

Capítulo VII

El derecho al debido proceso

CÉSAR LANDA ARROYO

*Profesor principal de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Antiguo Presidente del Tribunal Constitucional*

CORAL ARANGÜENA FANEGO

Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Valladolid

EDUARDO FERRER MC-GREGOR

*Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
Magistrado de la Corte IDH*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DERECHO AL PROCESO EQUITATIVO O PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS. 2.1. *Noción de debido proceso*. 2.1.1. Concepto. 2.1.2. Naturaleza. 2.1.3. Alcance. 3. GARANTÍAS MÍNIMAS DEL DEBIDO PROCESO. 3.1. *Acceso a la justicia*. 3.1.1. El derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz. 3.1.2. Plazo razonable. 3.2. *Garantías en relación con el derecho de defensa*. 4. INDEROGABILIDAD DEL DEBIDO PROCESO EN ESTADOS DE EMERGENCIA. 5. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Tras la segunda mitad del siglo XX se han producido dos fenómenos: por un lado, la extensión del derecho internacional a territorios diversos ha dado lugar a la creación de distintas jurisdicciones que tienen como misión asegurar la efectividad de los derechos humanos; y, por otro lado, la progresiva creación de tribunales constitucionales y la expansión de la justicia constitucional, encargada de tutelar los derechos fundamentales y controlar los excesos del poder a nivel nacional. El riesgo de fragmentación del derecho que esta doble extensión entraña puede solucionarse, como se apunta desde la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (Informe de su 58ª sesión de 2006) mediante la aplicación del «principio de armonización», según el cual

cuando distintas normas han regulado una misma cuestión, en la medida de lo posible conviene interpretarlas de manera que resulte un conjunto unitario de obligaciones compatibles, siempre a favor de la persona humana

Lo que significa que el derecho internacional y el derecho constitucional se inscriben en esta especie de «globalización del derecho», en la que distintas entidades judiciales que aplican instrumentos diversos se pronuncian sobre cuestiones relativas a derechos fundamentales. Y así se observa, evidentemente, en la actuación de órganos especializados como las instituciones de los Sistemas Interamericano y Europeo de Protección de los Derechos Humanos (VON BOGDANDY y HERDEGEN).

Resulta todo un reto, a estos efectos, examinar la interpretación llevada a cabo por estos órganos sobre el derecho al debido proceso o proceso justo y el haz de garantías que comporta. El derecho al debido proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos constituye el derecho invocado con mayor intensidad en los dos sistemas de protección de derechos humanos, habiendo generado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) una tan rica como casi inabarcable jurisprudencia, mientras que en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha estado subordinada a la demanda de protección de derechos humanos sustantivos (HUERTA y QUISPE).

Téngase en cuenta que tanto uno como otro precepto recogen en su seno un amplio catálogo de derechos y garantías procesales con el que pretenden materializar el núcleo irreductible, la trama esencial que sustenta la relación entre los ciudadanos y el Poder Judicial en un Estado democrático de Derecho. Se trata en su mayor parte de conceptos dinámicos, que requieren una permanente adaptación, lo cual explica también la frecuencia de demandas denunciando su vulneración ante los Tribunales supranacionales por defecto de los Tribunales nacionales, sin que hasta el momento se haya detectado una desaceleración en la incidencia del precepto.

Tal amplitud hace conveniente circunscribir nuestro análisis a aquellos aspectos en los que el diálogo entre los tribunales ha resultado especialmente fluido, entendiéndose por tal tanto la coincidencia más o menos clara en la definición de las categorías de derechos, e incluso el uso selectivo por un tribunal de la jurisprudencia del otro, deteniéndonos en la problemática específica que comporta algunos institutos principa-

les del debido proceso y, en particular, de las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, según ha sido reflejada en la jurisprudencia de la Corte IDH y en la jurisprudencia del TEDH.

2. EL DERECHO AL PROCESO EQUITATIVO O PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

El Convenio Europeo y la Convención Americana consagran en sus artículos 6 y 8, respectivamente, el derecho a un proceso equitativo o proceso con todas las garantías cuya efectividad, además, se refuerza con la obligación del Estado de asegurar su protección eficaz mediante el derecho a un recurso efectivo (arts. 13 CEDH y 25 CADH).

La garantía del proceso equitativo es consustancial al espíritu de ambas Convenciones puesto que tienen por objeto la protección de derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos, en gráfica expresión del TEDH, caso *Airey contra Irlanda*, de 9 de octubre de 1979. De ahí la importancia de estos preceptos, inspirados en los artículos 10 y 11 § 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que comprenden el conjunto de garantías procesales destinadas a reforzar los mecanismos de salvaguardia de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios; cuya importancia se pone de relieve al ser las disposiciones más invocadas ante sus respectivos Tribunales.

La CADH establece que a toda persona le corresponde contar con garantías judiciales en todo proceso en el que deba intervenir (artículo 8); y, para tal efecto, el Estado debe asegurar su protección judicial (artículo 25), de modo paralelo a lo que para Europa garantiza el Convenio en su artículo 6 que consagra el derecho al proceso equitativo o con todas las garantías. En ese entendido, a la luz de los principios de progresividad y no regresión, interdependencia, igualdad y ejecutividad, entre otros, ambos Tribunales han otorgado una naturaleza expansiva a los derechos humanos involucrados en todo proceso o procedimiento.

2.1. NOCIÓN DE DEBIDO PROCESO

El Convenio Europeo en su artículo 6 emplea la expresión de derecho a un proceso equitativo para referirse al derecho subjetivo que cada ciudadano –nacional, extranjero, persona física o, con algún matiz, persona jurídica– ostenta frente al Estado, a un proceso debido o proceso justo con todas las garantías.

Por su parte, si bien la Convención Americana utiliza el concepto de

Garantías Judiciales, el desarrollo dogmático y jurisprudencial en materia procesal ha llevado a la Corte IDH a interpretarlo como referido a las garantías procesales, o también en el sentido del derecho al debido proceso legal. Dicho concepto, a pesar de su innegable origen anglosajón *-due process of law-*, ha sido incorporado en las Constituciones, legislación y doctrina jurídica interamericanas como un principio/derecho que comprende una serie de contenidos que requieren, por su relevancia, ser identificados a partir de la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH.

La estructura de ambos artículos, de extenso y complejo contenido es, sustancialmente, semejante y se aprecia en ellos dos partes claramente diferenciadas: un primer apartado que enuncia en los dos textos convencionales los principios del proceso equitativo tanto en materia civil como penal y donde se entremezclan exigencias básicamente orgánicas (derecho al juez legal, independiente e imparcial) con otras procesales (igualdad de armas, duración razonable del proceso), mientras que los restantes apartados se detienen en las garantías que deben acompañar a todo inculcado en un proceso penal para cumplir con las exigencias del proceso equitativo.

2.1.1. Concepto

El debido proceso es un derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales, con la finalidad de proteger a las personas y asegurar la justicia. Esta última, a su vez, es una fuente de la cual emana un conjunto de derechos procesales que no se agotan en la norma, sino en la interpretación que se haga de la misma en casos concretos.

2.1.2. Naturaleza

El concepto de debido proceso y las garantías procesales que lo integran, se pueden articular a partir de tres instituciones procesales: la acción, la jurisdicción y el proceso.

El punto de partida para que pueda cumplirse el derecho al debido proceso, es la garantía de acceso a los Tribunales de justicia, para solicitar ante ellos la tutela de derechos e intereses legítimos a través de un pronunciamiento jurisdiccional fundado. El debido proceso no es concebible fuera del rogado desarrollo jurisdiccional; por ello precisa, necesariamente, el reconocimiento previo del derecho de acción entendido como derecho a la tutela judicial efectiva, o derecho a acudir a los Tribunales y lograr una decisión jurisdiccional oportuna con arreglo a la ley,

que está integrado en el contenido del artículo 6.1, según declaró tempranamente el TEDH en el caso **Golder contra Reino Unido**, de 21 de febrero de 1975, así como también se encuentra desarrollado por la Corte IDH, a partir del artículo 8.1 de la CADH, en el caso **Bayarri vs. Argentina**, de 30 de octubre de 2008, y, en la jurisprudencia del caso **Cantos versus Argentina** de 28 de noviembre de 2002; caso **Escué Zapata vs. Colombia**, de 4 de julio de 2007; caso **Cantoral Huamaní y García Cruz vs. Perú**, de 10 de julio de 2007; y caso **Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos**, de 23 de noviembre de 2009, entre otros.

Los dos preceptos citados, asimismo, comprenden y determinan en su primer apartado algunos de los componentes esenciales de la jurisdicción al citar expresamente la independencia e imparcialidad de los tribunales y de sus miembros y explicitar la garantía del juez legal o natural (juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley).

Finalmente se incluyen en los preceptos referidos, algunos de los contenidos básicos del que constituye ciertamente en ellos la noción de preferente atención: el proceso, enunciando en este apartado y los que le siguen sus componentes esenciales (principio de contradicción, igualdad de armas, publicidad, plazo razonable), dedicando una particular atención a las partes en el proceso penal: presunción de inocencia, derecho a ser informado con carácter previo de la acusación y con el tiempo suficiente para articular la defensa, a hacer comparecer e interrogar a los testigos, etc.

En suma, el debido proceso tiene la naturaleza de un principio jurídico dentro del cual cabe reconocer nuevos derechos e institutos procesales; pero es también un derecho concreto exigible en todos los procesos y procedimientos.

2.1.3. Alcance

La *vis expansiva* del debido proceso le ha otorgado legitimidad y eficacia a la protección de los derechos humanos. En este sentido, tan legítimo es el debido proceso, como principio y como derecho, que es el derecho humano más demandado ante el Sistema Interamericano y ante el Sistema Europeo, ya sea directamente o incidentalmente; es decir, a partir de la demanda de violación de otros derechos.

Pero, en el caso americano la legitimidad reposa siempre en las personas naturales, más no en las personas jurídicas; a pesar que el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos lo permite; no obstante, si bien admiten demandas de los pueblos indígenas, éstas se procesan a título personal de sus líderes, aunque la tutela de sus derechos recaiga sobre toda la colectividad (**caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua**, de 31 de agosto de 2001, **Comunidad indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay**, de 29 de marzo de 2006; **caso Xakmók Kásek contra Paraguay**, de 24 de agosto de 2010).

