



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/2005/60
20 de enero de 2005

ESPAÑOL
Original: ESPAÑOL/FRANCÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
61º período de sesiones
Tema 11 *d*) del programa provisional

**LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, EN PARTICULAR
LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INDEPENDENCIA
DEL PODER JUDICIAL, LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,
LA IMPUNIDAD**

**Informe del Relator Especial sobre la independencia de
los magistrados y abogados, Leandro Despouy**

Resumen

El presente informe expone las actividades del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados durante 2004; el informe se debe leer junto con los otros tres informes que el Relator Especial presenta a la Comisión de Derechos Humanos en su 61º período de sesiones (E/CN.4/2005/60/Add.1 a 3).

El informe se ocupa de dos cuestiones de actualidad, a saber, los efectos de la lucha contra el terrorismo sobre los derechos humanos y la administración de justicia durante los períodos de transición.

En cuanto al primer tema, el Relator Especial examina algunos acontecimientos recientes que son preocupantes y muestra la frecuencia con que puede verse afectado el derecho a un juicio imparcial por un tribunal independiente e imparcial legalmente constituido. El Relator Especial recuerda las normas y principios del derecho internacional que deben orientar a los Estados al hacer frente a situaciones de crisis y a la violencia terrorista. El Relator Especial propone la realización de un estudio para averiguar si las leyes y demás medidas adoptadas por los Estados para luchar contra el terrorismo o preservar la seguridad nacional son compatibles con las normas del derecho internacional.

En cuanto a la justicia durante los períodos de transición, el Relator Especial traza un rápido esbozo. El Relator Especial propone que la Comisión profundice sobre la cuestión con el fin de que los Estados en transición dispongan rápidamente de las herramientas y referencias que se estén preparando para ayudarles a responder a las cuestiones con que se enfrentan en relación con la justicia, la lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas a la verdad, la reparación y la indemnización.

Algunas otras cuestiones se mencionan brevemente (a saber, la Corte Penal Internacional, la formación de los magistrados y los abogados y la pena capital). El Relator Especial abordará en informes ulteriores las cuestiones de la separación de poderes, la igualdad de acceso a la justicia, la función de la justicia en la lucha contra la corrupción en general y contra la corrupción en el sistema judicial, la independencia financiera del poder judicial y su supervisión externa y las cuestiones de género.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1	4
I. MANDATO Y MÉTODOS DE TRABAJO.....	2 - 5	4
II. ACTIVIDADES EMPRENDIDAS EN 2004.....	6 - 12	5
III. LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y SUS REPERCUSIONES EN EL DISFRUTE DE LOS DERECHOS HUMANOS, PRINCIPALMENTE EN EL DERECHO A UN JUICIO IMPARCIAL.....	13 - 42	7
A. Recrudescimiento del terrorismo.....	13	7
B. Combatir el terrorismo con las armas del derecho.....	14 - 16	7
C. La creación de la figura del "enemigo combatiente" y sus efectos prácticos.....	17 - 35	8
D. Proliferación del uso abusivo de la prisión preventiva sin garantías procesales.....	36 - 37	14
E. Recurso abusivo a la jurisdicción militar para enjuiciar a civiles.....	38 - 41	15
F. Repercusiones en otros derechos humanos de la lucha contra el terrorismo y de las medidas adoptadas por motivos de seguridad nacional.....	42	16
IV. LA JUSTICIA EN PERÍODO DE TRANSICIÓN.....	43 - 57	16
A. Un reto complicado.....	43 - 44	16
B. Saneamiento y reconstrucción del poder judicial.....	45	17
C. Lucha contra la impunidad.....	46 - 48	17
D. Restaurar la verdad y garantizar la justicia, la reparación y la indemnización a las víctimas.....	49 - 53	19
E. Buenas prácticas e instrumentos que pueden facilitar la labor de las nuevas autoridades.....	54 - 56	20
F. La Corte Penal Internacional.....	57	20
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	58 - 74	21

INTRODUCCIÓN

1. El presente informe es el undécimo presentado a la Comisión de Derechos Humanos desde que ésta estableció el mandato del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados y el segundo presentado por el actual Relator Especial. En su informe anterior (E/CN.4/2004/60), el Relator Especial presentó un panorama de la labor realizada y prevista. En este informe, el Relator Especial invita a reflexionar sobre las consecuencias de las respuestas dadas por algunos Estados al fenómeno del terrorismo o para resolver una situación excepcional, así como sobre la justicia después de un conflicto o una crisis institucional. El hecho de que se haya ocupado principalmente de esos temas no significa que no tenga interés por algunos otros aspectos de su mandato ni que haya establecido una jerarquía artificial en los temas. Las limitaciones editoriales le han obligado a dejar el examen de las demás cuestiones para un futuro informe. No obstante, el Relator Especial ha abordado durante el año una gran variedad de temas por conducto de llamamientos urgentes, cartas de transmisión de denuncias y comunicados de prensa, en el contexto de misiones y con motivo de encuentros internacionales. La Comisión encontrará materia de reflexión sobre otros temas en los otros informes que el Relator Especial le presenta (E/CN.4/2005/60/Add.1 a 3).

I. MANDATO Y MÉTODOS DE TRABAJO

2. El mandato del Relator Especial se encuadra en la labor de la Comisión para proteger a las personas detenidas o encarceladas. Habiendo constatado la frecuencia de las agresiones contra magistrados, abogados y auxiliares de justicia, la Comisión comprobó la existencia de una relación entre el menoscabo de las garantías que deben ampararlos y la gravedad y frecuencia de las violaciones de los derechos humanos en algunos Estados.

3. El mandato comprende los aspectos estructurales y funcionales del poder judicial y las disfunciones que, en contextos extremadamente diversos, pueden afectar a los derechos humanos así como la administración de justicia en situaciones ordinarias o excepcionales o en períodos tanto de conflicto como de transición. El mandato abarca la justicia civil y la militar, las jurisdicciones ordinarias y las excepcionales, así como las novedades relacionadas con la Corte Penal Internacional.

4. Como la justicia es la base del sistema democrático y el Estado de Derecho, la independencia de los magistrados y los abogados no se puede examinar sin prestar atención al contexto institucional más amplio y a los diversos factores que pueden influir en el funcionamiento del poder judicial. Por lo tanto, es natural que la Comisión haya pedido que se tengan en cuenta la labor y la experiencia pertinentes de los demás procedimientos y mecanismos de la Comisión y de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, así como de todo el sistema de las Naciones Unidas, y los siguientes aspectos concretos: i) la sensibilización de los magistrados y los abogados respecto de los principios de derechos humanos; la impunidad; la integridad del sistema judicial; ii) las cuestiones "transversales", como las relativas a la infancia, la mujer y las cuestiones de género, las personas con discapacidades, las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y/o lingüísticas o en situación de extrema pobreza y, por último, iii) los problemas que plantea el terrorismo en relación con la administración de justicia.

5. La amplitud del mandato obliga a realizar elecciones y establecer prioridades. No obstante, el Relator Especial se ocupará con la misma dedicación de las tareas siguientes: i) determinar, investigar, registrar y evaluar cualquier quebrantamiento de la independencia; ii) registrar los progresos realizados en la protección y el fortalecimiento de dicha independencia; iii) analizar las cuestiones de principio y formular recomendaciones encaminadas a fortalecer la independencia de la magistratura y la abogacía, así como a consolidar los correspondientes principios e instrumentos internacionales, sin por ello perder de vista que no puede existir un modelo universal; iv) promover los servicios de asesoramiento o la asistencia técnica y proporcionar orientación a los Estados interesados; y v) fomentar las actividades encaminadas, en general, a reforzar la independencia de la magistratura y la abogacía. En el informe anterior se precisan los métodos de trabajo aplicados para llevar a cabo correctamente esas tareas.

