueda considerar partidarias de la violencia o de grupos violentos. La Corte Europea, en casos de esta índole, ha evaluado, a la luz de las circunstancias, la posibilidad de que esas manifestaciones provoquen violencia. En *Incal c. Turquía*,⁷⁶⁵ por ejemplo, la Corte reconoció las dificultades inherentes a la lucha contra el terrorismo, pero no obstante decidió que una pena posterior basada en la legislación antiterrorista violaba la Convención, teniendo en cuenta la severidad de la sanción,⁷⁶⁶ el hecho de que se había procurado aprobación previa, la importancia de la libertad de expresión de los partidos políticos y la

⁷⁶⁴ *Hadjianastassiou c. Grecia*, nota 763 *supra*, párrs. 45-47. Por un caso de Estados Unidos vinculado a la responsabilidad posterior por divulgar información gubernamental en relación de un deber fiduciario, véase *Snepp c. Estados Unidos*, 444 U.S. 507 (1980). *Snepp* era un ex empleado de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) que había firmado un acuerdo de que no publicaría ninguna información relacionada con las actividades de la CIA sin autorización previa. Sin recibir autorización previa de la CIA, publicó un libro sobre las actividades de la CIA en Vietnam. El Gobierno no sostuvo que la información contenida en el libro fuera clasificada ni que *Snepp* no tuviera derecho a publicarla. Sin embargo, sostuvo que “a la luz de la confianza especial que se depositó en él y del acuerdo que había firmado, *Snepp* debió haber dado a la CIA oportunidad de determinar si el material que se proponía publicar comprometería información o fuentes clasificadas.” *Ibid*, 511. (Traducción por la Comisión). La Corte Suprema reconoció que el requisito de autorización previa para la publicación era esencial para la CIA a efectos de garantizar a sus fuentes de inteligencia que toda información confidencial que suministrasen permanecería en secreto. En ausencia de tales garantías, la capacidad de la CIA para obtener información de esas fuentes se vería seriamente dificultada, lo que causaría un daño irreparable a las operaciones de inteligencia estadounidenses y , en consecuencia, al gobierno de Estados Unidos en su conjunto. De modo que la Corte admitió un fondo constructivo con los réditos del libro.

⁷⁶⁵ *Incal c Turquía*, nota 574 *supra*, 1547. En este caso, el peticionario era miembro del Comité Ejecutivo del Partido Popular de los Trabajadores (HEP), que imprimía panfletos denunciando el tratamiento que el gobierno dispensaba a los kurdos y exhortaba a los “patrióticos democráticos” turcos y kurdos a entrar en acción contra esta situación formando “comités de vecinos basados en la propia fuerza del pueblo.” *Ibid*; párr. 10. (Traducción por la Comisión). Una muestra de los panfletos fue presentada a la policía de seguridad de Izmir, que consideró que el panfleto “contenía propaganda separatista capaz de incitar a las personas a resistir al gobierno y cometer delitos penales”. *Ibid*; párr.12. (Traducción por la Comisión). Los panfletos fueron incautados y se instituyó un proceso penal contra el peticionario y otros involucrados en la impresión por “intento de incitación al odio y la hostilidad mediante un lenguaje racista” en violación de las disposiciones del código penal, la Ley de Prevención del Terrorismo y la Ley de Prensa. *Ibid*; párr.15. (Traducción por la Comisión).

⁷⁶⁶ *Caso Incal*, nota 574 *supra*, párr. 56. Aparte de una sentencia de penitenciaría de seis meses y 20 días, el peticionario fue multado, se le revocó temporariamente la libreta de conducir y se le proscribió del servicio civil, entre otras sanciones.

importancia de una mayor apertura a la crítica respecto del gobierno.⁷⁶⁷ La Corte también consideró que el documento, pese a contener una crítica con palabras muy duras, no incitaba claramente “al uso de la violencia, a la hostilidad y el odio entre ciudadanos”.⁷⁶⁸ En *Zana c. Turquía*⁷⁶⁹ en cambio, la Corte consideró que no se había violado el derecho a la libertad de expresión porque, en virtud de las circunstancias, las declaraciones impugnadas podían indicar apoyo a la violencia “y podía considerarse probable que exacerbaran una situación ya explosiva[.]”⁷⁷⁰

322. La Corte Suprema de Estados Unidos ha formulado un *test* aún más estricto en este tipo de casos que tratan de expresiones que se considera partidarias de la violencia o de grupos violentos, al exigir que se demuestre no sólo la incitación a la violencia sino también una clara intención para ello. Este *test* es el resultado de varias decisiones clave, incluido el caso de *Schenck c. Estados Unidos*⁷⁷¹ *Abrams c. Estados Unidos*⁷⁷² y *Brandenburg c. Ohio*.⁷⁷³ En el

⁷⁶⁷ Caso *Incal*, nota 574 *supra*, párr.46-59.

⁷⁶⁸ Caso *Incal*, nota 574 *supra*, párr.50.

⁷⁶⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Zana c. Turquía*, Sentencia del 25 de noviembre de 1997. *Reports and Judgments and Decisions* N° 57, 1997 – VII, p. 2533. El caso se refería a la condena y a la sentencia de doce meses de una figura política conocida a nivel local por violación de una norma del código penal contra la defensa de “un acto castigado por la ley como un crimen grave” y por “poner en peligro la seguridad pública” *Ibid*; párr. 26. (Traducción por la Comisión). En ese momento, estaban ocurriendo graves disturbios en el área suroeste de Turquía entre fuerzas de seguridad y el Partido de los Trabajadores de Kurdistan (PKK) y diez de las once provincias en esa área se encontraban bajo control militar. El peticionario había expresado en una entrevista, que fue publicada más tarde, “Apoyo el movimiento PKK de liberación nacional; por otro lado, no estoy en favor de masacres. Cualquiera puede cometer errores, y el PKK puede asesinar a mujeres y niños por error” [...]. *Ibid*, párr. 12. (Traducción por la Comisión).

⁷⁷⁰ Caso *Zana*, nota 769 *supra*, párr.60. La Corte también observó que el peticionario sólo había cumplido una quinta parte de su condena, creando un nuevo argumento a favor de la proporcionalidad.

⁷⁷¹ 249 U.S. 47 (1919). Se refiere a la condena, al amparo de la Ley de Espionaje del 15 de junio de 1917, por la distribución de panfletos que se decía procuraban causar de hecho la insubordinación en el ejército y obstruir el reclutamiento y alistamiento de tropas durante la guerra contra Alemania. Al anunciar su dictamen, la Corte Suprema declaró: Admitimos que en muchos lugares, en tiempos normales, los acusados, al decir todo lo que se dijo en la circular, estarían dentro de sus derechos constitucionales. Pero el carácter de todo acto depende de las circunstancias en que se ejecuta. La protección más rigurosa de la libre expresión no protegería a un hombre que grita falsamente “fuego” en un teatro y causara pánico... La cuestión en todos los casos es si las palabras utilizadas se utilizan en tales circunstancias y son de tal naturaleza que creen un *claro y presente peligro* de que acarrearán un perjuicio sustancial que el Congreso tiene derecho a evitar. Es una cuestión de proximidad y de grado. Cuando una nación está en guerra, muchas cosas que se pueden decir en tiempos de paz constituyen un obstáculo tal a sus esfuerzos que su pronunciamiento no será tolerado en tanto los hombres combaten y ninguna corte podría considerarlas protegidas por ningún derecho constitucional. Parece estar admitido que si se hubiera probado una obstrucción real al servicio de reclutamiento podría aplicarse una responsabilidad a las

(Continúa...)

caso Brandenburg, la Corte rechazó los dictámenes de varios casos anteriores que habían mantenido condenas basadas en la mera promoción de la violencia o una actividad ilegítima, por oposición a la incitación real.⁷⁷⁴ La Corte afirmó

(...Continuación)

palabras que produjeran ese efecto". *Ibid*, 52. (Traducción por la Comisión), se omiten notas al pie, énfasis agregado). Si bien este caso aporta una importante norma para proteger la libertad de expresión ante restricciones basadas en la seguridad nacional o el orden público, no fue clara y los tribunales con frecuencia la utilizaron para mantener restricciones a la libertad de expresión con estos fundamentos. Véase, por ej, *Frohwerk c. Estados Unidos* 249 U.S. 204 (1919) y *Debs c. Estados Unidos* 249 US 211 (1919).

⁷⁷² 250 U.S. 616 (1919). El Juez Holmes, en su famoso voto disidente en el caso de *Abrams c. Estados Unidos*, argumentó en favor de una interpretación más rigurosa de la norma que se aplicaría igualmente en situaciones de guerra o emergencia, teniendo en cuenta los peligros específicos que planteaban esas situaciones. Expresó: Los Estados Unidos pueden constitucionalmente sancionar expresiones que producen o intentan producir un claro e *inminente* peligro de acarrear ciertos perjuicios sustanciales que Estados Unidos puede constitucionalmente tratar de evitar. El poder es sin duda mayor en tiempos de guerra que en tiempos de paz, porque la guerra plantea peligros que no existen en otros momentos. Pero, tanto sea ante los peligros peculiares de la guerra como ante otros peligros, el principio del derecho a la libre expresión es siempre el mismo. Es sólo el peligro presente de un perjuicio *inmediato* o el intento de crearlo que da fundamento al Congreso para fijar un límite a la expresión de las opiniones cuando no están afectados derechos privados". *Ibid*, 627-28, Holmes, J. (voto en disidencia). (Traducción por la Comisión). Y continuaba: "Pienso que debemos estar eternamente vigilantes contra los intentos de controlar la expresión de opiniones que detestamos y consideramos cargadas de muerte, a menos que amenacen de manera tan inminente con interferir inmediatamente con los propósitos legítimos y acuciantes de la ley que se requiera un control inmediato para salvar al país. *Ibid*, 630. (Traducción por la Comisión).

⁷⁷³ 395 U.S. 444 (1969). El acusado en Brandenburg era un líder del grupo Ku Klux Klan condenado en virtud de la Ley del Sindicalismo Criminal de Ohio de "defender el deber, la necesidad y pertinencia del delito, el sabotaje, la violencia o métodos ilegítimos de terrorismo como medios de lograr la reforma industrial o política y para reunirse voluntariamente con cualquier sociedad, grupo o conjunto de personas formadas para impartir o defender las doctrinas del sindicalismo criminal". *Ibid*, 444-45. (Traducción por la Comisión). El acusado habló en una manifestación del Ku Klux Klan que fue filmada y difundida en la televisión local y nacional. La película muestra pasajes en que participantes en la manifestación queman una cruz y formulan declaraciones racistas y antisemitas. Algunos de los participantes, aunque no el acusado, portaban armas de fuego. En cierto momento, el acusado pronunció un discurso en el que habló del volumen del Klan y de las marchas proyectadas en Washington, D.C., St. Augustine, Florida y Mississippi. También declaró "No somos una organización vengativa, pero si nuestro presidente, nuestro Congreso y nuestra Corte Suprema sigue eliminando a los blancos, a la raza aria, es posible que se tome alguna venganza". *Ibid*, 447. (Traducción por la Comisión).

⁷⁷⁴ En el caso Brandenburg específicamente se revocó la decisión en *Whitney c. California*, 274 U.S. 357 (1927). En ese caso, la Corte consideró la legitimidad de una condena al amparo de la Ley de Sindicalismo Criminal de California, similar al estatuto en Brandenburg. En el Tribunal Inferior se llegó a la conclusión de que el acusado organizó y asistió en la "organización, y fue, es y conscientemente se transformó en un miembro de una organización, sociedad, grupo y conjunto de personas organizadas para defender, impartir, ayudar y fomentar el sindicalismo criminal". *Ibid* 360. (Traducción por la Comisión). Los cargos derivaron de la integración de la acusada en una rama "radical" del Partido Socialista. Asistió a la Convención Nacional del Partido Socialista en 1919, en
(Continúa...)

que “las garantías constitucionales de la libre expresión y la libertad de prensa no permiten al Estado prohibir o proscribir la defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto en los casos en que esa defensa esté orientada a incitar o producir una acción ilegítima inminente y pueda incitar a dicha acción o producir dicha acción.”⁷⁷⁵ De modo que, a efectos de imponer responsabilidad ulterior por expresiones, el enfoque actual de Estados Unidos específicamente requiere la intención de incitar a una actividad ilegal y la probabilidad de éxito⁷⁷⁶ lo cual concuerda más con los términos de la Convención Americana, en oposición a otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

323. El artículo 13 de la Convención Americana estipula claramente que “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”.⁷⁷⁷ Sin embargo, las leyes que penalicen la defensa pública (apología) del terrorismo o a personas que puedan haber cometido actos de terrorismo, sin un requisito adicional de que se demuestre el intento de incitar a la violencia y o cualquier otra acción ilegal similar⁷⁷⁸ y una posibilidad de éxito, son incompatibles con el derecho a la

(...Continuación)

que el grupo “radical”, del que era miembro, formó el Partido Comunista de los Trabajadores (CLP). El CLP adoptó una Plataforma y un Programa Nacionales que defendían “un movimiento unido de la clase trabajadora revolucionaria” para “derribar el dominio capitalista”. *Ibid* 363. Primordialmente defendió el uso de la huelga para conseguir estos fines. En una convención posterior para organizar una filial local del CLP, la acusada fue miembro del comité de resoluciones y en esa condición apoyo una resolución que procuraría alcanzar las metas del CLP mediante medios políticos tradicionales. La resolución propuesta fue rechazada en favor de la Plataforma y el Programa Nacionales. Whitney siguió siendo miembro del Partido y atestiguó en el juicio “que no era su intención que el Partido Comunista de los Trabajadores de California fuera un instrumento del terrorismo o la violencia.” *Ibid*, 366. (Traducción por la Comisión). La Corte, al mantener la condena, no examinó los hechos, sino que sostuvo que el estatuto era constitucional conforme había sido aplicado, dando gran peso a la determinación del Parlamento de que los actos prohibidos planteaban un grave peligro para la paz y seguridad del Estado.

⁷⁷⁵ *Brandenburg*, 395 U.S. 447.

⁷⁷⁶ Una doctrina de Estados Unidos relacionada con la doctrina de “peligro claro e inminente” es la doctrina de las “palabras combativas” establecida en el caso *Chaplinsky c. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). Las “palabras combativas” fueron definidas por la Corte como “aquellas que por su mera pronunciación infligen daño y tienden a incitar a un quebrantamiento inmediato de la paz.” *Ibid*, 572. (Traducción por la Comisión). En este caso, *Chaplinsky* fue enfrentado por un Alguacil de la Justicia cuando distribuía panfletos. En el curso de la discusión posterior, *Chaplinsky* llamó al Alguacil “maldito mafioso” y “maldito fascista”. (Traducción por la Comisión). *Ibid*, 569. La doctrina de las “palabras combativas” sigue siendo válida, pero no ha sido utilizada para fundar una condena desde el caso *Chaplinsky*.

⁷⁷⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, *supra*, artículo 13 (5).

⁷⁷⁸ *Id.*

libertad de expresión.⁷⁷⁹

324. Aparte de imponer sanciones ulteriores al autor de una expresión particular, el Estado en algunos casos ha impuesto sanciones a periodistas o a otros que transmiten ideas o información que el Estado ha determinado es sancionable. Sobre la cuestión, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso de los “*Greenjackets*”,⁷⁸⁰ concluyó que la pena era desproporcionada con el objetivo buscado e indicó que “el castigo de un periodista por asistir en la divulgación de expresiones de otra persona en una entrevista obstaculizaría notablemente la contribución de la prensa al debate de cuestiones de interés público y no deben ser restringidas excepto que existan razones particularmente sólidas para ello.”⁷⁸¹

⁷⁷⁹ Véase, Informe de la Comisión Internacional de Juristas sobre la administración de justicia en Perú, nota 561 *supra*, pág. 24.

⁷⁸⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, *Jersild c. Dinamarca*, Sentencia del 23 de septiembre de 1994, Ser. A N° 298. En ese caso, el peticionario, un periodista, transmitió una entrevista de televisión con varios jóvenes que eran miembros de los *Greenjackets*, un grupo racista y antiinmigrantes. En el curso de la entrevista, el joven formuló una serie de declaraciones abusivas y humillantes sobre los inmigrantes y grupos étnicos en Dinamarca. El peticionario fue hallado culpable de asistencia e incitación a la divulgación de insultos y expresiones degradantes por parte de los *Greenjackets* acerca de grupos raciales o étnicos, delito previsto en el Código Penal.