Mientras que la legitimidad en el Sistema Europeo recae no solo en la persona natural, sino que la jurisprudencia del TEDH ha consagrado la legitimación para demandar de las personas jurídicas, privadas o públicas (**caso Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania**, de 20 de noviembre de 1989; **caso Otto-Preminger-Institut contra Austria** de 20 de septiembre de 1992, y; el **caso Wingrove contra el Reino Unido** de 25 de noviembre de 1996).

Lo previamente explicado no hace más que reafirmar la importancia del debido proceso, ya que en su esencia exige no sólo respeto del procedimiento legal prediseñado, sino que su observancia también implica el respeto de un conjunto de derechos y principios tales como: el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la información previa sobre el contenido de la acusación, el derecho de defensa, el derecho a un proceso público, el derecho a la libertad probatoria, el derecho a declarar libremente, el derecho a la cosa juzgada, entre otros; los mismos que se encuentran involucrados en cada una de las etapas del análisis y resolución de un proceso judicial (demanda o acusación, defensa, prueba y sentencia).

Los artículos 6.1 CEDH y 8.1 CADH contienen, según se ha dicho, una serie de garantías propias de una buena administración de justicia que se aplican tanto en materia civil como penal y que al ser reconocidas a «toda persona», extienden su protección tanto a las personas físicas como a las morales o jurídicas, así como a los extranjeros y apátridas sometidos a la jurisdicción de cualquiera de los Estados. Una primera garantía, implícita, se refiere al derecho de acceso a un Tribunal, mientras que las restantes, explícitamente formuladas, se refieren a las exigencias que deben rodear al tribunal (establecimiento por la ley, independencia e imparcialidad) o que debe cumplir el proceso (equidad, publicidad, plazo razonable). Previamente al análisis de cada una de ellas conviene precisar el alcance de alguno de los términos manejados por el precepto.

El concepto de «Tribunal» se utiliza en sentido material, con un

criterio eminentemente funcional en el que lo importante es el ejercicio de una función judicial resolviendo, sobre la base de normas de derecho y a través de un procedimiento organizado, toda cuestión relevante de su competencia mediante una decisión jurídicamente vinculante (**caso H. contra Bélgica**, de 30 de noviembre de 1987; **caso Belilos contra Suiza**, de 29 de abril de 1988). De forma similar la Corte IDH ha señalado que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la CADH, como lo estableció en el **caso Ivcher Bronstein versus Perú**, de 6 de febrero de 2001.

Ello incide sobre el concepto de «litigio» que se acepta, que no es sinónimo de «proceso», sino más bien, de «procedimiento», abarcando cualquiera que se utilice para la resolución de una controversia, sea o no judicial.

El carácter civil o penal de la pretensión es también fijado de una manera bastante amplia en la interpretación de los Tribunales, especialmente en lo que al europeo se refiere en armonía con los limitados términos que se utilizan en el Convenio, pudiéndose decir que tiene un contenido propio que no corresponde necesariamente con el del Derecho interno. En términos generales, la expresión «derechos y obligaciones de carácter civil» tiene un contenido mucho más amplio que el que suele manejarse por los distintos ordenamientos nacionales, incluyendo las diversas ramas del Derecho privado (civil, mercantil y laboral).

Una lectura de la jurisprudencia europea muestra cómo se ha considerado que revisten carácter civil asuntos tan dispares como el derecho a no ser víctima de discriminación en el mercado de trabajo por convicciones religiosas u opiniones políticas (**caso Tinnelly & Sons LTD y otros y McElduff y otros contra Reino Unido**, de 10 de julio de 1998), sanciones de profesionales liberales y solicitudes de readmisión en los correspondientes colegios profesionales (**caso Albert y Le Compte contra Bélgica**, de 10 de febrero de 1983; y **caso H. contra Bélgica**, de 30 de noviembre de 1987), asuntos de funcionarios (**caso Vilho Eskelinen y otros contra Finlandia**, de 19 de abril de 2007) o el traslado de parroquia de un religioso (**caso Athinen contra Finlandia**, de 29 de mayo de 2005), la asignación de cuotas lecheras en atención a la repercusión patrimonial de la decisión de la Administración (**caso Procola contra Luxemburgo**, de 28 de septiembre de 1995) y, por lo mismo, las restricciones a la pesca

con ciertas artes impuestas por Decreto ministerial (**caso Posti y Rahko contra Finlandia**, de 24 de septiembre de 2002).

Esta amplitud jurisprudencial no se suscita –dada su corta experiencia– en la Corte IDH, lo que no ha sido óbice para que su jurisprudencia en lógica armonía con el propio precepto a interpretar, en el que a diferencia del europeo, habla de obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, le haya dado un carácter expansivo a las garantías mínimas a un debido proceso legal también, a través de una acepción material o sustantiva, para configurar adecuadamente la protección del derecho. Por eso, a pesar que el artículo 8 de la CADH no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias toda persona tiene también el derecho, en general, al debido proceso (**caso del Tribunal Constitucional versus Perú**, de 31 de enero de 2001).

En ese entendido la jurisprudencia de la Corte IDH ha tutelado derechos de carácter civil en materia del derecho de propiedad y de posesión (**caso Comunidad Mayagna (Sumo) Aguas Tingni vs. Nicaragua**, de 31 de agosto de 2001) o, el derecho a la identidad del cual se desprende el derecho a tener un nombre (**caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador**, de 1 de marzo de 2005), o ha protegido derechos de carácter laboral sobre despidos de los empleados públicos (**caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Flores y otros) vs. Perú**, de 24 de noviembre de 2006; **caso Baena Ricardo (270 trabajadores) vs. Panamá**, de 18 de agosto de 2001; asimismo, **caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú**, de 1 de julio de 2009), la libertad sindical (**caso Huilca Tecse vs. Perú**, de 3 de marzo de 2005), o el derecho de los trabajadores migrantes (**OC-18/03**, de 17 de septiembre de 2003).

Idéntica amplitud en ambos Tribunales ha de predicarse en relación con el concepto de «acusación penal» pues según jurisprudencia constante, el carácter penal de un procedimiento se aprecia de conformidad con tres criterios (denominados, en la doctrina europea, *criterios Engels*, en atención a la sentencia en que se recogen por primera vez, en el **caso Engels y otros contra Países Bajos**, de 8 de junio de 1976): la calificación jurídica que recibe la infracción en el derecho nacional, la naturaleza de la infracción y, finalmente, la naturaleza y el grado de severidad de la sanción a imponer, bien entendido que los dos últimos criterios son alternativos y no necesariamente acumulativos.

De allí que alcance a las sanciones penitenciarias, especialmente si

implican pérdida de los beneficios de reducción de la pena (**caso Campbell y Fell contra Reino Unido**, de 28 de junio de 1984) e incluso a ciertas sanciones que, en buena parte de los ordenamientos jurídicos, caerían dentro del derecho administrativo sancionador. En el caso de la Corte IDH en materia penal se ha llegado a declarar sin efectos jurídicos las leyes de amnistía contrarias a la Convención (**caso Barrios Altos vs. Perú**, de 14 de marzo de 2001); lo cual tuvo como consecuencia jurídica la reapertura a nivel nacional del caso y la reapertura del proceso y el establecimiento de la sanción penal para los integrantes del grupo de aniquilamiento militar «Colina», sin que las leyes de amnistía pudieran tener los efectos de la cosa juzgada.

3. GARANTÍAS MÍNIMAS DEL DEBIDO PROCESO

El debido proceso como derecho fundamental comparte un doble carácter. Es un derecho subjetivo particularmente exigible por una persona frente al Estado; y a su vez, es un derecho objetivo, pues asume una dimensión institucional valorativa a ser respetada por todos porque lleva implícitos los fines sociales y colectivos de justicia. Por dicha razón, las garantías mínimas del debido proceso tienen dos acepciones: una formal y una material o sustantiva. La formal es aplicable a los derechos sustantivos, en la medida que debe asegurarse a las partes en todo proceso. Pero, las garantías mínimas a un debido proceso legal también tienen una acepción material o sustantiva, para configurar adecuadamente la protección del derecho.

3.1. ACCESO A LA JUSTICIA

Toda persona tiene el derecho de acudir a un sistema de impartición de justicia para la resolución de controversias. Bajo ese derrotero, los Estados deben asegurar el debido proceso y la tutela procesal mediante el reconocimiento de derechos procesales y el establecimiento de órganos jurisdiccionales –formal y materialmente–, encargados de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos sustantivos y adjetivos.

No se trata de un derecho absoluto sino que se encuentra sujeto a las condiciones de ejercicio establecidas en las legislaciones internas, reconociéndose un amplio margen de apreciación nacional. Se trata de un derecho de configuración legal que debe ejercitarse a través de los cauces legalmente establecidos ajustándose al cumplimiento de los requisitos que a tal efecto se hayan fijado, bien entendido que deberán orientarse a preservar otros derechos o intereses dignos de protección y

siempre que no resulten desproporcionados con la finalidad perseguida por los mismos. En palabras del TEDH (**caso Asihgdane contra Reino Unido**, de 28 de mayo de 1985), «el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y puede ser reglamentado por los Estados, si bien tal reglamentación no puede constituir un atentado a la esencia del derecho mismo». Además «puede variar en el tiempo y en el espacio en función de los recursos de la comunidad y de las necesidades de los individuos».

De ahí que en la jurisprudencia del TEDH no haya considerado lesivas de este derecho el establecimiento de reglas de prescripción, o la existencia de ciertas reglas procesales en los ordenamientos internos, como las relativas a los plazos de registro y depósito de documentos o de interposición de recursos; y ello por cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad en atención a los fines perseguidos, puesto que tratan de asegurar la buena marcha de la administración de justicia y el principio de seguridad jurídica. En cambio y por lo mismo ha declarado su vulneración cuando una persona carente de recursos se ha visto obligada a defenderse por sí misma en un proceso de divorcio ante un Tribunal colegiado sin que se le haya provisto de asistencia jurídica gratuita para poder actuar eficazmente (**caso Airey contra Irlanda**, de 9 de octubre de 1979), o la generada por el establecimiento de tasas excesivamente elevadas como para recurrir en atención a la situación económica del país o el nivel de ingresos de los recurrentes (**caso Mehmet y Suna Yigt contra Turquía**, de 17 de julio de 2007) o las interpretaciones excesivamente rigurosas y formalistas de exigencias procesales llevadas a cabo por los tribunales nacionales que han desembocado en una denegación de acceso a la justicia (v.gr. **casos Stone Court Shipping Company, S. A.**, de 28 de octubre de 2003; **Saez Maeso**, de 9 de noviembre de 2004, **Salt Hiper S.A.** de 7 de junio de 2007, **De la Fuente Ariza**, de 8 de noviembre de 2007 y **Barrenechea Atucha**, de 22 de julio de 2008, todos ellos contra España).