II. ACTIVIDADES EMPRENDIDAS EN 2004

Consultas

6. Del 31 de marzo al 7 de abril, del 21 al 25 de junio, el 22 y 23 de julio y del 29 de noviembre al 3 de diciembre, el Relator Especial celebró consultas en Ginebra con los representantes de diversos Gobiernos (en particular del Brasil, Cuba, la Federación de Rusia, Guatemala, Hungría, Kazajstán, Kenya, Kirguistán, el Paraguay y la República Islámica del Irán) y organizaciones no gubernamentales (ONG). El 23 de julio se entrevistó con la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, cuyas experiencias y opiniones son particularmente valiosas en el contexto del mandato del Relator Especial. Éste participó también en el segundo Foro Social (el 22 y 23 de julio), cuyo documento final señala las dificultades con que los más pobres se enfrentan para acceder a la justicia.

Cooperación con los procedimientos especiales de la Comisión y los órganos creados en virtud de tratados

7. Del 21 al 25 de junio, el Relator Especial participó en la 11ª reunión anual de los procedimientos especiales de la Comisión. El Relator Especial estableció una fructífera cooperación con varios de los procedimientos especiales, se ocupó de las consideraciones relativas a la justicia que figuraban en algunos informes y se sumó a uno o varios colegas para solicitar observaciones e información a varios gobiernos en relación con denuncias. El Relator Especial siguió de cerca la labor de los órganos creados en virtud de tratados, en especial aquellos que se han ocupado de cuestiones relativas a la justicia, a saber, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Cooperación con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, incluidas las asociaciones de magistrados y abogados

8. Esta cooperación fue promovida y reforzada, y el Relator Especial participó en México en la conferencia anual de la Unión Internacional de Magistrados, que tuvo lugar del 28 de octubre al 3 de noviembre de 2004.

Misiones y visitas

9. Atendiendo a sendas invitaciones oficiales, el Relator Especial viajó a Kazajstán en junio y al Brasil en octubre (véanse E/CN.4/2005/60/Add.2 y E/CN.4/2005/60/Add.3). A finales de noviembre participó en Uzbekistán en la Conferencia nacional sobre los mecanismos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos, promovida por la Organización Mundial contra la Tortura. El Relator Especial quiere dar las gracias a los gobiernos que lo recibieron, así como a los Gobiernos de Grecia, Kenya, Kirguistán, Nigeria, el Paraguay, la República Islámica del Irán y Tayikistán, que le dirigieron otras tantas invitaciones. El Relator Especial lamenta que las limitaciones presupuestarias de las Naciones Unidas le hayan impedido aprovechar inmediatamente esas invitaciones. No obstante, espera poder realizar tres de esas visitas en 2005. Las mismas limitaciones le impidieron dar seguimiento a la labor iniciada por su predecesor en relación con otros países, a saber, Egipto, Uzbekistán, Túnez, Turkmenistán, Turquía y Sri Lanka. Por otro lado, los responsables de los procedimientos especiales de la Comisión, en una declaración de 25 de junio de 2004, invitaron al Relator Especial y a otros tres relatores especiales a que visitaran a las personas detenidas, encarceladas o procesadas por delitos de terrorismo u otras presuntas violaciones en el Afganistán, el Iraq, la base militar de Guantánamo y otros lugares.

Llamamientos urgentes y cartas de transmisión de denuncias a los gobiernos y comunicados de prensa

10. En el documento E/CN.4/2005/60/Add.1 figura un resumen de las denuncias enviadas a varios gobiernos y las respuestas recibidas, junto con estadísticas sobre los años 2003 y 2004. A modo indicativo, el número de comunicaciones realizadas entre el 1º de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004 fue el siguiente:

Llamamientos urgentes: 104;

Cartas de transmisión de denuncias: 34;

Comunicados de prensa: 15;

Respuestas recibidas: 92 respuestas de 38 gobiernos (de los 53 que recibieron comunicaciones).

Promoción de los servicios de asesoramiento y de la asistencia técnica

11. Esta cuestión se abordó con la Alta Comisionada y se establecerá un plan de actividades al respecto.

Actividades de promoción

12. El Relator Especial presentó sus actividades en el tercer Foro Mundial de Jueces, celebrado en Buenos Aires del 30 de agosto al 1º de septiembre y organizado por la Asociación Civil Justicia Democrática y la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina. El 15 de octubre, en la sede de la Asociación de Abogados de São Paulo (Brasil), el Relator Especial hizo una exposición sobre su mandato en el marco del IV Coloquio Internacional de Derechos Humanos, organizado por Conectas Derechos Humanos.

III. LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y SUS REPERCUSIONES EN EL DISFRUTE DE LOS DERECHOS HUMANOS, PRINCIPALMENTE EN EL DERECHO A UN JUICIO IMPARCIAL

A. Recrudescimiento del terrorismo

13. Tres años y medio después del 11 de septiembre de 2001, la continuación e incluso el recrudecimiento de las actividades terroristas demuestran que las redes terroristas, aunque pueden haber sufrido reveses importantes, no han sido eliminadas ni mucho menos. Esto plantea a los Estados el problema de prevenir y combatir el terrorismo eficazmente sin por ello renunciar a respetar el Estado de Derecho.

B. Combatir el terrorismo con las armas del derecho

14. La lucha contra el terrorismo debe llevarse a cabo en el marco del Estado de Derecho y recurriendo a sus armas. Eximirse del respeto de las normas del derecho invocando el carácter específico del peligro que representa el terrorismo y la necesidad de combatirlo con eficacia equivale a emplear la misma lógica del terrorismo. No puede darse al terrorismo respuesta más eficaz que la basada en el respeto del derecho internacional por un lado, y en el desarrollo económico y social, por otro. Desde el 11 de septiembre de 2001, ese es el consenso de la comunidad mundial, que no cesa de manifestar su condena unánime de los métodos y prácticas terroristas, pero también de cualquier tipo de respuesta al terrorismo que contravenga el derecho internacional. A ese respecto, cabe destacar la declaración del Consejo de Seguridad sobre la cuestión de la lucha contra el terrorismo, adjunta como anexo de su resolución 1456 (2003); de 20 de enero de 2003, la declaración de 25 de junio de 2004 de los responsables de los procedimientos especiales de la Comisión (véase E/CN.4/2004/60/Add.1); la declaración aprobada el 28 de agosto de 2004 por 160 juristas de todo el mundo con ocasión de la Conferencia Bienal de la Comisión Internacional de Juristas, que tuvo lugar en Berlín; y el informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, encargado de evaluar las actuales amenazas a la paz y la seguridad internacionales (A/59/565), que el Secretario General presentó a la Asamblea General el 2 de diciembre de 2004.

15. Con ese telón de fondo, la Comisión pidió a la Alta Comisionada que actualizara y publicara periódicamente el resumen de jurisprudencia de las Naciones Unidas y las organizaciones regionales sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo. La Comisión pidió a la Alta Comisionada que examinara la cuestión de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, formulara recomendaciones al respecto y proporcionara ayuda a los Estados que lo solicitaran. La Comisión pidió también a todos los órganos, creados o no en virtud de tratados, que analizaran la compatibilidad de las medidas nacionales adoptadas en el marco de la lucha contra el terrorismo con el derecho internacional y los derechos humanos. La Comisión decidió nombrar, por un período de un año, un experto independiente que prestara asistencia a la Alta Comisionada en el cumplimiento de ese mandato y pidió a la Alta Comisionada que presentara a la Asamblea General en su quincuagésimo noveno período de sesiones y a la Comisión en su 61º período de sesiones un informe sobre los medios de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo.

16. En cuanto a la administración de justicia en relación con los sospechosos de terrorismo, el informe del Secretario General presentado a la Asamblea General por la Alta Comisionada insiste en que "el poder judicial no debería renunciar a su análisis sobrio, a largo plazo y de principio porque el ejecutivo solicite adoptar medidas extraordinarias sobre la base de información que no se puede compartir a fin de lograr resultados que no se pueden medir" (A/59/404, párr. 9). En su informe sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, la Alta Comisionada concluye que "en términos generales, el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas tiene importantes lagunas en lo que respecta al examen de las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo" (A/59/428, párr. 47). En cuanto al derecho a un juicio imparcial, la Alta Comisionada afirma que "entre las medidas de lucha contra el terrorismo se incluye la introducción de nuevos procedimientos relativos a la detención de sospechosos de terrorismo y el enjuiciamiento de causas relacionadas con el terrorismo. En algunos procedimientos especiales, incluido el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados y el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria [...], se han tenido en cuenta medidas como el mayor uso de los tribunales militares. Sin embargo, en los procedimientos especiales no se han tratado en profundidad otras medidas, *inter alia*, las que permiten realizar detenciones sobre la base de información, incluida información que no constituye prueba, que se oculta al acusado (las llamadas "pruebas secretas"). Otro ejemplo son los procedimientos de investigación judiciales o cuasijudiciales que pueden repercutir en el derecho a no ser obligado a testificar contra uno mismo. Varios regímenes de detención permiten la imposición de restricciones del hábeas corpus y otros recursos similares, del acceso a la asistencia letrada y la prisión por tiempo indefinido sin juicio. En algunas ocasiones parece que no se respeta la presunción de inocencia" (ibíd., párr. 43).

