

**PACTO INTERNACIONAL
DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

**SELECCIÓN DE DECISIONES
DEL COMITÉ DE DERECHOS
HUMANOS**
**adoptadas con arreglo al
PROTOCOLO FACULTATIVO**

Volumen 8

*Períodos de sesiones 75° a 84°
(julio de 2002 - julio de 2005)*



NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2007

NOTA

Las designaciones empleadas y la presentación del material en este informe no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la Secretaría de las Naciones Unidas respecto de la situación jurídica de ningún país, territorio, ciudad o zona, ni respecto de sus autoridades, así como tampoco respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

*
* *

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

*
* *

El contenido de esta publicación puede citarse o reproducirse libremente a condición de que se mencione su procedencia y se envíe un ejemplar de la publicación en la que figure la información reproducida a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Palais des Nations, 8-14, avenue de la Paix, CH-1211 Genève 10, Suiza.

CCPR/C/OP/8

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Nº de venta S.07.XIV.11

ISBN 978-92-1-354102-9

ÍNDICE

(Selección de decisiones – 75° a 84° períodos de sesiones)

	<i>Página</i>
Introducción	1
 DECISIONES FINALES	
A. Decisiones por las que se declara inadmisibile una comunicación (el número de la sesión del Comité se indica entre corchetes)	
N° 837/1998 [78] Janusz Kolanowski c. Polonia.....	3
N° 901/1999 [81] Laing; Deborah, Jessica y Samuel c. Australia	6
N° 939/2000 [83] Georges Dupuy c. el Canadá.....	15
N° 989/2001 [78] Walter Kollar c. Austria	21
N° 1019/2001 [80] Barcáiztegui c. España	26
N° 1024/2001 [80] Sanlés Sanlés c. España	34
N° 1138/2002 [80] Arenz y otros c. Alemania.....	38
N° 1220/2003 [84] Walter Hoffman y Gwen Simpson c. el Canadá	44
 B. Dictámenes emitidos a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	
N° 757/1997 [76] Alzbeta Pezoldova c. la República Checa.....	49
N° 778/1997 [76] José Antonio Coronel y otros c. Colombia	58
N° 781/1997 [78] Azer Aliev c. Ucrania	65
N° 811/1998 [81] Lallman and Bhartaj Mulai c. Guyana	69
N° 815/1998 [81] Alexander Dugin c. la Federación de Rusia.....	72
N° 823/1998 [83] Czernin c. la República Checa	76
N° 829/1998 [78] Judge c. el Canadá.....	82
N° 836/1998 [77] Kestutis Gelazauskas c. Lituania	98
N° 848/1999 [75] Miguel Ángel Rodríguez Orejuela c. Colombia.....	103
N° 854/1999 [75] Wackenheim c. Francia.....	107
N° 868/1999 [79] Wilson c. Filipinas	111
N° 875/1999 [78] Jan Filipovich c. Lituania.....	118
N° 879/1999 [84] George Howard c. el Canadá	122
N° 886/1999 [77] Natalia Schedko c. Belarús	132
N° 900/1999 [76] C. c. Australia	137
N° 909/2000 [81] Victor Ivan Majuwana Kankanamge c. Sri Lanka	153
N° 910/2000 [79] Ati Antoine Randolph c. el Togo	157
N° 916/2000 [75] Jayawardena c. Sri Lanka.....	163
N° 926/2000 [80] Hak-Chul Shin c. la República de Corea	167

			<i>Página</i>
Nº 931/2000	[82]	Raihon Hudoyberganova c. Uzbekistán.....	171
Nº 932/2000	[75]	Marie-Hélène Gillot c. Francia	175
Nº 933/2000	[78]	68 magistrados c. la República Democrática del Congo.....	189
Nº 943/2000	[81]	Guido Jakobs c. Bélgica.....	193
Nº 950/2000	[78]	Sarma c. Sri Lanka.....	205
Nº 960/2000	[78]	Baumgarten c. Alemania.....	212
Nº 981/2001	[78]	Gómez Casafranca c. el Perú	223
Nº 983/2001	[77]	Love y otros c. Australia.....	227
Nº 986/2001	[78]	Semey c. España	237
Nº 1002/2001	[80]	Wallmann c. Austria	244
Nº 1011/2001	[81]	Madafferi c. Australia	253
Nº 1015/2001	[81]	Perterer c. Austria	267
Nº 1023/2001	[83]	Länsman III c. Finlandia	276
Nº 1051/2002	[80]	Mansour Ahani c. el Canadá.....	284
Nº 1069/2002	[79]	Bakhtiyari c. Australia	298
Nº 1077/2002	[77]	Carpo c. Filipinas.....	310
Nº 1080/2002	[80]	David Michael Nicholas c. Australia	316
Nº 1086/2002	[77]	Sholam Weiss c. Austria	321
Nº 1090/2002	[79]	Tai Wairiki Rameka y otros c. Nueva Zelandia.....	330
Nº 1095/2002	[84]	Gomariz c. España	343
Nº 1096/2002	[79]	Safarmo Kurbanova c. Tayikistán.....	349
Nº 1107/2002	[82]	Loubna El Ghar c. la Jamahiriya Árabe Libia.....	354
Nº 1119/2002	[84]	Jeong-Eun Lee c. la República de Corea	357
Nº 1128/2002	[83]	Rafael Marques de Morais c. Angola.....	360
Nº 1134/2002	[83]	Gotji-Dinka c. el Camerún.....	368
Nº 1136/2002	[82]	Borzov c. Estonia.....	373
Nº 1155/2003	[82]	Leirvåg c. Noruega.....	378
Nº 1189/2003	[83]	Anthony Michael Emmanuel Fernando c. Sri Lanka	393
Nº 1222/2003	[82]	Byahurunga c. Dinamarca	399

ANEXO

Resumen de las respuestas de los Estados partes a raíz de la aprobación de los dictámenes por el Comité de Derechos Humanos.....	407
--	-----

ÍNDICES

Índice por artículos del Pacto	411
Índice por artículos del Protocolo Facultativo.....	414
Índice por temas	415
Índice por autores y víctimas.....	419

INTRODUCCIÓN

1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y entraron en vigor el 23 de marzo de 1976.

2. En cumplimiento del artículo 28 del Pacto, los Estados partes establecieron el Comité de Derechos Humanos el 20 de septiembre de 1976.

3. De conformidad con el Protocolo Facultativo, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles en su país podrá presentar una comunicación por escrito al Comité de Derechos Humanos para que este la examine. El Comité no puede recibir ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea también Parte en el Protocolo Facultativo. Hasta el 31 de julio de 2005, de los 149 Estados que se habían adherido al Pacto o lo habían ratificado, 105 habían aceptado la competencia del Comité para recibir y examinar las denuncias presentadas por individuos al ratificar el Protocolo Facultativo o al adherirse a él.

4. De conformidad con el Protocolo Facultativo, el Comité solo puede examinar una comunicación si se cumplen determinadas condiciones de admisibilidad. Estas condiciones figuran en los artículos 1, 2, 3 y 5 del Protocolo Facultativo y se vuelven a enunciar en el artículo 96 del reglamento del Comité (CCPR/C/3/Rev.8), en virtud del cual este comprobará:

a) Que la comunicación no es anónima y que procede de un individuo o de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Protocolo;

b) Que el individuo alega, de modo suficientemente justificado, ser víctima de una violación por ese Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Normalmente, la comunicación deberá ser presentada por el propio individuo o por su representante; no obstante, se podrá aceptar una comunicación presentada en nombre de una presunta víctima cuando sea evidente que esta no está en condiciones de presentar personalmente la comunicación;

c) Que la comunicación no constituye un abuso del derecho a presentar una comunicación en virtud del Protocolo;

d) Que la comunicación no es incompatible con las disposiciones del Pacto;

e) Que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional;

f) Que el individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna.

5. De conformidad con el artículo 92 (antiguo artículo 86) de su reglamento, el Comité podrá informar al Estado parte, antes de remitirle sus opiniones definitivas sobre la comunicación, de si estima conveniente la adopción de "medidas provisionales" de protección para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada. Sin embargo, la petición de adopción de medidas provisionales no implica ningún juicio sobre el fondo de la comunicación. El Comité ha pedido la adopción de esas medidas provisionales en diversos casos, por ejemplo cuando parecía inminente la ejecución de una sentencia de muerte o la expulsión o extradición de una persona. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 94, el Comité podrá decidir, cuando lo considere apropiado, el examen conjunto de dos o más comunicaciones.

6. Con respecto a la cuestión de la carga de la prueba, el Comité ha determinado que esa obligación no puede ser exclusiva del autor de una comunicación, sobre todo si se considera que el autor y el Estado parte no siempre tienen igual acceso a las pruebas y que, con frecuencia, solo el Estado parte está en posesión de la información pertinente. En el párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Facultativo está implícito que el Estado parte tiene el deber de investigar de buena fe todas las denuncias de violaciones del Pacto formuladas contra ese mismo Estado o sus autoridades.