⁷⁸¹ Caso *Jersild*, nota 780 *supra*, párr. 35. Véase también los Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*, Principio 8, en que se afirma que “la expresión no puede ser impedida o sancionada meramente porque transmite información emitida por o acerca de una organización que el gobierno ha declarado amenaza la seguridad nacional o un interés conexo”. (Traducción por la Comisión). Este caso podría contrastarse con un grupo anterior de casos declarados inadmisibles por la Comisión Europea de Derechos Humanos por no caracterizar una violación en virtud de la Convención Europea. En cuestión en los casos de *Purcell c. Irlanda*. [Comisión Europea de Derechos Humanos, *Purcell y otros c. Irlanda*, Admisibilidad, Comunicación N° 15404/89, 70 Dec. Rep. 262 (1991) *Brind y otros c. Reino Unido*. Comisión Europea de Derechos Humanos. *Brind y otros c. Reino Unido*, Admisibilidad, Comunicación N° 18714/91, 77A, Dec & Rep. 42 (1994) y *McLaughlin c. Reino Unido*, [Comisión Europea de Derechos Humanos *McLaughlin c. Reino Unido*, Admisibilidad, Comunicación N° 18759/91 (1994) referida en el caso *Brind*, nota 262 *supra*, y disponible en <http://www.hudoc.echr.coe.int/>] estaban las restricciones a comunicadores radiales del Reino Unido por las que se les impedía irradiar entrevistas con personas vinculadas a una organización proscrita (es decir, una organización terrorista) o de personas vinculadas a Sinn Fein, un partido político constituido legalmente que apoya al Ejército Republicano Irlandés, organización proscrita. En *Purcell*, se prohibió también a sus comunicadores informar sobre entrevistas de ese tipo [*Purcell supra*, p. 265]. En otros casos, la ley regía sólo para la transmisión directa de esas entrevistas y no para informar de los contenidos de las mismas. [Caso *Brind supra*, p. 43-44; Caso *McLaughlin supra*]. El gobierno sostuvo que estas restricciones impedían la posibilidad de que los terroristas o grupos terroristas utilizaran los medios de difusión para afirmar la legitimidad de su acción, instar a apoyarlos y transmitir mensajes codificados. La Comisión observó en el caso *Purcell* que “en una situación en que la violencia por motivaciones políticas plantea una constante amenaza a la vida y a la seguridad de la población y en que los defensores de esta violencia procuran acceder a los medios de comunicación de masas con fines de publicidad, es particularmente difícil encontrar un equilibrio entre los requisitos de proteger la libertad de
(Continúa...)

325. Varios principios importantes emergen del análisis anterior, que deben ser aplicados por los Estados cuando formulan una legislación antiterrorista que establece sanciones ulteriores a ciertas expresiones. En primer lugar, la base para la responsabilidad posterior debe definirse con precisión suficiente. En segundo lugar, los Estados deben aplicar un *test* de balance para determinar la proporcionalidad de la sanción en comparación con el daño que se procura evitar. Los resúmenes de los casos ilustran la manera en que se puede aplicar en la práctica la prueba de proporcionalidad que exige el derecho internacional de los derechos humanos. Entre los factores que se deben considerar caben mencionar los peligros que plantean las expresiones en el contexto de la situación (guerra, combate al terrorismo, etc.); los cargos de las personas que formulan las expresiones (militares, personal de inteligencia, funcionarios, ciudadanos particulares, etc.) y el nivel de influencia que puedan tener en la sociedad; la gravedad de la sanción en relación con el tipo de daño causado o que podría ser causado, la utilidad de la información para el público y el tipo de medio de difusión utilizado. Un periodista u otro tercero que meramente transmite declaraciones de otra parte no debería estar sujeto a sanciones excepto en circunstancias muy restringidas. Además, las declaraciones que implican al gobierno en actos irregulares merecen un alto nivel de protección dado que el escrutinio público del accionar del gobierno es uno de los valores democráticos más importantes. Inclusive en los casos en que la persona que revela la información la haya obtenido a través de una revelación confidencial, la persona no podría ser sancionada si el interés del público en

(...Continuación)

información y los imperativos de proteger al Estado y al público contra conspiraciones armadas que procuran derribar el orden democrático que garantiza esta libertad y otros derechos humanos.” [Caso Purcell, *supra*, p. 279]. (Traducción por la Comisión). La Comisión llegó a la conclusión de que las restricciones eran aceptables en virtud de la Convención debido a la gravedad de la amenaza terrorista y a que las limitaciones en realidad no restringían la información a que el público tenía acceso, sino que limitaban el formato en que la información se podía transmitir. Debe anotarse antes que nada que en muchos de los casos indicados no es clara la distinción entre responsabilidad posterior, la que puede ser permitida en algunas circunstancias según el artículo 13 de la Convención Americana, y censura previa, que no es permitida. Las normas disputadas en los casos Purcell, Brind y McLaughlin parecen tener los mismos efectos que una restricción previa. Además, debe notarse una vez más que a pesar de que se utilizan casos del sistema europeo de derechos humanos a título ilustrativo, las normas del sistema interamericano de derechos humanos con respecto a la libertad de expresión fueron dirigidas a proveer un nivel de protección más alto a la libertad de expresión que aquellas del sistema europeo, tal como se explica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que indicó que “[La] comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas”. Opinión consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 50. Si algunos de estos casos se hubiesen presentado en el sistema interamericano, podrían haber sido decididos de una forma más favorable a la libertad de expresión.

recibir la información es mayor que el daño que produce su divulgación.⁷⁸² Finalmente, debe evitarse una legislación que penalice ampliamente la defensa pública (apología) del terrorismo⁷⁸³ sin exigir una demostración adicional de incitación a la “violencia o cualquier otra acción ilegal similar.”⁷⁸⁴

c. Protección de las fuentes

326. En el contexto de la lucha contra el terrorismo fuera de un estado de emergencia, la confidencialidad de las fuentes es objeto del mismo nivel de protección que se le asigna normalmente.⁷⁸⁵ Para imponer la divulgación, debe haber una “relación razonable de proporcionalidad entre el fin legítimo que se persigue con la orden de revelación y los medios empleados para lograr ese fin”⁷⁸⁶ La divulgación debe ser “necesaria” dentro de los términos del artículo 13(2) de la Convención.

d. Acceso a la información y *habeas data*

327. En el contexto de la lucha contra el terrorismo, los gobiernos con frecuencia tratan de restringir el acceso a amplias categorías de información relacionadas con la investigación de los sospechosos de terrorismo, la reunión de inteligencia y la ejecución de medidas policiales y militares. En algunos de estos casos, el gobierno puede tener una necesidad legítima de mantener en secreto la información para proteger la seguridad nacional y el orden público. Al mismo tiempo, la necesidad de información por parte del público es más importante ahora pues las medidas antiterroristas pueden estar sujetas a abuso y el público y la prensa son algunos de los controles más sustanciales de un comportamiento abusivo del Estado.

328. Los Principios de Johannesburg sobre Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información⁷⁸⁷ ofrecen orientación sobre cómo equilibrar estos dos intereses encontrados. El Principio 1(2) establece:

⁷⁸² Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*, Principio 15.

⁷⁸³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 13(5).

⁷⁸⁴ Véase *supra*, párr. 323.

⁷⁸⁵ Véase análisis en párrs. 279, 280 *supra* sobre la protección de las fuentes. Véase también los Principios de Johannesburg, nota 662, *supra*, Principio 18, que establece que no se puede invocar la seguridad nacional para obligar a un periodista a revelar las fuentes confidenciales.

⁷⁸⁶ Caso Goodwin, nota 668 *supra*, párr. 46.

⁷⁸⁷ Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*. Para un análisis del valor autorizado de los Principios de Johannesburg al interpretar el derecho a la libertad de expresión bajo los instrumentos internacionales de derechos humanos, véase parr. 228 *supra*.

Toda restricción a la expresión e información que un gobierno procure justificar con el fundamento de la seguridad nacional debe tener un propósito genuino y un efecto demostrable de proteger un interés legítimo de la seguridad nacional.

329. Los Principios de Johannesburg definen la legitimidad de los intereses legítimos de seguridad nacional afirmando

a. El intento de establecer una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítimo excepto que su propósito genuino o efecto demostrable sea proteger la existencia del país o su integridad territorial contra el uso o amenaza de uso de la fuerza, sea de origen externo, como una amenaza militar, o de origen interno, como una incitación a derribar por la violencia al gobierno.

b. En particular, la intención de establecer una restricción con el fundamento de la seguridad nacional no es legítimo si su propósito genuino o efecto demostrable es proteger intereses no relacionados con la seguridad nacional, incluyendo, por ejemplo, la protección del gobierno contra situaciones comprometidas o contra la revelación de irregularidades, u ocultar información sobre el funcionamiento de sus instituciones públicas, o defender una ideología particular o sofocar la intranquilidad laboral.⁷⁸⁸

330. La mayor parte de las leyes sobre acceso a la información contienen excepciones que permiten al Estado negar la divulgación de información con el fundamento de que ello podría perjudicar la seguridad nacional del Estado o su capacidad para mantener el orden público. Estas excepciones deben aplicarse sólo a la información que claramente afecta a la seguridad nacional definida por el principio que antecede. Además, la restricción no sólo debe servir para proteger la seguridad nacional o el orden público, sino que debe también requerir que la información se divulgue a menos que el daño para algún interés legítimo de éstos sea sustancial.⁷⁸⁹ De manera que, de acuerdo con los Principios de Johannesburg, la siguiente podría considerarse una restricción adecuada con base en preocupaciones por la seguridad nacional en tanto existan las demás garantías que exige el acceso a la información.⁷⁹⁰

⁷⁸⁸ Principios de Johannesburg, nota 662 *supra*, Principio 2.

⁷⁸⁹ Principio sobre la Libertad de Información, nota 676 *supra*, Principio 4.

⁷⁹⁰ Véase párrs. 285-286 *supra* del presente informe donde figura un análisis de los requisitos para garantizar el acceso a la información, por ejemplo, limitaciones temporales a las restricciones, revisión independiente de las decisiones que niegan el acceso y posibilidad de separar la información no restringida de los documentos que contienen información restringida.

Un órgano puede negarse a indicar si tiene en su poder o no un registro, o negarse a comunicar información cuando hacerlo *podría*, o *probablemente podría*, causar *grave* perjuicio para la defensa de la seguridad nacional de [insertar nombre del Estado].⁷⁹¹

⁷⁹¹ Un Modelo de Legislación sobre la Libertad de Información (julio 2001), disponible en: <http://www.article19.org/docimages/1112.htm> (subrayado agregado), Sección 30. La Legislación modelo fue redactada por el artículo 19, en consulta con un gran número de expertos internacionales y de otras personas empeñadas en la promoción de la libertad de información. Compáresele con las siguientes disposiciones sobre seguridad nacional de leyes internas sobre acceso a la información de varios Estados miembros de la OEA. Por ejemplo, la Legislación Mexicana sobre Transparencia Federal y Acceso a Información Pública del Gobierno, promulgada el 10 de junio de 2002, que establece:

Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

Sección VI. Información reservada: Aquella información que se encuentra temporalmente sujeta a alguna de las excepciones previstas en los artículos 13 y 14 de esta Ley;

[...]

Sección XII. Seguridad nacional: Acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional;

[...]

Artículo 13. Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda:

[...]

1. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;

La Ley sobre Libertad de Información de los Estados Unidos, 5 USC § 552, establece:

(b) La presente Sección no se aplicará a cuestiones que son:

(1)(A) específicamente autorizadas, bajos los criterios establecidos por una orden Ejecutiva, de mantenerse en secreto por el interés de la defensa nacional o la política exterior y (B) de hecho debidamente denominadas documentos clasificados en concordancia con dicha orden Ejecutiva;

[...]

(c)(3) Cuando una petición hecha involucra el acceso a documentos mantenidos por la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) sobre inteligencia exterior, contrainteligencia o terrorismo internacional, y la existencia de dichos documentos constituyese información confidencial bajo los términos de la Subsección (b), artículo (1), la FBI podrá, mientras la existencia de dichos documentos fuese información confidencial, manejar los documentos como si no

(Continúa...)

331. En los Principios de Johannesburg se reconoce que en situaciones de emergencia los Estados pueden imponer restricciones adicionales al acceso a la información pero “sólo en la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación y sólo cuando no sean incongruentes con las demás obligaciones que impone al Estado el derecho internacional”.⁷⁹² En estos casos, sobre los Estados recae la carga de la prueba de la necesidad de esas restricciones. Como se dijo antes, en situaciones de emergencia declaradas como tales con arreglo a la ley los Estados deben tener en cuenta la importancia de la libertad de expresión para el funcionamiento de la democracia y la garantía de otros derechos fundamentales cuando se pondere la suspensión de las garantías consagradas en el artículo 13 de la Convención.⁷⁹³

332. Al igual que el derecho general de acceso a la información en poder del Estado, el derecho de *habeas data* puede quedar sujeto a restricciones necesarias para proteger la seguridad nacional o el orden público y que sean proporcionales al daño que se evite manteniendo en secreto esa información. En el estado de emergencia, el Estado podrá imponer restricciones adicionales durante el tiempo y en la medida que lo exija la situación.

e. No discriminación

333. Evidentemente, todas las normas mencionadas deben ser observadas sin discriminación por razones de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición

(...Continuación)

estuviesen sujetos a los requisitos de la presente Sección. (Traducción por la Comisión).

La Ley 6 de Panamá del 22 de enero de 2002, que dicta normas sobre transparencia en la gestión pública, establece la acción de *habeas data* y dicta otras disposiciones (Gaceta Oficial N° 24,476 de 23 de enero de 2002) dispone:

Artículo 14. La información definida por esta Ley como de acceso restringido no se podrá divulgar, por un período de diez años, contando a partir de su clasificación como tal, salvo que antes del cumplimiento del período de restricción dejen de existir las razones que justificaban su acceso restringido. Se considerará de acceso restringido, cuando así sea declarado por el funcionario competente, de acuerdo con la presente Ley:

1. La información relativa a la seguridad nacional, manejada por los estamentos de seguridad;

⁷⁹² Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*, Principio 3.

⁷⁹³ Véase el análisis *supra*, párr. 310.

económica, nacimiento o cualquier otra condición social,”⁷⁹⁴ conforme a la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. En el presente informe también se abordó, en la sección sobre privacidad, los problemas con diferentes tipos de supervisión de personas, inclusive en casos en que no existen sospechas razonables de que estén vinculados a la actividad terrorista. No es necesario a esta altura un análisis muy prolongado, pero es preciso señalar que este tipo de actividades también tienen efectos en el pleno goce del derecho a la libertad de expresión.

Las investigaciones injustificadas de expresiones políticas y de disidencias pueden tener un efecto debilitante para nuestro sistema político. Cuando las personas ven que esto puede ocurrir, se tornan cautelosas de vincularse a grupos que disienten con el gobierno y más cautelosas de lo que puedan decir o escribir. El efecto es socavar la eficacia del autogobierno popular. Si las personas están inhibidas de expresar sus opiniones, el gobierno nacional se divorcia cada vez más de la voluntad de sus ciudadanos.⁷⁹⁵

F. La obligación de respetar y asegurar los derechos, la no discriminación y el derecho a la protección judicial

1. Derecho internacional de los derechos humanos

334. Al igual que con todos los compromisos internacionales, los Estados están obligados a cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.⁷⁹⁶ Ello incluye conducirse de modo tal que se respete y garantice el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación de tipo alguno.⁷⁹⁷ Como se señala en las secciones anteriores del presente informe, al abordar el derecho a la libertad y la seguridad personales,⁷⁹⁸ y el derecho al debido proceso y a un juicio justo,⁷⁹⁹ el acceso sencillo y rápido a los tribunales es esencial para garantizar el respeto por los derechos consagrados en el derecho interno y el derecho internacional. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

⁷⁹⁴ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, Principio 2. Para un análisis de la autoridad de esta Declaración, véase *supra* párr. 265.

⁷⁹⁵ Philip B. Heymann *Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11*, 2002 Harv.J.L. & Pub. Pol’y 441, 444.

⁷⁹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, nota 109 *supra*, artículo 26.

⁷⁹⁷ Caso Velásquez Rodríguez, nota 249 *supra*, párr. 167.

⁷⁹⁸ Véase Sección III(B), párr. 140.

⁷⁹⁹ Véase Sección III(D), *supra*, párr. 229

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.⁸⁰⁰

335. El principio de no discriminación constituye una protección especialmente eficaz que está presente en la garantía de otros derechos y libertades al amparo del derecho interno y del derecho internacional, conforme a lo estipulado en el artículo II de la Declaración Americana y en los artículos 1(1) y 24 de la Convención Americana, incluidos los siguientes:

Declaración Americana

Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Convención Americana

Artículo 1.1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

336. La Corte Interamericana ha sostenido, respecto del derecho a la no discriminación al amparo de la Convención Americana que, si bien los artículos 1(1) y 24 son distintos en el plano conceptual,⁸⁰¹ la noción de igualdad

⁸⁰⁰ Corte IDH, Caso Castillo Páez, Sentencia, 3 de noviembre de 1997, Ser.C. N° 34, párr. 82. Véase también Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, 31 de agosto de 2001, Ser.C. N° 79, párr. 112, donde se cita el Caso Ivcher Bronstein, nota 702 *supra*, párr. 135. Caso del Tribunal Constitucional, nota 545 *supra*, párr. 90, Caso Bámaca Velásquez, nota 73 *supra*, párr. 191.