C. La creación de la figura del "enemigo combatiente" y sus efectos prácticos

17. Pese al notable consenso internacional (véase el párrafo 14), en la práctica, la lucha contra el terrorismo ha originado toda una serie de quebrantamientos del derecho internacional y el Estado de Derecho que repercuten en el disfrute de los derechos humanos, en particular en el derecho a la integridad física y en el derecho a un juicio imparcial por un tribunal independiente e imparcial legalmente constituido. En ese sentido, la Orden militar sobre la detención, el trato y el procesamiento de determinados extranjeros en la guerra contra el terrorismo, firmada el 13 de noviembre de 2001 por el Presidente de los Estados Unidos de América, es fuente de gran preocupación para la comunidad internacional.

18. Ese instrumento clave de la doctrina de la lucha contra el terrorismo crea de manera *sui generis* la figura del "enemigo combatiente", que permite tanto detener a sospechosos por períodos indeterminados sin formular acusaciones contra ellos ni procesarlos como hacer que comparezcan ante una comisión militar. Además de que no son órganos del poder judicial, las comisiones militares sustraen a los acusados de todo control judicial independiente, permiten la celebración de procesos militares por delitos no cometidos durante un conflicto armado y no reúnen ninguna de las características esenciales de un juicio imparcial. Así, las comisiones militares imponen severas restricciones al derecho a la defensa, aceptan como prueba la información obtenida mediante "métodos dudosos" (véase el párrafo 21), privan a los condenados de todo recurso ante un tribunal independiente e imparcial legalmente constituido y violan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, ya que sólo pueden comparecer ante ellas las personas que no tienen la ciudadanía norteamericana. En su fallo sobre

la causa *Hamdan c. Rumsfeld*, emitido en noviembre de 2004, el tribunal de distrito del Distrito de Columbia afirmó que las comisiones militares violaban los Convenios de Ginebra y pidió su disolución; el Gobierno de los Estados Unidos interpuso un recurso contra ese fallo.

19. Las graves distorsiones generadas por la aplicación de la orden militar citada se hacen patentes en relación con los detenidos en la base naval norteamericana de Camp Delta, en Guantánamo. En cuanto a los detenidos en las cárceles administradas por las fuerzas de la coalición en el Iraq y el Afganistán por sus presuntos vínculos con Al-Qaida, todo indica que están sometidos a un régimen similar.

a) Los detenidos en Guantánamo

20. Diversas fuentes indican que unas 550 personas, calificadas como enemigos combatientes", permanecían detenidas en la base naval en diciembre de 2004; entre ellas podría seguir habiendo menores de edad y ancianos mayores de 70 años. Esas personas siguen (algunas de ellas desde marzo de 2002) sin tener acceso a un abogado ni ser sometidas a juicio, sin derecho a recibir visitas de sus familiares y en condiciones que, según numerosas organizaciones de derechos humanos y de juristas de los Estados Unidos, equivalen a tratos crueles, inhumanos o degradantes. En noviembre de 2004, el Comité contra la Tortura reprochó al Gobierno del Reino Unido que no hubiera adoptado medidas para poner fin a las torturas sufridas por un ciudadano británico en Guantánamo. Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) habría remitido al Gobierno de los Estados Unidos, el 30 de noviembre, un informe denunciando la aplicación a los detenidos en Guantánamo de métodos "equivalentes a la tortura".

21. El 3 de diciembre de 2004, el Primer Fiscal General Adjunto afirmó ante un tribunal de Washington que la tortura en sí misma era contraria a la política de los Estados Unidos y no se empleaba en Guantánamo, al tiempo que declaró que los detenidos en Guantánamo "no gozaban de ninguno de los derechos constitucionales protegidos por ese tribunal" y que ninguna disposición de la Constitución impedía servirse de información de "procedencia dudosa". La Orden N° 1 de la Comisión Militar establece en su sección 6.D.1 que corresponde al Presidente de la Comisión o a la mayoría de sus miembros establecer que una información de ese tipo "tenga valor probatorio para una persona razonable" ("*would have probative value to a reasonable person*").

22. En cuanto al estatuto jurídico de los detenidos, en una decisión adoptada por 6 votos contra 3, la Corte Suprema determinó el 28 de junio que los extranjeros detenidos sin cargo en Guantánamo tienen derecho a cuestionar su detención ante los tribunales federales norteamericanos. La decisión debía responder a la pregunta de si "los tribunales de Estados Unidos carecían de jurisdicción para evaluar la legalidad de la detención de extranjeros capturados en el extranjero en relación con hostilidades y encarcelados en Guantánamo", y no a la de si los detenidos debieran ser puestos en libertad. La Corte Suprema revocó las decisiones de la Corte Federal del Distrito de Columbia y de la Corte de Apelaciones correspondiente al Circuito de Columbia que sostuvieron que la decisión de 1950 de la Corte Suprema relativa al caso *Johnson c. Eisentrager* impedía a los detenidos en Guantánamo cuestionar su encarcelamiento en la base porque eran extranjeros en un territorio extranjero. La Corte dictaminó que la ley de los Estados Unidos de América otorga al tribunal de distrito jurisdicción para examinar los recursos de quienes solicitan el hábeas corpus cuestionando la legalidad de su

detención en la Base Naval de Guantánamo Bay "confers on the District Court jurisdiction to hear petitioners' *habeas corpus* challenges to the legality of their detention at the Guantánamo Bay Naval Base".

23. A partir de esa decisión, unos 90 detenidos han sido puestos en libertad paulatinamente, algunos de ellos sin que se haya revelado su identidad. Además, se han creado Grupos de Examen del Estatuto de Combatiente. Integrados por tres oficiales militares, los Grupos tienen como objetivo determinar, caso por caso, si los detenidos deben ser puestos en libertad o no. Como son instancias no jurisdiccionales, los Grupos no colman el vacío jurídico en que se encuentran los detenidos, que no pueden asistir a todas las audiencias ni consultar con abogados durante éstas, y que no tienen acceso a la información confidencial ni derecho a conocer la fuente de las denuncias formuladas contra ellos. El 10 de diciembre, un solo caso de los 194 examinados por un Grupo había desembocado en la puesta en libertad del detenido.

24. A finales de agosto de 2004, cuatro detenidos -un australiano, dos yemeníes y un sudanés- comparecieron ante una comisión militar. Tras la audiencia celebrada el 2 de noviembre, los observadores de Amnistía Internacional y Human Rights Watch señalaron una serie de hechos que ponían de manifiesto la ausencia de garantías para un juicio imparcial.

b) Los detenidos por las fuerzas de la coalición en el Iraq

25. Hace algunos meses, el mundo descubría horrorizado la primera serie de fotografías tomadas en la cárcel de Abu Ghraib, bajo el control de las fuerzas de la coalición, que mostraban los tratos inhumanos infligidos a iraquíes sospechosos de tener vínculos con Al-Qaida, unas personas privadas, además, de un juicio imparcial. En un informe del CICR de febrero de 2004 en el que se citaba a representantes de las fuerzas de la coalición, se estimaba que entre el 70% y el 90 % de los detenidos por las fuerzas de la coalición lo habían sido "por error" y se observaba que muchas de esas detenciones se asemejaban a desapariciones forzadas *de facto*. El 30 de abril, el general norteamericano A. Taguba, encargado desde enero de investigar la situación de las personas detenidas desde el 1º de noviembre de 2003 bajo la responsabilidad de la 800ª Brigada de la policía militar, presentó un informe en el que se describían las prácticas equivalentes a tortura que algunos soldados norteamericanos habían aplicado a los detenidos. Por otro lado, un tribunal británico concluyó en diciembre de 2004 que las tropas británicas tenían "el control efectivo" de la cárcel situada en la zona sudoriental del Iraq en la que un detenido iraquí había fallecido a raíz de las torturas a las que había sido sometido.