Y especial atención ha de ponerse cuando de sujetos especialmente vulnerables se trata, puesto que sus particulares condiciones pueden hacer más fácil que se produzcan vulneraciones de su derecho de acceso a los Tribunales. Es el caso, por ejemplo, en Europa, de los frecuentes supuestos de imputados extranjeros que desconocen el idioma del proceso y que si no se les dota de inmediato de asistencia letrada y de intérprete no sólo se puede provocar la lesión de las dos citadas garantías procesales sino además generar la vulneración del derecho de acceso al proceso mismo (**casos Luedicke, Belkacem y Koç contra Alemania**, de 28 de noviembre de 1978, **Kamasinski contra Austria**, de 19 de di-

ciembre de 1989, **Artico c. Italie**, de 13 de mayo de 1980, **Daud contra Portugal**, de 21 de abril de 1998, **Öcalan contra Turquía**, de 12 de mayo de 2005, **Sannino contra Italia**, de 27 de marzo de 2006, **Katritsch contra Francia**, de 4 de noviembre de 2010); también, naturalmente, de los inmigrantes en situación irregular y de la situación en que se encuentran cuando son detenidos a efectos de un procedimiento de expulsión (v.gr. **casos Conka contra Bélgica**, de 5 de febrero de 2002, **Ladent contra Polonia**, de 18 de marzo de 2008; y **Bolat contra Rusia** de 5 de octubre de 2006).

En la jurisprudencia de la Corte IDH, a su vez, se aprecian las dificultades de acceso a la justicia que tienen muchos justiciables debido a su situación de especial vulnerabilidad y en su caso de sus particularidades culturales. Ello, no obstante el derecho que toda persona tiene de acudir a un sistema de impartición de justicia para la resolución de controversias, para lo cual los Estados deben asegurar el debido proceso y la tutela procesal mediante el reconocimiento de derechos procesales y el establecimiento de órganos jurisdiccionales –formal y materialmente– encargados de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos sustantivos y adjetivos.

Así, la Corte IDH ha señalado que el artículo 8 de la CADH reconoce, bajo el rubro de «Garantías judiciales» –que no agota o describe suficientemente el contenido de ese precepto– el derecho de acceder a la justicia, requerir la tutela judicial, reclamar derechos y libertades, al que también se ha mencionado en la jurisprudencia de la Corte como debido proceso. No obstante, la Corte IDH ha reconocido que su jurisprudencia no ofrece, todavía, una connotación precisa de ese acceso, frecuentemente invocado, ni ha realizado un deslinde riguroso entre el derecho de acceso y el derecho al debido proceso (más allá de reconocer y enumerar una serie de derechos abarcados por éste). Sin embargo, ha precisado que se entiende que: a) cualquier persona puede acudir a las instancias estatales previstas para procurar e impartir justicia en los términos del propio artículo 8.1, si pretende acreditar, reclamar o recuperar un derecho, y el Estado se halla obligado a establecer instancias suficientes, adecuadas y eficientes para ese efecto y proveer a su buen funcionamiento.

Por ello, la Corte ha señalado que conforme al artículo 8.1 de la CADH se consagra el «derecho de acceso a la justicia», lo que implica que los Estados parte «no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos». Así, la Corte ha sido enfática para conside-

rar que «cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria» a dicho precepto de la Convención (**caso Cantos vs. Argentina**, de 28 de noviembre de 2002).

Sin embargo, de acuerdo con una correcta interpretación sistemática de la Convención, el acceso a la justicia no se agota en el mencionado artículo 8, sino que, la Corte IDH también lo deriva del artículo 25. En efecto, este Tribunal ha señalado que dicho precepto «establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley» (**caso Cantos vs. Argentina**, de 28 de noviembre de 2002); asimismo, se puede revisar: **caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni**, de 31 de agosto de 2001; **caso del Tribunal Constitucional versus Perú**, de 31 de enero de 2001; y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos). **OC-9/87**, el 6 de octubre de 1987. De ahí que en el **caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**, de 26 de noviembre de 2010, la Corte estableciera que al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales como la de garantizar que una detención fue legal «existe una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno».

En este sentido, el Estado tiene la obligación positiva de asegurar el acceso a la justicia y la obligación negativa de no impedir o evitar su acceso, directa o indirectamente; por cuanto, devendría en la desprotección de los derechos humanos, de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 25 de la Convención. Como sostuvo la Corte IDH en el **caso Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua**, de 31 de agosto de 2001, sólo es posible que se garantice y ejerza el derecho de acceso a la justicia en ciertos contextos históricos, si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenecen. A ello debe añadirse, como señalan BURGORGUE-LARSEN y ÚBEDA DE TORRES, a la incompreensión generalizada a la relación indígena-tierra, porque para estas comunidades dicha relación está conformada tanto por elementos materiales como espirituales, al punto que eliminar la propiedad colectiva implicaría su eliminación cultural y física.

En consecuencia, el punto de partida para que el derecho de acceso a la justicia pueda ser plenamente ejercido es la garantía del derecho de acción, o dicho de otra manera, la posibilidad de iniciar un proceso ante los tribunales para solicitar su pronunciamiento sobre un hecho controvertido. Tal derecho de acción no es un derecho absoluto, pues de un lado, se encuentra sujeto a las condiciones establecidas en las legislaciones internas; y de otro, a restricciones como es el caso de la prescripción extintiva.

A este respecto, se ha estimado la necesidad de distinguir entre «denegación» y «desafío» a la justicia. La primera se presenta cuando un fallo no puede obtenerse en un tiempo razonable, mientras que la segunda se refiere al dictado de una sentencia en forma manifiestamente contraria a derecho. De manera que, la vulneración del derecho de acceso a la justicia se produce cuando el órgano jurisdiccional no resuelve la causa en un plazo razonable o cuando no se dispone de un recurso efectivo.

3.1.1. El derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz

Como no hay derecho sin acción, ni acción sin derecho, el artículo 25 de la CADH ha establecido que toda persona tiene el derecho a contar con un recurso sencillo, efectivo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales reconocidos a nivel interno e internacional. Y es que, ante la actuación arbitraria del poder público o privado, el recurso sencillo y rápido surge como un mecanismo primordial para la protección internacional de los derechos humanos.

En ese sentido, la Corte IDH ha reconocido que el derecho a un recurso tiene una faz subjetiva que procura la protección de un derecho humano violado, pero también tiene una faz objetiva que tiene por finalidad llevar a cabo dicha protección a la luz de las condiciones institucionales u objetivas necesarias para garantizar la eficacia del recurso. Esto último se refleja, por ejemplo, en el **caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**, de 2 de julio de 2004; asimismo, la Corte IDH ha señalado que no basta la existencia formal de los recursos, sino que deben ser eficaces; esta eficacia se aprecia en función de las condiciones generales del país y las circunstancias particulares del proceso (**caso Cinco Pensionistas vs. Perú**, de 28 de febrero de 2003).

Sobre el particular un recurso efectivo es aquel que es capaz de producir el resultado para el cual ha sido creado; es decir debe ser un recurso capaz de ayudar a establecer si ha habido o no violación de

derechos humanos (caso **Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**, de 6 de agosto de 2008). Asimismo, en el caso de la **Comunidad Moiwana vs. Suriname**, de 15 de junio de 2005, la Corte IDH sostuvo que ninguna ley o disposición interna (incluso leyes de amnistía y plazos de prescripción) podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos, dado que lo contrario significaría que los derechos consagrados en la Convención estarían desprovistos de protección efectiva.

De este modo, la regulación de un recurso judicial rápido y sencillo para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de cada Estado, así como su eficacia, se constituyen en la materialización de la obligación estatal contenida en el artículo 1.1° de la Convención y del principio de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos, según las garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 2.25° y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), conforme a la **OC-9/87**, de la Corte IDH de 6 de octubre de 1987.

Ahora bien, según advierte CARMONA CUENCA también podría considerarse al derecho a un recurso efectivo como una garantía de los demás derechos reconocidos. Por tanto, podría afirmarse que el derecho al recurso efectivo es el elemento medular de aquel derecho más genérico que es el acceso a la justicia, el mismo que, si bien es una garantía de los demás derechos, también es un derecho garantizado y previsto en los artículos 25 de la CADH y 13 del CEDH.

Precisamente esta doble naturaleza del derecho a un recurso efectivo (como derecho garantizado por el Convenio y como garantía de los demás derechos reconocidos en él –toda vez que asegura la existencia en derecho interno de un recurso efectivo para denunciar la vulneración de derechos protegidos por el Convenio–) está en el origen de algunos de los problemas de interpretación que se han suscitado ante el Tribunal de Estrasburgo y de los que ha escapado, en cambio, la jurisprudencia de la Corte IDH; no obstante cabe destacar el voto razonado del juez Cançado Trindade a la sentencia del **caso López Álvarez vs. Honduras**, de 1 de febrero de 2006. Y es que un repaso de su jurisprudencia revela cómo en sus momentos iniciales se afirmaba con claridad el carácter «accesorio» del artículo 13 CEDH que consagra el derecho a un recurso efectivo.

Ciertamente el derecho a un recurso efectivo sólo puede ser alegado

en conexión con otro derecho garantizado por el mismo Convenio; ahora bien, para que el Tribunal aprecie su vulneración no es imprescindible que aprecie también vulneración de otro de los derechos reconocidos. El TEDH se apartó de la interpretación contraria que había sido previamente sostenida por la Comisión, entendiéndolo –con buena lógica– que subordinar la aplicación del derecho a un recurso efectivo a la constatación de una violación de otro derecho supondría privar de toda eficacia al art. 13, puesto que es el establecimiento de la violación lo que supone el objeto mismo del recurso. De ahí que, no sin algunas vacilaciones, considere desde la sentencia dictada en el **caso Klass y otros contra Alemania**, de 6 de septiembre de 1978, que el art. 13 es objeto de una comprensión autónoma.