⁸⁰¹ La Corte Interamericana ha señalado que “[a]unque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en
(Continúa...)

común a ambas disposiciones

se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁸⁰²

337. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha definido el término “discriminación” conforme a ICCPR como

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁸⁰³

338. Si bien la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos no prohíbe todas las distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidas, requiere en el fondo que toda distinción admisible se funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados con el fin que se persigue.⁸⁰⁴ Como ya se indicó, las distinciones basadas en factores mencionados explícitamente en los artículos pertinentes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un

(...Continuación)

virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”. Corte IDH, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, párrafo 54.

⁸⁰² Véase también Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114 *supra*, párrafo 238.

⁸⁰³ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General N° 18 (No discriminación), Trigésimo séptimo período de sesiones (1989) UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 5, [en adelante Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, párr. 7].

⁸⁰⁴ Opinión Consultiva OC-4/84, nota *supra*, párrafo 56. Véase también Caso Ferrer-Mazorra y otros, *supra* nota 114, párrafo 238.

grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción.⁸⁰⁵ El principio de igualdad también puede, a veces, obligar a los Estados a tomar una acción afirmativa, con carácter temporal, con objeto de atenuar o eliminar condiciones que causen o ayuden a perpetuar la discriminación, incluyendo las vulnerabilidades o desventajas que padecen grupos particulares, como las minorías y las mujeres.⁸⁰⁶

339. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación y el derecho a la protección judicial están reflejados en varias disposiciones de la Declaración Americana y de la Convención Americana, incluidos los siguientes:

Declaración Americana

Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir 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 consagrado constitucionalmente.

⁸⁰⁵ Numerosos tribunales internacionales y nacionales pertinentes han impuesto a los gobiernos una carga redoblada de justificación de distinciones o clasificaciones basadas en factores como la nacionalidad, la raza, el color o el sexo. Véase, por ejemplo, Repetto, Inés, Suprema Corte de Justicia (Argentina), 8 de noviembre de 1988, Jueces Petracchi y Baqué, párrafo 6 (concluyendo que toda distinción entre nacionales y extranjeros, con respecto al goce de los derechos reconocidos en la Constitución argentina, “se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad” y, por consiguiente cualquiera que sostenga la legitimidad de la distinción “debe acreditar la existencia de un ‘interés estatal urgente’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’.”; *Palmore vs. Sidoti*, 4666 US 429 (1984) (sosteniendo que las clasificaciones raciales “están sujetas al escrutinio más exhaustivo y para salvar la exigencia constitucional, deben justificarse en virtud de un interés gubernamental apremiante y deben ser necesarias [...] para la consecución de sus fines legítimos”). (Traducción por la Comisión); *Loving vs. Virginia*, 388 US 1, 87 (1967) (sosteniendo que “por lo menos” la cláusula sobre igualdad de protección de la Constitución “demanda que las clasificaciones raciales, especialmente en los estatutos penales, deben estar sujetas al escrutinio más riguroso”). (Traducción por la Comisión); Corte Europea de Derechos Humanos, *Abdulaziz vs. Reino Unido*, Sentencia del 28 de mayo de 1985, Ser. A. N.º. 94, párrafo 79 (señalando que “el impulso a la igualdad entre los sexos es hoy día una meta primordial de los Estados miembros del Consejo de Europa. Esto significa que deberán exponerse razones de sumo peso para que pueda considerarse que una diferencia de tratamiento basada en el sexo es compatible con la Convención [Europea]”). (Traducción por la Comisión). Similares opiniones han manifestado varios catedráticos constitucionalistas. Véase, por ejemplo, *Derecho Constitucional* 142 (D. Farber, W. Eskridge y P. Frickeys eds. 1998).

⁸⁰⁶ Véase el informe de la CIDR sobre la situación de la mujer en las Américas, 1998, OEA/Ser.L/V/III.100 Doc. 17 (13 de octubre de 1998), Sección I(A) (1); Informe Anual del CIDH 1999, OEA/Ser.L/V/III.106 doc. 6 rev. (April 13, 1999), Capítulo VI. “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”; UNHRC Observación General N.º 18 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 803 *supra*, párrafo 10.

Artículo XXIV. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

Convención Americana

Artículo 1.1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 3. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 25.1. 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.

340. De acuerdo con estas disposiciones, no sólo sigue siendo responsabilidad primordial de los Estados garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos,⁸⁰⁷ sino que ello implica su deber de organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público de manera que sean capaces de garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de esos derechos humanos.⁸⁰⁸ En este sentido, la disponibilidad de un recurso en un sistema jurídico efectivo e independiente para examinar y hacer valer estas obligaciones sirve como refuerzo vital para la protección de los derechos humanos. Estos compromisos también requieren que los Estados utilicen los medios a su alcance para evitar las violaciones de derechos humanos y ofrezcan reparaciones efectivas por toda violación que pueda ocurrir, incluyendo la realización de investigaciones exhaustivas y efectivas capaces de identificar y sancionar a las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos.⁸⁰⁹ A este respecto, la Corte Interamericana ha reconocido una conexión intrínseca entre los deberes de los Estados miembros de respetar, garantizar y hacer efectivos los derechos humanos y el otorgamiento de una protección judicial efectiva para los derechos, de acuerdo con los requisitos del debido proceso, según lo dispuesto en los artículos 1(1), 8 y 25 de la Convención Americana.⁸¹⁰

341. La posibilidad de un acceso rápido y efectivo a los tribunales requiere a su vez el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica y el derecho a ser reconocido como persona ante la ley. Además, el requisito de la protección judicial, tomado conjuntamente con el derecho al debido proceso y a un juicio justo, puede requerir la prestación de asistencia legal gratuita para interponer tales recursos cuando el interés de la justicia así lo exige. Factores pertinentes para esta determinación son la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada, la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso y la importancia de los derechos afectados.⁸¹¹

⁸⁰⁷ Caso Velásquez Rodríguez, nota 249 *supra*, párr. 167.

⁸⁰⁸ *Ibid.* Véase también Opinión Consultiva OC-11/90, nota 545 *supra*, párr. 23.

⁸⁰⁹ Caso Velásquez Rodríguez, nota 249 *supra*, párrs. 172-174.

⁸¹⁰ Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Ser. C N° 1, para. 90

⁸¹¹ Véase, por ejemplo, Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párrs. 311-314.

342. La obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos también debe ser cumplida sin discriminaciones de tipo alguno, conforme a la definición anterior.⁸¹²

343. También es necesario subrayar que el requisito de que los Estados respeten y garanticen los derechos humanos fundamentales a través de la protección judicial, sin discriminación, tampoco es derogable. Como se analiza en la Sección II(B) del presente informe, la declaración de un estado de emergencia, cualquiera sea su alcance o denominación en el derecho internacional, no puede comportar la eliminación o invalidación de las garantías judiciales que los Estados están obligados a establecer para la protección de los derechos no sujetos a derogación o suspensión en un estado de emergencia.⁸¹³ Además, el derecho a la personalidad jurídica es uno de los derechos que el artículo 27(2) de la Convención Americana no admite derogar y la autoridad de los Estados para suspender las garantías consagradas en el artículo 27(1) de la Convención está expresamente limitada por la prohibición de toda discriminación. Esto quiere decir que aun si el Estado toma medidas de derogación de acuerdo con el artículo 27(1) de la Convención, dichas medidas no pueden discriminar por las razones mencionadas en dicha disposición. Con estos fundamentos, pues, el derecho a la protección judicial, y con él, la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales sin discriminación, no puede ser suspendidos bajo ninguna circunstancia.

2. Derecho internacional humanitario

344. La obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos individuales en virtud del derecho internacional también ha sido un factor crucial de larga data en la garantía de la observancia de las protecciones del derecho internacional humanitario. El artículo 1 común a los Cuatro Convenios de Ginebra constituye la codificación predominante y absoluta de este principio, al establecer que

Las Altas Partes contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en toda circunstancia.⁸¹⁴

⁸¹² Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo II; Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 1(1). Véase, análogamente, la Convención Internacional para la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial, nota 123 *supra*.

⁸¹³ Opinión Consultiva OC-9/87, nota 342 *supra*, párr. 25. Véase también Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 27(2).

⁸¹⁴ Artículo 1 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, notas 36, 67, *supra*. Véase análogamente, Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 1(1).

345. Esta disposición aclara que las responsabilidades asumidas por los Estados Partes de los Tratados equivalen a algo más que arreglos convenidos sobre la base de la reciprocidad, puesto que constituyen “una serie de compromisos unilaterales contraídos solemnemente ante el mundo representado por las demás Altas Partes contratantes”.⁸¹⁵ La obligación general de respetar y garantizar el respeto consagrado en el artículo 1 común está complementada por las disposiciones de los artículos 16 del Tercer Convenio de Ginebra y 13 del Cuarto Convenio de Ginebra que exigen que se otorguen las protecciones de los tratados sin ninguna distinción adversa en base a factores tales como la raza, nacionalidad, religión u opinión política. También se ve incrementado por las disposiciones sobre infracciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I, incluido el artículo 129 del Tercer Convenio de Ginebra, el artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra, y el artículo 85 del Protocolo Adicional I, que exigen que los Estados Partes, entre otras cosas, promulguen todas las leyes necesarias para establecer sanciones penales efectivas contra las personas que cometan u ordenen que se cometan infracciones graves según la definición de los tratados y se comprometen a “buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales y fuere cual fuere su nacionalidad”. En el caso del Protocolo Adicional II, el artículo 2 de ese instrumento establece en términos más generales que “El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominada en adelante “distinción de carácter desfavorable”), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1”.

346. Al igual que en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional humanitario hay aspectos que preservan la capacidad civil de las personas protegidas y que imponen el acceso a los recursos judiciales en ciertas circunstancias. El artículo 14 del Tercer Convenio de Ginebra y el artículo 80 del Cuarto Convenio de Ginebra disponen, respectivamente, que los prisioneros de guerra y los internados civiles mantendrán totalmente su status de civiles, la cual, en caso del ejercicio de los derechos que confiere dicho status, no puede ser restringido por la Potencia detenedora excepto en la medida en que el cautiverio o la internación lo exijan. Estas disposiciones garantizan que los prisioneros de guerra o internados pueden ejercer sus derechos tanto en el país de detención o internación como,

⁸¹⁵ COMENTARIO DEL CICR SOBRE EL TERCER CONVENIO DE GINEBRA, nota 350 *supra*, págs. 17 y 18.

particularmente en el caso de los prisioneros de guerra, en su país de origen o de residencia.⁸¹⁶

347. Con respecto al recurso a cortes o tribunales competentes, ciertas disposiciones del Tercer y Cuarto Convenio de Ginebra y del Protocolo Adicional I prescriben mecanismos de revisión específicos que deben estar a disposición de las personas protegidas por estos tratados en ciertas circunstancias. Éstos incluyen:

- Un “tribunal competente” en virtud del artículo 5 del Tercer Convenio de Ginebra y el artículo 45(1) del Protocolo Adicional I para determinar la condición de las personas que han cometido actos de beligerancia y han caído en manos del enemigo, cuando la inclusión de esa persona en algunas de las categorías de prisioneros de guerra consagradas en el artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra esté en duda
- Un “tribunal o consejo administrativo competente” en virtud del artículo 43 del Cuarto Convenio de Ginebra para reconsiderar, tan pronto como sea posible, y en adelante periódicamente, una decisión de colocar a la persona protegida por el Cuarto Convenio de Ginebra bajo internación o asignarle una residencia en el territorio de una parte en el conflicto
- Un “derecho de apelación” consagrado en el artículo 78 del Cuarto Convenio de Ginebra respecto a una decisión de la Potencia ocupante de someter a las personas protegidas a una residencia asignada o internación
- Un “tribunal judicial” consagrado en el artículo 45(2) del Protocolo Adicional I para decidir el derecho al status de prisionero de guerra de una persona que ha participado en las hostilidades y que ha caído en manos del enemigo, que no es mantenida como prisionera de guerra y que espera ser juzgada por esa Parte por un delito no relacionado con las hostilidades

348. Estos mecanismos se suman a los requisitos del derecho internacional humanitario analizados en la Sección III(D) sobre el derecho al debido proceso y a un juicio justo, a cargo de un tribunal competente, independiente e imparcial, conforme a la definición de las normas internacionales aplicables, en el caso de las personas que son procesadas y sancionadas por delitos penales en el contexto de los conflictos armados.⁸¹⁷

⁸¹⁶ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 14; Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 80.

⁸¹⁷ Véase Sección III(D), *supra*, párrs. 254 y siguientes.

349. Al igual que con las protecciones fundamentales del derecho internacional humanitario, las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar el pleno respeto por los derechos y protecciones consagrados en el derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado, inclusive a través de los mecanismos enumerados anteriormente, no admiten derogación alguna.⁸¹⁸

3. Obligación de respetar y garantizar sin discriminación el derecho a la protección judicial, y el terrorismo

350. Para aclarar la función y aplicación de las protecciones internacionales de derechos humanos en el contexto de las amenazas terroristas es primordial el reconocimiento de la premisa fundamental de que los Estados están obligados a respetar y a garantizar el respeto de sus obligaciones en materia de derechos humanos, de buena fe y en todo momento, y que esas obligaciones deben informar la manera en que los Estados responden a las amenazas terroristas. Inclusive en relación a los derechos que pueden ser objeto de limitación o derogación, los Estados deben cumplir estrictamente las condiciones que regulan la permisibilidad de tales limitaciones o derogaciones, las que, a su vez, se basan en los principios fundamentales de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

351. También es inderogable, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, el requisito de que los Estados cumplan sus obligaciones sin discriminación de ningún tipo, incluyendo la discriminación basada en religión, opinión política o de otra índole, u origen nacional o social. Esto no sólo se aplica al compromiso del Estado de respetar y garantizar el respeto por los derechos fundamentales en el contexto de amenazas terroristas, sino que también limita las medidas que los Estados pueden adoptar para derogar los derechos que pueden ser legítimamente suspendidos en tiempos de emergencia, prohibiendo toda medida que implique discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. El principio de no discriminación también se aplica a todos los aspectos del trato que el Estado dispensa a las personas en relación con las iniciativas contra el terrorismo, incluido el trato a los detenidos.

352. Intimamente conectados con la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales está la disponibilidad de un recurso sencillo y rápido ante cortes o tribunales competentes para obtener la protección de esos derechos. Esta obligación es particularmente pertinente en el caso de los detenidos debido a su situación vulnerable, pues se encuentran

⁸¹⁸ Véase, por ejemplo, Sección II(C), párr. 78.

bajo el poder y control absolutos del Estado. Si bien la naturaleza de las cortes o tribunales puede variar, en particular, de acuerdo con la aplicabilidad del derecho internacional humanitario como *lex specialis* en situaciones de conflicto,⁸¹⁹ la disponibilidad del recurso a la protección judicial de las personas afectadas por los efectos de las iniciativas antiterroristas no puede suspenderse en la medida en que es necesaria para proteger los derechos no sujetos a derogación en tiempos de emergencia.

353. Si bien estos requisitos deben informar la formulación y ejecución de todas las iniciativas antiterroristas que emprendan los Estados Miembros, la Comisión considera que las normas básicas que rigen el respeto por los derechos humanos fundamentales sin discriminación pueden tener implicaciones para determinadas medidas que adopten los Estados en relación con las amenazas terroristas y que esas implicaciones merecen un mayor análisis. Las medidas incluyen la manera en que los Estados detienen o restringen por otros medios la libertad de las personas en relación con las amenazas terroristas y ciertos métodos de investigación empleados por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. En particular, las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley pueden incurrir en prácticas discriminatorias en sus investigaciones de delitos relacionados con el terrorismo, por ejemplo a través de una práctica para seleccionar los sujetos investigados sobre la base de alguna de las razones prohibidas para discriminar a las personas. Esta práctica es a veces conocida como “perfiladura” (*profiling*).⁸²⁰ Se ha sabido que en el pasado el uso de perfiles en el contexto de la aplicación interna de la ley ha incorporado una serie de características que incluyen el origen racial y nacional.⁸²¹ A la luz del gran riesgo de que los métodos de investigación de esta naturaleza resulten discriminatorios o puedan ser utilizados en forma discriminatoria,⁸²² la Comisión considera que todo uso de perfiles o recursos

⁸¹⁹ Véase, Sección II(C) *supra*, párr. 61.

⁸²⁰ Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, informes presentados por los estados partes de conformidad al artículo 9 de la Convención, Tercer informe periódico que los Estados Partes debían presentar en 1999, Adición, Estados Unidos de América, UN doc. CERD/C/351/Add.1 (10 de octubre de 2000) párrs. 301-306 (sobre el uso de la “caracterización racial” por reparticiones policiales en los Estados Unidos).