26. Muchos otros detenidos en el Iraq tienen otro estatuto jurídico y su no comparecencia ante un tribunal preocupa gravemente también al Relator Especial, mereciendo la atención de la Comisión.

c) Los detenidos por las fuerzas de la coalición en el Afganistán

27. En su informe (A/59/370), presentado con arreglo al mandato establecido por la Comisión en su resolución 2003/77, el experto independiente sobre la situación de los derechos humanos en el Afganistán ofrece una descripción de la situación de las personas detenidas o encarceladas en el Afganistán que es también motivo de preocupación para la Comisión.

28. En cuanto a los sospechosos de pertenecer a Al-Qaida que están detenidos por las fuerzas de la coalición, el experto independiente, al no haber podido visitarlos, se basa en informaciones fidedignas y expone que son víctimas de violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, incluido el derecho a un juicio imparcial. El CICR afirma que algunas personas permanecen detenidas por las fuerzas de la coalición por un período de hasta dos meses en diversos lugares secretos y sin que el CICR pueda acceder a ellas, lo cual constituye una violación grave de los Convenios de Ginebra. El general norteamericano Jacoby, encargado de hacer una investigación al respecto, presentó su informe en julio, pero en diciembre de 2004 el Departamento de Defensa no había autorizado su publicación.

d) La iniciativa de los procedimientos especiales de la Comisión y su seguimiento

29. Muy preocupados por los hechos y las denuncias que se han señalado, durante su período de sesiones anual, celebrado en junio de 2004, los responsables de los procedimientos especiales de la Comisión pidieron que cuatro relatores especiales, entre ellos el firmante del presente informe, fueran autorizados a visitar, conjuntamente y a la mayor brevedad posible, a las personas detenidas, encarceladas o procesadas por delitos de terrorismo u otras presuntas violaciones en el Iraq, el Afganistán, la base militar de Guantánamo y otros lugares, con el fin de garantizar, cada uno de ellos en el marco de su mandato, que las normas internacionales de derechos humanos se respetaban debidamente en relación con esas personas. Esa petición dio lugar a una comunicación con el Gobierno de los Estados Unidos (véase E/CN.4/2005/60/Add.1).

e) Consideraciones relativas a la figura jurídica del "enemigo combatiente"

30. El interés de los procedimientos especiales en que se realice la visita señalada arriba y la insistencia por concretarla encuentra su fundamento no sólo en el impacto positivo que la misma podría tener para con los propios detenidos -algunos desde mucho tiempo- sino también porque ello permitiría conocer y precisar la situación jurídica en que se encuentran. Al mismo tiempo, permitiría esclarecer el debate que se ha instalado a nivel internacional y que expresa, no sólo la preocupación de especialistas, sino también del público en general.

31. Las cuestiones más cruciales están referidas al retroceso que representa la posibilidad de que ciertas personas -muchas de ellas civiles y entre las cuales podrían todavía encontrarse menores y ancianos- puedan permanecer detenidas indefinidamente basándose en una orden militar, sobre todo si se piensa que se trata de un número importante e relativamente impreciso de personas. Tal situación representa, cuando menos, la transgresión del conjunto de principios y normas que regulan el derecho a un proceso justo y a disponer de las garantías que ofrece un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley.

32. Más allá de la situación de hecho evocada anteriormente y ampliada día tras día por los medios de comunicación, y del encuadre normativo que le confieren los expertos en tanto que violación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, el Relator Especial querría llamar la atención sobre los aspectos más preocupantes que han marcado este debate, y que están vinculados a la pretensión de establecer límites al derecho internacional aplicable a estos detenidos a partir de la construcción de la figura del "enemigo combatiente". Como se ha señalado en el párrafo 18, según esta tesis,

las particularidades que definen a este tipo especial de enemigo implicarían su limitación o exclusión de las normas tuitivas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario.

33. No es la primera vez que en el debate sobre la aplicabilidad o no aplicabilidad de una u otra rama del derecho internacional se pretende excluir o limitar la aplicación de ambas. En prueba de ello, el autor remite a sus sucesivos informes en tanto que Relator Especial de la Subcomisión sobre derechos humanos y estado de excepción y, en particular, al documento E/CN.4/Sub.2/1997/19 en el que señala lo acontecido en América Latina, durante el decenio de 1970, cuando algunos gobiernos de facto argumentaban "en lo interno, que el país vivía un estado de guerra, sucia, no convencional que obligaba a las autoridades a suspender el ejercicio de los derechos humanos y [sostenían], en el orden internacional, que los convenios del derecho internacional humanitario no eran aplicables por no tratarse de un conflicto armado internacional, y menos aún de una guerra declarada. Se configuraba así una suerte de "no man's land" jurídico en el que todo estaba permitido, incluso los comportamientos más crueles y aberrantes y las violaciones más graves de los derechos humanos" (párr. 7.3).

34. Ante una situación como la actual, es imperativo reafirmar algunos principios básicos que gobiernan esta materia y que confieren una adecuada protección normativa de los derechos humanos en aquellas situaciones de conflicto o de violencia en las que el respeto del conjunto de los mismos se encuentra fuertemente amenazado:

- a) Si bien el derecho internacional de los derechos humanos acepta que en situaciones excepcionales pueda suspenderse el ejercicio de ciertos derechos, al mismo tiempo establece una serie de requisitos que obran a la manera de garantías jurídicas para la preservación de los más fundamentales y recobrar la normalidad. Estas garantías están vinculadas a la legalidad del estado de excepción, a las condiciones que rodean su declaración y comunicación, a la proporcionalidad y temporalidad de las medidas que se adopten, y a la intangibilidad absoluta de algunos derechos.
- b) Con respecto a los derechos intangibles, los órganos de supervisión internacional han establecido una sólida jurisprudencia en lo que atañe a aquellas garantías que, en todo momento y circunstancia, se deben respetar para no transgredir normas que regulan el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, que se encuentran contenidas en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el derecho a un debido proceso que en general se encuentran contenidas en los artículos 9 y 14 del Pacto.
- c) La intangibilidad o inderogabilidad de un derecho incluye la de las garantías judiciales reconocidas como indispensables para su ejercicio. Tal es lo que surge del texto mismo de la Convención Americana de Derechos Humanos y de lo señalado por el Comité de Derechos Humanos¹ cuando sostiene que "las garantías procesales nunca podrán ser objeto de medidas que, de alguna forma, socaven la protección de

¹ Salvo que se diga lo contrario, las citas que figuran en los apartados c) a h) provienen de la Observación general N° 29 del Comité de Derechos Humanos. Los subrayados son del Relator Especial.

los derechos que no son susceptibles de suspensión". Además, "el Comité opina que los recursos a que se refieren los párrafos 3 y 4 del artículo 9, interpretados juntos con el artículo 2, son inherentes al Pacto considerado en su conjunto, lo que le permite concluir que ningún Estado puede "apartarse del requisito de una revisión judicial efectiva de la detención" (CCPR/C/79/Add.93 [Israel], párr. 21). Dicho razonamiento es válido con respecto al recurso de hábeas corpus, que fue oportunamente defendido en el ya citado fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ratifica una larga tradición histórica de independencia de la justicia en este país.

- d) El derecho internacional humanitario, cuya vocación es la de regir en situaciones de conflicto, también prevé garantías mínimas en materia judicial.
- e) El principio que guía la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario no es el de exclusión o incompatibilidad sino el de armonización y complementariedad. Esto le ha permitido al Comité de Derechos Humanos interpretar que "como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción, tenga origen, por ejemplo, en graves perturbaciones internas, un conflicto armado interno o internacional, u otro tipo de situación que entrañe un peligro público.
- f) Para el Comité, "Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el fin de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que estos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto". En efecto, "a falta de esas garantías fundamentales, se estaría sencillamente ante una denegación de justicia".
- g) Reafirmando el principio que establece la compatibilización de ambas ramas del derecho internacional, el Comité también ha reiterado que "los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia".
- h) Al mismo tiempo, el Comité ha considerado que, más allá de la cuestión de si se encuentran, o no, tipificados los derechos no susceptibles de suspensión a los que se refiere el artículo 4 del Pacto, "toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", y "las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida son disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión".