A este respecto los mayores problemas de cara a la autonomía del precepto o, si se prefiere, a su carácter residual se han planteado con relación al artículo 6.1. Y es que cuando ambos preceptos han sido invocados en una misma demanda ante el TEDH, éste ha venido considerando que funcionaban a manera de *lex generalis* (artículo 13) y *lex specialis* (artículo 6) pues las garantías de este último precepto son mucho más estrictas y específicas que las del artículo 13, absorbiéndolas; de modo que cuando ante el TEDH se invocaba la vulneración de ambas normas la solución era declarar la vulneración del artículo 6.1 sin estimar necesario examinar la queja desde el ángulo del artículo 13. Sólo bien entrada la década de los noventa y debido en alguna medida a la ratificación del CEDH por países de la Europa del Este y Turquía y el tipo de demandas introducidas, se aprecia un punto de inflexión en esa línea jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo, a la hora de delimitar los respectivos ámbitos de aplicación de los preceptos y su respectiva autonomía; se afirmará ya que las garantías del artículo 13 deben ser consideradas un refuerzo de las del artículo 6 sin que necesariamente deban entenderse absorbidas por éstas últimas (**caso Aksoy c. Turquía**, de 18 de diciembre de 1996; **caso Kaya contra Turquía**, de 19 de febrero de 1998; y **caso Pudła contra Polonia**, de 18 de octubre de 2000).

El TEDH ha declarado la obligación positiva contraída por los Estados parte en relación con el artículo 13 de establecer medios efectivos para la reparación integral de las vulneraciones de derechos del Convenio, obligación cuyo alcance varía en función de la naturaleza del perjuicio y del derecho vulnerado, fijando además en su jurisprudencia los criterios para determinar cuándo un recurso interno es efectivo en el sentido de este precepto. Sólo si los recursos internos no han sido suficientes para reparar la vulneración, podrá acudir al TEDH, de acuerdo

con lo previsto en el art. 35.1, expresión clara del carácter subsidiario de los mecanismos de garantía previstos en el Convenio.

3.1.2. Plazo razonable

El plazo razonable es un mandato de los artículos 6.1 del Convenio Europeo y 8.1 de la CADH; pero constituye un concepto jurídico indeterminado temporalmente. Esto quiere decir que la declaración de su afectación no está vinculada *prima facie* a una norma jurídica nacional que la señale, sino a un análisis casuístico en el que se debe tomar en consideración varios factores determinantes para condenar su incumplimiento.

La finalidad del principio del plazo razonable es que las personas que tienen una relación procesal no se encuentren indefinidamente en la incertidumbre e inseguridad jurídica sobre el reconocimiento de su derecho afectado o sobre la responsabilidad o no del denunciado por los hechos materia de la controversia.

En tal sentido, se aprecia que la existencia de efectos negativos en el individuo sometido a un proceso de duración extensa también se comporta como un elemento de análisis de la razonabilidad de la duración de un proceso, puesto que dichos efectos se comportarán como elementos concretos y directos de la lesividad de sus derechos fundamentales, reconociéndose como acto lesivo el trámite mismo del proceso.

La garantía sobre la administración de justicia en un plazo razonable, a saber, sin dilaciones indebidas, vincula al sistema jurisdiccional de determinado país a organizarse y estructurarse de tal forma que se eviten retrasos que comprometan su eficacia y credibilidad (SALADO OSUNA). Sin embargo, el requisito del plazo razonable no debe anteponerse al derecho a un juicio justo, pues poca es la importancia de una justicia «rápida» si ésta no garantiza los derechos de un individuo y/o comunidad.

En ese sentido, la Corte IDH señaló en el **caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú**, de 30 de mayo de 1999, que es contrario al debido proceso que el procedimiento sumario de la jurisdicción militar en el caso de delitos de terrorismo, no le permitiese al abogado defensor conocer oportunamente las pruebas y cargos ni antes ni durante la declaración inestructiva, contrainterrogar a los testigos o funcionarios de la Dirección Contra el Terrorismo que participaron en la fase de investigación y presentar pruebas de descargo.

La jurisprudencia constante del TEDH (v.gr. **casos Buchholz contra Alemania**, de 6 de mayo de 1981; **Doustaly contra Francia**, de 23 de abril de 1998; **Portington contra Grecia**, de 23 septiembre 1998; **Ledonne contra Italia**, de 12 de mayo de 1999; **Kudla contra Polonia**, de 26 de octubre de 2000; y **Bento da Mota contra Portugal**, de 28 de junio de 2001) y de la Corte IDH (**caso Genie Lacaye vs. Nicaragua**, de 25 de enero de 1997; **caso Hilaire Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago**, de 21 de junio de 2000, entre otros), han señalado siempre tres elementos para evaluar la razonabilidad del plazo: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y conducta de las autoridades judiciales.

No obstante, a partir del **caso Valle Jaramillo vs. Colombia**, de 7 de julio de 2009, la Corte IDH agregó el cuarto elemento de evaluación que es, la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso; que se reafirma con el **caso Xakmók Kásek vs. Paraguay**, de 24 de agosto de 2010, asumiendo la línea jurisprudencial trazada por el TEDH. Pero, a este respecto, el Tribunal Europeo se ha preocupado de distinguir los procesos civiles de los penales; pues si bien en los procesos civiles se exige, en la mayoría de los supuestos, diligencia por parte del litigante, en los penales en cambio, la situación es la inversa, pues el acusado no tiene que cooperar activamente con las autoridades judiciales para acelerar el proceso. Más aún, la ausencia de cooperación del acusado no entra en la consideración del «plazo razonable», aunque sí las maniobras dilatorias para obstaculizar el desarrollo del proceso (**casos Eckle contra Alemania**, de 15 de julio de 1978; **Corigliano contra Italia**, de 10 de diciembre de 1982; **Pretto y otros contra Italia**, de 8 de diciembre de 1983, **Capuano contra Italia**, de 25 de junio de 1987).

Los distintos casos de los que se han ocupado los Tribunales de Derechos Humanos Europeo e Interamericano ponen de manifiesto que en la mayoría de los supuestos la falta de diligencia del tribunal interno para resolver el asunto suele ser el criterio decisivo. De hecho, la complejidad del asunto, salvo que se presenten pruebas convincentes por el Estado que justifiquen la dilación, no es tenida en cuenta como argumento que justifique la exclusión de la responsabilidad. En cuanto al comportamiento del demandante hay que distinguir entre maniobras dilatorias y utilización de recursos. Con todo, no se puede desconocer que la mayoría de los Estados Parte en ambos Convenios, están incursos en una administración de justicia lenta y aunque, en ocasiones, la dilación del procedimiento puede ser atribuible al órgano judicial en con-

creto, en la mayoría de los supuestos de los casos revisados por la CIDH tienen su origen en problemas estructurales del sistema judicial de protección de los derechos humanos (**caso Yvon Neptune vs. Haití**, de 6 de mayo de 2008).

Siendo ello así, la obligación del Estado no debe limitarse a reparar en la persona de la víctima las consecuencias de la violación, sino a adoptar medidas legislativas, presupuestarias, administrativas y de otro carácter que sean necesarias para solucionar el problema.

Un aspecto importante a resaltar se refiere a que, aun cuando la duración excesiva de los procesos según se ha indicado sea el supuesto más común de la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un proceso con un plazo razonable también tiene un ámbito de protección frente a la brevedad excesiva de los procesos, o dicho de otra manera, frente a procesos con duración extremadamente sumaria o apresurada.

Y es que, una configuración en ese sentido estaría prevista, básicamente, para impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Así pues, cabe recordar que, en el «Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos» (2002), la Comisión IDH sostuvo que «el plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se hubiere interpuesto» (Véase <http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Spain/indice.htm>).

En el **caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname** de 15 de junio de 2005, la Corte IDH refirió que, a pesar de haber transcurrido dieciocho años desde el reconocimiento por parte de Surinam de su competencia, el Estado no había realizado una investigación seria y efectiva de los hechos que pudiera haber conducido a un enjuiciamiento de los responsables del ataque a la aldea Moiwana. Precisamente, consideró la Corte IDH que una demora tan prolongada constituye *per se* una violación de las garantías judiciales y que aquello no podía ser justificado por el Estado, al margen de la complejidad del caso o la conducta de las partes.

Empero, en materia penal la Corte IDH, también ha señalado que la prolongada duración de la prisión preventiva por más de trece años de Bayarri en el transcurso de un proceso penal violatorio de la CADH convirtió aquella en una medida punitiva y no cautelar (**caso Juan Carlos Bayarri vs. Argentina**, de 30 de octubre de 2008). Asimismo, en el **caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia**, de 27 de noviembre de 2008, la

Corte consideró que el tiempo transcurrido sobrepasa excesivamente el plazo que pueda considerarse razonable para finalizar el procedimiento penal, el cual se inició hace más de veinticinco años y permaneció archivado por más de once años a partir del reconocimiento de la competencia contenciosa del Tribunal; asimismo, en el **caso García Prieto y otros vs. El Salvador**, de 20 de noviembre de 2007, la Corte estableció que el principio de efectividad debe irradiar el desarrollo de toda investigación judicial.

En la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a partir del comienzo del nuevo siglo, se ha producido un cambio de relevancia cara al reforzamiento de esta garantía. Hasta entonces cuando ante el Tribunal se denunciaban las dilaciones indebidas sufridas en un proceso y se invocaba violación del artículo 6.1 y del 13, consideraba que no era necesario pronunciarse sobre la segunda pretensión, toda vez que el 6.1 debía considerarse *lex specialis* en relación con el 13 y, de hecho, rechazaba pronunciarse sobre la ausencia de recurso efectivo, considerando que no procedía dado la constatación de violación del requisito del «plazo razonable».

La sentencia dictada en el **caso Kudla contra Polonia**, de 26 de octubre de 2000, marca un punto de inflexión al considerar el Tribunal que «ha llegado el momento de revisar su jurisprudencia, teniendo en cuenta que cada vez se le someten más demandas en las que se alega exclusivamente o principalmente el incumplimiento de la obligación de oír las causas dentro de un plazo razonable». Lo justifica ante la frecuencia creciente de sus constataciones de violación que le lleva a llamar la atención sobre «el peligro importante» que la «excesiva lentitud de la justicia» representa para el Estado de Derecho «cuando los demandantes no disponen, a este respecto, de ninguna vía de recurso interno». Por tanto, el Tribunal afirma la necesidad de examinar aisladamente la queja basada en el artículo 13, pese a haber ya constatado la violación del artículo 6.1. Y con rotundidad afirma que «la correcta interpretación del artículo 13 es que dicha disposición garantiza un recurso efectivo ante una instancia nacional que permita quejarse del incumplimiento de la obligación, impuesta por el artículo 6.1, de oír las causas dentro de un plazo razonable».