⁸²¹ *Ibid.* Véase también AMNISTÍA INTERNACIONAL, *MEMORÁNDUM TO THE US ATTORNEY GENERAL – AMNESTY INTERNATIONAL’S CONCERNS RELATING TO THE POST 11 SEPTEMBER INVESTIGATIONS, AI INDEX AMR 51/170/2001* (noviembre de 2001), págs. 12-13.

⁸²² El Comité de la ONU sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha exigido a este respecto que “los Estados y organizaciones internacionales garanticen que las medidas que se adopten para luchar contra el terrorismo no discriminen, en sus propósitos o efectos, por razones de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico” y ha insistido en que “se debe observar en todas las esferas el principio de no discriminación, en particular, en cuestiones vinculadas a la libertad, seguridad y dignidad de la persona, la igualdad ante los tribunales y el debido proceso, así como en la cooperación internacional en cuestiones judiciales y policiales en estas esferas”. Comité de la
(Continúa...)

similares por el Estado debe cumplir estrictamente con los principios internacionales que rigen la necesidad, proporcionalidad y no discriminación y deben estar sujetos a un estricto escrutinio judicial. Como ya se indicó, las distinciones basadas en factores mencionados explícitamente en los artículos pertinentes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés especialmente importante y una justificación cabal de la distinción.⁸²³

354. Como se subrayó en secciones anteriores de este informe, en circunstancias en que el Estado detiene a personas por razones relacionadas con una amenaza terrorista, ya sea por razones administrativas o razones preventivas, las leyes que autorizan la detención no pueden aplicarse de manera que se orienten a ciertas personas sobre una de las razones prohibidas como discriminatorias. Además, con la excepción de los combatientes privilegiados y no privilegiados y otras víctimas de los conflictos armados internacionales, cuya detención está regida por normas y principios específicos del derecho internacional humanitario, la legalidad y pertinencia de dicha detención debe estar siempre sujeta a una revisión independiente inmediata y a una revisión periódica posterior, siempre a cargo de una corte o un tribunal competente.⁸²⁴ Si bien los requisitos particulares del proceso de revisión podrían variar de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular, en todas las instancias las normas mínimas del derecho en materia de derechos humanos requieren que los procedimientos de revisión de la detención cumplan las normas de un juicio justo. Estas normas incluyen los requisitos de que quien toma la decisión satisfaga los estándares prevalecientes de imparcialidad, que el detenido tenga oportunidad de presentar pruebas y de conocer y controvertir las reclamaciones de la parte opositora y de que el detenido tenga oportunidad de estar representado por un abogado u otro representante. En circunstancias en que la persona es objeto de un proceso penal relacionado con terrorismo, en toda circunstancia, incluyendo conflicto armado,⁸²⁵ el detenido sólo debe ser juzgado

(...Continuación)

ONU sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, 60° Período de Sesiones, M4-22 de marzo de 2002, Declaración, ONU Doc. CERD/C/60/Misc.22/Rev.6 (8 de marzo de 2002).

⁸²³ Véase nota 366 *supra*.

⁸²⁴ Véase Sección II(B) *supra*, párr. 139.

⁸²⁵ Como se indicó en la Sección III(D) acerca del derecho al debido proceso, si bien generalmente se prohíbe el juzgamiento de civiles por tribunales militares en virtud de la falta de independencia de éstos con respecto al Poder Ejecutivo, los tribunales militares, en principio, pueden constituir una corte independiente e imparcial para el procesamiento de miembros de las fuerzas armadas por ciertos delitos realmente vinculados con el servicio militar y, durante conflictos armados, el de combatientes privilegiados y no privilegiados, siempre que lo hagan respetando plenamente las garantías judiciales.

por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido previamente por ley, y respetando los principios generalmente reconocidos del procedimiento judicial ordinario.⁸²⁶ Una vez que se pronuncia en primera instancia una decisión desfavorable, también debe otorgarse el derecho de apelar la sentencia ante una instancia superior en cumplimiento de las protecciones fundamentales de un juicio justo.⁸²⁷

355. La Comisión reconoce a este respecto que la investigación efectiva de los delitos de terrorismo, debido a su motivación ideológica y los medios colectivos con los que se ejecutan, podrían requerir la investigación de individuos o de grupos conectados con determinados movimientos políticos, ideológicos, religiosos, o, en el caso del terrorismo instigado por un Estado, los gobiernos de ciertos Estados.⁸²⁸ La Comisión también debe subrayar, sin embargo, que las iniciativas antiterroristas que incorporan criterios de esta naturaleza, a efectos de no contravenir la prohibición absoluta contra la discriminación, deben basarse en una justificación objetiva y razonable en el sentido de que deben perseguir un objetivo legítimo, respetando los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y asegurando que los principios sean razonables y proporcionados con el fin perseguido. Las distinciones basadas en factores mencionados explícitamente en los artículos pertinentes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto.

356. Ello requeriría, por ejemplo, la existencia de elementos de juicio razonables que conecten a un determinado grupo con actividades terroristas, antes que la asociación de una persona con ese grupo pudiera debidamente ofrecer una base para investigarla por delitos relacionados con el terrorismo. Inclusive en ese caso, la medida y la manera en que se recaba, intercambia y utiliza la información resultante, deben estar reguladas de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la importancia del objetivo perseguido y el grado en que la conducta del Estado puede interferir con la persona o las personas afectadas. Como se analiza más detalladamente en las Secciones III(E) y (G), las consideraciones a este respecto incluyen las repercusiones para el derecho a la privacidad vinculado a la recolección y uso de información personal. Por consiguiente, los Estados deben mantenerse atentos a fin de asegurar que sus leyes y normas no se elaboren o apliquen de una manera que fomente la discriminación o resulte

⁸²⁶ Véase Sección III(D) *supra*, párr. 261.

⁸²⁷ Véase Sección III(D) *supra*, párr. 261

⁸²⁸ Para un análisis de los principales tipos de movimientos terroristas y sus estrategias y tácticas, véase Paul Wilkinson, *Terrorist Movements*, en *TERRORISM: THEORY AND PRACTICE* 99 (Yonah Alexander *et al.* Eds., 1979).

en ésta, y que sus funcionarios y agentes, incluidas las fuerzas armadas, se comporten de acuerdo con esas normas y principios.

G. Otros derechos fundamentales

357. La Comisión se ha empeñado a través de este estudio en ofrecer una orientación oportuna y focalizada sobre la protección de los derechos humanos fundamentales por los Estados en su respuesta a las amenazas terroristas. Si bien el informe ofrece un análisis detallado de seis de los derechos básicos especialmente implicados en las respuestas al terrorismo, los efectos de las iniciativas antiterroristas pueden inevitablemente alcanzar otras áreas sustanciales del derecho internacional de los derechos humanos. La experiencia histórica y la naturaleza y el alcance de las amenazas terroristas modernas sugieren que los derechos a la libertad de asociación y reunión, el derecho a la libertad de conciencia y religión, el derecho de propiedad, el derecho a la privacidad y el derecho a participar en el gobierno pueden ser particularmente vulnerables a transgresiones. A efectos de crear conciencia en los Estados acerca de estos otros aspectos de las implicaciones del terrorismo para los derechos humanos, a continuación ofrecemos un examen abreviado de varios de estos derechos.

1. Derechos a la libertad de reunión, de asociación y de conciencia y de religión

358. Como se señaló en la Parte I(B) en relación con el terrorismo en el contexto del derecho internacional, el terrorismo moderno ha evolucionado sustancialmente a través de actividades de actores no estatales compuestos y coordinados a nivel nacional y cada vez más a nivel internacional, así como a través de una creciente red de vínculos entre estos grupos⁸²⁹ En consecuencia, las asociaciones formales e informales de personas que son foros sospechosos de coordinación y perpetración de actividades terroristas pueden tornarse blanco de investigación, vigilancia y otras formas de intervención por parte del Estado. Esta realidad, sumada al fundamento ideológico en que con frecuencia se sustenta la labor de tales grupos y asociaciones, presentan posibles implicaciones para el derecho a la libertad de reunión,⁸³⁰ el derecho a la libertad

⁸²⁹ Para un examen general de la naturaleza y el desarrollo del terrorismo moderno por parte de grupos subestatales, véase Russell, nota 16 *supra*; Reisman 1999, nota 37 *supra*, pág. 50.

⁸³⁰ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo XXI "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". Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 15 "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

(Continúa...)

de asociación⁸³¹ y, en el caso de los grupos u organizaciones basados en la fe religiosa, el derecho a la libertad de conciencia y de religión,⁸³² así como para otros derechos que puedan estar íntimamente vinculados a estas protecciones.⁸³³

359. En particular, los derechos a la libertad de reunión y asociación han sido ampliamente reconocidos como derechos civiles individuales sustanciales que brindan protección contra la interferencia arbitraria del Estado cuando las personas deciden asociarse con otras, y son fundamentales para la

(...Continuación)

para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

⁸³¹ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo XXII “Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden. Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 16(1)”. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

⁸³² Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo III “Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”. Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 12(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 públicas 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”.

⁸³³ Como se señaló en la sección en que se abordan las garantías a un juicio imparcial y al debido proceso de la ley, la capacidad de los Estados para procesar y sancionar a miembros de grupos por presuntas actividades terroristas está limitada por el principio general del derecho penal conforme al cual las personas sólo pueden ser procesadas sobre la base de la responsabilidad penal individual y no pueden ser sujetas a un castigo colectivo. En consecuencia, las personas no pueden ser castigadas únicamente en base al hecho de que integran un grupo presuntamente vinculado a actos terroristas si no median pruebas que establezcan su responsabilidad individual por el delito o los delitos en que está implicado determinado grupo. Véanse notas 563-565 *supra* y texto correspondiente (responsabilidad penal individual), donde se cita, entre otros, Convención Americana, artículo 5(3) “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”; Informe del Secretario General de la ONU (1993), nota 189 *supra*, párr. 51.

existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática.⁸³⁴ La protección de tales derechos puede comportar no sólo la obligación del Estado de no interferir con el ejercicio del derecho de reunión o asociación, sino requerir, en ciertas circunstancias, medidas positivas de parte del Estado para asegurar el ejercicio efectivo de la libertad, por ejemplo, protegiendo a los participantes de una manifestación contra la violencia física por parte de personas que puedan sostener opiniones opuestas.⁸³⁵

360. Estos derechos pueden, tal como ellos mismos lo establecen, ser restringidos, pero sólo de acuerdo con ciertas condiciones estrictas. En el caso de los derechos a la libertad de reunión y asociación, toda limitación debe estar establecida conforme a leyes promulgadas por órganos electos democráticamente y constitucionalmente legítimos y deben relacionarse con el bienestar general.⁸³⁶ Esos derechos no pueden ser restringidos únicamente a discreción de las autoridades gubernamentales.⁸³⁷ Además, toda restricción de ese tipo debe basarse en el interés de la seguridad nacional o el orden público o en la protección de la salud o la moral pública, o de los derechos o libertades de otros, y deben ser promulgados sólo por razones de interés general y de acuerdo con el propósito para el cual tales restricciones han sido establecidas.⁸³⁸ Las restricciones deben además considerarse necesarias en una "sociedad democrática", en la cual los derechos y libertades inherentes a la persona humana, las garantías a ellos aplicables y el régimen de derecho son componentes fundamentales.⁸³⁹ Análogamente, si bien los derechos a la libertad de reunión y de asociación no están señalados como no derogables, toda medida que adopten los Estados para suspender estos derechos debe cumplir estrictamente con las normas y principios que rigen la derogación, incluidos los principios de necesidad y proporcionalidad que se examinan en la Sección II(B).

⁸³⁴ Véase, por ejemplo, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Rassemblement Jurassien+ Unité c. Suiza*, Caso N° 8191, 10 de octubre de 1979, D.R. 17, pág. 93.

⁸³⁵ Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Austria*, 21 de junio de 1988, Serie A N° 139, pág. 12, párr. 32.

⁸³⁶ Corte IDH Opinión Consultiva OC-6/86, La Palabra "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6, párrs. 35, 37.

⁸³⁷ Opinión Consultiva OC-6/86, nota 836 *supra*, párrs. 22, 27

⁸³⁸ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo XVIII; Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 30. Véase también Corte IDH Caso Baena Ricardo y otros (270 Trabajadores c. Panamá), 2 de febrero de 2001, Serie C. N° 61, pág. 137, párrs. 169-173.

⁸³⁹ Opinión Consultiva OC-8/87, nota 147 *supra*, párr. 26.

361. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha especificado análogamente que el derecho a la libertad de conciencia y religión es uno de los fundamentos de una sociedad democrática y que “en su dimensión religiosa, constituye un elemento de vasto alcance en la protección de las convicciones de quienes profesan una religión y en su estilo de vida”.⁸⁴⁰ Este derecho está también íntimamente relacionado con el derecho a no ser sometido a discriminación de índole alguna, que incluye la discriminación basada en la filiación religiosa.⁸⁴¹ En forma similar a los derechos a la libertad de reunión y asociación, toda restricción permisible que se imponga al derecho a la libertad de conciencia y religión debe estar prescrita por ley como necesaria para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o el derecho a la libertad de los demás.

362. También notable a este respecto es el hecho de que el derecho a la libertad de conciencia y religión está incluido entre los derechos no derogables enumerados en el artículo 27(2) de la Convención Americana y por tanto no pueden ser suspendidos en circunstancia alguna, ni siquiera en tiempos de guerra u otras emergencias. En efecto, el derecho internacional humanitario aplicable en situaciones de conflicto armado reconoce análogamente el carácter fundamental del derecho a la libertad de conciencia y religión para las personas protegidas por ese derecho, habiendo incluido protecciones en disposiciones fundamentales tales como el artículo 75(1) del Protocolo Adicional I y el artículo 4(1) del Protocolo Adicional II. Estas dos disposiciones establecen que las personas comprendidas en sus términos, en el contexto de conflictos armados internacionales o no internacionales, tienen derecho al respeto “a su persona, a su honor, a sus convicciones y prácticas religiosas”.⁸⁴²

363. En el contexto de estas normas y principios, la Comisión considera importante resaltar que las medidas para prevenir y sancionar el terrorismo deben ser detenidamente formuladas para reconocer y garantizar el debido respeto por estos derechos. Ello en general prohibiría que los Estados, por ejemplo, impidieran la participación en ciertos grupos, de no mediar pruebas que claramente planteen una amenaza para la seguridad pública suficiente como para justificar una medida extrema de esta naturaleza. Paralelamente, estas protecciones exigen que el Estado asegure que las leyes o métodos de

⁸⁴⁰ Caso Olmedo Bustos y otros, nota 649 *supra*, párr. 79.

⁸⁴¹ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo II; Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículos 1(1), 24, 27(1).

⁸⁴² Véase, análogamente, Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 34-37 (que rigen las actividades religiosas de los prisioneros de guerra internados); Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículos 27, 38, 93 (que rigen el respeto por las convicciones y prácticas religiosas de las personas protegidas, incluidos los internados, en los territorios de las partes en un conflicto y en los territorios ocupados).

investigación y procesamiento no estén diseñadas o no se implementen deliberadamente de manera que establezcan una distinción que vaya en detrimento de los miembros de un grupo sobre la base de una de las razones prohibidas de discriminación, como las creencias religiosas, y garanticen que los métodos de esta naturaleza sean estrictamente supervisados y controlados para asegurar que no se violen los derechos humanos.⁸⁴³

364. Los Estados deben también protegerse contra la posibilidad de que la interferencia del Estado y sus instituciones con el ejercicio por las personas de los derechos a la libertad de reunión, asociación y conciencia, y la falta de protección contra dicha interferencia por parte de actores no estatales, pueda dar lugar a un efecto disuasivo conforme al cual las personas se sientan desalentadas de expresarse o de ejercer por otros medios sus derechos en estos terrenos.⁸⁴⁴

2. Derecho a la propiedad y a la privacidad

365. Como se observa en la Sección I(B) del presente informe, entre las medidas que emprenden los Estados para responder a la creciente globalización de las amenazas terroristas, pueden señalarse las medidas perfeccionadas por los Estados para detectar y congelar los fondos y demás recursos financieros o económicos de las personas sospechosas de terrorismo o implicadas en terrorismo o de las entidades de propiedad o bajo control directo o indirecto de dichas personas, así como el intercambio de dicha información entre las autoridades de un Estado y entre los Estados. A su vez, las medidas de esta naturaleza podrían tener implicaciones para el derecho de propiedad y el derecho a la privacidad prescritos por la Declaración Americana,⁸⁴⁵ la Convención Americana⁸⁴⁶ y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.⁸⁴⁷

⁸⁴³ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre Argentina (1980), nota 27 *supra*, págs. 277-281 (donde se critican las medidas legislativas, judiciales y policiales y de otra índole adoptadas por el Gobierno de la Argentina contra las actividades de los miembros de la secta religiosa Testigos de Jehová).