- i) Reafirman este principio las interpretaciones formuladas por el Comité con respecto al párrafo 1 del artículo y el párrafo 2 del artículo 5 artículo del Pacto.

35. A modo de síntesis podría decirse que el carácter intangible de algunos derechos vinculados a una correcta administración de justicia y la complementariedad tuitiva de ambas ramas del derecho internacional surgen con toda claridad, tanto de las normas en vigor como de la interpretación conteste de los órganos de supervisión. Por lo tanto, no existe en el orden jurídico internacional vigente la posibilidad de sustraer a una persona de la aplicación de dichas normas. Esto es así con independencia de la calificación jurídica que se emplee: "enemigo combatiente", subversivo, terrorista, u otra. Tal es así que los propios tribunales americanos han reconocido al hábeas corpus su carácter intangible.

D. Proliferación del uso abusivo de la prisión preventiva sin garantías procesales

36. Invocando como doctrina la lucha contra el terrorismo e, incluso en ocasiones inspirándose en la figura del "enemigo combatiente", los gobiernos de muchos Estados han aprobado o reforzado instrumentos jurídicos que les otorgan unas prerrogativas en relación con la detención ajena a cualquier control judicial que, según el contexto, les sirven para encarcelar a sospechosos de terrorismo, opositores políticos, refugiados o solicitantes de asilo. Con el mismo fin, otros Estados utilizan ampliamente sus facultades en materia de detención ministerial, que la legislación (generalmente en materia de orden público o de seguridad nacional) les confiere, a pesar de las reiteradas peticiones que las Naciones Unidas han venido formulando a lo largo de los últimos 20 años para que renuncien a los medios jurídicos de este tipo, que son contrarios al derecho internacional al conferirles prerrogativas excepcionales sin necesidad de declarar el estado de excepción.

37. Por ejemplo, en Malasia sigue en vigor la muy controvertida Ley de 1960 sobre seguridad nacional, que permite que la policía detenga, sin orden de detención ni instrucción, a cualquier persona sospechosa de constituir una amenaza para la seguridad o la vida económica del Estado; la detención puede prolongarse durante 60 días; y pasado este plazo, el Ministerio del Interior, sin que intervenga el poder judicial, puede prorrogarla por otros 2 años, y renovarla así indefinidamente. En Nepal, a finales de octubre de 2004, el rey autorizó la detención y el encarcelamiento de sospechosos, sin cargos ni juicio, fuera de todo control judicial, hasta 12 meses. El Comité de Derechos Humanos criticó la definición de terrorismo incorporada por la ley egipcia y el hecho de que se hiciese comparecer a los sospechosos de terrorismo ante tribunales militares o tribunales especiales de emergencia, de los que dudó que respetaran los principios de un proceso justo. También criticó la Ley antiterrorista y sobre el delito y la seguridad (*Anti-Terrorism, Crime and Security Act*) de diciembre de 2001, que en el Reino Unido permite encarcelar, sin cargos ni juicio durante tiempo indefinido y sin posibilidad de recurso jurídico a ciudadanos no británicos sospechosos de terrorismo que no sea posible expulsar del país; las pruebas del caso son secretas y ni siquiera se comunican al sospechoso, que sólo puede disponer de un abogado de oficio. El 16 de diciembre de 2004, la Cámara de los Lores declaró que la prisión preventiva durante tiempo indefinido y sin juicio de los extranjeros sospechosos de llevar a cabo actividades terroristas era incompatible con la normativa europea

sobre derechos humanos. En la India, la Ley sobre prevención del terrorismo (*Prevention on Terrorism Act*) de mayo de 2002, incorpora una definición vaga de terrorismo, amplía las facultades de investigación del Estado y permite mantener en prisión a los sospechosos sin cargos ni juicio durante un período de hasta seis meses.

E. Recurso abusivo a la jurisdicción militar para enjuiciar a civiles

38. En sus resoluciones 2003/39 y 2004/32, la Comisión destacó que la integridad del sistema judicial debía observarse en todo momento, reiteró que toda persona tenía derecho a ser juzgada por un tribunal ordinario según los procedimientos previstos por ley y denunció la creación de tribunales que aplicaban procedimientos no conformes con la ley para privar de sus competencias a los tribunales ordinarios. La Comisión pidió a los Estados que hubieran creado tribunales militares o tribunales penales especiales que velaran por que esos tribunales, cuando así lo requiriera el derecho aplicable, formaran parte integrante del sistema judicial general y aplicaran los debidos procedimientos legales internacionalmente reconocidos en garantía de un juicio imparcial, en particular del derecho a recurrir contra la sentencia condenatoria y la pena impuesta.

39. En particular urge que se respeten estos requisitos en el caso de los detenidos en Guantánamo, el Iraq y el Afganistán, cuya situación se ha mencionado anteriormente. La misma urgencia se aplica al caso de los civiles encarcelados en varios otros países. Cabe destacar, por ejemplo, a este respecto las inquietudes expresadas por el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, así como las del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en relación con Belarús, donde los tribunales militares pueden juzgar a civiles e imponer penas equiparables a detención arbitraria, y la Ley antiterrorista aprobada el 13 de agosto de 1997 por el Pakistán, que otorga a la policía amplias facultades para practicar detenciones y que crea tribunales especiales contra el terrorismo, una ley completada mediante la ordenanza de 31 de enero de 2002, que establece nuevos tribunales, compuestos por un alto mando militar nombrado por el gobierno y por dos jueces civiles, para juzgar a los sospechosos de terrorismo.

40. El Relator acoge, en consecuencia, con especial satisfacción, i) las leyes aprobadas en Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, Italia, Nicaragua, el Paraguay, Portugal y Venezuela para limitar la competencia de los tribunales militares; ii) las medidas adoptadas en Bolivia, Colombia, Guatemala, Haití, el Perú, Nicaragua, Noruega y Venezuela a raíz de los dictámenes de los órganos creados en virtud de tratados y de varios procedimientos especiales de la Comisión que pidieron que se excluyeran las violaciones graves de los derechos humanos de la jurisdicción de los tribunales militares; y iii) la abrogación de la jurisdicción penal militar de Bélgica a comienzos de 2004.

41. A fin de ayudar a los Estados a ejercer la justicia militar en el respeto de las normas internacionales de derechos humanos, en la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se está estudiando un proyecto de principios (véase el documento E/CN.4/Sub.2/2004/7) para someter en breve a la Comisión una propuesta que obtenga el más amplio consenso posible. En este importante proceso normativo colaboraron varios expertos de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y miembros de los distintos sistemas de jurisdicción militar.

F. Repercusiones en otros derechos humanos de la lucha contra el terrorismo y de las medidas adoptadas por motivos de seguridad nacional

42. Alegando la lucha contra el terrorismo o motivos de seguridad no sólo se privó al poder judicial del control de las detenciones. Numerosos Estados restringieron el ejercicio de toda una serie de derechos y libertades fundamentales. Por ejemplo:

a) Libertad de opinión y de expresión, derecho al respeto de la intimidad, en particular de la confidencialidad de las comunicaciones privadas

En Colombia, por ejemplo, la Ley antiterrorista aprobada a finales de 2003 autoriza al ejército a realizar sin mandamiento judicial registros de personas, escuchas telefónicas y controles de la correspondencia privada (véase el documento E/CN.4/2004/64/Add.3); el 30 de agosto de 2004, el Tribunal Constitucional declaró esta reforma inconstitucional.

b) Libertad de asociación, de reunión y de manifestación

En Egipto, por ejemplo, se prorrogó al parecer otros tres años la Ley sobre el estado de excepción N° 162 (1958) que prohíbe las huelgas, las manifestaciones y las reuniones en lugares públicos.

c) Derechos de los refugiados y los solicitantes de asilo

El Comité de Derechos humanos ha observado, por ejemplo, que en Suecia y en Nueva Zelanda las nuevas leyes y prácticas aplicadas a los solicitantes de asilo sospechosos de terrorismo suprimen cualquier mecanismo de control en relación con su expulsión.