7. El Comité inició sus trabajos en el marco del Protocolo Facultativo en su segundo período de sesiones, en 1977. Desde entonces hasta su 84º período de sesiones, celebrado en julio de 2005, se presentaron para su examen por el Comité 1.414 comunicaciones en relación con violaciones presuntamente cometidas por 78 Estados partes. A fines de julio de 2005, la situación de esas comunicaciones era la siguiente:

a) Resueltas mediante la aprobación de un dictamen de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo	500
b) Declaradas inadmisibles.....	394
c) Suspendidas o retiradas.....	193
d) Declaradas admisibles pero todavía no resueltas	7
e) Pendientes en la etapa de la preadmisibilidad.....	320

8. Desde 1976, el Comité recibió muchas más de las 1.414 comunicaciones registradas mencionadas en el párrafo anterior. La Secretaría recibe regularmente consultas de individuos que tienen intención de presentar una comunicación al Comité. Esas consultas no se registran inmediatamente como casos. En

realidad, el número de autores que acaban presentando sus casos a la consideración del Comité con arreglo al Protocolo Facultativo es relativamente reducido, debido en parte a que los autores se dan cuenta de que sus casos no se ajustan a ciertos criterios básicos de admisibilidad, como el de haber agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, y en parte a que se dan cuenta de que una reserva o una declaración del Estado parte interesado puede tener el efecto de privar al Comité de competencia para considerar el caso. A pesar de esas observaciones, el número de comunicaciones que se presentan todos los años al Comité aumenta sin cesar, y la labor del Comité está siendo mejor conocida por los juristas, los investigadores y el público en general. El propósito de la serie *Selección de Decisiones* es contribuir a la difusión de su labor.

9. El primer paso hacia una difusión más amplia de la labor del Comité fue la decisión, adoptada durante el séptimo período de sesiones, de publicar sus dictámenes, dado que la publicación contribuía a una mayor efectividad del ejercicio de las funciones del Comité con arreglo al Protocolo, y que la publicación de textos completos era preferible a la publicación de breves resúmenes. En los informes anuales del Comité de Derechos Humanos, desde el informe de 1979 hasta el de 2005, que abarcan hasta el 84° período de sesiones inclusive, celebrado en julio de 2005, se han publicado íntegramente todos los dictámenes y decisiones de inadmisibilidad del Comité.

10. En su 15° período de sesiones, el Comité decidió iniciar además la publicación periódica de una selección de las decisiones adoptadas en virtud del Protocolo Facultativo, con inclusión de algunas importantes decisiones que declaraban admisibles ciertas comunicaciones y de otras decisiones de carácter interlocutorio. El volumen 1 de esta serie, que abarca las decisiones adoptadas en los períodos de sesiones 2° a 16°, ambos inclusive, fue publicado en inglés en 1985¹. El volumen 2 abarca las decisiones adoptadas en los períodos de sesiones 17° a 32° e incluye todas las decisiones por las que se declaran admisibles las comunicaciones, dos decisiones provisionales por las que se pide más información al autor y al Estado parte y dos decisiones adoptadas con arreglo al artículo 86 del reglamento del Comité por las que se pide la adopción de medidas provisionales de protección. El volumen 3 contiene una selección de las decisiones adoptadas desde el 33° hasta el 39° período de sesiones, el volumen 4 una selección de las decisiones adoptadas desde el 40° hasta el 46° período de sesiones, el volumen 5 abarca los períodos de sesiones 47° a 55°, el volumen 6 comprende los períodos de sesiones 56° a 65°, y el volumen 7 incluye los períodos de sesiones 66° a 74°.

11. Durante el período al que se refiere el presente volumen, hubo nuevamente un considerable aumento del número de comunicaciones presentadas al Comité. El Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, cuyo

mandato fue modificado en 1991 para hacer frente al creciente volumen de trabajo, ha continuado estudiando y mejorando sus métodos de trabajo. En el período abarcado por este volumen, el Relator Especial solicitó la adopción de medidas de protección en algunos casos.

12. Para permitirle hacer frente al creciente número de casos registrados y evitar retrasos en los casos pendientes, en su 83° período de sesiones, el Comité autorizó al Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones a adoptar decisiones en las que se declaraba que las comunicaciones eran inadmisibles si todos los miembros así lo decidían. En su 84° período de sesiones (julio de 2005), el Comité introdujo el nuevo artículo 93 (3) en su reglamento: "Un grupo de trabajo establecido con arreglo al párrafo 1 del artículo 45 del presente reglamento podrá declarar que una comunicación inadmisibile, siempre que el grupo esté integrado por cinco miembros por lo menos y todos ellos así lo decidan. La decisión se transmitirá al Pleno del Comité, que podrá confirmarla sin debate oficial. Si algún miembro del Comité solicita un debate en el Pleno, este examinará la comunicación y tomará una decisión".

13. El Relator Especial para el seguimiento de los dictámenes también ha continuado estudiando sus métodos de trabajo durante el período al que se refiere el presente volumen. En 1997 se examinó formalmente su mandato, y los cambios que se introdujeron en él fueron incorporados en el reglamento del Comité. Con arreglo al procedimiento de seguimiento revisado, en principio el Comité ya no estudia confidencialmente, sino en sesión pública, la información sobre el seguimiento. También se sugirió a los Estados partes que se llevaran a cabo misiones de seguimiento a cargo del Relator Especial para el seguimiento.

14. Como sucedió en el pasado, hubo un aumento constante del número de opiniones individuales de los miembros del Comité, que se reproducen en los apéndices de las decisiones sobre la admisibilidad o los dictámenes finales (artículo 104 del reglamento). Cabe destacar en particular que muchos miembros emiten opiniones conjuntas, bien coincidentes, bien discrepantes. El lector encontrará numerosos ejemplos de esta práctica en este volumen.

¹ Comité de Derechos Humanos, *Selección de Decisiones adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo (2° a 16° períodos de sesiones)*, Nueva York, 1985 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.84.XIV.2), a la que en adelante se denominará, en este documento, *Selección de Decisiones*, vol. 1.

Se encontrará un análisis de la jurisprudencia del Comité con arreglo al Protocolo Facultativo en Manfred Novak, "ICCPR Commentary", segunda edición (Engel Verlag, 2005).

DECISIONES FINALES

A. Decisiones por las que se declara inadmisibile una comunicaci3n

Comunicaci3n N° 837/1998

Presentada por: Janusz Kolanowski

Presunta v3ctima: El autor

Estado parte: Polonia

Declarada inadmisibile: 6 de agosto de 2003

Asunto: Falta de control judicial respecto de las decisiones relativas a las promociones dentro de la polic3a

Cuestiones de procedimiento: Incompatibilidad *ratione materiae* y *ratione temporis* – Grado de fundamentaci3n de la reclamaci3n

Cuestiones de fondo: Interpretaci3n del concepto de "car3cter civil"

Art3culos del Pacto: 14, p3rrafo 1; 26

Art3culos del Protocolo Facultativo: 2; 3

1. El autor de la comunicaci3n es el Sr. Janusz Kolanowski, polaco nacido el 13 de julio de 1949. Afirma que es v3ctima de la violaci3n por Polonia¹ del p3rrafo 1 del art3culo 14 y del art3culo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Pol3ticos (el Pacto). No est3 representado por letrado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor ha trabajado en la polic3a polaca (las antiguas Milicias Civiles) desde 1973. En 1975 termin3 la Escuela de Suboficiales de Polic3a en Pila. Se doctor3 en cultura f3sica en 1991.

2.2 El 7 de enero de 1991 le pidi3 al Comandante en Jefe de la Polic3a que le otorgara el rango de oficial de la polic3a. Su solicitud fue rechazada el 22 de febrero de 1991 porque le faltaba la formaci3n militar necesaria para ese rango. El autor recurri3 de la decisi3n ante el Ministro del Interior en base a que en el p3rrafo 1 del art3culo 50 de la Ley de la polic3a solo se exig3a formaci3n profesional y no formaci3n para ser oficial a los polic3as que tuviesen un diploma universitario.

2.3 El 24 de abril de 1991 el autor se reuni3 con el Viceministro del Interior para discutir su ascenso. En un memorando sobre la reuni3n, el Viceministro dio su acuerdo a que se concediese al autor la calidad de

aspirante, un rango intermedio entre suboficial y oficial. Con todo, el Comandante en Jefe de la Polic3a anul3 esa aprobaci3n el 20 de agosto de 1991 argumentando que no se justificaba otorgarle excepcionalmente el "rango de aspirante".

2.4 En carta del 26 de agosto de 1991 dirigida al Comandante General de Polic3a en Varsovia, el autor apel3 contra esa negativa. El 28 de agosto de 1991, dirigi3 una queja an3loga al Viceministro del Interior. En su respuesta de fecha 16 de septiembre de 1991, el Comandante General de Polic3a le reiter3 que no ten3a la formaci3n necesaria para ser oficial. El 29 de junio de 1994, el Ministro del Interior se neg3 a dar curso al procedimiento con respecto al rechazo del rango de aspirante, por considerar que no se trataba de una decisi3n administrativa, conforme a la definici3n del art3culo 104 del C3digo de Procedimiento Administrativo.

2.5 El 25 de agosto de 1994 el Ministerio del Interior rechaz3 otra solicitud del autor, de fecha 19 de julio de 1994, para que se le concediera el rango de aspirante. Despu3s de que infructuosamente interpuso una objecci3n contra esta decisi3n ante el Ministerio del Interior, el autor elev3 una queja al Tribunal Administrativo Superior en Varsovia el 6 de diciembre de 1994, en la que impugnaba la falta de una decisi3n administrativa respecto de su caso. El 27 de enero de 1995, el Tribunal desestim3 la queja puesto que la denegaci3n del rango superior no hab3a sido una decisi3n administrativa.

2.6 En carta de 1° de marzo de 1995 dirigida al Tribunal Administrativo Superior, el autor se quej3 de que el Tribunal no hab3a expuesto los motivos ni las disposiciones legislativas en que se basaba su decisi3n de rechazar la queja. El Tribunal rechaz3 este recurso el 14 de marzo de 1995. M3s adelante, el autor dirigi3 una carta al Ministro de Justicia en que acusaba a los magistrados que hab3an entendido en su queja de desvirtuar la justicia. El 30 de marzo de 1995, el Presidente del Tribunal Administrativo Superior, a quien el Ministro de Justicia hab3a transmitido la carta, inform3 al autor de que, si bien no exist3a motivo alguno para la reapertura de su caso, pod3a elevar una

¹ El Pacto y su Protocolo Facultativo entraron en vigor en el Estado parte el 18 de junio de 1977 y el 7 de febrero de 1992, respectivamente.

apelación extraordinaria contra la decisión judicial de 27 de enero de 1995.