⁸⁴⁴ Para un fenómeno similar derivado de la ausencia de investigaciones en el contexto del derecho a la libertad de expresión, Caso Héctor Félix Miranda, nota 704 *supra*.

⁸⁴⁵ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo XXIII "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar"; artículo V "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 "Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio."; artículo X "Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia."

⁸⁴⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 21. "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés (Continúa...)

366. Aunque se ha reconocido ampliamente que la detección y obstrucción de los recursos financieros y de otra índole de los grupos terroristas es una estrategia importante para impedir sus operaciones,⁸⁴⁸ el hecho de que el uso y el goce de la propiedad esté protegido en numerosos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos debe informar la formulación de estrategias de esta naturaleza. La propiedad ha sido definida por la Corte Interamericana, a los efectos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que abarca

los objetos materiales que se pueden poseer, así como todo derecho que pueda ser parte del patrimonio de una persona; ese concepto incluye todos los bienes muebles e inmuebles, los elementos corpóreos e incorpóreos y todo otro objeto intangible que pueda tener valor.⁸⁴⁹

(...Continuación)

social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”; artículo 11. “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.”

⁸⁴⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos, nota 65 *supra*, artículo 17.1 “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”; 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, nota 66 *supra*, 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.”; Protocolo N° 1 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, artículo 1 “Toda persona física o legal tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”. (Traducción por la Comisión).

⁸⁴⁸ Véase, por ejemplo, Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU, nota 40 *supra*, preámbulo (donde se reconoce la “necesidad de que los Estados complementen la cooperación internacional adoptando otras medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación y preparación de esos actos de terrorismo.”).

⁸⁴⁹ Caso *Awas Tingni*, nota 800 *supra*, pág. 675, párr. 144, donde se cita el Caso *Ivcher Bronstein*, nota 702 *supra*, párr. 122. Véase análogamente, Caso *Handyside*, nota 649 *supra*, págs. 29-30; Caso *Marckx*, nota 129 *supra*, págs. 27-28.

367. Al igual que con otros derechos fundamentales, la protección efectiva del derecho a la propiedad requiere garantizar que el derecho al uso y goce de la propiedad se haga efectivo mediante instrumentos legislativos y de otro tipo, y que exista un recurso sencillo y rápido ante un tribunal o corte competente para la protección contra actos que violen este derecho.⁸⁵⁰ Si bien el uso y el goce de la propiedad pueden estar subordinados al interés de la sociedad, toda medida de esta naturaleza sólo puede ser adoptada por ley y la pertinencia de tales medidas, como ocurre con todos los derechos protegidos en el continente, debe estar determinada por las justas exigencias del bienestar general y el fomento de la democracia.⁸⁵¹ Análogamente, si bien las personas pueden ser privadas de su propiedad por el Estado, ello solo puede hacerse por razones de utilidad pública o interés social y de acuerdo con los casos y formas establecidos por ley, y con una justa compensación por dicha privación.⁸⁵²

368. A este respecto, la incautación de bienes por razones de utilidad pública o interés social en la que surge el deber de compensar, debe distinguirse de los controles del uso y el goce de los bienes, incluyendo los que derivan de procesos penales tales como el secuestro o la confiscación. En este último caso, si bien cada situación debe evaluarse de acuerdo a las circunstancias, a la luz de los principios de la proporcionalidad y necesidad, las restricciones al uso y al goce de los bienes bien pueden ser necesarias en aras del interés general, para investigar y disuadir efectivamente las actividades delictivas y garantizar que la propiedad no otorga ventajas a los acusados penales, en detrimento de la comunidad en su conjunto. Por su naturaleza, estos tipos de controles no comportan el deber de compensar.⁸⁵³

369. En el contexto de las emergencias de un conflicto armado, el derecho internacional humanitario prescribe disposiciones detalladas que rigen el tratamiento de la propiedad en los conflictos armados internacionales, cuyos términos son paralelos en ciertos aspectos a las protecciones de los derechos humanos en esta esfera. El artículo 18 del Tercer Convenio de Ginebra, por ejemplo, rige el tratamiento de las posesiones personales de los prisioneros de guerra cuando se inicia su cautiverio. Los artículos 58 a 68 del Convenio contienen disposiciones detalladas sobre los recursos financieros de los prisioneros de guerra, y el artículo 119 regula el tratamiento de las posesiones

⁸⁵⁰ Caso *Awas Tingni*, nota 800 *supra*, pág. 675, párrs. 111-115.

⁸⁵¹ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo XXVIII. Véase también Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 44.

⁸⁵² Caso *Awas Tingni*, nota 800 *supra*, pág. 675, párr. 143.

⁸⁵³ Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Raimondo c. Italia*, 22 de febrero de 1994, Serie A N° 281-A, pág. 17, párr. 30.

de los prisioneros de guerra en el contexto de su liberación y repatriación. Los artículos 97, 98 y 128 del Cuarto Convenio de Ginebra análogamente rigen los derechos de los internados civiles a mantener los artículos de uso personal, a recibir subsidios periódicos y a llevar consigo sus efectos personales, la correspondencia y los envíos en caso de su transferencia. Estas disposiciones están complementadas por la norma general del derecho internacional humanitario que prohíbe el ataque, la destrucción, el retiro o la inutilización de objetos indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los alimentos, las zonas de cultivo para la producción de alimentos, las cosechas, el ganado, las instalaciones y el abastecimiento de agua potable y las obras de regadío.⁸⁵⁴ Ciertos instrumentos y disposiciones del derecho internacional humanitario también prohíben específicamente los ataques contra objetos culturales y sitios de culto.⁸⁵⁵

370. El cumplimiento de estas normas básicas en el contexto de las iniciativas antiterroristas tiene particular significado en los casos en que puede ser difícil establecer conexiones entre los activos personales y las actividades terroristas. Si bien los Estados pueden tener cierta latitud en la formulación y ejecución de sus estrategias en este sentido, toda acción que se inicie debe estar prescrita por ley, debe tener una base objetiva y razonable sustentada en hechos y pruebas, y debe ser ejecutada bajo supervisión judicial. Son particularmente importantes los controles adecuados en las circunstancias en que, como consecuencia de investigaciones de esta naturaleza, puedan derivarse cargos penales, acciones de extradición u otras consecuencias graves para la persona afectada.⁸⁵⁶

371. También puede haber ocasiones en que la interferencia del Estado en los intereses de propiedad de una persona puedan afectar su derecho a la privacidad.⁸⁵⁷ Ello puede plantearse, por ejemplo, en los casos en

⁸⁵⁴ Véase, por ejemplo, Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 54; Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 14.

⁸⁵⁵ Véase, por ejemplo, Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 14 de mayo de 1954 249 U.N.T.S. 240; Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 53.

⁸⁵⁶ Para ejemplos de las medidas que puedan surgir de investigaciones antiterroristas, véase Convención Interamericana contra Terrorismo, nota 8 *supra*.

⁸⁵⁷ Véase, Sección III(E) *supra* (libertad de expresión y privacidad de la información personal). Véase también la Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo V "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 "Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio"; artículo X "Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia", Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 11 "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

(Continúa...)

que la detección y el congelamiento de activos financieros implique la vigilancia y la recolección de datos por parte del Estado respecto de una persona en el curso de una investigación o procedimiento penal o de otro tipo, así como un posible intercambio de información personal entre organismos encargados de aplicar la ley, gobiernos u otras autoridades en posesión de dicha información. Los avances en la tecnología moderna han hecho de ciertas formas de las comunicaciones, tales como los teléfonos celulares y el correo electrónico, elementos particularmente susceptibles a un control inapropiado por parte de las autoridades estatales. Se ha reconocido a este respecto que las personas pueden tener intereses vitales de privacidad en la información personal que reúna el Estado en relación con su condición o actividades.⁸⁵⁸ Por lo tanto, los Estados están obligados a conducir sus iniciativas a este respecto en cumplimiento de las normas y principios imperantes que rigen el derecho a la privacidad. Ello incluye la necesidad de garantizar que la recolección y el uso de información personal, incluidas todas las limitaciones al derecho de la persona afectada a acceder a esa información, estén claramente autorizadas por la ley a fin de proteger a la persona contra interferencias arbitrarias o abusivas en sus intereses privados y que, en consecuencia, se disponga de supervisión judicial para brindar protección contra los abusos de estos requerimientos legales.⁸⁵⁹

3. Derecho a la participación en el gobierno

372. Por último, a la luz del papel central que los principios y las instituciones democráticas desempeñan en el sistema interamericano, es preciso mencionar el derecho a participar en el gobierno prescrito por el artículo XX de la Declaración Americana⁸⁶⁰ y el artículo 23 de la Convención

(...Continuación)

protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

⁸⁵⁸ Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Gaskin c. Reino Unido, 7 de julio de 1989, Ser. A N° 162, pág. 20, párr. 49.

⁸⁵⁹ Véase Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo V; Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 11. Véase también Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Klass y otros c. Alemania, 6 de septiembre de 1978, Ser. A N° 28, párrs. 50-60; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Malone c. Reino Unido, 2 de agosto de 1984, Ser. A N° 82, pág. 31-33, párrs. 66-68. Debe recordarse, empero, que en un estado de emergencia legítimo, los derechos de propiedad y privacidad pueden ser objeto de derogaciones, conforme se analizó en la Sección II(A).

⁸⁶⁰ Declaración Americana, nota 63 *supra* artículo XX “Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”.

Americana.⁸⁶¹ Como esta Comisión lo ha reconocido desde hace tiempo, y como lo ha demostrado la experiencia histórica de este continente, los Gobiernos derivados de la voluntad del pueblo, expresada en elecciones libres, son los que ofrecen la garantía más sólida de que se observarán y respetarán los derechos humanos básicos.⁸⁶² Los Estados miembros de la OEA han considerado tan importante el derecho al gobierno representativo para cimentar la protección de los derechos humanos que el mismo está enumerado entre los derechos que no pueden ser suspendidos, ni siquiera en estados de emergencia.⁸⁶³

373. Por lo tanto, en toda circunstancia, inclusive en tiempos de conflicto armado, los Estados deben garantizar a todos los ciudadanos los derechos y oportunidades políticas prescritos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, sólo sujetos a las regulaciones que puedan basarse en la edad, nacionalidad, residencia, idioma, educación, estado civil y mental o sentencia por un tribunal competente en procedimientos penales. En efecto, es sólo mediante la protección de estos derechos que se puede garantizar la efectiva protección de los derechos humanos mediante el régimen de derecho. Como lo ha observado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”⁸⁶⁴ De particular pertinencia para garantizar la plena y libre participación en elecciones y otras actividades democráticas, los Estados deben también abstenerse de dictar leyes que penalicen en forma amplia la defensa pública (apología) del terrorismo o de personas que puedan haber cometido actos

⁸⁶¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 23. “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

⁸⁶² Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre El Salvador (1978), nota 27 *supra*, Capítulo IX; Informe de la CIDH sobre Paraguay (1987), nota 139 *supra*, Capítulo VII.

⁸⁶³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 27(2).

⁸⁶⁴ Opinión Consultiva OC-8/87, nota 147 *supra*, párr. 35. Véase, análogamente, Opinión Consultiva OC-6/86, nota 836 *supra*, párr. 24; Opinión Consultiva OC-9/87, nota 342 *supra*, párr. 37; Opinión Consultiva OC-8/87, nota 147 *supra*, párrs. 20, 40.

terroristas, en las que no se exija una prueba adicional de incitación a la violencia ilegal o cualquier otra acción ilegal similar.⁸⁶⁵

374. Los derechos y libertades analizados hasta aquí son solamente algunas de las protecciones de los derechos humanos que pueden tener implicaciones importantes en los medios y métodos que empleen los Estados contra el terrorismo. La Comisión desea subrayar a este respecto el significado primordial de los principios de necesidad, proporcionalidad, humanidad y no discriminación en todas las circunstancias en que los Estados pretendan imponer limitaciones a los derechos y libertades fundamentales de las personas bajo su autoridad y control.

H. Trabajadores migratorios, personas que buscan asilo, refugiados y otros no nacionales

375. Entre las personas vulnerables a violaciones de los derechos humanos en la formulación y ejecución de medidas antiterroristas están las personas que se encuentran en el territorio de un Estado del que no son ciudadanos, incluidos los trabajadores migratorios, los refugiados y las personas que buscan asilo contra la persecución. La experiencia indica que las iniciativas internas e internacionales de los Estados en la lucha contra el terrorismo con frecuencia tienen efectos directos y negativos en los derechos e intereses de los no nacionales. Por ejemplo, como parte de sus estrategias antiterroristas, los Estados a menudo usan sus leyes de inmigración para arrestar, detener y deportar a no nacionales, adoptar medidas nuevas y más restrictivas de control de la inmigración que limitan aún más las condiciones en que los no nacionales pueden ingresar o permanecer en el territorio de los Estados, y reunir e intercambiar información privada sobre esas personas. Algunas de estas medidas se derivan de los compromisos de los Estados en virtud de instrumentos antiterroristas multinacionales, que frecuentemente abordan cuestiones tales como la cooperación sobre control fronterizo, la asistencia jurídica mutua y las condiciones para negar el estatuto de refugiado⁸⁶⁶ pero que, como se indica más adelante, no pueden interpretarse o aplicarse de una manera incongruente con las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

376. Teniendo en cuenta estas circunstancias, la Comisión consideró instructivo incluir una sección separada de este informe para abordar varios derechos humanos fundamentales en lo que tienen que ver con no nacionales

⁸⁶⁵ Véase, *supra*, Sección II(E), párrafo 325.

⁸⁶⁶ Véase, por ejemplo, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*.

en el contexto de las estrategias antiterroristas,⁸⁶⁷ en particular el derecho a la libertad y la seguridad, el derecho a un trato humano, el derecho al debido proceso y a un juicio justo, y la obligación de respetar y garantizar la no discriminación y el derecho a la protección judicial. Este análisis debe considerarse un complemento de las protecciones aplicables en términos generales, que se analizan en los capítulos anteriores del informe.

377. En primer lugar, la Comisión desea recalcar que el hecho de que los Estados miembros de la OEA hayan asumido, en virtud del artículo 15 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, la obligación de asegurar que las medidas que emprendan los Estados partes de esa Convención deberán adoptarse con el pleno respeto del estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales, y de que no se interpretará disposición alguna de ese instrumento en el sentido de afectar otros derechos y obligaciones de los Estados y los particulares en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional en materia de refugiados.⁸⁶⁸ Esta disposición es congruente con la observación anterior de la Comisión de que, al interpretar y aplicar las disposiciones de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, es pertinente y necesario tener en cuenta las demás obligaciones que los tratados internacionales de derechos humanos imponen a los Estados miembros. Éstos incluyen instrumentos de particular pertinencia para los no nacionales, incluida la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,⁸⁶⁹ la Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados⁸⁷⁰ y su Protocolo Adicional⁸⁷¹ y la Convención Internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial.⁸⁷² Muchas de las normas y principios de estos tratados reflejan también – y forman parte– del corpus del derecho internacional de los derechos humanos en términos más amplios, que se toman en consideración para evaluar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en el sistema interamericano.

1. Derecho a la libertad y la seguridad personales

⁸⁶⁷ Por estas razones, como se indica en la Sección I(C) *supra*, este Capítulo ha sido incluido como una variación del análisis guiado por los derechos humanos que se ha aplicado en lo demás en el presente informe. Véase, Sección I(C) *supra*, párr. 28.

⁸⁶⁸ Véase también Sección II(B) *supra*, párrs. 45, 56.

⁸⁶⁹ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, nota 124 *supra*.

⁸⁷⁰ Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, nota 120 *supra*.

⁸⁷¹ Protocolo de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, nota 121 *supra*.

⁸⁷² Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, nota 123 *supra*.

378. Como se indica en la Sección III(B) *supra*, esta Comisión, al igual que otros órganos internacionales de derechos humanos, ha reconocido que la privación de la libertad de una persona también puede justificarse en relación con la administración de la autoridad del Estado más allá de la investigación y la sanción de delitos, cuando se hacen estrictamente necesarias medidas de esta naturaleza. Se ha sostenido que tales circunstancias incluyen la detención en el contexto del control del ingreso y la residencia de extranjeros en sus territorios y el confinamiento por razones relacionadas con la salud física o mental.⁸⁷³ Si bien las privaciones de la libertad pueden ser permisibles en situaciones de esta naturaleza, la Comisión ha recalcado que toda detención de este tipo debe en toda circunstancia cumplir con los requisitos de la legislación nacional e internacional preexistente. Como se indicó, ésta incluye el requisito de que la detención se base en fundamentos y procedimientos claramente establecidos en la constitución o en otra ley y que debe ser demostrablemente necesaria, justa y no arbitraria. La detención prolongada en carácter de incomunicado está prohibida; por el contrario, la detención debe estar sujeta a la supervisión judicial sin demora y a intervalos razonables en aquellos casos en que el Estado ha justificado la continuidad de la detención.⁸⁷⁴

379. Además, la Comisión ha declarado que la legislación sobre inmigración debe reconocer el derecho a la libertad de los no nacionales sujeto, empero, a las condiciones que se analizan más adelante concernientes a las situaciones de conflicto armado internacional. Los fundamentos y procedimientos por los cuales se priva de la libertad a no nacionales deben definir detalladamente las razones para tal acción y el Estado debe asumir siempre la carga de justificar la detención. Más aún, las autoridades deben tener un margen muy estrecho y limitado de discrecionalidad y deben existir garantías para la revisión de la detención, como mínimo a intervalos razonables.⁸⁷⁵

380. En el caso de las personas que buscan asilo en particular, la Comisión observa que la detención u otras restricciones al movimiento de dichas personas sólo se permiten como excepciones en el contexto de la legislación de refugiados y de derechos humanos aplicable y sólo de acuerdo con la ley y con sujeción a las protecciones del debido proceso.⁸⁷⁶ Las medidas encaminadas a

⁸⁷³ Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114 *supra*, párr. 210.