Tras la sentencia del **caso Kudla**, el Tribunal comienza a pronunciarse sobre la violación del derecho a un recurso efectivo en aquellos supuestos en los que ha llegado a la conclusión de que el proceso interno, ya sea civil o penal, no se ha sustanciado dentro de un «plazo razonable» de modo que cuando los demandantes invocan ambos dere-

chos (6.1 y 13) en la mayoría de los casos el Tribunal así lo declara cuando comprueba que el procedimiento interno ha incurrido en dilaciones indebidas y que no existe un recurso interno a tales efectos, o, existiendo, sólo tiene por finalidad declarar la violación pero no reparar sus consecuencias (v.gr. **caso Jahnke contra Alemania**, de 3 de marzo de 2011).

En este contexto hay que tener presente que un recurso contra la dilación indebida de un proceso es «efectivo» si puede ser interpuesto para acelerar el procedimiento, o tiene por finalidad reparar sus consecuencias, como ha puesto de manifiesto el Tribunal, entre otros, en el **caso Sürmali contra Alemania**, de 8 de junio de 2006. En el **caso Scordino contra Italia**, de 29 de marzo de 2006, ha precisado que si el sistema judicial es deficiente respecto de la exigencia del «plazo razonable» «la solución más efectiva es un recurso creado para acelerar el procedimiento al objeto de evitar que sea excesivamente largo». Este tipo de recurso «ofrece una innegable ventaja en comparación con un recurso que concede únicamente una indemnización, en la medida que impide también la constatación de sucesivas violaciones respecto del mismo procedimiento y no repara simplemente la violación a posteriori, como sucede con el recurso compensatorio» (SALADO OSUNA).

3.2. GARANTÍAS EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE DEFENSA

Quizás el ámbito en el que se ha producido un mayor diálogo entre los Tribunales Interamericano y Europeo de Derechos Humanos es en el de las garantías procesales relacionadas con el derecho del inculpado a la defensa, siquiera sea por el uso selectivo que ha hecho el primero de la jurisprudencia del segundo, habida cuenta de la voluminosa jurisprudencia generada por este último motivada por la frecuente denuncia de vulneración de estas garantías en los procesos seguidos en los Estados parte.

El derecho a conocer con carácter previo el contenido de la acusación, a disponer del tiempo y medios suficientes para preparar la defensa, a la asistencia letrada incluyendo la comunicación y entrevista reservada con el abogado, a disponer de la asistencia de traductor e intérprete si no se conoce la lengua del proceso y a hacer uso de los elementos de prueba, han sido clarificados y reforzados con la permanente interpretación del Tribunal de Estrasburgo.

Deteniéndonos, por ejemplo, en el derecho a la autodefensa, a la asistencia letrada y, en su caso gratuita, el TEDH ha indicado respecto

a la defensa técnica o letrada, que se traduce, ante todo, en la exigencia de garantizar que el acusado, como regla general, pueda elegir al profesional que le defienda en el proceso, comprendiendo el derecho a que Abogado y acusado se comuniquen reservadamente y su extensión al ámbito penitenciario, y pronunciándose sobre la necesidad de garantizar la *efectividad* de la propia asistencia letrada para los casos en que se haga necesario el nombramiento de Abogado de oficio, y la extensión del derecho de asistencia letrada a la instrucción preparatoria y a los primeros estadios de las intervenciones policiales. Una cuestión esta última que ha resuelto con una cierta ambigüedad al tener que abordarla desde la óptica del derecho al proceso equitativo, habida cuenta de que el Convenio no menciona expresamente este derecho entre los del *detenido* sino entre los del *acusado*, siendo problemático determinar lo que a estos efectos se entiende por acusación y el momento en que esta comienza.

Finalmente, y en íntima correlación con las dos garantías previamente consagradas, el precepto reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita que aparece condicionado a la concurrencia de dos requisitos: carecer de medios suficientes para remunerar al abogado defensor, y que los intereses de la justicia exijan su asistencia. Lógicamente, ha sido el último, el que ha dado lugar a un mayor número de pronunciamientos del TEDH: la gravedad de la infracción imputada, la severidad de la pena potencial, las condiciones y la complejidad del asunto, que puede incrementarse en atención a la situación personal del imputado, son los criterios a tener en cuenta para determinar en cada caso lo que los *intereses de la justicia* exijan (**caso Pakelli contra Austria**, de 25 de abril de 1983, **caso Pahn Hoang contra Francia**, de 25 de septiembre de 1992, **caso Quaranta contra Suiza**, de 24 de mayo de 1991, **caso Benham contra Reino Unido**, de 10 de junio de 1996, y **caso Talat Tunç contra Turquía**, de 27 de marzo de 2007), sentándose la regla de que cuando se encuentre en juego una pena privativa de libertad los intereses de la justicia reclaman por principio la asistencia letrada. Junto a dichos criterios, el **caso Monnell y Morris contra Reino Unido**, de 2 de marzo de 1987, incluye la *sostenibilidad* de la pretensión, de manera que en aquellos casos en que resulte insostenible por reputarse contraria a las normas internas o bien simplemente reiterativas de lo anteriormente pretendido y desestimado, la denegación no podrá reputarse contraria a los intereses de la justicia.

El TEDH ha recalcado además la necesidad de que los Estados tomen medidas positivas para garantizar la efectividad de la asistencia

letrada en estos casos. Y es que la obligación del Estado de proveer al acusado de una defensa de oficio no se agota en la mera designación de abogado, sino que se extiende a asegurar su *efectividad*, tal y como estableció el TEDH en el **caso Artico** de 13 de mayo de 1980, y reiteró en el **caso Imbrioscia contra Suiza**, de 24 de noviembre 1993 o en el **caso Cuscani contra Reino Unido**, de 24 de septiembre de 2002, advirtiendo que el artículo 6.3.c) habla de asistencia, y no de nombramiento, que no garantiza por sí mismo la efectividad de la primera pues el abogado de oficio puede morir, caer gravemente enfermo, tener un impedimento permanente o eludir sus deberes, supuestos todos ellos que implican una asistencia nominal, pero inefectiva y, por ello, contraria a los fines del Convenio dada su finalidad primordial de proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos. Situación de *defensa efectiva* que la Corte IDH también ha considerado, al estimar que «el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados» (**caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**, de 26 de noviembre de 2010).

En este sentido la Corte IDH ha establecido, en términos generales, que la *adecuada defensa* implica asegurar las condiciones para efectuar la defensa «de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial», de tal manera que deben respetarse las formalidades necesarias que «sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho» (**casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica**, de 2 de julio de 2004). Así, la defensa suministrada por el Estado debe ser una defensa «efectiva» lo que implica que tienen que adoptarse «todas las medidas adecuadas», siguiendo en este sentido el **caso Artico contra Italia**, citada expresamente en el **caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**). La *adecuada defensa* implica, entre otras cuestiones, que no existan «obstáculos a la comunicación libre y privada» entre el acusado y su defensor (**caso Cantoral Benavides vs. Perú**, de 18 de agosto de 2000); que la defensa del abogado sea oportuna, lo cual no se logra si el acusado «no contó con la presencia de un abogado defensor al momento de realizar el interrogatorio inicial ante la policía» (**caso Acosta Calderón vs. Ecuador**, de 24 de junio de 2005); o en general la «restricción a la labor de los abogados defensores» (**caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú**, de 30 de mayo de 1999).

Por ello si las autoridades competentes han sido advertidas de esta

situación, les corresponde adoptar las medidas positivas dirigidas a facilitar una defensa efectiva y concreta (**caso Goddi contra Italia**, de 9 de abril de 1984, **caso Daud contra Portugal**, de 21 de abril de 1998, y **caso Bogumil contra Portugal**, de 7 de octubre de 2008). Pero además, y partiendo de la base de que los errores o negligencias de dicho Letrado no entrañan en principio la responsabilidad del Estado, es preciso diferenciar la hipótesis de que las carencias sean manifiestas, puesto que entonces es igualmente exigible una actuación positiva de las autoridades competentes para suplir la lesión al derecho de defensa del acusado (**caso Czekalla contra Portugal**, de 10 de octubre de 2002, **caso Mayzit contra Rusia**, de 20 de enero de 2005, y, especialmente, **caso Sannino contra Italia**, de 27 de abril de 2006).

La Corte IDH en la sentencia del **caso Vélez Loor vs. Panamá**, de 23 de noviembre de 2010, hace suya la interpretación del TEDH sobre lo que han de entenderse por *intereses de la justicia* para considerar necesaria la asistencia letrada citando expresamente el razonamiento del **caso Benham contra Reino Unido**, de 10 de junio de 1996), para concluir que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En efecto, en casos en que la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del *interés de la justicia*.

Esa misma sentencia del **caso Benham contra Reino Unido**, así como la del **caso Artico**, es tomada nuevamente en consideración por la Corte IDH (**caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago**, de 21 de junio de 2002) de cara a su razonamiento sobre el derecho a la asistencia letrada en su caso gratuita que se hace precisa para hacer efectivos los derechos y para hacer real el derecho a un recurso efectivo.

También han coincidido el TEDH y Corte IDH sobre el significado y la relevancia que tiene otro de los derechos de naturaleza instrumental como es el relativo a la asistencia de traductor e intérprete en su caso gratuito si se desconoce el idioma del proceso. Según interpretación consolidada del Tribunal de Estrasburgo y reflejada, entre otras muchas, en sus sentencias dictadas en los **casos Luedicke, Belkacem y Koç contra Alemania**, de 28 de noviembre de 1978 y **Kamasinski contra Austria**, de 19 de diciembre de 1989, que han actuado a modo de *leading cases* en

esta materia, hay que partir de la base de que los derechos a la traducción e interpretación consagrados en el art. 6 CEDH bajo la rúbrica del «derecho a un proceso equitativo» comprenden el derecho del acusado «no sólo de asistir al proceso, sino también de entender y seguir los debates», de forma que la específica garantía contenida dentro del art.6.3.e) CEDH está inserta dentro del más elemental principio de contradicción y, en suma, derecho de defensa.

La exigencia de este derecho se reclama, con carácter gratuito, a lo largo de todo el proceso comprendiendo las actuaciones previas al juicio y practicadas durante la instrucción e incluso en sede policial –por exigencia del art.5.2 CEDH–, pero también se proyecta en un momento posterior más allá de la sentencia que se dicta al concluir el juicio puesto que incluye los eventuales recursos que contra ella se interpusieran siempre y cuando se mantenga el requisito fundamental para el reconocimiento de este derecho: el insuficiente conocimiento de la lengua del proceso.