2.7 El 11 de julio de 1995, el autor pidió al Defensor del Pueblo de Polonia que presentara una apelación extraordinaria ante el Tribunal Supremo a fin de que se anulara la decisión del Tribunal Administrativo Superior. En carta de 28 de agosto de 1995, la Defensoría del Pueblo le informó de que su facultad de elevar un recurso extraordinario se limitaba a la presunta violación de los derechos civiles y tenía carácter subsidiario, pues era preciso que anteriormente se hubiese formulado una solicitud infructuosa a un órgano que tuviese la competencia primaria de presentar una apelación extraordinaria al Tribunal Supremo. El Defensor del Pueblo rechazó la solicitud del autor porque no satisfacía estos requisitos.

2.8 Luego, el autor pidió al Defensor del Pueblo que transmitiera su solicitud al Ministro de Justicia. El 13 de noviembre de 1995 envió copia al Ministro de Justicia de la solicitud de elevar una apelación extraordinaria al Tribunal Supremo ya que no había recibido respuesta del Defensor del Pueblo. Al mismo tiempo, pidió que se restableciera el estado anterior pues sostenía que el vencimiento del plazo de seis meses para apelar de la decisión judicial de 27 de enero de 1995 no se le podía atribuir a él de ningún modo. El 20 de febrero de 1996, el Ministerio de Justicia rechazó la solicitud de presentación de una apelación extraordinaria pues el plazo de seis meses ya había expirado cuando se hizo la solicitud (16 de noviembre de 1995) y porque el Ministro no tenía motivo para adoptar medida alguna puesto que en el caso no se planteaba nada que afectase los intereses de la República de Polonia.

2.9 El 4 de marzo de 1996 el autor pidió al Defensor del Pueblo que volviese a examinar su solicitud de presentar un recurso extraordinario al Tribunal Supremo con el argumento de que el plazo se venció a causa de la demora en la tramitación de su primera solicitud de 11 de julio de 1995. En otras cartas, volvió a manifestar dudas acerca de la legitimidad del examen de su denuncia por el Tribunal Administrativo Superior. En su respuesta de fecha 2 de septiembre de 1996, el Defensor del Pueblo rechazó la petición. Advertía al autor que sus acusaciones contra los magistrados del Tribunal Administrativo podrían considerarse como un acto delictivo.

2.10 Paralelamente, el autor fue despedido de la policía en 1992, pero se le readmitió a raíz de una resolución del Tribunal Administrativo Superior de 18 de agosto de 1993 en que se declaraba nula y sin valor la destitución. Volvió a ser destituido en 1995. En resolución de 8 de mayo de 1996, el Tribunal Administrativo Superior confirmó la destitución, al parecer porque el autor no había respetado la disciplina del cuerpo. Todavía estaba pendiente de examen la apelación contra esta decisión cuando se presentó la comunicación.

La denuncia

3.1 El autor sostiene que es víctima de la violación del párrafo 1 del artículo 14 y del artículo 26 del Pacto pues

se le negó el acceso a los tribunales por cuanto la decisión de no concederle el rango de aspirante no se consideró una decisión administrativa de modo que no podía ser revisada por el Tribunal Administrativo Superior.

3.2 Arguye que, debido a su queja contra la denegación de ese rango y la falta de una decisión administrativa, es preciso que se determinen sus derechos y obligaciones de carácter civil, puesto que el párrafo 1 del artículo 14 debe ser interpretado en sentido lato a este respecto. Además, afirma que los prejuicios demostrados por los magistrados del Tribunal Administrativo Superior y el hecho de que no tuviese la posibilidad de elevar una apelación extraordinaria al Tribunal Supremo por conducto del Ministro de Justicia o del Defensor del Pueblo, ya que en la Defensoría no se dio curso a su solicitud oportunamente, constituyen otras tantas violaciones del párrafo 1 del artículo 14.

3.3 El autor sostiene que en situaciones parecidas se exige la adopción de decisiones administrativas, como en los casos de privación o rebaja de rango militar de soldados de profesión o cuando el consejo de una facultad universitaria otorga un título académico. Puesto que los soldados y los candidatos académicos pueden apelar contra esas decisiones judicialmente, el hecho que él no haya contado con ese recurso constituye, según dice, una violación del artículo 26.

3.4 El autor afirma que ha agotado los recursos internos y que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y sobre el fondo

4.1 En nota verbal de 22 de junio de 1999, el Estado parte formuló sus observaciones sobre la comunicación e impugnó tanto la admisibilidad como el fondo. Si bien no pone en entredicho que se hayan agotado los recursos internos, sostiene que la comunicación debe ser declarada inadmisibile *ratione temporis* por cuanto se refiere a hechos que se verificaron antes de que el Protocolo Facultativo entrara en vigor para el Estado parte el 7 de febrero de 1992.

4.2 Por otro lado, el Estado parte considera que la queja formulada por el autor en virtud del artículo 26 del Pacto es inadmisibile por infundada. En particular, toda comparación de la privación y la rebaja del rango militar en el caso de soldados de profesión, lo que se hace mediante una decisión administrativa conforme al párrafo 1 de la Ordenanza del Ministro de Defensa de 27 de julio de 1992, con las decisiones (internas) adoptadas en virtud de la Ley de la policía es inadmisibile dada la limitada aplicación que tiene el párrafo 1 de la Ordenanza a casos excepcionales únicamente. Del mismo modo, no hay paralelo con el otorgamiento de títulos académicos por decisión administrativa, lo que es diferente de la negativa a otorgar un rango superior.

4.3 El Estado parte plantea que la adopción de decisiones administrativas depende de que existan disposiciones legislativas que exijan que el órgano admi-

nistrativo correspondiente las adopte. Por ejemplo, se exige explícitamente la adopción de una decisión administrativa para establecer, modificar o terminar una relación de empleo en la Oficina de Protección del Estado². Ahora bien, esta norma se aplica únicamente a los nombramientos y no a la negativa a otorgar un rango superior a los oficiales de dicha oficina. En un fallo del Tribunal Constitucional de 7 de enero de 1992, que marcó un hito, se establece que las disposiciones de la Ley de guardias de fronteras de 12 de octubre de 1990, que excluye el derecho a juicio en los casos de la relación de trabajo de esos guardias, no están acordes con los artículos 14 y 26 del Pacto. El Estado parte argumenta que esta decisión no se aplica al caso del autor, puesto que las disposiciones en entredicho de la Ley de guardias de fronteras se refieren a la relación de trabajo de personas ajenas al cuerpo, que se rige por una legislación especial que exige la adopción de una decisión administrativa.

4.4 Con relación a la presunta violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, el Estado parte afirma que en el ordenamiento jurídico de cada país se hace una distinción entre los actos que caen dentro de la competencia interna de los órganos administrativos y los actos que escapan a esa esfera. La negativa a conceder al autor el rango de "aspirante" tiene un carácter administrativo puramente interno como resultado de la subordinación a sus superiores jerárquicos. Por ser actos internos, no cabe recurso judicial contra las decisiones que otorgan o niegan un rango superior, pero sí y únicamente ante los órganos superiores a aquel que haya adoptado la decisión.

4.5 El Estado parte enfatiza que en el párrafo 1 del artículo 14 se garantiza a toda persona el derecho a un proceso justo para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. Como esta disposición se refiere básicamente a la determinación de los derechos y obligaciones civiles, el presente caso escapa a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14, pues es de carácter puramente administrativo. Por otro lado, el Estado parte arguye que la queja del autor contra la negativa a ascenderlo a un rango superior no tiene nada que ver con la determinación de un derecho, ya que a los policías u otros integrantes de los cuerpos armados no les asiste el derecho a pedir que se les conceda un rango superior.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En carta del 15 de noviembre de 1999 el autor respondió a las observaciones del Estado parte. Afirma que los hechos en cuestión ocurrieron después de que el Protocolo Facultativo entrara en vigor para Polonia el 7 de febrero de 1992, sin fundamentar su afirmación.

² Véase el párrafo 33 de la Ordenanza del Primer Ministro de 10 de enero de 1998 sobre las condiciones de servicio de los oficiales de la Oficina de Protección del Estado.

5.2 El autor insiste en que la negativa a ascenderlo al rango de aspirante fue una decisión administrativa y cita diversas disposiciones de las leyes administrativas que considera pertinentes. Sostiene que en el derecho polaco no hay disposiciones que faculten a los órganos oficiales para adoptar decisiones internas. En relación con el párrafo 2 del artículo 14 de la Ley de la policía, el autor indica que, como el Comandante en Jefe de la Policía está subordinado al Ministro del Interior, se deduce que debía acatar la "orden" del Viceministro de concederle el ascenso. El no hacerlo también fue ilícito en el fondo, puesto que cumplía todos los requisitos de ley para que se le ascendiera.

5.3 Con relación al argumento del Estado parte de que su reclamación basada en el artículo 26 no está bien fundamentada, el autor sostiene que, si bien es cierto que en su caso no se aplican las disposiciones especiales sobre la privación y rebaja de rango militar de los soldados profesionales o sobre la concesión de títulos académicos, la legislación que no permite que los policías apelen contra las decisiones a su ascenso o a la no concesión de este es discriminatoria en sí misma.