⁸⁷⁴ Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114 *supra*, párr. 212. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Comunicación N° 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 de abril de 1997, párr. 9.4

⁸⁷⁵ Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114 *supra*, párr. 212-213, 219-221, 226, 228, 230.

⁸⁷⁶ Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, nota 120 *supra*, artículo 26
 "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
 (Continúa...)

la detención automática de las personas que buscan asilo no están por lo tanto permitidas por las protecciones internacionales de los refugiados. También pueden considerarse arbitrarias y, de acuerdo con las características de las personas afectadas por algunas de estas restricciones, como posiblemente discriminatorias de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos.

381. En los casos en que el arresto o la custodia en espera de juicio, o cualquier otra forma de detención de ciudadanos extranjeros aparte de las situaciones de conflicto armado, la jurisprudencia internacional, incluido el sistema interamericano de derechos humanos, ha reconocido la importancia del cumplimiento de las obligaciones internacionales que apuntan a la protección de los intereses particulares de los ciudadanos extranjeros en tales situaciones. Ello incluye el requisito del Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que dispone:

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

(a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

(b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

(c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

(...Continuación)

que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general". Véase también el Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114 *supra*, párr. 212.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.⁸⁷⁷

382. Estas disposiciones han sido descritas en el sentido de que establecen un régimen interrelacionado destinado a facilitar la implementación del sistema de protección consular de los nacionales extranjeros en los Estados partes del Tratado.⁸⁷⁸ El Estado Parte de este tratado está obligado a informar a los ciudadanos extranjeros que son detenidos de alguna manera por ese Estado de su derecho a que se notifique al representante consular de su Estado, de las circunstancias de la detención y de su derecho a comunicarse con su consulado. Asimismo, estos requisitos no contienen disposiciones para su derogación. El derecho a la notificación consular ha sido reconocido también como sustancial para el debido proceso y para otros derechos de los detenidos al otorgar, por ejemplo, posible asistencia con diversas medidas de defensa tales como la representación de abogado, la reunión de pruebas en el país de origen, la comprobación de las condiciones en que se brinda la asistencia legal y la observación de las condiciones en que se mantiene al inculpado bajo detención.⁸⁷⁹ En consecuencia, la Comisión considera que el cumplimiento de los requisitos de notificación consular en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un aspecto fundamental de la garantía a los no nacionales del derecho a la libertad y seguridad personales y, como se indica más adelante, del derecho al debido proceso y a un juicio justo.

383. En la situación particular de los conflictos armados internacionales, sin embargo, debe reconocerse que el régimen del derecho internacional humanitario que rige dichos conflictos incluye disposiciones

⁸⁷⁷ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, nota 124 *supra*, artículo 36.

⁸⁷⁸ Caso LaGrand, nota 348 *supra*, párr. 74.

⁸⁷⁹ Véase la Opinión Consultiva OC-16/99, nota 129 *supra*, párrs. 56, 57. Otras autoridades internacionales han reconocido análogamente la importancia de facilitar asistencia consular para la protección de ciudadanos extranjeros bajo cualquier forma de arresto, detención o reclusión. Véase el Conjunto de Principios de la ONU, nota 335 *supra*, Principio 16(2) (donde se establece que "... si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo."); El Reglamento de Detención del TPIY, declaración sobre los derechos humanos de los individuos no nacionales del país en que viven, nota 349 *supra*, artículo 10.

detalladas que rigen la detención de combatientes, como se indica en las Secciones II(C) y III(B) *supra*. Estas incluyen, por ejemplo, mecanismos por los cuales debe reunirse información detallada sobre los prisioneros de guerra, y suministrarse la misma a las partes interesadas en el conflicto y a los familiares cercanos.⁸⁸⁰ Por lo tanto, a juicio de la Comisión, este régimen especializado debe ser referido como *lex specialis* al interpretar y aplicar el derecho a la libertad y seguridad personales de los combatientes detenidos en situaciones de conflicto armado internacional.

2. Derecho a un trato humano

384. Los efectos de las iniciativas antiterroristas para el respeto del derecho a un trato humano también tienen implicaciones particulares para la situación de los no nacionales. Ello es especialmente pertinente para la garantía de los derechos de las personas que buscan asilo, cuyo status propio en los instrumentos internacionales deriva de la necesidad de protección contra la persecución. Los instrumentos de derechos humanos establecen ciertas garantías a este respecto para las personas que buscan asilo:

Declaración Americana

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.

Convención Americana

Artículo 22(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.

385. Estas garantías reflejan en particular las prescritas en la Convención relativa al Estatuto de Refugiado,⁸⁸¹ que ha sido ratificada por la

⁸⁸⁰ Véase, por ejemplo, Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 122 y 123.

⁸⁸¹ Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, nota 120 *supra*.

mayoría de los Estados miembros de la OEA,⁸⁸² y que ha sido complementada por el Protocolo de 1967 relativo al Estatuto de Refugiado,⁸⁸³ Estos tratados han sido considerados por la Comisión al interpretar y aplicar las disposiciones correspondientes de los instrumentos interamericanos de derechos humanos.⁸⁸⁴

La Convención de los refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967 definen quién es y quién no es refugiado o ha dejado de serlo, el status legal del refugiado y sus derechos y obligaciones en el país de refugio, así como las materias relativas a la implementación de los instrumentos respectivos.⁸⁸⁵ De acuerdo con el régimen de la Convención de 1951 modificada por el Protocolo de 1967, un refugiado es una persona que:

- debido a temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas,
- se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere 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 puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él.⁸⁸⁶

386. Como cuestión general, el artículo 3 especifica que las disposiciones de este régimen deben aplicarse sin discriminación por raza, religión o país de origen. Además, en principio, debe existir acceso a la protección judicial a través del “libre acceso a los tribunales de justicia en el territorio de todos los Estados contratantes” establecido en el artículo 16(1) de la Convención de 1951.⁸⁸⁷

387. La Convención sobre los refugiados define tres grupos básicos que, aunque satisfagan los criterios anteriores, están excluidos del estatuto de

⁸⁸² Para los Estados han ratificado la Convención sobre los Refugiados de 1951 y el Protocolo de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, véase Anexo II.

⁸⁸³ Protocolo de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, nota 121 *supra*.

⁸⁸⁴ Caso de la Interdicción haitiana nota 546 *supra*.

⁸⁸⁵ Véase CIDH Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párrs. 21 y siguientes, que se refiere a la Oficina del ACNUR, Manual sobre Procedimientos y Criterios para determinar el Estatuto de Refugiado (reeditado, Ginebra, 1992), págs. 4-5.

⁸⁸⁶ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párr. 22.

⁸⁸⁷ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párr. 24.

refugiado: las personas ya objeto de protección o asistencia de la ONU; las personas no consideradas necesitadas de protección nacional debido a que se les ha acordado un trato equivalente al de nacionales por el país de residencia, y las personas con respecto a las cuales “existen razones serias para considerar” que han cometido “un delito contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad”, un “delito no político grave fuera del país de refugio antes de la admisión” o “actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.⁸⁸⁸

388. Con respecto a las personas que han recibido el *status* de refugiado, las protecciones correspondientes deben mantenerse por lo menos o hasta tanto se encuentren en la situación de una de las “cláusulas de cesación”. La obligación primordial de los Estados Partes con respecto a quienes regulen los requisitos para obtener el estatuto de refugiado, es la del *non-refoulement* establecido en el artículo 33(1) de la Convención de 1951:

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.⁸⁸⁹

389. El artículo 33(2) del Convenio de 1951 especifica que, 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”.

390. La Comisión reconoce que las personas respecto a las cuales existen serias razones para considerar que han cometido un delito contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad, un delito grave no político fuera del país de refugio antes de la admisión, o actos contrarios a los propósitos y principios de la ONU⁸⁹⁰ pueden ser excluidas del *status* de refugiado y que los delitos relacionados con el terrorismo podrían superponerse a los delitos antes mencionados.⁸⁹¹ Además, una persona puede no

⁸⁸⁸ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párr. 23.

⁸⁸⁹ CIDH, Informe sobre Canadá (2000) nota 338 *supra*, párr. 24. Véase también el Caso de la Interdicción de los haitianos, nota 546 *supra*, párrs. 154-155.

⁸⁹⁰ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párr. 23.

⁸⁹¹ Como se indica *supra*, ciertos instrumentos internacionales de antiterrorismo explícitamente estipulan que los delitos de terrorismo definidos en dichos instrumentos no deben
(Continúa...)

beneficiarse de la prohibición de *non-refoulement* de la Convención sobre Refugiados de 1951 si existen fundamentos razonables para considerar que dicha persona es un peligro para la seguridad del país en que se encuentra o que, habiendo sido condenada en sentencia definitiva por un delito particularmente grave, constituye un peligro para la comunidad de ese país.⁸⁹² Ello podría eventualmente incluir a los sospechosos de terrorismo o a las personas sospechosas de haber cometido delitos relacionados con el terrorismo.

391. Dada la gravedad de las posibles consecuencias de la exclusión del estatuto de refugiado, toda determinación que señale que una persona queda comprendida en una de esas categorías, debe ser efectuada mediante procedimientos imparciales y adecuados, como se indica en más detalle en la Sección III(D) y en la Sección III(H)(3) adelante en relación con el derecho al debido proceso y a un juicio justo.

392. Además, inclusive en los casos en que la persona no reúna los requisitos para el *status* de refugiado o pueda ser considerada un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, la persona no puede ser devuelta a otro estado si en éste existe peligro para su vida o de que se viole su derecho a la libertad debido a su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas, o si existen fundamentos sustanciales para creer que corre peligro de ser sujeto a tortura.⁸⁹³

393. Aparte, y sin menoscabo del alcance y aplicación del artículo 33 de la Convención de 1951 sobre los Refugiados, el artículo 3 de la Convención de la ONU sobre la Tortura⁸⁹⁴ establece:

1. 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.

(...Continuación)

considerarse delitos políticos o delitos comunes afines para los efectos de la extradición. Véase párr. 115 *supra*.

⁸⁹² Convención de la ONU sobre la Condición de los Refugiados, nota 120 *supra*, artículo 33(2)

⁸⁹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, artículo 22(8); Convención de la ONU sobre la Tortura, nota 376 *supra*, artículo 3.

⁸⁹⁴ Convención de la ONU sobre la Tortura, nota 376 *supra*. Véase también el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre la Tortura, nota 105 *supra*, que dispone: "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 requirente".

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

394. La obligación de no devolución establecida en esta disposición y en el artículo 22(8) de la Convención Americana⁸⁹⁵ es absoluta y no depende de la condición del reclamante como refugiado. Esto también requiere necesariamente que las personas que pueden enfrentar un riesgo de tortura no sean rechazadas en la frontera o expulsadas sin un adecuado examen individualizado de sus circunstancias aunque no reúna los requisitos de refugiado.⁸⁹⁶ La Comisión ha establecido específicamente a este respecto que:

la naturaleza de los derechos potencialmente afectados --por ejemplo, el derecho a la vida y a no ser sometido a tortura-- hace necesaria la más estricta observancia de todas las salvaguardas aplicables. Entre estas salvaguardas está el derecho a que sea una autoridad competente, independiente e imparcial quien decida sobre la admisibilidad de la persona para entrar al proceso, a través de un procedimiento que sea justo y transparente. 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. El propósito de los procedimientos aplicables es el de garantizar que ésta sea reconocida en todos los casos en que se justifique.⁸⁹⁷

395. Es preciso insistir nuevamente en las graves consecuencias de no otorgar asilo a quienes apropiadamente solicitan refugio. En el caso más extremo, el Estado que expulsa, devuelve o extradita a una persona a otro Estado donde existen fundamentos sustanciales para creer que esta persona correrá peligro de ser sometida a torturas, será considerado responsable de la violación del derecho de esa persona a la seguridad o a un trato humano.⁸⁹⁸ Como afirmó la Comisión,

⁸⁹⁵ Convención Americana, *supra* nota 61, artículo 22(8) que estipula que "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".

⁸⁹⁶ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párr. 25.

⁸⁹⁷ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párr. 70.

⁸⁹⁸ En el Caso de la Interdicción de los haitianos, la Comisión llegó a la conclusión de que el Gobierno de los Estados Unidos, al interceptar a los haitianos en altamar, colocándolos en buques bajo su jurisdicción, devolviéndolos a Haití y dejándolos expuestos a actos de brutalidad por parte de los militares haitianos y de quienes los apoyaban, incurría en violación del derecho a la seguridad de

(Continúa...)

...el regreso a su país de origen, en el caso de las personas que han sido objeto de ciertas formas de persecución, como la tortura, las somete a un riesgo que el derecho internacional no admite. Como se indicó, la prohibición de la tortura como norma de *jus cogens* –como lo codifica la Declaración Americana en general y el artículo 3 de la Convención de la ONU contra la tortura, en el contexto de la expulsión– se aplica más allá de los términos de la Convención de 1951. El hecho de que una persona sea sospechosa de tener alguna relación con el terrorismo no modifica la obligación del Estado de abstenerse de la repatriación cuando existen fundamentos sustanciales de un riesgo real de trato inhumano.⁸⁹⁹

396. Aparte de determinar y proteger debidamente el status de las personas que buscan asilo y de los refugiados, el derecho a un trato humano tiene implicaciones para las condiciones de los no nacionales sujetos a alguna forma de detención por el Estado. A este respecto, la Comisión ha considerado que la garantía de condiciones de detención adecuadas es fundamental para la protección del derecho a un trato humano de no nacionales, incluidos los que no cumplan con la ley de inmigración. El Relator Especial de la Comisión sobre los trabajadores migratorios y sus familiares ha declarado que “los inmigrantes indocumentados no hacen más que transgredir normas administrativas. No son criminales ni son sospechosos de delito alguno. Por lo tanto, deben ser mantenidos en centros de detención y no en cárceles comunes”.⁹⁰⁰

397. En el caso de la detención administrativa, el Relator Especial ha indicado que existen varias normas específicas que fijan los estándares básicos para el tratamiento de personas privadas de su libertad,⁹⁰¹ inclusive, como se

(...Continuación)

algunos de los refugiados haitianos. Caso de la Interdicción de los haitianos, nota 546 *supra*, párr. 171.

⁸⁹⁹ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párr.154. Al llegar a estas conclusiones, la Comisión Interamericana comparte la opinión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Chahal c. Reino Unido*. En ese caso, la Corte Europea especificó que la prohibición del trato inhumano es un valor fundamental que defienden las principales convenciones sobre derechos humanos. Aunque los Estados necesariamente enfrentan “inmensas dificultades” para proteger al público del terrorismo, inclusive en esas circunstancias la prohibición sigue siendo absoluta, “sin considerar la conducta de la víctima.” Esa prohibición se aplica igualmente en casos de expulsión. Corte EDH, *Chahal c. Reino Unido*, 15 de noviembre de 1996, 1996–V No 22 (1996), pág. 1831.

⁹⁰⁰ CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Informe Anual 2000, párr. 110. [en adelante Informe de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2000)].