La relevancia de este derecho se ha perfilado en sentencias posteriores del Tribunal (casos **Brozicek contra Italia**, de 19 de diciembre de 1989, **Cusani contra Reino Unido**, de 24 de septiembre de 2002, **Hermi contra Italia**, de 18 de octubre de 2006, **Protopapa contra Turquía**, de 24 de febrero de 2009, **Katrisch contra Francia**, de 4 de noviembre de 2010) en las que ha recordado la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las personas sospechosas de cometer un delito que desconocen el idioma pues si no se les dota de inmediato de un intérprete, difícilmente podrán alegar lo que a su derecho convenga, ni tampoco comprender el alcance y consecuencia de los actos del proceso. De ahí su intrínseca relación con el derecho de defensa del acusado, al punto de que es indudable de que una situación en la que el acusado no comprendiera ni la documentación, ni las declaraciones, ni a su Letrado o al Tribunal no sería más que un simulacro de defensa.

La Corte IDH en su ya citada sentencia del caso **Vélez Loor vs. Panamá**, de manera semejante a lo que el TEDH ha declarado a propósito del derecho a la traducción e interpretación en relación con los extranjeros y su vinculación con la defensa real y efectiva, ha mantenido tal planteamiento con relación al derecho a la asistencia consular de detenido extranjero. Aquí no se plantea el desconocimiento del idioma como condición de especial vulnerabilidad que ha de tomarse en consideración sino la mera condición de extranjero advirtiendo que «... los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad pues "son los más

expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos"» y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y «diferencias en el acceso (...) a los recursos públicos administrados por el Estado (con relación a los nacionales o residentes)». Y «en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad», este Tribunal interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución del *corpus juris* internacional existente en relación con los derechos humanos de los migrantes, tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo.

La Corte observa que los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.

Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses cuando la persona detenida no es nacional del Estado bajo el cual se halla en custodia, la notificación de su derecho a contar con la asistencia consular se erige también en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad.

En la comparativa entre ambos textos convencionales sobre Derechos Humanos, se detectan ciertamente algunas ausencias en el elenco

de derechos enunciados en el artículo 6 del Convenio europeo con relación al que se muestra en el artículo 8 de la CADH. No obstante, la interpretación del Tribunal de Estrasburgo ha sido clara al considerarlos incluidos, desde luego, dentro del bloque de garantías del derecho a un juicio justo y equitativo. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho del acusado a no declarar contra sí mismo y a guardar silencio, mencionado expresamente en el apartado 2.g) del artículo 8 CADH; sobre el cual el TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones en el sentido indicado (casos **Funke contra Francia**, de 25 de febrero de 1993, **John Murray contra Reino Unido**, de 8 de febrero de 1996; **Saunders contra Reino Unido**, de 17 de diciembre de 1996; **Allan contra Reino Unido**, de 5 de noviembre de 2002, y **Shannon contra Reino Unido**, de 4 de octubre de 2005), llegando a extender excepcionalmente su ámbito de protección en su jurisprudencia más reciente (caso **Jalloh contra Alemania**, de 11 de julio de 2008) al derecho a no facilitar material que tenga una existencia independiente de la voluntad del sospechoso cuyo uso en general no está prohibido por las leyes (sangre, aire espirado, orina, fluidos corporales, etc.) y no sólo a las declaraciones y confesión prestadas por el detenido o imputado.

Esta sentencia del caso **Jalloh** junto con la dictada en el caso **John Murray contra Reino Unido**, de 25 de enero de 1996 es, por ejemplo, citada por la Corte IDH al ocuparse de la exclusión de las pruebas obtenidas mediante tortura o tratos crueles (caso **Cabrera García y Montiel Flores vs. México**, de 26 de noviembre de 2010), pese a que en este punto, en el de los límites de la prueba y la interdicción de la prueba ilícita, sucede algo similar a lo que anteriormente hemos señalado pues si bien, de algún modo sí están evocados expresamente en el Pacto de San José cuando en su artículo 8.3 proclama que «la confesión del inculgado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza» no aparecen, en cambio, en el artículo 6 del CEDH por más que, naturalmente, esté fuera de toda duda que la eficacia de la prueba ilícitamente obtenida queda extramuros de lo admisible en el proceso equitativo que este precepto garantiza.

El TEDH en este punto no ha desarrollado dicha potencialidad; no ha precisado qué sea la prueba ilícita ni qué consecuencias procesales debería tener amparándose en la idea de que aunque el Convenio garantiza en el artículo 6 el derecho a un proceso con todas las garantías, no puede regular lo relativo a la admisibilidad de la prueba ya que su determinación compete al derecho interno de cada Estado (caso **Jalloh contra Alemania**, de 11 de julio de 2008, entre otras muchas).

Ahora bien, si el TEDH no puede excluir por principio y en abstracto la admisión de una prueba ilegalmente obtenida, sí le compete en cambio analizar si en cada caso se garantiza, o no, un proceso globalmente considerado, con todas las garantías lo que, en relación con la prueba, significa que la misma fue primero obtenida y después incorporada al proceso y valorada respetando dichas garantías (casos **Schenk contra Suiza**, de 12 de julio de 1988, **Van Mechelen contra Países Bajos**, de 23 de abril de 1997, **Teixeira de Castro contra Portugal**, de 9 de junio de 1998).

La CIDH tampoco ha asumido una prohibición en abstracto de cualquier alegato por el uso de una prueba ilegítima, en aras de tutelar el derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 de la CADH, por cuanto éste no es un derecho absoluto: De modo que la CIDH ha ponderado el mismo, estableciendo que la interceptación telefónica, al representar una seria interferencia en la vida privada, para que sea legítima, debe cumplir con los siguientes requisitos: a) estar prevista en ley; b) perseguir un fin legítimo, y c) ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de alguno de dichos requisitos implica que la injerencia es contraria a la Convención (caso **Escher y otros contra Brasil**, de 6 de julio de 2009).

Asimismo, con relación a determinados medios de prueba que afectan al derecho a la intimidad garantizado por un precepto similar –artículo 8 CEDH– el TEDH ha sido más concreto pues una vez precisado que la injerencia en la vida privada ha de estar prevista por la ley (rechazando toda intromisión no expresamente prevista, por ejemplo en materia de escuchas telefónicas policiales o interceptación de mensajes en la web) se ha detenido en analizar las condiciones materiales que debe reunir esa «ley» para satisfacer las exigencias del Convenio señalando que las garantías para los ciudadanos y los poderes de apreciación de las autoridades, incluidas las judiciales, deben estar claramente previstas y delimitadas en ley, en el sentido que otorga a este término, no coincidente con el de la tradición continental (SANTOLAYA con cita, entre otros, de los casos **Malone contra el Reino Unido**, de 2 de agosto de 1984, **Valenzuela Contreras contra España**, de 30 de julio de 1998 y **Prado Bugallo contra España**, de 18 de febrero de 2003).

Este tratamiento se refuerza, por lo demás, con la doctrina del TEDH referente a las obligaciones positivas de los Estados parte en relación con los derechos reconocidos en el Convenio, de modo que, por ejemplo, ha declarado la violación del derecho del artículo 3 cuando un Estado no ha investigado de manera suficiente los malos tratos denun-

ciados con motivo de una detención teniendo en cuenta que cuando un individuo afirma de forma defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios del Estado, graves sevicias contrarias al artículo 3, dicha disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el artículo 1 del Convenio de «reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos (...) (en el Convenio)», requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz que debe poder llegar a identificar y castigar a los responsables (casos *McCann y otros contra Reino Unido*, de 27 septiembre 1995; *Kaya contra Turquía*, de 19 febrero 1998; *Yasa contra Turquía*, de 2 septiembre 1998; *Dikme contra Turquía*, de 11 de julio de 2000; *Martínez Sala y otros contra España*, de 2 de noviembre de 2004; *Beristain Ukar contra España*, de 8 de marzo de 2011).

Resolución similar ha establecido la Corte Interamericana, por ejemplo, en los casos *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006, *caso Bayarri vs. Argentina*, de 30 de octubre de 2008, *González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, de 16 de noviembre de 2009 y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, en los que se determinó que de conformidad con la obligación genérica de respetar los derechos previsto en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 del mismo Pacto, implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Lo cual reafirma el hecho que las cortes nacionales frente a la CIDH se fortalezcan *prima facie* como tribunales de instancias, resolviendo con un margen de apreciación nacional las controversias sobre la admisibilidad de las pruebas y el enjuiciamiento de los hechos.

4. INDEROGABILIDAD DEL DEBIDO PROCESO EN ESTADOS DE EMERGENCIA

Los Estados atraviesan períodos de crisis provenientes de conflictos internacionales o internos armados, u originados en otros hechos como desastres naturales que generan peligro público, frente a lo cual el Estado debe mantener o restablecer la ley y el orden. Este tipo de situaciones excepcionales habilita a los gobiernos a tomar medidas preventivas que eviten un daño irreparable a la seguridad o independencia de sus Estados.

Para tal efecto, tanto el Convenio Europeo (15.1) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (27.1) facultan a los Estados

a suspender –no eliminar– las obligaciones que han asumido en materia de derechos humanos, sólo por un tiempo determinado y siempre que no sean medidas discriminatorias ni incompatibles con otras obligaciones internacionales en la materia. Lo anterior no autoriza a los Estados a suspender determinados derechos fundamentales del ser humano siendo en este punto bastante más amplio el catálogo de derechos de imposible limitación que se enumera en el artículo 27.2 el Pacto de San José: el reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; derecho a la integridad; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; el principio de legalidad, y no retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección de la familia; el derecho al nombre; el derecho del niño; el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos; así como, también, el derecho a las garantías judiciales necesarias para hacer valer dichos derechos humanos irreductibles (GARCÍA RAMÍREZ).

Con todo, también en el sistema europeo de protección de derechos humanos existe un núcleo de derechos de carácter irreductible bastante paralelo, y no sólo por tratarse de derechos así contemplados en el artículo. 15 del Convenio Europeo, sino porque constituyen derechos contemplados en normas de *ius cogens*: el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, el derecho a no ser torturado o sometido a penas crueles, inhumanas o degradantes, así como el derecho a un juicio justo y equitativo (FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ).