Deliberaciones del Comité

6.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional, y de que el autor ha agotado los recursos de la jurisdicción interna en virtud de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.3 El Comité toma nota de que el Estado parte arguye que la comunicación es inadmisibles por cuanto se refiere a hechos ocurridos antes de que el Protocolo Facultativo entrara en vigor para Polonia el 7 de febrero de 1992. Con arreglo a su jurisprudencia, el Comité no puede examinar las presuntas violaciones del Pacto que hayan ocurrido antes de que el Protocolo Facultativo entrara en vigor para el Estado parte, a menos que la violación continuase después de la entrada en vigor. El Comité observa que la primera vez que el autor pidió un ascenso fue en 1991, antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte. Pese a que después que hubo entrado en vigor prosiguió las actuaciones contra la decisión de negarle lo que pedía, el Comité considera que esas actuaciones en sí no entrañan una posible violación del Pacto. No obstante, el Comité señala que tras la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte el autor inició una segunda serie de actuaciones para conseguir ser ascendido (véase el párrafo 2.5) y que toda reclamación relacionada con estas actuaciones no es inadmisibles *ratione temporis*.

6.4 En cuanto a las reclamaciones del autor basadas en el párrafo 1 del artículo 14, el Comité constata que se refieren a sus intentos de impugnar la decisión de no concederle el ascenso que quería. El autor no fue destituido ni tampoco postuló a un puesto vacante de rango superior. En tales circunstancias, el Comité considera que se ha de distinguir su caso del de *Casnovas c. Francia* (comunicación N° 441/1990). Reiterando su parecer de que el concepto "de carácter civil" del párrafo 1 del artículo 14 está basado en la naturaleza del derecho en cuestión y no en la condición de una de las partes, el Comité considera que los procedimientos iniciados por el autor contra la decisión negativa por la que se dio respuesta a su solicitud de ascenso dentro de la policía polaca no eran equivalentes a la determinación de derechos y obligaciones de carácter civil, en el significado del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, esta parte de la comunicación es incompatible

con esa disposición e inadmisibles con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

6.5 Con relación a las presuntas violaciones del artículo 26, el Comité considera que el autor no ha fundamentado a efectos de la admisibilidad ninguna reclamación con respecto a una posible violación de este artículo. Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

7. Por tanto, el Comité de Derechos Humanos decide:

a) Que la comunicación es inadmisibles en virtud de los artículos 2 y 3 del Protocolo Facultativo;

b) Que la presente decisión se ponga en conocimiento del autor de la comunicación y, para su información, del Estado parte.

Comunicación N° 901/1999

Presentada por: Deborah Joy Laing (representada por Gavan Griffith)

Presunta víctima: Deborah Joy Laing, Jessica Joy Surgeon y Samuel Colin John Surgeon

Estado parte: Australia

Declarada inadmisibles: 9 de julio de 2004 (81° período de sesiones)

Asunto: Separación familiar – Custodia de los hijos

Cuestiones de procedimiento: Fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Recurso eficaz – Trato cruel – Libertad de circulación y derecho a entrar al propio país – Juicio con las debidas garantías – Injerencia en la vida familiar – Protección de la familia – Protección del menor

Artículos del Pacto: 2, párrafo 3; 7; 12, párrafos 1 y 4; 14, párrafo 1; 17; 23, párrafo 1; 24, párrafo 1; y 26

Artículo del Protocolo Facultativo: 2

1. La autora de la comunicación de fecha 30 de noviembre de 1999 es la Sra. Deborah Joy Laing (Sra. Laing). Presenta la comunicación en nombre propio y en el de sus dos hijos, Jessica Joy Surgeon y Samuel Surgeon. Afirma que es víctima de violaciones por parte de Australia¹ del párrafo 3 del artículo 2, artículo 7, párrafo 1 del artículo 14, artículo 17, párrafo 1 del artículo 23 y artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el Pacto); que Jessica es víctima de violaciones del párrafo 3 del artículo 2, artículo 7, párrafos 1 y 4 del artículo 12, párrafo 1 del artículo 14, artículo 17, párrafo 1 del artículo 23 y párrafo 1 del artículo 24; y que Samuel es víctima de

violaciones del párrafo 3 del artículo 2, artículo 7, párrafo 1 del artículo 17, párrafo 1 del artículo 23 y párrafo 1 del artículo 24 del Pacto. Están representados por un abogado.

1.2 El 10 de diciembre de 1999 el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones rechazó la petición de la autora de medidas provisionales.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 La Sra. Laing contrajo matrimonio con Lance Lynn Surgeon el 30 de marzo de 1991. Jessica nació el 9 de noviembre de 1993 en los Estados Unidos y tiene las nacionalidades australiana y estadounidense. El matrimonio se deshizo y el 12 de marzo de 1994 la Sra. Laing y Jessica, con el consentimiento del Sr. Surgeon, viajaron a Australia, donde permanecieron hasta noviembre de 1994. Regresaron a los Estados Unidos a petición del Sr. Surgeon, que durante ese tiempo había sufrido un ataque cardíaco.

2.2 El 12 de enero de 1995 la Sra. Laing y Jessica abandonaron el domicilio conyugal en los Estados Unidos y se marcharon a Australia sin que el Sr. Surgeon lo supiera. El 17 de enero de 1995 el Sr. Surgeon entabló una demanda de divorcio en el Tribunal Superior de Georgia. El 27 de febrero de 1995 ese Tribunal ordenó el regreso de Jessica al estado de Georgia, (Estados Unidos de América). En abril y mayo de 1995 el Tribunal Superior de Georgia conoció una demanda de orden de condicionalidad del Sr. Surgeon *ex parte*, sin la asistencia de la Sra. Laing, y ordenó la

¹ El Protocolo Facultativo entró en vigor para Australia el 25 de septiembre de 1991.

disolución del matrimonio. Concedió al padre la "custodia permanente exclusiva" de Jessica sin otorgar ningún derecho de visita a la Sra. Laing hasta nueva orden de un tribunal de la jurisdicción competente.

2.3 El 5 de junio de 1995 el Sr. Surgeon presentó una demanda a la Autoridad Central de los Estados Unidos en virtud de la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños (Convención de La Haya). Esa demanda fue comunicada a la Autoridad Central de Australia, el cual inició, el 28 de junio de 1995, un procedimiento en el Tribunal de Familia solicitando una orden para que se permitiera al Sr. Surgeon sacar a Jessica de Australia para llevarla a los Estados Unidos. Estaba previsto que la demanda de la Autoridad Central se conociera el 5 de septiembre de 1995, pero las fechas de la vista se anularon y el juicio se aplazó. El 22 de septiembre de 1995 la Sra. Laing dio a luz en Australia a Samuel, hijo del Sr. Surgeon.

2.4 Los días 2 y 5 de febrero de 1996 el juez O'Ryan conoció la demanda en el Tribunal de Familia de Australia. El 20 de febrero de 1996 ordenó que Jessica regresara a los Estados Unidos con su padre. La Sra. Laing recurrió al Pleno del Tribunal de Familia pidiendo que se oyeran nuevos testimonios. Los días 3 y 4 de julio de 1996 se oyó la apelación. El Pleno del Tribunal se negó a recibir el nuevo testimonio y el 10 de octubre de 1996 desestimó la apelación.

2.5 Después de esta desestimación la Sra. Laing se escondió con sus dos hijos. El 9 de enero de 1998 fueron encontrados y detenidos.

2.6 El 9 de abril de 1998 la Sra. Laing presentó una solicitud de permiso para recurrir ante el Tribunal Superior de Australia. El Tribunal Superior denegó la solicitud el 7 de agosto de 1998 porque la Sra. Laing no había recurrido en el plazo establecido.

2.7 La Sra. Laing se dirigió de nuevo al Pleno del Tribunal de Familia y pidió la reapertura del caso. Los días 27 y 28 de agosto y 14 de septiembre el Pleno del Tribunal de Familia, reconstituido con un jurado de cinco miembros, oyó la solicitud de reapertura del caso, y el 9 de febrero de 1999 desestimó la solicitud por una mayoría de tres miembros contra dos.

2.8 En esta situación a la Sra. Laing solo le quedaban dos opciones: a) tratar de recurrir de nuevo al Tribunal Superior, o b) recurrir al Tribunal de Familia pidiéndole que expidiera un certificado que le permitiera recurrir al Tribunal Superior. El Tribunal de Familia solo había expedido tres de esos certificados desde 1975; para ello era necesario que se tratase de una cuestión de derecho importante o de interés público. El 24 de abril de 1999 el Tribunal de Familia expidió un certificado en el que permitía a la autora apelar de nuevo al Tribunal Superior alegando que el Pleno del Tribunal de Familia debía reabrir su decisión para permitir que la solicitud se determinara por referencia a la ley idónea y aplicable. Hasta ese momento no se ofreció asistencia letrada a la Sra. Laing aunque recibió un grado limitado de asistencia letrada para apelar al Tribunal Superior. El juicio en el Tribunal Superior comenzó el 7 de octubre y

concluyó el 18 de noviembre de 1999. El Tribunal Superior desestimó la apelación sin explicar las razones. Por ello la Sra. Laing afirma que se han agotado los recursos internos.

2.9 Desde 1994 la Sra. Laing escribió cartas y envió fotografías y otra información sobre los niños al padre, que residía en los Estados Unidos. La Sra. Laing afirma que en todos estos años él no ha mostrado ningún interés por los niños, no ha aportado ninguna contribución financiera para su manutención, no los ha visitado en Australia ni ha mantenido contactos telefónicos con ellos.

La denuncia

3.1 La Sra. Laing afirma que, contrariamente a lo estipulado en el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, no dispone de un recurso adecuado y efectivo, porque el Pacto no ha sido incorporado en la legislación nacional australiana en tal forma que le permita hacer valer esos derechos. Afirma que el Pacto no forma parte de la legislación australiana y, por consiguiente, no tiene efectos legales en los derechos y deberes de los individuos². Aun cuando en su apelación al Tribunal Superior ella planteó cuestiones en virtud del Pacto, no se le han facilitado las razones del Tribunal en relación con este aspecto de su apelación.