⁹⁰¹ Informe de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, (2000), nota 900 *supra*; párr 117.

indica en la Sección III(C) *supra*,⁹⁰² las Reglas Mínimas de la ONU para el tratamiento de reclusos⁹⁰³ y los Principios Básicos de la ONU para el tratamiento de reclusos,⁹⁰⁴ posteriormente reforzadas con la aprobación por la Asamblea General en 1988 del Cuerpo de Principios para la protección de todas las personas bajo alguna forma de detención o reclusión.⁹⁰⁵ Ciertas normas básicas de las condiciones de detención son particularmente pertinentes a los no nacionales. Los migrantes y sus familias deben mantenerse juntos en instalaciones relativamente abiertas y no en celdas. Deben tener acceso a bibliotecas, recreación y atención de la salud. Deben tener el derecho a salir al exterior al menos una hora por día. Los centros de detención de inmigración deben también contar con manuales legales en varios idiomas con información sobre la situación legal que enfrentan los detenidos y una lista de nombres y números de teléfono de asesores legales y organizaciones que puedan contactar para obtener asistencia, si lo desean. También deben asignárseles ropa, elementos de higiene y ropa de cama. Los no ciudadanos bajo detención administrativa deben tener acceso a servicios de atención de la salud y contar con la oportunidad de hacer ejercicio o participar en actividades recreativas. El Relator Especial también subrayó que los no nacionales deben estar en condiciones de comunicarse con sus familias y/o sus asesores legales, tanto a través de visitas como de llamadas telefónicas y correspondencia.⁹⁰⁶

3. Derechos al debido proceso y a un juicio justo

398. Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y los artículos XVIII, XXIV y XXVI de la Declaración Americana son los tradicionalmente citados en relación con la formulación de la doctrina sobre las garantías y la protección judiciales. Estos artículos cubren toda situación en que se torna necesario determinar el contenido y ámbito de los derechos de una persona bajo la jurisdicción de un Estado parte, ya sea en materia penal, administrativa, tributaria, laboral, familiar, contractual o de cualquier otro tipo.⁹⁰⁷ Estas normas

⁹⁰² Véase la Sección III(C) (Derecho a un trato humano) párrs. 167-168.

⁹⁰³ Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, nota 335 *supra*.

⁹⁰⁴ Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, Resolución 663 C (XXIV) 1957 del ECOSOC; Resolución 45/111 de la Asamblea General, 1990.

⁹⁰⁵ Resolución 43/173 de la Asamblea General de la ONU, Apéndice, UN GAOR Supp. (Nº 49) pág. 298 UN doc A/43/49 (1988).

⁹⁰⁶ Informe de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, (2000), nota 900 *supra*; párr. 110.

⁹⁰⁷ Como se indica en la Sección III(D), el cumplimiento de los requisitos del derecho al debido proceso y a un juicio justo no se limitan a las actuaciones penales, sino que se aplica también, *mutatis mutandi*, a los procedimientos no penales para la determinación de los derechos y
(Continúa...)

establecen la referencia del debido proceso al que todos los no ciudadanos, independientemente de su status jurídico, tienen derecho.⁹⁰⁸ Además, el análisis del derecho al debido proceso y a un juicio justo de la Sección III(D) *supra* en procedimientos de carácter penal o de otra naturaleza debe considerarse plenamente aplicable a personas que se encuentran en el territorio de un Estado del que no son nacionales, en tiempos de paz, en estados de emergencia y en conflictos armados.

399. Como se indicó asimismo en la Sección III(D) *supra*, puede haber ocasiones en que, debido a las circunstancias particulares del caso, sea necesario contar con garantías adicionales a las explícitamente prescritas en los instrumentos pertinentes de derechos humanos para asegurar un juicio justo. Esta estipulación deriva en parte de la propia naturaleza y funciones de las protecciones procesales, que en toda instancia deben estar regidas por el principio de justicia y en esencia deben estar destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio de un derecho.⁹⁰⁹ Ello incluye reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar en ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación.⁹¹⁰

400. La posible necesidad de protecciones procesales adicionales está ilustrada con particular claridad en los procedimientos que involucran a ciudadanos extranjeros. Por ejemplo, en la esfera penal, debe prestarse especial atención a la vulnerabilidad de la persona que enfrenta un proceso penal en un país extranjero. En primer lugar, es esencial que la persona comprenda los cargos que se le imputan y toda la gama de derechos procesales disponibles. Para ello, es esencial la traducción y explicación de todos los conceptos jurídicos en el idioma del inculcado, y ello debe ser financiado por el Estado, si es necesario. Además, en el contexto de procedimientos contra ciudadanos extranjeros que puedan culminar en la pena capital, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que el cumplimiento de los requisitos de notificación consular prescrito en el artículo 36 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares constituye una garantía

(...Continuación)

obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otra naturaleza, de las personas. Véase caso de la Corte Constitucional, nota 545 *supra*, párrs. 69, 70.

⁹⁰⁸ Informe de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, (2000), párr. 90.

⁹⁰⁹ Opinión Consultiva OC-16/99, nota 129 *supra*, párrs. 117, 118, donde se cita la Opinión Consultiva OC-8/87, nota 147 *supra*, párr. 25.

⁹¹⁰ Opinión Consultiva OC-16/99, nota 129 *supra*, párr. 119.

adicional de las normas del debido proceso.⁹¹¹ Se reconoce ampliamente que las protecciones prescritas en esta disposición son pertinentes al debido proceso y a otros derechos de los detenidos, puesto que, por ejemplo, establecen una posible asistencia con varias medidas de defensa, tales como la representación legal, la reunión de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se brinda la asistencia legal y la observación de las condiciones en que se mantiene al acusado cuando se encuentra en prisión.⁹¹² Además, el Relator Especial sobre Trabajadores Migratorios ha sugerido que los derechos de debido proceso de esta índole deben aplicarse a todos los procedimientos de inmigración.⁹¹³

401. También en este sentido y tal como se indica en la Sección III(D) *supra*, las protecciones del debido proceso consagradas en la Convención y la Declaración Americanas se aplican no sólo a los procesos penales, sino también a los procesos para determinar los derechos u obligaciones de carácter civil, fiscal, laboral o de cualquier otra naturaleza. Ello incluye los procedimientos no penales contra no nacionales. El catálogo completo de las protecciones del debido proceso aplicables en procesos penales pueden no ser necesariamente aplicables a todos los demás procesos, sino que depende de los posibles resultados y efectos de las actuaciones. El principio del debido proceso se aplica, con cierto grado de flexibilidad, no sólo a las decisiones judiciales, sino también a las decisiones de los órganos administrativos.⁹¹⁴

402. Como sugiere lo anterior, determinadas protecciones del debido proceso pueden ser especialmente pertinentes en ciertos procesos que involucran a no nacionales. En relación con los procedimientos de expulsión o

⁹¹¹ Opinión Consultiva OC-16/99, nota 129 *supra*, párr. 124. Véase también *supra*, párr. I.35 (Sección III(A) (Derecho a la Vida)).

⁹¹² Véase Opinión Consultiva, nota 129 *supra*, párrs. 86, 87, 120. Véase también Conjunto de Principios de la ONU, nota 335 *supra*, Principio 16(2) (el cual establece que: "Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo."); el Reglamento de Detención del TPIY, nota 349 *supra*, artículo 65; Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, nota 349 *supra*, artículo 10.

⁹¹³ Informe de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, (2000), nota 900 *supra*; párr. 99.

⁹¹⁴ Informe de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, (2000), nota 900 *supra*; párr. 95, citando a la Comisión Europea de Derechos Humanos, Hortolemei c. Austria, abril de 1998, pág. 38.

deportación de no nacionales legalmente dentro de un Estado, por ejemplo, el Relator Especial sobre los trabajadores migratorios ha declarado que dichas medidas sólo pueden adoptarse conforme a una decisión adoptada de acuerdo con la ley.⁹¹⁵ De modo que las facultades de deportación deben estar conferidas por legislación y todas las decisiones deben ser adoptadas de acuerdo con la legislación vigente para que no sean consideradas arbitrarias. Además, debido a que el sentido de “ley” en el artículo 22 de la Convención Americana no se limita a actos del poder legislativo en el sentido formal, toda legislación debe ser promulgada de pleno acuerdo con la constitución y el estado de derecho, incluyendo a todas las obligaciones de los tratados internacionales.

403. Además, la Comisión ha concluido en el contexto de los procedimientos de deportación contra extranjeros que las personas afectadas deben tener derecho a ser oídos y deben tener una oportunidad adecuada para ejercer su derecho de defensa. Si bien esto puede no exigir la presencia de todas las garantías requeridas para un juicio justo en la esfera penal, debe otorgarse un umbral mínimo de garantías del debido proceso. La Comisión ha entendido que ello incluye el derecho a la asistencia de un abogado si así lo desean o de un representante en el que confíen, con suficiente tiempo para determinar los cargos que se le imputan, un plazo razonable para preparar y formalizar una respuesta y procurar y aducir pruebas en su defensa.⁹¹⁶ Las audiencias deben ser celebradas en público en la medida en que lo requieran las debidas garantías y la justicia, lo que ineludiblemente incluye la necesidad de mantener la confianza del público y evitar la posibilidad de injusticia en tales procesos.⁹¹⁷

404. Adicionalmente, los instrumentos internacionales claramente prohíben la expulsión colectiva de extranjeros.⁹¹⁸ Una expulsión se torna

⁹¹⁵ Informe de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, (2000), nota 900 *supra*; párr. 97, citando, *in te alia*, el artículo 22(6) de la Convención Americana.

⁹¹⁶ Caso de Loren Laroye Riebe Star y otros, nota 546 *supra*, párrs. 70, 71. Véase también Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 22(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.”); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, 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.”.)

⁹¹⁷ Véase, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 8(1); Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo XVIII. Véase también Sección III(D), *supra*, párrs. 228-233.

⁹¹⁸ Convención Americana, nota 61 nota 448 *supra*, artículo 22(9).

colectiva cuando la decisión de expulsar no se basa en casos individuales sino en consideraciones de grupo, aunque el grupo en cuestión no sea numeroso.⁹¹⁹

405. También pertinentes a las garantías del debido proceso a no nacionales son los procedimientos para la determinación del status de refugiado o asilado. A este respecto, la Comisión ha interpretado el derecho a pedir asilo establecido en el artículo XXVII de la Declaración Americana⁹²⁰ y artículo 22(7) de la Convención Americana⁹²¹ a la luz de las protecciones procesales en que se funda la Convención de la ONU de 1951 en relación con el Estatuto de Refugiado⁹²² y el Protocolo Adicional,⁹²³ en el sentido de que exige que los Estados otorguen a quienes busquen asilo una audiencia justa para determinar si satisfacen los criterios de la Convención sobre Refugiados, particularmente cuando pueda involucrar a las disposiciones sobre *non-refoulement* de la Convención sobre Refugiados, la Convención Americana o la Convención Interamericana sobre la Tortura.⁹²⁴

406. Se ha entendido que requisitos previos similares se aplican a los procedimientos vinculados a la detención administrativa de extranjeros, por los que se exige que los procesos a través de los cuales se puede privar de la libertad a una persona por razones de seguridad u otras razones deben cumplir con las normas mínimas de justicia. Estas normas exigen, entre otras cosas, que quien toma la decisión satisfaga las normas imperantes de independencia e imparcialidad, que se otorgue al detenido oportunidad para presentar pruebas y conocer y controvertir las demandas de la parte opositora, y que se otorgue al detenido oportunidad de ser representado por un abogado u otro representante. Esos requisitos no se considerarán cabalmente cumplidos en los casos en que, por ejemplo, las autoridades no definan con suficiente detalle o justifiquen por otros medios debidamente los fundamentos por los cuales se ha privado de la

⁹¹⁹ Véase CIDH, Informe Anual 1991, Capítulo V, situación de los haitianos en República Dominicana.

⁹²⁰ Declaración Americana, nota 63 *supra*, 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".

⁹²¹ Convención Americana, nota 61 *supra*, artículo 22(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".

⁹²² Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, nota 120 *supra*.

⁹²³ Protocolo de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, nota 121 *supra*.

⁹²⁴ CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párr. 24; Caso de la Interdicción de los haitianos, nota 546 *supra*, párr. 155.

libertad a la persona, o se asigne al detenido la carga de justificar su liberación.⁹²⁵

407. En relación a las iniciativas antiterroristas en particular, es evidente, a partir de la práctica pasada de los Estados, así como a partir de los empeños actuales de parte de la Organización de los Estados Americanos y de otras organizaciones intergubernamentales para encarar el problema del terrorismo, que las reacciones a las amenazas terroristas incluirán una implementación más rigurosa y extensiva de los métodos de selección y expulsión de extranjeros del territorio de los Estados, en muchos casos a través de la extradición o de la negación del status de asilado.⁹²⁶

408. Procedimientos de esta naturaleza bien pueden ser necesarios y estar justificados en la protección de los habitantes de los Estados contra los peligros de la violencia terrorista, conforme se refleja, por ejemplo, en ciertas disposiciones de los instrumentos internacionales que rigen a los refugiados.⁹²⁷ Sin embargo, está fuera de toda duda que estos procesos tienen implicaciones sustanciales para la vida y la seguridad de las personas afectadas. Esta consideración, junto con el carácter legal de tales procedimientos y el contexto dentro del sistema jurídico particular de cada Estado, son factores que deben ser considerados para definir los requisitos de un juicio justo y el debido proceso en los procesos de esta naturaleza.

409. Como se indicó anteriormente, los procedimientos que comportan la detención, *status* o devolución de extranjeros del territorio de un Estado por exclusión, expulsión o extradición exigen una evaluación individualizada y detenida y deben estar sujetos a las mismas protecciones procesales básicas y no derogables que se aplican en los procedimientos de carácter penal. Y, como se indicó antes en relación con el derecho a un trato humano, en los procedimientos de expulsión del territorio se debe tener en cuenta debidamente el principio de *non-refoulement*, conforme lo reflejan disposiciones tales como el artículo 33 de la Convención de la ONU sobre el Estatuto de Refugiado,⁹²⁸ el artículo 3(1) de la Convención de la ONU sobre la

⁹²⁵ Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114 *supra*, párrs. 213-231.

⁹²⁶ Véase, por ejemplo, Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU, nota 40 *supra*; Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*.

⁹²⁷ Véase, por ejemplo, Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, nota 120 *supra*, artículo 1F.

⁹²⁸ Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, nota 120 *supra*, artículo 33 “(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
(Continúa...)

Tortura,⁹²⁹ el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,⁹³⁰ y el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁹³¹

4. Obligación de respetar y asegurar la no discriminación y el derecho a la protección judicial

410. Como se subraya en la Sección III(F) *supra*, entre las protecciones más fundamentales y no derogables del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario está el requisito de que los Estados cumplan sus obligaciones sin discriminación alguna, incluida la discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen social o nacional, situación económica o cualquier otra condición social. Ello se aplica no sólo al compromiso de los Estados de respetar y asegurar el respeto por los derechos fundamentales en el contexto de las amenazas terroristas, sino que también limita las medidas que los Estados pueden adoptar para derogar derechos que pueden ser legítimamente suspendidos en estados de emergencia, al prohibir toda medida que comporte discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.⁹³²

411. Los inmigrantes, los que buscan asilo y otros no nacionales son especialmente vulnerables a la discriminación en situaciones de emergencia resultantes de la violencia terrorista. Este es particularmente el caso cuando se considera que la violencia terrorista emana de fuentes extranjeras y en que, en consecuencia, se puede percibir que el asilo y otras medidas de protección de

(...Continuación)

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.”

⁹²⁹ Convención de la ONU sobre la Tortura, nota 376 *supra*, artículo 3(1), que prohíbe a los Estados contratantes la expulsión, extradición o devolución de un refugiado cuando existan fundamentos sustanciales para creer que corre peligro de ser sometido a torturas.

⁹³⁰ Convención Interamericana sobre la Tortura, nota 105 *supra*, 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 requirente.”

⁹³¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 22(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”).

⁹³² Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículos 1(1), 27.

los no nacionales ofrecen un refugio para terroristas. Como lo señaló el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

[i]dentificar asilo con “refugio temporal” para los terroristas no sólo es un error legal y hasta ahora sin respaldo de los hechos, sino que sirve para calumniar a los refugiados ante la opinión pública y señalar a individuos de ciertas razas o religiones por razones de discriminación y hostigamiento basados en el odio.⁹³³

412. Por lo tanto, los Estados deben mantenerse vigilantes, para asegurar que sus leyes y políticas no se formulen o apliquen de manera que estimulen o den lugar a discriminación y que sus funcionarios y agentes cumplan cabalmente con estas normas y principios. Ello requiere en particular que los Estados se abstengan de aplicar sus operaciones de control de inmigración en forma discriminatoria. En consecuencia, en la medida en que dichas operaciones pueden incorporar criterios tales como el origen nacional o social, que podrían constituir una base para la discriminación, el contenido y la ejecución de tales operaciones debe basarse en justificaciones objetivas y razonables que impulsen un propósito legítimo, prestando atención a los principios que normalmente prevalecen en una sociedad democrática, y deben ser razonables y proporcionadas en relación con el fin perseguido.⁹³⁴

413. Como en el caso de todas las personas protegidas por los instrumentos interamericanos de derechos humanos, los Estados miembros tienen la obligación de conducirse de forma tal que les permita de asegurar el pleno y libre ejercicio de los derechos de los trabajadores migratorios, de quienes buscan asilo, los refugiados y otros extranjeros. Esto incluye el deber de organizar el aparato de gobierno y todas las estructuras mediante las cuales se

⁹³³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Cómo abordar el tema de la seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados (Noviembre 2001), párr. 28. (En los archivos de la CIDH).