Comparando las normas de los pactos interamericano y europeo en este rubro, la diferencia pareciera reducirse a su texto, ya que en realidad a través de una interpretación extensiva del Convenio Europeo se podría llegar a los mismos resultados que cuando se interprete de manera limitada la Convención Americana, por lo que dependerá de la sensibilidad interpretativa que se adopte; y no debe perderse de vista que la aparente amplitud del Pacto de San José en esta materia puede provocar una mayor tenencia a violarla, aunque tampoco resulta ideal el catálogo reducido del Convenio Europeo.

La inderogabilidad de los recursos judiciales constitucionales para proteger los derechos humanos, incluso en estados de excepción o de emergencia, es una garantía institucional que habilita un juicio de convencionalidad que constituye un control de proporcionalidad o ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, la independencia y seguridad del Estado con los derechos y libertades que se suspendan o restrinjan, ya que la compatibilidad de la coexistencia de ambos pasa por un examen concreto.

En consecuencia, la restricción de derechos humanos en la interven-

ción de las Fuerzas Armadas en ámbitos geográficos con población civil, resultará una medida estatal de excepción, la cual para ser considerada legítima en términos convencionales, necesariamente deberá salvaguardar la vigencia de los procedimientos que permitan la eficacia de aquel conjunto de derechos considerados irreductibles (artículo 27.2 de la Convención Americana); para lo cual, se deberá compatibilizar los fines temporales de la intervención militar a la vigencia irrestricta de dichos derechos fundamentales, lo cual, además de constituir una obligación convencional de cada Estado firmante de la Convención derivada de su artículo 27.3, también se constituye como el parámetro de evaluación del control de convencionalidad respecto de la suspensión de los derechos que el Pacto de San José protege. Lo cual ha permitido, desde la primera década del siglo XXI, un activo desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH (GÓNGORA MERA).

Lo anterior cobra mayor sentido si se recuerda lo observado en la experiencia interamericana de los últimos veinte años, respecto a los hechos protagonizados por grupos militares en perjuicio de grupos especialmente vulnerables como los pueblos y comunidades indígenas. Precisamente, sobre la participación de las Fuerzas Armadas, cabe mencionar las sentencias de la Corte IDH relativas a los **casos Aloeboetoe y otros vs. Suriname**, 10 de septiembre de 1993; y **caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala**, de 29 de abril de 2004. En este último, en un contexto de conflicto armado interno en el Estado de Guatemala, el Ejército guatemalteco, con fundamento en la «Doctrina de Seguridad Nacional», identificó a los miembros del pueblo indígena maya de Plan de Sánchez como «enemigos internos» por considerar que constituían o podían constituir la base social de la guerrilla.

Como refirió la Corte IDH en dicha sentencia (sobre el fondo), el pueblo maya fue víctima de masacres y «operaciones de tierra arrasada»: destrucción completa de comunidades, viviendas, símbolos culturales, instituciones socio-económicas y políticas, prácticas religiosas, entre otros. Ante la aceptación de la responsabilidad internacional, por parte de Guatemala, respecto de la violación de los artículos 5.1° (derecho a la integridad personal), 8.1° (derecho al plazo razonable— garantías judiciales) y 25° (derecho a la protección judicial) de la CADH.

Las reparaciones establecidas por la Corte en una sentencia posterior no sólo fueron de carácter pecuniario por los daños materiales e inmateriales, sino también de alcance o repercusión pública: la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones, identificar, juzgar y sancionar a los responsables por parte de Guatemala, acto pú-

blico de reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado en ceremonia pública, traducción de la sentencia al idioma «maya achí», la propuesta de un programa de desarrollo, entre otros.

Cabe destacar la interpretación que ha realizado la Corte IDH respecto de los derechos insusceptibles previstos en el artículo 27 en relación con el 75 (objeto de reservas) del Pacto de San José, al considerar que este último precepto si bien prevé la posibilidad de realizar las reservas que se estimen pertinentes, las mismas tienen límites insuperables al no poder nunca ser incompatibles con el objeto y fin del tratado, como de manera temprana lo sostuvo en la **OC-3/83**, de 8 de septiembre de 1983, sobre restricciones a la pena de muerte.

En cuanto a la obligación del Estado de informar a los demás Estados parte de la Convención por conducto del Secretario General de la OEA sobre las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos y la fecha a partir de la cual haya concluido, a que se refiere el artículo 27.3 del Pacto de San José, la Corte IDH ha estimado dicho requisito de informar como *indispensable* para el debido procedimiento de suspensión de garantías en estados de emergencia (**caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá**, de 2 de febrero de 2001).

En Europa, más allá de los puntuales supuestos de suspensión de las garantías producidos en algunos Estados parte al amparo del art.15 del Convenio (V.gr. Turquía en 1990, Reino Unido respecto a Irlanda del Norte en 1971 y en 1988), se asiste en los últimos años a un fenómeno ciertamente diverso pero que incide de alguna manera en el peligro de atenuación del nivel de garantías procesales que integran el derecho al proceso equitativo. Y es el de la tendencia generalizada en los países que forman parte del Consejo de Europa a introducir cambios sustanciales en sus procedimientos penales y también medidas procesales especiales para hacer frente a los delitos graves, especialmente la delincuencia organizada y el terrorismo.

Como advierte VERVAELE, ningún país está libre de la reforma; todos los países están forcejeando con el equilibrio entre los derechos y libertades públicas *versus* seguridad nacional o pública. Hoy en día, la mayoría de los países han introducido en su procedimiento penal las técnicas especiales de investigación, como las escuchas telefónicas, la infiltración y la vigilancia. Y lo han hecho dentro del marco constitucional y dentro del marco internacional de derechos humanos. Del mismo modo, han elaborado medidas procesales especiales para hacer frente a la delincuencia organizada y al terrorismo dentro de su procedimiento penal

ordinario. Todo ello ha dado como resultado un sistema procesal penal integrado, pero especial para los delitos graves, incluidos el tráfico de drogas, la delincuencia organizada y el terrorismo.

Las medidas especiales se introdujeron originalmente para un conjunto limitado de delitos relacionados con la delincuencia organizada y/o el terrorismo, pero su ámbito de aplicación se ha incrementado, alcanzando al final a la mayoría de los delitos calificados como graves pudiéndose hablar de la normalización de la excepción. La Ley Perben II de Francia es un claro ejemplo, como también, en Italia, la ley penal especial contra la mafia que se introdujo en la década de los años setenta y que posteriormente y en la década de los noventa se amplió a fin de incluir la delincuencia organizada y después del 11-S fue modificada para abarcar el terrorismo internacional.

La consecuencia en relación con las garantías procesales es, ciertamente, relevante ya que en buena parte de los Estados son consideradas por el legislador como una «carga» para la eficacia de la prevención y la delincuencia grave y de la investigación y persecución de los delitos graves, y de ahí el que se sometan a limitaciones que se suelen justificar en atención al cumplimiento de las exigencias del principio de proporcionalidad tomando en consideración la gravedad del hecho investigado/enjuiciado, la necesidad de la medida y el fin perseguido con la atenuación que puede sufrir el derecho de defensa.

Esta situación trae consigo el que el TEDH haya sido llamado a pronunciarse sobre la compatibilidad de estas medidas con las exigencias del proceso del CEDH, habiendo considerado que los derechos reconocidos en el art.6 pueden ser limitados o modulados en la fase de investigación o instrucción si así lo exige el interés de la justicia (proporcionalidad entre el objeto legítimo perseguido y los medios empleados), siempre que esta restricción, a la luz del procedimiento en su conjunto, no afecte a su núcleo esencial, privando al justiciable del derecho al debido proceso o juicio justo.

Este razonamiento le ha llevado a considerar no vulneratoria de las exigencias del Convenio las limitaciones impuestas en la legislación procesal española a la asistencia letrada en casos de incomunicación y en tanto dure esta medida (imposibilidad de valerse de abogado de confianza pudiendo hacer uso únicamente del designado de oficio) estimándolas compatibles con las exigencias del Convenio de Roma teniendo en cuenta, entre otros factores, el limitado valor incriminatorio de las declaraciones realizadas por el acusado en sede policial si no son

ratificadas o contrastadas en el juicio oral (CEDH, asuntos 33641/96 -**Cadarso Pérez y Armentia Sagarna contra España**- y 35432/97 -**Chávarrri Lopategui y Oleaga Ojeda contra España**), así como otras medidas restrictivas más o menos equivalentes en otros casos de los que se ha ocupado el TEDH (casos **Imbrioscia contra Suiza**, de 24 de octubre de 1993; **Osman contra Reino Unido**, de 28 de octubre de 1998; y **Ernst y otros contra Bélgica**, de 15 de julio de 2003).

En cambio ha considerado incompatibles con las exigencias del art.6.1 CEDH limitaciones como la experimentada en el derecho de defensa del inculcado al realizarse las entrevistas con su abogado (tanto en fase de instrucción preparatoria como a lo largo de las sesiones del proceso) en presencia siempre de agentes o autoridades y nunca de manera reservada, lo que constituyó una buena ocasión para que el TEDH se ocupara de la compatibilidad con las exigencias del Convenio de las condiciones y duración del aislamiento adoptado respecto de un preso terrorista, determinando los límites a los que debe quedar sujeta, en todo caso, la lucha contra el terrorismo en las sociedades democráticas del continente europeo (caso **Öcalan contra Turquía**, de 12 de marzo de 2003 confirmada posteriormente en este punto por la Gran Sala en fecha 12 de mayo de 2005; caso **Khodorkovskiy contra Rusia**, de 31 de mayo de 2011).

En su pretensión de conjugar dos intereses frecuentemente contrapuestos en la práctica: la lucha antiterrorista y contra la delincuencia grave y el respeto de los derechos humanos consagrados en el CEDH, el Tribunal reconoce a los Estados un amplio margen de actuación en este ámbito (GARCÍA ROCA), pero siempre teniendo presente que existen límites infranqueables en una sociedad democrática: la prohibición absoluta de la tortura y de los tratamientos o penas inhumanas o degradantes. Este extremo le ha llevado por ejemplo a considerar incompatibles con las exigencias del Convenio determinadas modalidades de aislamiento carcelario carentes de un control judicial periódico (caso **Ramírez Sánchez –alias Carlos– contra Francia**, de 27 de enero de 2007) donde deja muy claro que la lucha contra el terrorismo, si bien requiere medidas excepcionales, no puede conllevar la vulneración de los derechos humanos consagrados en el Convenio Europeo y, en particular, tiene un límite infranqueable: la prohibición absoluta de la tortura.