3.2 La Sra. Laing aduce que el hecho de sacar del país por la fuerza a su hija Jessica, a la que no verá en muchos años, vulnera los derechos que le otorga el artículo 7. Ni ella ni su hijo tienen derecho a entrar en los Estados Unidos ni existe ninguna posibilidad de que ambos visiten a Jessica, habida cuenta de las órdenes vigentes de los tribunales, aunque pudieran entrar en los Estados Unidos. La Sra. Laing carece de medios para entablar cualquier otra acción judicial. Afirma que tal separación de una madre de su hijo pequeño en las actuales circunstancias constituye un trato cruel que viola el artículo 7.

3.3 La Sra. Laing alega que se le negó un juicio justo, en violación del artículo 14, en primer lugar porque el Tribunal de Familia, en su decisión de quitarle la custodia de Jessica, aplicó una ley que no era correcta. En la solicitud hecha al Tribunal de Familia en 1998 para que reconsiderase la primera sentencia sobre su apelación, una mayoría de tres jueces reconoció que el primer tribunal de apelación había aplicado una ley que no era correcta, aunque se negó a reabrir la causa. En el Tribunal Superior todas las partes reconocieron que el juez de la causa y el primer tribunal en pleno habían aplicado una ley que no era correcta. Con todo, el 18 de noviembre de 1999 el Tribunal Superior desestimó la apelación sin dar las razones.

3.4 En segundo lugar, la Sra. Laing alega que el Tribunal Superior no facilitó las razones de su decisión, violando así el párrafo 1 del artículo 14. Mientras que la

² *Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos c. Teoh* (1995) 183 CLR 273, en la página 287 de la documentación justificativa.

decisión del Tribunal Superior implica que las órdenes del traslado de Jessica tienen un efecto inmediato, el Tribunal Superior indicó que las razones de esta decisión se facilitarían posteriormente, con lo que la Sra. Laing no podría saber por qué no había prosperado su apelación antes del regreso de Jessica a los Estados Unidos.

3.5 Se alega además que habida cuenta de las demoras en la resolución de los procedimientos relativos a Jessica no puede afirmarse que la injerencia de que la autora ha sido objeto en su domicilio sean razonables a tenor del artículo 17, si se tiene en cuenta el daño y las consecuencias irreparables que ha causado a la familia de la autora.

3.6 La Sra. Laing afirma que el apartamiento de Jessica de su familia limitaría su disfrute de la vida familiar, en violación del párrafo 1 del artículo 23, en particular porque la resolución del caso se demoró considerablemente.

3.7 Por último, aduce una violación de sus derechos en virtud del artículo 26, puesto que, así como en virtud de la Convención de La Haya se pagaron las costas procesales del padre en Australia, a la autora no se le dio una ayuda equivalente. Ello es particularmente grave, dado que en la sentencia del divorcio se concedieron al padre todos los bienes matrimoniales.

3.8 En nombre de Jessica se alega que, en violación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, no se le ha dado la posibilidad de un recurso efectivo, debido a que el Pacto no se ha incorporado a la legislación australiana de forma que le permita invocar los derechos que le otorga el Pacto. La autora afirma que el Pacto no tiene ningún efecto legal en los derechos y deberes de los individuos o de los gobiernos, y a este respecto hace referencia a un caso ocurrido en un tribunal australiano y a la declaración del Fiscal General que figura en las actas del Tribunal Superior en el presente caso³. Por otro lado, Jessica no ha podido presentar ninguna declaración o argumento en relación con sus intereses. Si bien el Tribunal de Familia designó a un representante independiente para ella, este no pudo desempeñar un papel activo en el juicio porque no pudo participar en la audiencia separada de Jessica.

3.9 Se alega que Jessica padecerá un grave daño psicológico si se la saca de la única familia que ha conocido, que es la fuente de su bienestar emocional, físico y social, y de sus amigos de escuela. Hacerla regresar con su padre, que no ha desempeñado ningún papel activo en su vida, y llevarla a un lugar donde no se ha dispuesto nada para atenderla de inmediato o para enviarla a la escuela equivaldría a un trato cruel y se vulneraría el artículo 7 del Pacto.

3.10 Jessica, que se halla legalmente en territorio australiano, tiene derecho en virtud de los párrafos 1 y 4 del artículo 12 a permanecer en el país. Si se la hiciera

regresar a los Estados Unidos se vulneraría este derecho.

3.11 Se alega que se negó a Jessica un juicio imparcial, con lo que se vulneró el artículo 14. En primer lugar, se le denegó el derecho a participar en los actos procesales relativos a sus derechos y a impugnar la decisión de hacerla salir de Australia. La imposibilidad de lograr que sus intereses se determinaran de forma separada e independiente de los intereses de su madre mermó considerablemente las posibilidades de Jessica de lograr que se examinaran los méritos de su causa. Por ejemplo, cuando los jueces del Segundo Pleno del Tribunal de Familia se negaron a reabrir el caso por considerar que la incomparecencia y conducta de la madre eran un factor determinante para no hacerlo, no se tuvo en cuenta por separado el interés de Jessica por que se reabriera el caso.

3.12 En segundo lugar, se le negó un juicio imparcial en el sentido de que el juez del Tribunal de Familia aplicó una ley inapropiada cuando adoptó la decisión de hacerla regresar a los Estados Unidos. El abogado hace mención de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual un niño no deberá ser separado de sus padres, excepto cuando se determine, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Cuando se desestimó la última apelación de la madre de Jessica al Tribunal Superior no se facilitó ninguna razón para esta decisión.

3.13 La separación forzosa de Jessica de su madre y de su hermano que se ha propuesto equivaldría a una injerencia arbitraria en su familia y en su domicilio, vulnerando así el artículo 17 del Pacto. El abogado hace referencia al dictamen del Comité en *Toonen c. Australia*⁴. Se alega que las dilaciones en la resolución de los procedimientos relativos al traslado de Jessica implican que cualquier injerencia en el domicilio de Jessica no puede considerarse razonable si se tienen en cuenta el daño y las consecuencias irreparables que supone para su familia. Al parecer, no existe ninguna vía legal para que Jessica recabe protección contra esta injerencia.

3.14 Por último, se alega en nombre de Jessica que en la aplicación de la Convención de La Haya no se tuvo debidamente en cuenta en el presente caso el interés superior del niño, lo cual constituye una violación del párrafo 1 del artículo 23 y del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto. El hecho de separar a Jessica de su familia vulneraría su derecho a disfrutar de la vida familiar, ya que la aplicación estricta de la Convención de La Haya perjudica a sus intereses al no haberse realizado con rapidez, es decir, al menos en el plazo de un año. Se afirma también que la denegación de acceso a su madre y hermano en el caso de que fuera devuelta a los Estados Unidos constituiría un quebrantamiento del párrafo 2 del artículo 10 de la Convención de los

³ *Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos c. Teoh y DJL y el Gobierno central*, en las actas del Tribunal Superior de 7 de octubre de 1999, párrs. 48 a 50.

⁴ Comunicación N° 488/1992, dictamen aprobado el 31 de marzo de 1994, párr. 6.4.

Derechos del Niño, y del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto.

3.15 En cuanto a los derechos de Samuel, se alega que el Estado parte, violando los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 2, no le proporcionó un recurso efectivo para invocar los derechos del Pacto, debido a que el Pacto no forma parte de la legislación australiana. Además, no pudo participar en los procedimientos que afectaban a sus intereses en el sentido de que corría el peligro de ser separado de forma permanente de su hermana. Samuel no tiene una condición jurídica independiente en los procedimientos judiciales.

3.16 Se alega también que si se apartara a su hermana de la familia se violarían los derechos de Samuel en virtud del artículo 7, porque se rompería el estrecho lazo que existe entre los dos niños y se causaría a Samuel un sufrimiento moral.

3.17 El inminente apartamiento de Jessica de su familia constituiría una injerencia arbitraria en la familia y el domicilio de Samuel, que vulneraría el artículo 17.

3.18 Se afirma que con el apartamiento de Jessica de su familia disminuiría el disfrute de Samuel de la vida familiar, porque él no tendría derecho a entrar y permanecer en los Estados Unidos ni a visitar a su hermana, lo cual constituiría una violación de los artículos 23 y 24. El abogado sostiene que al determinar el derecho de un niño, el Comité debe tener en cuenta el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño en el que se dice que en todas las medidas concernientes a los niños una consideración primordial será el interés superior del niño. Al no adoptar ninguna medida que permita a Samuel proteger sus derechos, el Estado parte vulnera el párrafo 1 del artículo 24 del Pacto.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y sobre el fondo

4.1 En una nota verbal de 8 de febrero de 2001 el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. En ella sostiene que la comunicación es inadmisibles y que el Comité debería desestimarla sin examinar el fondo. En caso contrario, si el Comité estimara que las alegaciones son admisibles, el Estado parte sostiene que deberían desestimarse por infundadas.

4.2 Por lo que respecta a la invocación que hace la autora del artículo 2, el Estado parte entiende que no hubo vulneración de otros artículos del Pacto, razón por la cual no se plantea ninguna cuestión de violación en virtud del artículo 2 del Pacto. Por consiguiente, este aspecto de la comunicación debería desestimarse por inadmisibles. Australia proporciona en todos los casos recursos efectivos contra las violaciones de los derechos del Pacto. Las disposiciones de los tratados internacionales de los que Australia es Parte no se integran en la legislación nacional solo por el hecho de la aceptación formal del tratado por parte de Australia. Este principio, existente desde hace mucho tiempo en la legislación australiana, fue reconocido por el Tribunal Superior en

Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos c. Teoh. Australia considera que se dispone de suficientes recursos para que la Sra. Laing, Jessica y Samuel invoquen sus derechos en virtud del Pacto.