⁹³⁴ Es pertinente al respecto señalar que la Comisión otorgó previamente medidas cautelares para proteger a personas de un posible trato discriminatorio por las autoridades del Estado. De acuerdo con el artículo 25 del Reglamento de la Comisión, esta puede adoptar medidas cautelares para evitar un daño irreparable a las personas. El 27 de agosto de 1999, por ejemplo, la Comisión ordenó medidas cautelares a favor de dos menores en la República Dominicana, Dilcia Yean y Violeta Bosica. De acuerdo con la información que tuvo a la vista la Comisión, se les había negado la nacionalidad dominicana, pese a haber nacido en el territorio de la República Dominicana y pese al hecho de que la Constitución establece el principio de *jus soli*. Al negarles este derecho, quedaban expuestas a la amenaza inminente de expulsión arbitraria de su país de nacimiento. Sobre esta base, la Comisión pidió al Estado que adoptara las medidas necesarias para evitar su expulsión del territorio de la República Dominicana y evitar que Violeta Bosica fuera privada de su derecho a asistir a la escuela y a recibir la educación que se imparte a otros niños de nacionalidad dominicana. Véase Informe Anual de CIDH 1999, OEA/Ser.L/II/106 13 de abril de 2000, Capítulo III, párr. 52.

ejerce el poder público, de manera que estén en condiciones de asegurar jurídicamente el pleno y libre ejercicio de esos derechos y libertades humanos. Por consiguiente, los Estados miembros deben proporcionar a los extranjeros un recurso contra las violaciones de los derechos al debido proceso, a la no discriminación y otros derechos y libertades mencionados antes. Cuando los extranjeros sean sometidos a procedimientos judiciales, administrativos o de otra índole, debe siempre existir un recurso judicial, sea por vía de la apelación administrativa o por medio del recurso de amparo y *habeas corpus*. Los jueces deben mantener, por lo menos, una supervisión básica de la legalidad y racionalidad de las decisiones de derecho administrativo a fin de cumplir con las garantías estipuladas en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana y de los artículos 1(1) y 25 de la Convención Americana.⁹³⁵

IV. Recomendaciones

Sobre la base del análisis del presente informe, la Comisión ha formulado la siguiente serie de recomendaciones con el fin de facilitar los esfuerzos de los Estados miembros para cumplir debidamente sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos cuando elaboran y ejecutan medidas antiterroristas.

A. Identificación y aplicación de las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes

1. Los Estados miembros deben tener en cuenta los compromisos pertinentes en virtud de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que están obligados, al identificar y aplicar sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a sus iniciativas antiterroristas.

2. Los Estados miembros deben hacer referencia y considerar las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario como *lex specialis* aplicable al interpretar y aplicar las protecciones de derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

3. Los Estados miembros no pueden usar un instrumento de derechos humanos como base para negar o limitar otros derechos humanos favorables o más amplios a que las personas puedan tener derecho en virtud de normas o prácticas aplicables bajo el derecho internacional o nacional.

B. Derecho a la vida

⁹³⁵ Informe de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2000), nota 900, párr. 99.

4. En situaciones que no alcancen a caracterizarse como conflicto armado, los Estados miembros deben asegurar que los agentes del orden cumplan con los principios básicos que rigen el uso de la fuerza, incluido el requisito de que sólo se use la fuerza letal cuando sea estrictamente inevitable para protegerse o proteger a otros contra una amenaza inminente de muerte.

5. En situaciones de conflicto armado, los Estados miembros deben asegurar que sus fuerzas armadas cumplan con las normas y los principios aplicables del derecho internacional humanitario, en particular los requisitos de que las fuerzas armadas distingan entre objetivos militares y objetos y personas civiles, y solamente lancen ataques contra los primeros, y adopten precauciones para evitar o reducir al mínimo la pérdida de vidas civiles y los daños a los bienes civiles, que sean incidentales o colaterales a los ataques contra objetivos militares legítimos.

6. Los Estados miembros deben asegurar que toda medida para imponer la pena de muerte como castigo por delitos relacionados con el terrorismo cumpla con las restricciones específicas que rigen la imposición de esa pena, incluidas las relacionadas con los tipos de delito por los que se puede imponer la pena capital, las características personales del delincuente que podrían impedir la aplicación de la pena de muerte, y el requisito de que la imposición de esta pena esté sujeta a requisitos procesales estrictos y a un riguroso control de las garantías judiciales fundamentales.

C. Derecho a la libertad y seguridad personales

7. Cuando los Estados miembros arresten, encarcelen o en general detengan a personas como parte de las iniciativas antiterroristas en situaciones que no alcancen a caracterizarse como conflicto armado, deben cumplir con los estándares mínimos que rigen el derecho a la libertad y seguridad personales respecto de los cuales nunca se puede justificar una derogación. Dichas normas incluyen los requisitos siguientes:

8. los fundamentos y procedimientos para la detención deben estar prescritos por ley;

- a) el detenido debe ser informado de las razones de su detención y debe brindársele sin demora acceso a un abogado, a familiares y, cuando sea necesario o aplicable, a asistencia médica y consular;
- b) deben imponerse límites a la duración de la detención;
- c) debe llevarse un registro central de los detenidos;

- d) deben existir mecanismos adecuados y efectivos de revisión judicial para supervisar las detenciones, sin demora tras el arresto o detención y a intervalos razonales cuando la detención sea prolongada.

9. En los casos en que los actos terroristas puedan desatar un conflicto armado internacional o se produzcan en el contexto de un conflicto armado internacional, los Estados miembros deben respetar y asegurar el derecho a la libertad y seguridad personales de acuerdo con *lex specialis* aplicable del derecho internacional humanitario, según el cual:

a) los combatientes privilegiados que caen en poder del enemigo en general pueden ser internados hasta su repatriación cuando cesen las hostilidades activas;

b) los combatientes no privilegiados también pueden ser internados y, además, pueden ser sujetos a procesamiento por su beligerancia no privilegiada;

c) la detención de combatientes está sujeta a supervisión por el mecanismo prescrito en el derecho internacional humanitario, incluido el régimen de las Potencias protectoras y el acceso del Comité Internacional de la Cruz Roja. No obstante, en los casos en que no se disponga de estos mecanismos o se compruebe que éstos son ineficaces para garantizar el tratamiento adecuado de los detenidos, pueden tomar precedencia las normas del derecho internacional de los derechos humanos y las del derecho interno para garantizar la protección efectiva de los detenidos en todas las circunstancias;

d) los extranjeros enemigos en el territorio de una parte en un conflicto armado internacional y los civiles en territorio ocupado no pueden ser detenidos o internados administrativamente excepto cuando la seguridad de la Potencia detenedora u ocupante lo haga absolutamente necesario. En los casos en que se imponga dicha detención o internación, la misma debe estar sujeta a reconsideración o apelación con la menor demora posible y, de continuar, debe estar sujeta a revisión periódica por un órgano, corte u otro tribunal adecuado y competente designado al efecto.

D. Derecho a un trato humano

10. Tanto dentro como fuera de situaciones de conflicto armado, los Estados miembros deben cumplir con los estándares mínimos de un trato humano prescritos en el régimen aplicable del derecho internacional de los derechos humanos o en el derecho internacional humanitario. Aunque los

regímenes de derecho aplicables son diferentes, exigen en forma similar que los Estados miembros aseguren que:

a) las condiciones de detención satisfagan los estándares mínimos de humanidad y dignidad de la persona, teniendo debidamente en cuenta los requisitos sobre categorías particulares de personas, incluidas las familias, las mujeres y los niños, y estando sujetas a supervisión continua y efectiva por tribunales ordinariamente constituidos, mediante el recurso de *habeas corpus* o equivalente o, en caso de conflicto armado, mediante los mecanismos pertinentes del derecho internacional humanitario;

b) los detenidos que sean sometidos a sanciones disciplinarias o penales sean tratados humanamente en todo momento y nunca sean sometidos a tortura o trato inhumano, incluidos, por ejemplo, el castigo corporal y períodos prolongados de confinamiento solitario;

c) los detenidos no sean sometidos a ningún método de interrogación que pueda equivaler a tortura u otro trato inhumano, incluidos tratos graves como las golpizas, la violación o las descargas eléctricas, así como tratamientos más sutiles pero igualmente perniciosos, como la administración de drogas en instituciones carcelarias o psiquiátricas, o la negación prolongada del descanso o el sueño, los alimentos, higiene suficiente o asistencia médica.

E. Derecho al debido proceso y a un juicio justo

11. Los Estados miembros deben cumplir con ciertos principios y estándares fundamentales y no derogables del debido proceso y un juicio justo cuando prohíben conductas relacionadas con terrorismo en su legislación penal y procesan a personas por tales delitos. En particular, los Estados miembros deben:

a) asegurar que la clasificación y la descripción de los delitos relacionados con el terrorismo sea precisa y sin ambigüedades, consignada en un lenguaje que defina estrictamente las acciones punibles, que establezca claramente la conducta criminalizada, determinando sus elementos y los factores que la distinguen del comportamiento que no constituye un delito penal o que sea punible de otra manera;

b) considerar la adopción de medidas legislativas o de otra índole necesarias para conferir a los jueces autoridad para ponderar las circunstancias de los acusados individuales y de las ofensas al dictar sentencia por delitos relacionados con el terrorismo;

c) abstenerse de usar tribunales o comisiones *ad hoc*, especiales o militares para juzgar a civiles;

d) asegurar que los juicios de integrantes de las fuerzas armadas o combatientes por tribunales militares ofrezcan las garantías esenciales de independencia e imparcialidad generalmente reconocidas en los instrumentos del derecho internacional humanitario;

e) abstenerse del uso de procedimientos judiciales secretos o de la justicia "sin rostro". Los Estados pueden verse obligados a adoptar medidas excepcionales para proteger la vida, la integridad física y la independencia de los jueces, abogados u otros participantes en la administración de justicia cuando sus vidas o su integridad física estén amenazadas, pero la naturaleza de esas medidas o su aplicación nunca pueden comprometer las garantías del acusado a un juicio justo;

f) en toda circunstancia, asegurar el estricto cumplimiento de las protecciones procesales básicas y no derogables, incluidos el derecho del inculpado a la notificación previa detallada de los cargos que se le imputan, el derecho a defenderse personalmente y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa, lo que necesariamente incluye el derecho a la asistencia de un abogado de su elección y, en el caso de acusados indigentes, el derecho a abogado gratuito, cuando dicha asistencia legal sea necesaria para un juicio justo, y el derecho a recibir asesoramiento, tras la convicción, acerca de los recursos judiciales o de otra índole disponibles y de los plazos para interponerlos, incluido el derecho a apelar ante una instancia judicial superior;

g) en situaciones de conflicto armado internacional, cuando una persona haya cometido un acto de beligerancia y caiga en poder de un adversario, y surjan dudas sobre el *status* civil o de combatiente privilegiado o no privilegiado, se convoque a un tribunal competente para determinar el *status* del detenido y asegurar que esas personas gocen de las protecciones estipuladas en la Tercera Convención de Ginebra y, cuando sean aplicables, las del Protocolo Adicional I, hasta que se determine dicho *status*. Debe proceder en tal sentido independientemente de que la persona sea sospechosa de haber participado en actos de terrorismo.

F. Derecho a la libertad de expresión

12. En situaciones que no alcancen a caracterizarse como conflicto armado, los Estados miembros deben:

a) abstenerse de promulgar leyes que impongan la censura previa a la publicación o divulgación de información u opiniones relacionadas con el

terrorismo, y sólo proceder a ello en tiempos de emergencia, únicamente en la medida que estrictamente lo requieran las exigencias de la situación;

b) imponer sanciones ulteriores por la divulgación de opiniones o información sólo mediante leyes cuya finalidad sea legítima, que sean claras y previsibles y que no sean extremadamente amplias o vagas, y que aseguren que toda sanción sea proporcionada al tipo de perjuicio que buscan evitar;

c) abstenerse de promulgar leyes que penalicen la defensa pública (apología) del terrorismo o a personas que puedan haber cometido actos de terrorismo, sin el requisito adicional de que se demuestre el intento de incitar a la violencia ilegal u otra acción similar y la probabilidad de éxito;

d) asegurar que toda restricción al acceso a la información por el público, la prensa y otras personas interesadas sólo sea impuesta por razones legítimas, por el tiempo que dicha restricción sea estrictamente necesaria y cuando la misma no sea incongruente con las demás obligaciones que el derecho internacional les impone.

13. En situaciones de conflicto armado, los Estados miembros deben:

a) otorgar a los periodistas y a las instalaciones de prensa la protección que corresponde a su status en el derecho internacional humanitario, que es presuntivamente el de civiles y objetos civiles;

b) garantizar a las personas internadas o detenidas el derecho a enviar y recibir información según lo dispuesto por el derecho internacional humanitario aplicable

G. Obligación de asegurar y respetar, la no discriminación, y el derecho a la protección judicial

13. Los Estados miembros deben conducirse de manera que se asegure el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Esto incluye el deber de organizar el aparato de gobierno y todas las estructuras mediante las cuales se ejerce el poder público de manera que estén en condiciones de asegurar jurídicamente el goce pleno y libre de esos derechos humanos.

14. En toda circunstancia, los Estados miembros deben cumplir plena y estrictamente la obligación de asegurar a todas las personas protección igual ante la ley y el goce de los derechos y libertades que ésta reconozca, así como la correspondiente prohibición de cualquier tipo de discriminación, incluyendo por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o

de otra índole, origen nacional o social, condición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esto prohíbe cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que se funde en cualquiera de las razones prohibidas y que tenga la finalidad o el efecto de anular o impedir el reconocimiento, goce o ejercicio de todos los derechos y libertades, en pie de igualdad, por todas las personas.

15. En situaciones en que los Estados miembros consideren necesario o aconsejable establecer ciertas distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidos, deben garantizar que dichas distinciones se basen en una justificación objetiva y razonable, que impulsen un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados al fin que se persigue. En este sentido, el principio de igualdad puede, a veces, requerir a los Estados miembros que brinden protección especial a minorías y otros grupos que puedan sufrir vulnerabilidades particulares, desventajas o amenazas de discriminación resultantes de la violencia terrorista o de iniciativas contra el terrorismo.

H. Situación de los trabajadores migratorios, las personas que buscan asilo, los refugiados y otros no nacionales

16. Los Estados miembros deben asegurar que toda ley, política o procedimiento destinados a regular la situación de los trabajadores migratorios, las personas que buscan asilo, los refugiados y otros no nacionales, sea formulada y ejecutada de manera que no transgredan los derechos humanos fundamentales de dichas personas. En particular, en situaciones que no se caractericen como conflicto armado, los Estados miembros deben:

a) asegurar que su legislación de inmigración reconozca el derecho a la libertad de los no nacionales y defina con suficiente detalle los fundamentos y procedimientos por los cuales se les puede privar de la libertad ;

b) otorgar a los no nacionales el derecho a la notificación consular cuando sean arrestados, encarcelados, puestos bajo custodia en espera de juicio o detenidos de alguna otra manera;

c) respetar y asegurar el derecho de los no nacionales a pedir asilo contra la persecución, de acuerdo con las normas internacionales imperantes y mediante procedimientos justos y adecuados, incluyendo en particular toda determinación de que una persona no reúne o ya no reúne los requisitos para el *status* de refugiado debido a las cláusulas de exclusión o cesación en el marco de la Convención de 1951 sobre los refugiados y su Protocolo de 1967;

d) abstenerse de deportar o expulsar a no nacionales en los casos en que existan razones sustanciales para creer que corren peligro de ser sometidos a tortura;

e) abstenerse de la expulsión colectiva de no nacionales;

f) en los casos en que un no nacional sea objeto de proceso penal, otorgarle las protecciones del debido proceso necesarias para garantizar un juicio justo, incluidas las protecciones necesarias para corregir toda desventaja que pueda afectar la justicia de los procedimientos, tales como el desconocimiento del idioma en que los mismos se procesan;

g) en los casos en que no nacionales sean sometidos a procesos de carácter no penal, incluidos los procedimientos de detención, deportación o expulsión, otorgarles las protecciones del debido proceso necesarias para asegurar un juicio justo, incluida una oportunidad adecuada de ejercer su derecho de defensa. Ello podría incluir el derecho a un juicio público, el derecho a la asistencia de un abogado u otro representante, y una oportunidad adecuada para responder a los cargos en su contra;

h) asegurar que sus leyes y políticas que afectan a los no nacionales se formulen y apliquen de forma tal que no estimulen o den lugar a discriminación, lo que incluye abstenerse de realizar las operaciones de control de la inmigración en forma discriminatoria.

17. En situaciones de conflicto armado, los Estados miembros deben asegurar el otorgamiento a los no nacionales de los derechos que les corresponde de acuerdo con su status de conformidad con el derecho internacional humanitario, y que incluyen, entre otras, las protecciones de un juicio justo y de la no discriminación equivalentes a las aplicables en aquellas situaciones que no alcanzan a caracterizarse como conflicto armado.