Emblemática es también el caso **S. Y Marper contra Reino Unido**, de 4 de diciembre de 2008, en la que el TEDH consideró incompatible con el derecho a la vida privada la conservación de huellas dactilares y datos de ADN extraídas en el marco de procedimientos penales respecto

de dos personas una vez concluidas las actuaciones (en un caso mediante absolucón, en otro por archivo definitivo) para ser registradas a continuaci3n en una base de datos nacional para su conservaci3n permanente y su tratamiento regular por procesos automatizados con fines de identificaci3n criminal. El Tribunal tras recordar que conforme reiterada jurisprudencia, el Tribunal entiende que una injerencia es «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzar un fin legítimo si responde a una «necesidad social imperiosa» y en particular, si es proporcionada al fin legítimo perseguido y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla parecen «pertinentes y suficientes», concluye negando legitimidad a la conservaci3n de las muestras.

Para el Tribunal, queda fuera de toda duda que la utilizaci3n de técnicas científicas modernas de investigaci3n e identificaci3n y de tratamiento de la informaci3n contenida en huellas dactilares, muestras celulares y perfiles genéticos es una herramienta fundamental en la lucha contra la criminalidad y, principalmente, contra el crimen organizado y el terrorismo. No obstante, su utilizaci3n incide directamente en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 del Convenio y la legislaci3n interna de los Estados debe contar con garantías apropiadas para impedir toda utilizaci3n de datos de carácter personal que no sea conforme a las garantías previstas en ese precepto, algo que no ocurri3 en el caso examinado.

Para el Tribunal resulta particularmente preocupante el hecho de que las personas en la situaci3n de los demandantes, que no han sido reconocidos culpables de ninguna infracci3n y tienen derecho a beneficiarse de la presunci3n de inocencia, en virtud del derecho reconocido en el artículo.6.2 CEDH sean tratados de la misma manera que los condenados.

5. CONCLUSIONES

Es indudable que las garantías del debido proceso consagradas en los artículos 6 del Convenio Europeo, y 8 y 25 de la Convenci3n Americana han sido las más utilizadas en ambos sistemas de protecci3n de derechos humanos; en muchas ocasiones no de manera principal, sino de forma instrumental o colateral a la protecci3n de derechos humanos como a la vida, la integridad física, la libertad personal, la igualdad, entre muchos otros.

Esta circunstancia es más acusada en el caso de la Corte IDH lo

que, sin embargo, no ha sido óbice para que en su jurisprudencia haya ido desarrollando una doctrina básica en la materia, caracterizada por su carácter evolutivo de una concepci3n formalista de la norma hacia una concepci3n abierta y dinámica de los preceptos y que ha supuesto transitar de la autolimitaci3n judicial *-self restraint-* hacia el activismo judicial *-judicial activism-*. Esto, a su vez, plantea en materia del debido proceso abrir, sin perjuicio de la tutela subjetiva e individual de los derechos humanos, un horizonte del debido proceso en un sentido objetivo.

El debido proceso en un sentido objetivo, sin perjuicio de su tradicional sentido subjetivo, ha llevado a la Corte IDH a asumir el control no sólo de procesos judiciales, sino también de procesos administrativos, políticos o de cualquier otra índole; asimismo, las garantías judiciales mínimas son interpretadas no sólo en un sentido formal, sino también sustantivo, donde los jueces desarrollan altas cuotas de argumentaci3n jurídica; a la cual se ha ido incorporando instituciones propias de la doctrina constitucional.

Así, las garantías mínimas para desarrollar el acceso a la jurisdicci3n, la organizaci3n que demanda la misma y las garantías del proceso para las partes, constituyen elementos centrales para la existencia de un proceso justo tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales, como en el ejercicio concreto de los mismos. Por ello, la Corte IDH viene incorporando y tutelando derechos humanos colectivos demandados por grupos humanos y no sólo individualmente, como es el caso de las poblaciones indígenas americanas.

Los casos analizados ponen en evidencia que los derechos al recurso efectivo (protecci3n judicial) y al plazo razonable (garantía del debido proceso), si bien parten de las bases generales de la doctrina jurisprudencial elaborada por la propia Corte IDH, han adquirido ciertas particularidades cuando se trata de la protecci3n de las comunidades indígenas, especialmente al considerar las condiciones económicas y sociales de estos grupos, sus usos, valores y costumbres, así como su situaci3n especial de vulnerabilidad. No debe perderse de vista que los pueblos indígenas «son sociedades originarias que forman parte integral de las Américas y que sus valores y culturas están vinculadas indisolublemente a la identidad de los países que habitan y de la regi3n en su conjunto», según establece el Preámbulo del Proyecto de Declaraci3n Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (OEA). Esta específica protecci3n de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas refleja una singularidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En línea con lo anterior, en ese desarrollo jurisprudencial la Corte IDH ha permitido la incorporación de la protección de los derechos humanos, de acuerdo a categorías propias del constitucionalismo latinoamericano, revitalizando la interpretación de la CADH y sentando las bases de un *ius publicum americanum*. (LANDA ARROYO) Es sobre la base de este desarrollo que se hace posible el diálogo horizontal con la CADH y la jurisprudencia del TEDH.

En efecto, la convergencia del sistema americano y europeo se fundamenta en la homogeneización de los sistemas de protección jurídica y jurisprudencial de los derechos humanos, en tanto expresan las necesidades del moderno Estado democrático constitucional de controlar los excesos de los viejos poderes públicos y los nuevos poderes privados, con respeto de la tutela subjetiva y objetiva de los derechos humanos, en el cual el debido proceso se constituye en un medio y un fin de los mismos.

Desde la vertiente europea, también el análisis de la jurisprudencia del TEDH en relación con el artículo 6 del Convenio europeo ha sido constante, como también constante ha sido el dictado de sentencias declarando la presencia de quebrantamientos reiterados de lo allí dispuesto. De este modo, un análisis de las condenas por vulneraciones de dicho precepto nos permitirían concluir en un doble sentido: de un lado, constatando que cuantitativamente son más numerosas de los que debieran; de otro, advirtiendo que cualitativamente la protección real de los derechos allí recogidos diverge en función del Estado que examinemos, hasta el punto de apreciar cotas de operatividad demasiado discordantes y en muchos casos, más de lo que serían deseables y admisibles, por debajo del mínimo requerido.

De ahí que como advierte CANOSA USERA, resulte paradójico que el Convenio se ofrezca como un mínimo de protección que los Estados pueden superar puesto que gracias a la jurisprudencia del TEDH se ha erigido ya, en muchas ocasiones, en un máximo continental de protección, llevando a rastras a los intérpretes nacionales que no siempre pueden seguir con facilidad las creativas doctrinas del Tribunal de Estrasburgo.

En definitiva, si algo queda claro del análisis jurisprudencial llevado a cabo es que la interpretación de los derechos ya no es sólo tarea de los Estados, aunque estos sean sus principales valedores. Los tratados internacionales sobre derechos humanos, y en especial la jurisprudencia del TEDH o de la Corte IDH han forzado un diálogo entre todos

los tribunales y propiciado un entendimiento común de los derechos que se salda las más de las veces con la supremacía de quien dice la última palabra.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para enmarcar la garantía objeto de estudio en el fenómeno de globalización del derecho y de la inserción (armonización del derecho internacional y del constitucional se han manejado los trabajos de HERDEGEN, M. «La Internacionalización del orden constitucional», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung; VON BOGDANDY, A.: «Pluralismo, efecto directo y última palabra: La relación entre derecho internacional y derecho constitucional», en *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. (C. ESCOBAR, editora), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; NACIONES UNIDAS, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58ª sesión, 1 mayo-9 junio y 3 de julio-11 agosto de 2006, Naciones Unidas. Asamblea General. Documentos oficiales, 61ª sesión, Suplemento n.º. 10 (A/61/10), (accessible en línea: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>). Sobre el desarrollo jurisprudencial de la Convención Interamericana y la incorporación en la protección de los derechos de categorías propias del constitucionalismo americano, LANDA ARROYO, C. «Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano», en VON BOGDANDY, A., MORALES, M., LANDA, C. (editores), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid, CEPC-MPI, 2009. Esencial es también el trabajo de GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Civitas. 2010.

En general sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo: *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2ª. Ed. 2009 (esta obra ha sido traducida al inglés con el nombre *Europe of Rights A Compendium on the European Convention of Human Rights*. Martinus Nijhoff. The Hague. 2012); LASAGABASTER HERRARTE, I, (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2ª ed., Madrid, 2009; BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, Civitas, 2009;

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: *El Tribunal de Estrasburgo: Una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch. Valencia 2003; SUDRE Frédéric y otros, *Les grands arrêts de la Court européenne des Droits de l'Homme*, 5ª ed., Thémis, París, 2009; GÓNGORA MERA, M. *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America, through National and Inter-American Adjudication*. San José: Inter-American Institute of Human Rights, 2011; ÚBEDA DE TORRES, Aída: *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*. Reus. Madrid 2007; BARTOLE, CONFORTI y RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Ed. Cedam, Padova, 2001; VAN DIJK, P/VAN HOOFF, G.J.V *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 1998.

Sobre el derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo se han tomado especialmente en consideración los trabajos recogidos en la ya citada obra colectiva *La Europa de los Derechos* de ARANGÜENA FANEGO, C. («Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un Tribunal» y «Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita»), GARCÍA ROCA, J. y VIDAL ZAPATERO, J.M.: («El derecho a un Tribunal independiente e imparcial: una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia»), SALADO OSUNA, A. («El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos») y CARMONA CUENCA, E., («El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos. Art. 13 CEDH»). Además de los trabajos de ESPARZA LEIBAR, I. y EXTEBARRÍA GURIDI, F.J., «Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo», en la obra colectiva ya citada de LASAGABASTER HERRARTE, (*Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*). Y en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, QUISPE REMÓN, F.: *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010; HUERTA GUERRERO, L., *El debido proceso*, en *El Sistema Americano de Derechos Humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2002; GARCÍA RAMÍREZ, S.: «El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en *Boletín de Derecho Comparado* 115. Nueva serie, Año XXXIX, N°. 115. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, enero-abril 2006.

Finalmente y sobre las posibilidad de suspender las garantías pro-

pias del proceso debido o someterlas a restricciones amparadas por legislaciones especiales, se han manejado, respectivamente, los trabajos de FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: «La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15)», nuevamente en la obra colectiva coordinada por GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, y de VERVAELE J.: «Medidas procesales especiales y protección de los derechos humanos Informe general», en *Utrecht Law Review*, vol. 5, Issue 2, octubre, 2009.