4.3 Por lo que respecta a la alegación de los autores en virtud del artículo 7 de que el regreso de Jessica a los Estados Unidos equivaldrá a apartarla por la fuerza de su madre y de su hermano, causando un sufrimiento moral, el Estado parte sostiene que esta alegación es inadmisibles *ratione materiae*, pues no hay ninguna prueba de que Australia vaya a causar ningún sufrimiento moral de esa naturaleza.

4.4 En primer lugar, Australia persigue el objetivo legítimo de que un niño secuestrado regrese al país de su residencia habitual de conformidad con la Convención de La Haya, y de que sea el tribunal pertinente y competente quien decida acerca de su custodia. El Tribunal de Familia ordenó a la Sra. Laing que regresara a los Estados Unidos, que es el foro apropiado para decidir la cuestión de la custodia de Jessica. Ello fue un intento hecho con buena fe por Australia de dar a Jessica la oportunidad de reunirse con su padre y de que la cuestión de la custodia se decidiera finalmente. Las acciones de un Estado en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el derecho internacional no pueden interpretarse como pruebas de trato cruel, inhumano o degradante.

4.5 En segundo lugar, no es correcto suponer que el regreso de Jessica a los Estados Unidos haya de traducirse necesariamente en su apartamiento permanente de Australia, de la Sra. Laing y de Samuel. Existe la posibilidad de que Jessica pueda ser devuelta a su padre, pero esa es una cuestión que deberán determinar los tribunales de los Estados Unidos. No hay ninguna prueba de que Australia inflija un trato deliberado o perjudicial en violación del artículo 7 del Pacto.

4.6 En tercer lugar, la Sra. Laing sostiene que es posible que no les permitan a ella y a Samuel entrar y quedarse en los Estados Unidos. El Estado parte alega que esto es irrelevante a los efectos de establecer si Australia inflige un trato perjudicial o deliberado en violación del artículo 7 del Pacto. En cualquier caso, el Pleno del Tribunal de Familia trató de asegurar que se permitiera a la Sra. Laing y a sus hijos entrar y quedarse en los Estados Unidos al ordenar que el Sr. Surgeon refrendara la solicitud de visado de la Sra. Laing y se abstuviera de iniciar una acción penal por el secuestro de Jessica.

4.7 Además, si bien Australia admite que la Sra. Laing, Jessica y Samuel pueden sufrir cierta tensión mental como consecuencia del viaje al extranjero y el proceso judicial en los Estados Unidos, esas tensiones no llegarían a tener la gravedad del sufrimiento que se requiere para considerarlo una violación del artículo 7. Por consiguiente, Australia sostiene que la alegación de vulneración del artículo 7 debe declararse inadmisibles por ser incompatible con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

4.8 De no hacerse así, el Estado parte sostiene que las alegaciones deberían desestimarse por infundadas porque los reclamantes no ofrecen ninguna prueba de que Australia les inflija ese trato ni de que este vaya a alcanzar el nivel mínimo de gravedad para constituir una violación del artículo 7.

4.9 Por lo que respecta a la alegación de la Sra. Laing en virtud del artículo 7, el Estado parte sostiene que esas cuestiones todavía no se han decidido y, por consiguiente, no puede sostenerse razonablemente que sean una prueba de que se le haya infligido o se le vaya a infligir un trato semejante. Además, son los Estados Unidos los que han de decidir acerca de esas cuestiones, por lo que no pueden considerarse como un trato deliberado por parte de Australia. En cualquier caso, no hay ningún indicio que haga pensar que la Sra. Laing no podría entrar o permanecer en los Estados Unidos. Ese país ha ampliado recientemente la categoría de visados de "Public Benefit Parole" para incluir los casos de secuestro y permitir así al progenitor que ha cometido este delito entrar y permanecer en los Estados Unidos con el fin de participar en los procedimientos judiciales.

4.10 En lo referente a Jessica, el Estado parte sostiene que no tiene intención de causarle ningún daño devolviéndola a los Estados Unidos. Por consiguiente, los actos de Australia no pueden constituir un trato que guarde relación con lo dispuesto en el artículo 7 del Pacto. Es más, el Pleno del Tribunal de Familia consideró si había un riesgo grave de que Jessica sufriera un daño físico o psicológico o quedara en una situación insoportable como consecuencia de su traslado a los Estados Unidos. Examinó un informe preparado por un psicólogo infantil sobre esta cuestión y llegó a la conclusión de que la supuesta separación brusca y permanente de su madre causaría a Jessica alguna pena, pero que se adaptaría al cambio y a su nuevo cuidador.

4.11 Por último, se sostiene que la alegación relativa a Samuel, según la cual este sería separado por la fuerza de su hermana, no tiene fundamento por las razones indicadas en relación con la admisibilidad de la reclamación.

4.12 El Estado parte rechaza la reclamación de Jessica en virtud del artículo 12 como inadmisibles de conformidad con el artículo 1 del Protocolo Facultativo, por incompatibilidad con las exigencias del Pacto de proteger a la familia y brindar especial protección al niño (párrafo 1 del artículo 23 y párrafo 1 del artículo 24 del Pacto). Sostiene que la alegación de Jessica interpreta de forma incorrecta el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto como si implicara su derecho a permanecer en Australia. Con todo, el Estado parte entiende que el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto trata del derecho a circular libremente y a escoger libremente la residencia dentro de Australia. De ahí que la alegación de Jessica no plantee ninguna cuestión en virtud del Pacto ni justifique ninguna reclamación en virtud del artículo 12.

4.13 El Estado parte sostiene que si el Comité encuentra suficientes pruebas para demostrar que Australia restringe los derechos enunciados en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, esa restricción

entraría en el ámbito de las restricciones permitidas por el párrafo 3 del artículo 12. El regreso de Jessica es necesario para el mantenimiento del orden público, es decir, para prevenir el secuestro de menores y regular los acuerdos sobre retornos. El retorno de Jessica a los Estados Unidos redunda también en interés de la protección de la familia, y es compatible con el párrafo 1 del artículo 23 del Pacto.

4.14 Además, el Estado parte sostiene que la alegación de Jessica de que se ha vulnerado el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto carece de fundamento, porque está prohibido privar a Jessica de su derecho a entrar en Australia. El Pleno del Tribunal de Familia de Australia examinó la cuestión de si Jessica tenía derecho a permanecer en Australia y llegó a la conclusión de que tiene este derecho, aunque debe equilibrarse con otros derechos. En la sentencia del Pleno del Tribunal de Familia de 9 de febrero de 1998 se llegó a la conclusión de que el retorno de Jessica a los Estados Unidos en aplicación de la Convención de La Haya no afectaría a su derecho, en cuanto ciudadana australiana, a vivir en Australia. En todo caso, no se ha expuesto ninguna razón que explique que su derecho fundamental a vivir en Australia sea de algún modo más importante o merecedor de protección que su derecho básico a no ser sacada ilícitamente de los Estados Unidos.

4.15 En cuanto a la alegación de que los tribunales australianos no decidieron acerca de la cuestión del regreso de Jessica a los Estados Unidos con justicia y de conformidad con la ley adecuada, el Estado parte sostiene que el Pleno del Tribunal de Familia consideró, en su apelación del 14 de septiembre de 1998, que el tribunal inferior había aplicado leyes no apropiadas, pero que ello no afectaba a la resolución del caso. Esta decisión fue revisada posteriormente en otra sesión del Pleno del Tribunal de Familia y el Tribunal Superior. En la medida en que la comunicación de la Sra. Laing exigiría que el Comité evaluara el fondo y no la forma de la decisión del Tribunal Superior, el Estado parte sostiene que ello haría que el Comité se extralimitara en las funciones que le son propias con arreglo al Protocolo Facultativo, y que las alegaciones en virtud del artículo 14 son por consiguiente incompatibles con el Pacto. A este respecto hace referencia a la decisión del Comité en *Maroufidou c. Suecia*⁵. Además, sostiene que los autores no aportaron suficientes pruebas para sustanciar una violación de ese artículo del Pacto y que en el supuesto de que el Comité hallara la comunicación admisible, carecería de fundamento.

4.16 El Estado parte sostiene que la alegación de Jessica de violación del párrafo 1 del artículo 14 por no haberse garantizado una representación separada en los procedimientos judiciales es inadmisibles porque no plantea una cuestión en virtud del Pacto, ya que ella no es víctima de una violación del Pacto. Afirma que se presentó una solicitud ante el Tribunal de Familia para que hubiera una representación en nombre de Jessica,

⁵ Comunicación N° 58/1979, dictamen aprobado el 9 de abril de 1981, párr. 10.1.

pero no se ofrecieron suficientes razones que demostraran que una representación separada la beneficiaría, tomando en consideración que los tribunales australianos consideran que el interés del niño es de primordial importancia. De no considerarse inadmisibles, la comunicación debería desestimarse por carecer de fundamento.

4.17 Por último, respecto de la alegación en virtud del párrafo 1 del artículo 14, según la cual el Tribunal Superior no facilitó razón alguna, el Estado parte sostiene que las razones de la decisión del Tribunal Superior se publicaron el 13 de abril de 2000. Por consiguiente, esta alegación no tiene fundamento.

4.18 Respecto de la alegación de la autora de que el retorno de Jessica a los Estados Unidos es una injerencia arbitraria por parte de Australia en la familia y en el domicilio en virtud del artículo 17, el Estado parte sostiene que los autores no han facilitado pruebas de que se haya vulnerado este artículo, razón por la cual no se plantea una cuestión en virtud de esta disposición. Más aún, no han explicado cómo se han visto directamente afectados por la supuesta falta de protección jurídica, y por lo tanto no pueden considerarse víctimas de una violación del Pacto.