IV. LA JUSTICIA EN PERÍODO DE TRANSICIÓN

A. Un reto complicado

43. El poder judicial también se enfrenta a enormes retos cuando el conflicto que aflige a un país -sea armado, político, económico, institucional, o todo ello a la vez- está en vías de resolución y cuando se prepara la transición hacia la democracia y la reconstrucción de las instituciones. Son muchos los problemas que se han de resolver; grandes los riesgos de involución e inmensas las dificultades para reconstruir un nuevo futuro. Cada país imprime un carácter propio a su transición, esforzándose, a pesar de la complejidad de la crisis, por curar sus heridas a su manera y recurriendo a las instituciones de que dispone. Según el contexto, el gobierno correspondiente trata de realizar transformaciones inmediatas o, por el contrario, entiende que se irán produciendo con el tiempo porque aún están muy presentes los factores y los protagonistas de los pasados disturbios. En ningún caso resulta fácil impulsar el proceso reforzando al mismo tiempo las instituciones, y a un ritmo que no amenace su puesta en práctica que suponga un paso atrás.

44. En el ámbito de la justicia, los problemas más urgentes son luchar contra la impunidad, restablecer la verdad, juzgar y castigar a los responsables y ofrecer reparación e indemnizar a las víctimas. Pero las nuevas autoridades pueden tropezar con dilemas. Por ejemplo, ¿cómo hacer que juzguen a los criminales los jueces que ellos mismos nombraron y cuándo el régimen anterior ha aprobado una ley de autoamnistía aplicable a las violaciones de los derechos humanos? Así pues, una de las prioridades del Estado en transición puede ser el saneamiento del poder judicial para que recobre su legitimidad, su independencia y su imparcialidad y, por ende, su credibilidad pública. Ante la amplitud de las violaciones y según el contexto, el Estado puede optar también por establecer un mecanismo parajudicial de verdad y reconciliación, que complemente los procedimientos judiciales, o acordar con las Naciones Unidas la creación de un tribunal mixto, como el establecido para Sierra Leona.

B. Saneamiento y reconstrucción del poder judicial

45. Aunque pueda estar muy desacreditado por haber servido al régimen anterior, el poder judicial es la institución a la que pueden recurrir las víctimas y de la que tienen derecho a esperar verdad y justicia. Para que pueda cumplir esta misión, el Estado casi siempre se ve obligado a revisar el sistema de nombramiento y de dimisión de jueces, principalmente los del Tribunal Supremo, porque a éste incumbe en última instancia la responsabilidad de hacer respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales y de preservar el Estado de Derecho. Al hacerlo, el Estado debe entonces tener presentes al menos dos hechos: i) la crisis de legitimidad del poder judicial no suele limitarse a la única cuestión de la composición del Tribunal Supremo, que sólo es el signo más evidente; y ii) la destitución de los miembros más desacreditados de esta institución debe realizarse sin entrar en conflicto con la ley. En función de los países, la destitución puede significar una expulsión pura y simple, o bien los jueces y asesores afectados tienen que someterse a un nuevo proceso de selección basado en criterios recién instaurados: en ambos casos existe la posibilidad de que se produzcan abusos y ajustes de cuentas, y el Estado debe hacer todo lo posible por impedirlo, aunque sólo sea para evitar que se reproduzca la situación anterior y para que la justicia mejore en autoridad y credibilidad. Prácticas de depuración judicial sin la observancia de los estándares internacionales sobre un juicio justo y los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, antes que fortalecer el aparato judicial pueden contribuir a socavar el poder judicial. Asimismo, resulta de peculiar importancia la jurisprudencia de los órganos de tratados de derechos humanos, tanto en el plano universal (Comité de Derechos Humanos) como regional (Corte Interamericana de Derechos Humanos), en esta materia.

C. Lucha contra la impunidad

46. En las situaciones posteriores a los conflictos, cuando la vida pública está dominada por la exigencia de verdad y justicia, no es raro que las nuevas autoridades reciban en herencia leyes o decretos de autoamnistía aprobados por los responsables de las violaciones de los derechos humanos y que se encuentren entonces ante el reto de anularlas sin exponer a la población a la violencia de quienes se beneficiaban de ellas. Estas nuevas autoridades pueden verse a su vez tentadas de lograr una paz civil inmediata a expensas de la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos y de la reparación moral y la indemnización material de las víctimas, lo que entraña el grave riesgo de establecer la impunidad sistemática.

47. En su Observación general N° 20 acerca del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos dice: "El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible" (párr. 15). Por otra parte, ya no se tolera que se conceda, merced a una interpretación en sentido amplio del párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, una amnistía por delitos internacionales graves cometidos en el contexto de conflictos internos.

48. Algunos tribunales nacionales y regionales defienden que la impunidad derivada de leyes de amnistía es rechazable, según concluye el estudio sobre la impunidad presentado a la Comisión por la Sra. Orentlicher (E/CN.4/2004/88) y según ponen de manifiesto algunos hechos recientes. Así por ejemplo, la Argentina, Chile y Polonia han abrogado las leyes de amnistía promulgadas por el régimen autoritario o durante la transición, que infringían sus obligaciones internacionales. La Argentina y el Uruguay han enmendado su Código Civil para permitir que la administración expida certificados de "desaparición forzada" con el fin de que los parientes de las víctimas puedan liquidar los asuntos de la persona desaparecida sin tener que solicitar un certificado de "presunta defunción", trámite moralmente inaceptable para muchos. Varias decisiones recientes han confirmado la incompatibilidad de las medidas de amnistía con la obligación de los Estados de castigar los delitos graves punibles según el derecho internacional. En el estudio citado anteriormente se hace referencia a la jurisprudencia constante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con las medidas de amnistía; a una decisión de 1998 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia relativa a delitos como la tortura; a una decisión de 2002 del Tribunal de Casación de Francia que confirmó la competencia de la justicia francesa a pesar de la amnistía proclamada en Mauritania en 1993; y a la decisión de la justicia española por la que se confirmaba la competencia de España en la investigación penal acerca del ex Presidente de Chile Augusto Pinochet, a pesar la de Ley de autoamnistía de 1978. En Chile, el poder judicial retiró por tres veces la inmunidad de que goza el general Pinochet, lo que permitió entablar diligencias contra él por violaciones graves de los derechos humanos, y está estudiando retirársela en relación con una malversación masiva de fondos públicos. La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona ha afirmado recientemente que es "una norma cristalizada del derecho internacional que un gobierno no puede conceder amnistía para serios crímenes bajo derecho internacional". El Comité de Derechos Humanos ha considerado que aquellas medidas que permiten la impunidad de los autores de graves violaciones a los derechos humanos, que impiden que los hechos sean investigados, que los autores sean procesados y sancionados y/o las víctimas y sus familiares dispongan de un recurso efectivo y obtengan reparación son incompatibles con las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así lo ha expresado el Comité al examinar legislaciones que otorgan amnistía o indultos por graves violaciones de derechos humanos en la Argentina, Chile, el Salvador, Francia, Haití, Líbano, el Níger, el Perú, el Senegal, la República del Congo, la República de Croacia, el Uruguay y el Yemen. El Comité contra la Tortura ha considerado que las leyes de amnistía y medidas similares que permiten

dejar en la impunidad a los autores de actos de tortura son contrarias al espíritu y letra de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y lo ha reiterado en sus observaciones finales a la Argentina, Azerbaiyán, Kirguistán, el Perú y el Senegal.

D. Restaurar la verdad y garantizar la justicia, la reparación y la indemnización a las víctimas

49. La exigencia de verdad, justicia y reconciliación con que se enfrenta el Estado en un período de transición ha generado situaciones diversas. El Estado debe confiar a la justicia ordinaria la misión de juzgar a los principales responsables de violaciones patentes y masivas de los derechos humanos: así hizo, por ejemplo, la Argentina en 1984. Puede crear una entidad parajudicial, como una comisión de verdad y reconciliación, al igual que hicieron Sudáfrica y otros 30 países. Estas dos medidas pueden adoptarse de manera simultánea o consecutiva, como sucedió, por ejemplo, en la Argentina, el Perú, Sierra Leona y Timor-Leste. Sin embargo, los plazos de adopción de una u otra medida pueden variar considerablemente. Por ejemplo, la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura en Chile entre 1973 y 1990 fue creada por el Presidente Lagos 30 años después de los hechos; y el 28 de noviembre de 2004 presentó un informe basado en 35.000 testimonios.

50. En los períodos posteriores a un conflicto o de transición, no se puede evaluar la independencia de los jueces únicamente en función de las sentencias que pronuncian, ni la de los fiscales por la manera en que fundamentan la acusación. Existen otros factores como la organización institucional y el grado de independencia financiera del poder judicial, la naturaleza del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal que se aplican, el tipo de información de los jueces y fiscales, la logística de que disponen, etc. En consecuencia, la independencia del poder judicial se verá muy reforzada si las actuaciones tendentes a averiguar la verdad y juzgar a los culpables van acompañadas de un esfuerzo constante y coherente por instaurar un sistema legal y judicial basado precisamente en los principios de independencia e imparcialidad. De hecho, el Estado que atraviesa una crisis o sale de ella, no sólo debe garantizar la sanción judicial de violaciones concretas, sino examinar el conjunto del sistema judicial y su funcionamiento para velar por que sea compatible con las normas internacionales de derechos humanos. En este sentido, el Gobierno a veces debe dismantelar todo el aparato jurídico e institucional de carácter represivo establecido por el régimen anterior.

51. En una situación de transición, la buena administración de la justicia también puede verse obstaculizada por limitaciones económicas, sociales y culturales, o por falta de criterios claros en materia de género, delincuencia de menores o minorías, que limitan el acceso a la justicia de ciertos sectores de la población. También pueden minarla otras carencias, por ejemplo, i) la falta de mecanismos de protección de testigos; ii) la falta de un marco jurídico que proteja a los abogados defensores de acusados de violación; iii) la indefinición de las funciones, las competencias y las inmunidades de quienes componen una comisión de la verdad, un tribunal o un órgano de control y de saneamiento del poder judicial; iv) la falta de base jurídica para castigar algunas violaciones de los derechos humanos, como la desaparición forzada de personas; v) la brevedad de los plazos de prescripción de los delitos; vi) en el caso de un órgano de control y asesoramiento del poder judicial en el marco de una misión de paz, la falta de un mecanismo de auditoría de dicho órgano.

52. En cuanto a las comisiones de la verdad y la reconciliación son esenciales el origen, el alcance y la duración de su mandato; las personas designadas para formar parte de ellas; los procedimientos aplicados y los recursos materiales de que disponen. Su labor no sustituye en ningún caso la de un organismo judicial y nunca debería excluirla: en este sentido, es importante prever todas las garantías posibles para que la Comisión funcione de manera objetiva y para que sus procedimientos y su informe final faciliten, y no obstaculicen, una futura acción judicial.

53. Con sus características propias, hay muchas situaciones nacionales que prueban la vigencia de las cuestiones expuestas. Por ejemplo, respecto del Afganistán, el informe A/59/370 (véase el párrafo 27 *supra*) plantea la necesidad de establecer una estrategia provisional de administración de la justicia durante la transición y, al mismo tiempo, la de construir un sistema judicial laico debidamente institucionalizado, teniendo en cuenta al mismo tiempo la tradición. En el caso del Iraq, el hecho de que se perpetúe la situación de violencia no facilita en nada la reconstrucción del sistema judicial, para que éste por fin funcione de acuerdo con las normas internacionales. En cuanto a las disposiciones adoptadas para enjuiciar a Saddam Hussein y a los principales responsables del régimen anterior, existe un grave riesgo de que se traduzcan en una sentencia fruto de un proceso no ajustado a dichas normas.

E. Buenas prácticas e instrumentos que pueden facilitar la labor de las nuevas autoridades

54. Las dificultades citadas explican que se haya hecho lo posible por identificar las mejores prácticas derivadas de la experiencia y los conocimientos adquiridos por un número importante de Estados y por las Naciones Unidas en el marco de sus operaciones de mantenimiento de la paz y en los tribunales internacionales. El objetivo consiste en ofrecer posibles respuestas a una amplia gama de situaciones, cada una con sus características específicas.

55. Basándose en el informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, de fecha 23 de agosto de 2004 (S/2004/616), el Consejo de Seguridad comenzó a definir normas susceptibles de servir de referencia en el futuro. Además, una reunión de expertos reflexionó sobre los medios para fomentar la capacidad del Alto Comisionado en materia de justicia de transición y deliberó sobre la preparación de un *Operational manual for practical use by field missions and transitional administrations in post-conflict States*.

56. Experiencias como la de Angola o las actuales en Timor-Leste y la República Democrática del Congo podrían orientar procesos de refundación del Estado de Derecho y de reconstrucción de la administración de la justicia. El Relator Especial se propone profundizar en este tema con miras a su próximo informe.

F. La Corte Penal Internacional

57. Es imposible referirse a la justicia del período posterior al conflicto sin señalar la extraordinaria repercusión que ha tenido la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), para la que el año 2004 fue rico en acontecimientos. En el plano estructural, es de destacar: i) la adhesión al Estatuto de Roma de cinco nuevos Estados, a pesar de la continua oposición de algunos otros; ii) la entrada en vigor, en julio, del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional; iii) la instalación en La Haya, en septiembre, de la secretaría de

la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma y de la CPI; iv) la firma, el 4 de octubre, del acuerdo que determina las bases jurídicas de la cooperación entre la CPI y las Naciones Unidas. Además, la CPI ya tiene ante sí dos casos. Habiendo recibido una carta de remisión del Presidente Museveni, el Fiscal de la CPI abrió el 29 de enero de 2004 una investigación sobre presuntos delitos, previstos en la competencia de la Corte, cometidos en Uganda desde el 1º de julio de 2002 (fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma) y atribuidos al Ejército de Resistencia del Señor. El 19 de abril, a solicitud del Presidente Kabila, el fiscal abrió una investigación sobre presuntos delitos bajo la jurisdicción de la Corte cometidos en la República Democrática del Congo, especialmente en Ituri, desde el 1º de julio de 2002. En palabras del fiscal, la apertura de estas investigaciones "constituye un gran paso para la justicia internacional, la lucha contra la impunidad y la protección de las víctimas".

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La lucha contra el terrorismo y el respeto del derecho internacional

58. La comunidad internacional condena unánimemente el terrorismo. No obstante, transcurridos tres años y medio desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, ante el recrudecimiento de este fenómeno y las consecuencias de las normas y prácticas aplicadas por ciertos Estados, cabe preguntarse de qué manera se debe actuar para combatirlo protegiendo los logros conseguidos por el derecho internacional en los últimos 60 años. En efecto, en el pasado y en la actualidad abundan las pruebas de que cada vez que los Estados utilizan de manera selectiva las normas del derecho internacional siguiendo criterios subjetivos de eficacia y oportunidad, por más loable y justificado que sea el objetivo que persiguen, abren la puerta a graves abusos que erosionan los cimientos del Estado de Derecho.

59. Según ilustran los hechos anteriormente expuestos, las leyes y las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo o mantener la seguridad pueden entrañar consecuencias gravísimas para el respeto de la integridad de las personas detenidas y su derecho a ser juzgadas por un tribunal independiente e imparcial establecido por ley. No sólo se constatan desviaciones de las normas de derecho cuando se han declarado oficialmente un conflicto armado y/o el estado de excepción, sino también en otras situaciones. De ello se derivan profundas transformaciones: i) de la legislación penal básica, en lo que se refiere a la calificación de las personas, las infracciones y la escala de penas; ii) de procedimiento, que afectan al recurso de hábeas corpus y las garantías de un proceso justo; y iii) de las normas de competencia jurisdiccional, con recurso a tribunales militares o de excepción, o a instancias extrajudiciales.