4.19 En el caso de que el Comité considere admisible la alegación en virtud del artículo 17, el Estado parte estima que no tiene fundamento, ya que Jessica va a regresar a los Estados Unidos en cumplimiento de la obligación internacional de Australia en virtud de la Convención de La Haya de dejar que la custodia de Jessica la determine el tribunal competente de los Estados Unidos. Por consiguiente, esta intervención se hace de acuerdo con la ley y no es arbitraria.

4.20 El Estado parte sostiene que la alegación de que el retorno de Jessica a los Estados Unidos constituye una violación de la obligación de proteger a la familia, enunciada en el párrafo 1 del artículo 23, es incompatible con esta disposición del Pacto. Hace referencia al preámbulo de la Convención de La Haya, en el que los Estados signatarios afirman que están "firmemente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia", y que la Convención de La Haya se redactó para "proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita...". El hecho de que Australia sea Parte en esta Convención es una prueba suficiente del compromiso aceptado por este país de proteger a la familia y, por supuesto, al niño.

4.21 El Estado parte agrega que el párrafo 1 del artículo 23 exige que Australia proteja a la familia en cuanto institución, y que la Sra. Laing, Jessica y Samuel no facilitan ninguna prueba que sustente su afirmación de que ha incumplido esta obligación. La alegación de la autora de que las solicitudes para que regrese un niño hechas después de transcurrido un año no tienen validez no es correcta. Además, la solicitud para el regreso de Jessica se hizo antes de transcurrido un año. El Estado parte sostiene que los autores no han demostrado ser víctimas de alguna violación del párrafo 1 del artículo

23 del Pacto, y que en el regreso de Jessica a los Estados Unidos para iniciar los procedimientos de su custodia se tendrán en cuenta los derechos de cada miembro de la familia.

4.22 En cuanto al fondo, el Estado parte sostiene que la decisión de los tribunales de hacer regresar a Jessica protege los intereses de cada uno de los miembros de la familia y los intereses de la comunidad en su conjunto al proteger a las familias. El Pleno del Tribunal de Familia especificó que el interés de Jessica tenía una importancia primordial, pese a los actos ilícitos de la Sra. Laing. El padre de Jessica está incluido en la definición de familia con arreglo al párrafo 1 del artículo 23; al ordenar el regreso de Jessica a los Estados Unidos para que se determine si tendrá acceso a su padre, Australia ha reconocido el derecho de la niña a disfrutar de la vida familiar.

4.23 En cuanto a la reclamación de Jessica y Samuel en virtud del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto, el Estado parte sostiene que el objetivo de los procedimientos de la Convención de La Haya en Australia fue determinar cuál era el foro apropiado y no las cuestiones de la custodia de Jessica y del acceso a la niña. Reitera que el principio básico de esta Convención es el interés superior del niño. Más aún, el hecho de que el Tribunal de los Estados Unidos pueda conceder la custodia al padre de Jessica no es una prueba de que exista una violación del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto. En relación con los procesos relativos al secuestro de niños, el Pleno del Tribunal de Familia ha determinado que el interés superior de un niño secuestrado es que regrese al país de su residencia habitual y que los tribunales de ese país decidan acerca de las cuestiones de la custodia y del derecho de visita de los padres. Si el Comité considera esta reclamación admisible el Estado parte sostiene que carece de fundamento.

4.24 El Estado parte aduce que la reclamación de la Sra. Laing en virtud del artículo 26 es inadmisibles *ratione materiae*, por tres razones: en primer lugar, la Sra. Laing no ha hecho ninguna reclamación en virtud del artículo 1 del Pacto porque no ha presentado pruebas de ser objeto de una discriminación financiera; en segundo lugar, no ha fundamentado su reclamación; y, en tercer lugar, si el Comité considera que la autora ha demostrado que existió una diferencia en el trato recibido por la Sra. Laing y por el padre de Jessica por uno de los motivos enunciados en el artículo 26, el Estado parte aduce que no se ha demostrado que esa diferenciación no fuera razonable y objetiva y que su finalidad no fuera lograr un objetivo que es legítimo en virtud del Pacto.

4.25 A este respecto, afirma que la Sra. Laing recibió asistencia letrada o financiera de las autoridades australianas para el procedimiento seguido en Australia en virtud de la Convención de La Haya. En 1996, la Comisión de Asistencia Letrada de Nueva Gales del Sur le concedió asistencia letrada para la audiencia inicial sobre la aplicación de la Convención de La Haya y para el proceso incoado en 1999 ante el Pleno del Tribunal de Familia. También recibió asistencia financiera en

relación con su posterior apelación al Tribunal Superior. No se le exigió ninguna contribución financiera para costear esos procedimientos; el abogado accedió a representar gratuitamente a la Sra. Laing en esos procedimientos, pese a que se le había otorgado asistencia letrada. Además, el Pleno del Tribunal de Familia de Australia ordenó, el 9 de abril de 1998, que el padre de Jessica pagase los gastos del retorno a los Estados Unidos de la Sra. Laing, Jessica y Samuel. En el caso de que el Comité considere esta reclamación admisible, el Estado parte aduce que se debería desestimar por carecer de fundamento.

Comentarios de la autora sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En su respuesta de 23 de abril de 2001 a la exposición del Estado parte, el abogado sostiene que el Estado parte se equivoca cuando afirma que los tribunales australianos consideraron que el interés de Jessica era de importancia primordial. La aplicación de la Convención de La Haya y sus disposiciones de ejecución muestran que no se toma en consideración el interés superior del niño. Sostiene, además, que la suposición del Estado parte de que la custodia futura de Jessica debe ser decidida finalmente por un tribunal de los Estados Unidos carece de fundamento, ya que existen órdenes firmes de un tribunal estadounidense que conceden la custodia permanente al padre de Jessica, sin otorgar a la madre ningún derecho de visita.

5.2 Respecto de la alegación del Estado parte de que el artículo 2 no es un derecho autónomo, el abogado sostiene que la jurisprudencia del Comité puede cambiar totalmente en cualquier momento a la luz de nuevos argumentos relacionados con el examen de otro caso, y que la reciente jurisprudencia del Comité revela un cambio en la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto en el sentido de proporcionar a los individuos un derecho independiente. Es más, las circunstancias particulares de Australia, que no tiene una carta de derechos ni una protección constitucional del derecho estatutario o del derecho anglosajón uniformes que reflejen el Pacto, dejan a los autores sin ningún recurso efectivo para salvaguardar sus derechos.

5.3 En cuanto a la denuncia en virtud del artículo 7 del Pacto, el abogado sostiene que lo principal es saber si cierto trato del que es responsable el Estado parte tiene el efecto de ser cruel. La Sra. Laing considera que la separación forzosa de Jessica de su familia constituye un trato cruel porque causa un grave sufrimiento a Jessica y a su familia. Además, la cuestión de si el trato dado a un niño es cruel exige una evaluación de las circunstancias particulares del niño, y a este respecto la simple amenaza de ese trato ya es suficiente.

5.4 El abogado sostiene asimismo que si no se cumplen los objetivos de la Convención de La Haya de lograr el rápido retorno del niño, una aplicación estricta e inflexible puede ser opresiva e injusta en ciertas circunstancias. En el presente caso transcurrieron 13 meses desde que la niña fue trasladada ilegalmente hasta

que un tribunal australiano pronunció el primer fallo, y 6 años después todavía se halla pendiente la resolución final del caso.

5.5 Además, el informe psiquiátrico presentado por los autores da a entender que Jessica es sensible a los cambios, tiene dificultad para dormir y sufre pesadillas como consecuencia de la separación temporal de su familia practicada por la policía en 1998. El Estado parte no ha impugnado este dato. Otro informe preparado por el Tribunal de Familia cuando Jessica tenía 2 años indica que "una separación brusca y permanente de su madre acarrearía protestas y una extrema angustia...". El abogado sostiene que la angustia puede constituir un trato cruel.

5.6 En relación con la alegación del Estado parte en virtud del artículo 12 del Pacto de que Jessica tiene derecho a reunirse con su padre por ser una niña y una persona integrante de una familia, el abogado sostiene que las alegaciones relativas a la vida familiar deben ser reales, y no hipotéticas como en el caso de Jessica.

5.7 El abogado reitera la denuncia de violación del párrafo 1 del artículo 14. La respuesta del Estado parte de que, de haberse aplicado la ley correcta, el resultado habría sido el mismo, no representa la opinión del Segundo Pleno del Tribunal de Familia sino simplemente la opinión de un juez. Además, el Presidente del Tribunal Superior y otro juez de ese Tribunal consideraron que de haberse aplicado la legislación apropiada el resultado tal vez no habría sido el mismo.

5.8 En relación con la alegación del Estado parte de que la función del Comité no es examinar los hechos, aunque el abogado reconoce la jurisprudencia creada por el Comité, alega que la aplicación de una ley no apropiada y el hecho de no corregir el error hace que las decisiones de hacer retornar a Jessica sean "manifiestamente arbitrarias". Agrega que el derecho de los autores a un juicio imparcial incluye el derecho a conocer las razones en el momento en que se dictaron las órdenes.

5.9 En cuanto a la alegación en virtud del artículo 17, el abogado sostiene que en el presente caso la injerencia en el domicilio es la injerencia en los arreglos familiares y en la vida familiar de los autores, incluida la familia ampliada.

5.10 En lo referente a la alegación en virtud del artículo 23 del Pacto, el abogado señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido siempre que el artículo 8 de la Convención incluye el derecho del progenitor a que se adopten medidas para que se reúna con su hijo, y la obligación por parte de las autoridades nacionales de adoptar esas medidas. En el caso de Jessica no existe ningún lazo familiar entre el padre y la niña, y la única familia que necesita protección es la formada por Jessica, Samuel y la Sra. Laing, así como la familia ampliada de Australia.