60. Así pues, se asiste a una regresión del principio de legalidad que puede conllevar una auténtica mutación del Estado de Derecho en la medida en que, como ponen de manifiesto las tareas de los órganos creados en virtud de tratados y de varios procedimientos especiales de la Comisión, se constatan consecuencias sobre el ejercicio de otros derechos (por ejemplo, la libertad de opinión y de expresión, el derecho de reunión y de asociación, el derecho de huelga o el derecho al respeto de la intimidad) y que los efectos se extienden a categorías generales de personas (por ejemplo, los inmigrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo y, a veces, a los opositores políticos y las minorías).

61. Ante esta situación, es fundamental que la Comisión reafirme los principios que rigen la protección de los derechos humanos en situaciones de crisis y ante la violencia terrorista desatada que afecta a la población civil.

62. Autorizar a los Estados a que suspendan ciertos derechos no supone permitir la arbitrariedad. Por el contrario, el Estado de Derecho ha previsto una figura jurídica -el estado de excepción- regida por una serie de exigencias y principios internacionales que sirven de garantía, que permite a los Estados hacer frente a cualquier tipo de situación excepcional sin menoscabo de sus obligaciones ni del Estado de Derecho. Según se expuso en el párrafo 34, no valen excusas de hecho o de derecho para sustraer a una persona, sean cuales sean sus particularidades, de la aplicación de las normas de derecho internacional vigentes. Actuar de otra forma supone negar una de las conquistas más importantes obtenidas por el derecho internacional en estos últimos 60 años.

63. Según reafirmó la comunidad internacional, no hay incompatibilidad alguna entre la lucha contra el terrorismo o la salvaguardia de la seguridad nacional y la aplicación de la normativa internacional sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Antes al contrario, la aplicación de estas normas, que son complementarias, es la única vía posible para afrontar las amenazas terroristas y para velar por la seguridad.

64. Así pues, es indispensable que la Comisión siga atentamente la cuestión de la independencia de los jueces y los abogados y que reafirme el derecho de todos los sospechosos, independientemente del motivo de su detención, de su nacionalidad y de su lugar de detención, a que se respete su integridad física y moral, a disponer de un abogado de su elección y a ser sometidos a un proceso justo ante un tribunal independiente e imparcial establecido por ley. Asimismo debe exigir que no se mantenga detenido a ningún sospechoso sin protección de una autoridad judicial y, en los casos a que se refiere la petición realizada en junio de 2004 por los procedimientos especiales, que los cuatro Relatores Especiales nombrados puedan cumplir rápida y plenamente la misión que se les ha confiado.

Complementariedad de las labores de las Naciones Unidas

65. Varias labores tienen carácter complementario. El Relator destaca especialmente:

En cuanto al terrorismo, el inventario de los trabajos de los órganos y los procedimientos especiales de derechos humanos que figura en el estudio del Alto Comisionado sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (A/59/428) y el informe presentado por el experto independiente Robert Goldman (E/CN.4/2005/103) en el marco del mandato establecido por la Comisión en su resolución 2004/87. La Comisión debería prever un procedimiento especial para velar por que las medidas antiterroristas o en materia de seguridad, ya adoptadas o anunciadas, sean compatibles con las normas de derecho internacional vigentes.

En relación con el cada vez más frecuente recurso abusivo a la justicia militar, los trabajos en curso en el seno de la Subcomisión para dar los últimos retoques a los principios sobre la buena administración de la justicia militar. Urge finalizar este proceso, en la medida en que, según solicitó la Comisión en su resolución 2004/32, éste responde al concepto fundamental de "unidad de la justicia" y tiene por objeto pues preservar la integridad del sistema judicial.

Ante las formas y modalidades de detención mencionadas anteriormente, las consideraciones del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria enumeradas en su informe E/CN.4/2005/6.

En cuanto a la impunidad, las recomendaciones formuladas por la experta independiente en el estudio E/CN.4/2004/88, especialmente la de actualizar el proyecto de principios presentado en 1997 a la Comisión por Louis Joinet, la de velar por que se conserven los archivos documentales relativos a las violaciones de los derechos humanos y la de legislar sobre la puesta de dichos archivos a disposición del público, lo que permitiría realizar grandes avances en la lucha contra la impunidad.

En cuanto a las víctimas, los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones [manifiestas] de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones [graves] del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (E/CN.4/2004/57, apéndice I).

66. La iniciativa del Comité de Derechos Humanos de revisar su Observación general N° 13 relativa al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es muy oportuna. El Relator Especial queda a disposición del Comité y le alienta a examinar las cuestiones relativas a: i) la justicia militar a la luz de los principios que se están preparando en la Subcomisión; ii) el derecho a un proceso justo de las personas en situación de extrema pobreza, de minorías, de poblaciones indígenas y de grupos especialmente vulnerables de la sociedad como los impedidos y las personas internadas en hospitales psiquiátricos.

La justicia en los períodos posteriores a los conflictos y de transición

67. La Comisión debe contribuir activamente a los trabajos sobre la justicia en período de transición, que consisten en recurrir a la experiencia adquirida por los Estados y las Naciones Unidas en el curso de los últimos decenios para crear instrumentos y referencias que puedan ayudar a los Estados que inician la transición a responder a los retos que se les plantean. Es sumamente importante elaborar tales instrumentos, teniendo en cuenta el carácter único y complejo de cada situación nacional de transición, y el Relator Especial volverá a tratar esta cuestión. También volverá a abordar la función de la Corte Penal Internacional que, en calidad de jurisdicción complementaria y no excluyente de la justicia nacional, ofrece la ventaja de poder realizar investigaciones, perseguir y juzgar a las personas en las que recae la principal responsabilidad de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y actos de genocidio, cuando las autoridades nacionales no puedan o se nieguen a hacerlo.

La pena capital

68. El Relator Especial propugna la ratificación universal del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte. Además acoge con satisfacción las nuevas disposiciones del Código Penal de Turquía que ya no prevén esta pena y los avances alentadores conseguidos en este sentido por Kazajstán y otros Estados.

La formación de los jueces y los abogados

69. El contenido del presente informe muestra hasta qué punto se necesitan, para la buena administración de la justicia, jueces, abogados y fiscales que dispongan de una sólida formación jurídica -incluida la formación en el empleo- que tenga en cuenta los últimos avances del derecho y la jurisprudencia nacionales y que incluya: i) las normas y principios internacionales de derechos humanos, incluidos los que están en curso de elaboración y los relativos a la justicia, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados; ii) el derecho penal internacional; y iii) los principios de deontología tanto nacionales como internacionales.

70. Dicha formación debe incluir necesariamente la jurisprudencia internacional relativa a las circunstancias en que los delitos sexuales, como la violación, pueden calificarse de delitos internacionales y, en general, una sensibilización respecto de las cuestiones de género que, entre otras cosas, facilitaría el acceso de las mujeres a las funciones judiciales en igualdad de condiciones que los hombres. Ello dista de ser la norma, y no solamente en los países donde siguen perpetrándose "delitos de honor".

Los mecanismos de cooperación con los Estados

71. Las misiones ofrecen la posibilidad de mantener un diálogo flexible y provechoso y pueden propiciar avances decisivos. Así pues, sería conveniente examinar la posibilidad de flexibilizar la aplicación de las normas vigentes, que limitan su número a dos por año.

72. Otros instrumentos para lograr avances provechosos pueden ser los llamamientos urgentes y el procedimiento de intercambio con los Estados acerca de las denuncias, tal como se ha visto en las medidas adoptadas por el Presidente de la República italiana atendiendo al llamamiento dirigido por el Relator Especial en relación con el proyecto de reforma de la judicatura de ese país (véase el comunicado de prensa de las Naciones Unidas de 17 de diciembre de 2004).

73. En cuanto a los servicios de asesoramiento y asistencia, sería oportuno abrir un período de reflexión con los Estados beneficiarios y las asociaciones de jueces y abogados, para extraer las enseñanzas atesoradas en decenios de experiencia y definir estrategias de cara al futuro.

74. Las asociaciones de jueces y de abogados pueden desempeñar su función en lo tocante a garantizar la independencia del poder judicial, algo que debe fomentarse en todo momento; en períodos de transición, pueden ser -también para las Naciones Unidas y las demás instituciones internacionales- fuentes muy productivas de reflexión y de asesoramiento.