5.11 En lo referente a la supuesta discriminación de que fue objeto la Sra. Laing, el abogado sostiene que el Sr. Surgeon estuvo representado por la Autoridad Central, mientras que ella solo recibió una ayuda eco-

nómica que cubrió una pequeña parte de los gastos totales.

Otros comentarios del Estado parte y de la autora

6.1 El 3 de septiembre de 2001 el Estado parte presentó otros comentarios. En relación con la alegación del abogado de que no existe ningún fundamento fáctico para que Australia afirme que los tribunales estadounidenses podrían dar a la Sra. Laing la custodia de Jessica o el derecho de visita, sostiene que con arreglo al Código de Georgia, la orden en favor del Sr. Surgeon podría ser impugnada y posteriormente modificada por el Tribunal si las circunstancias variaran de forma sustancial.

6.2 Además, en relación con la alegación de los autores de que Australia no cuenta con ninguna protección del derecho estatutario o del derecho anglosajón que refleje las disposiciones del Pacto, el Estado parte sostiene que tanto la legislación como el derecho anglosajón protegen los derechos del Pacto. Por ejemplo, en virtud de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades de 1986 (la Comisión), esta tiene poder para investigar supuestas violaciones por el Commonwealth de los derechos enunciados en el Pacto.

6.3 El 7 de noviembre de 2001 el abogado presentó otros comentarios y señaló que la Comisión no proporciona un recurso efectivo, ya que lo único que puede hacer es preparar un informe sobre las violaciones de los derechos humanos destinado al Gobierno. La Comisión no puede dictar decisiones de obligado cumplimiento.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

7.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar la reclamación que figura en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha reclamación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

7.2 En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

7.3 En cuanto a las reclamaciones presentadas por la autora en nombre de su hija Jessica, el Comité observa, que cuando se la sacó de los Estados Unidos, Jessica tenía 14 meses de edad, por lo que tiene 10 años y medio en el momento de la decisión del Comité. No obstante su práctica sistemática de considerar que el progenitor que tiene la custodia, o incluso el que no la tiene, puede representar a su hijo en el procedimiento del Protocolo Facultativo sin una autorización expresa, el Comité observa que el autor siempre tiene que demostrar que cualquier reclamación que haga en nombre de un hijo representa el interés superior del

niño. En el presente caso, la autora tuvo la oportunidad de plantear todo asunto relacionado con los derechos amparados por el Pacto en las actuaciones ante los tribunales nacionales. Aunque el Comité adopta la postura de que la aplicación de la Convención de La Haya no excluye en modo alguno la aplicabilidad del Pacto, considera que la autora no ha demostrado, a efectos de la admisibilidad, que la aplicación de la Convención de La Haya equivalga a una violación de los derechos de Jessica con arreglo al Pacto. Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

7.4 En cuanto a las presuntas violaciones de los propios derechos de la autora, el Comité observa que la presente situación, incluido su posible efecto adverso en el disfrute por la autora de los derechos reconocidos en el Pacto, es resultado de la decisión de la propia autora, a comienzos de 1995, de sacar a su hija Jessica de los Estados Unidos y llevarla a Australia, y de su posterior negativa a permitir la aplicación de la Convención de La Haya en el sentido de dejar que los tribunales competentes decidieran sobre los derechos de custodia y de visita de los padres respecto de Jessica. A la luz de estas consideraciones, el Comité considera que esta parte de la comunicación no se ha fundamentado, a efectos de la admisibilidad, y por lo tanto es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

7.5 En cuanto a la parte restante de la comunicación, relacionada con las reclamaciones presentadas por la autora en nombre de su hijo Samuel, que nació en septiembre de 1995 en Australia, el Comité observa que el ejercicio de los derechos de Samuel no se rige por la Convención de La Haya. Observando también que las decisiones de los tribunales estadounidenses pueden afectar a las posibilidades de Samuel de mantener el contacto con su hermana Jessica, el Comité, en vista de las conclusiones a las que ha llegado, opina sin embargo que la autora no ha fundamentado, a efectos de la admisibilidad, ninguna de las alegaciones de que esos efectos equivaldrían a una violación del Pacto. Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8. Por ello, el Comité de Derechos Humanos decide:

- a) Que la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo;
- b) Que la presente decisión se ponga en conocimiento del Estado parte y de la autora de la comunicación.

APÉNDICE

*Voto particular disidente de los miembros del Comité
Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati y
Sr. Walter Kälin*

La mayoría de los miembros del Comité declararon inadmisibles esta comunicación respecto de todas las

presuntas víctimas. Aunque coincidimos con la decisión de inadmisibilidad respecto de la autora y de su hijo, disentimos en lo que se refiere a su hija Jessica. En el párrafo 7.3 del dictamen aprobado por el Comité, la mayoría estima que la autora no ha probado, a los fines de la admisibilidad, que la aplicación de la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños (Convención de La Haya) equivaldría a una violación de los derechos de Jessica con arreglo al Pacto. Esta opinión se basa al parecer en el supuesto de que la aplicación de la Convención de La Haya representa el interés superior del niño y, por consiguiente, es automáticamente compatible con el Pacto. En principio estamos de acuerdo con esta opinión, pero no con su aplicación en las circunstancias del presente caso.

El propósito de la Convención de La Haya es asegurar el inmediato regreso de los niños trasladados a, o retenidos ilícitamente en el país del que fueron secuestrados (art. 1) a fin de reunirlos con el progenitor al que se ha concedido la custodia exclusiva o de permitir que los tribunales de ese país determinen la cuestión de la custodia sin demora si se trata de un caso contencioso. Por consiguiente, la Convención se basa en idea de que devolverlo a ese país representa el interés superior del niño. Sin duda ello es cierto si el retorno tiene lugar en un plazo relativamente breve después de la remoción ilícita, pero puede ya no ser el caso si ha transcurrido mucho tiempo desde entonces. La Convención de La Haya reconoce este hecho al permitir a los Estados que no devuelvan al niño a otro país, entre otras cosas si este ha pasado un período prolongado en el extranjero y está firmemente arraigado allí, si el retorno podría provocarle daños considerables y exponerlo a peligros graves, o si el niño se opone al retorno y tiene la edad y la madurez suficientes para adoptar esa decisión (arts. 12 y 13). Aunque el Comité no tenía por cometido examinar la aplicación de la Convención por Australia propiamente dicha, es pertinente señalar que ese tratado acepta que el retorno no siempre será una salvaguardia de los derechos y del interés superior del niño.

En el presente caso, el Comité debía decidir si sostener la decisión de los tribunales australianos competentes de devolver a Jessica a los Estados Unidos violaría los derechos que le reconoce el Pacto. Dado que aún no ha sido devuelta, la cuestión importante en este momento debe ser el examen del caso por el Comité, es decir que las condiciones actuales son decisivas.

Al respecto, señalamos que Jessica tiene casi 11 años y se opone decididamente a que la devuelvan a su padre tal como se ha previsto. Ha pasado toda su vida en Australia, excepto los primeros cuatro meses de vida y otros tres meses cuando acababa de cumplir un año. Cuando tenía alrededor de tres años, el Pleno del Tribunal de Familia de Australia desestimó el recurso presentado por su madre en este caso. Han transcurrido casi ocho años desde entonces sin que se haya examinado a fondo la cuestión de si las circunstancias mencionadas en los artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya se aplicarían a su caso. Se plantean así graves cuestiones en el marco del Pacto, en particular las

siguientes: ¿puede el derecho de Jessica a llevar una vida de familia con su madre y hermano verse supeditado al derecho de un padre distante a quien se le concedió, hace más de diez años, la custodia exclusiva y permanente de la niña, sin que la madre conservara el derecho de visita? ¿Sería compatible con su derecho a las medidas de protección que exige su condición de menor el forzarla a vivir con un hombre con el que muy probablemente se enfrentará en los tribunales y a quien solo conoce como la persona que quería separarla de su madre y de su hermano desde que tenía memoria? Estas y otras preguntas análogas son lo suficientemente graves como para justificar un examen exhaustivo del fondo de la cuestión. Por consiguiente, declararíamos admisible la comunicación respecto de la afirmación de Jessica de que es víctima de una violación de los artículos 17, 23 y 24 del Pacto.

*Voto particular concurrente del miembro del Comité
Sr. Martin Scheinin*

Aunque me adherí a la mayoría y declararé inadmisibles la comunicación por falta de fundamentación respecto de las tres presuntas víctimas, estimo necesario presentar otras razones respecto de las alegaciones realizadas en nombre de Jessica Joy Surgeon, que en la actualidad tiene 10 años de edad.

En primer lugar, deseo aclarar desde el principio que no objeto el criterio del Comité de derivar del artículo 2 del Protocolo Facultativo la condición de que se deben fundamentar todas las denuncias de violaciones del Pacto para que se pueda declararlas admisibles. Debe entenderse que la referencia a una "alegación" de violación en el artículo 2 del Protocolo Facultativo se refiere a una denuncia respaldada por hechos y argumentos jurídicos.

En segundo lugar, al determinar que la Sra. Laing no ha logrado fundamentar las denuncias presentadas en nombre de Jessica, asigno gran importancia al artículo 19 de la Convención de La Haya sobre el secuestro de niños, según el cual ninguna resolución sobre el regreso del niño en el marco de esta Convención afectará los méritos del derecho de custodia. Como se refleja en el párrafo 2.2 de la decisión del Comité, el veredicto vigente del tribunal de los Estados Unidos de mayo de 1995 por el cual se concedió al Sr. Surgeon la custodia exclusiva de Jessica sin otorgar ningún derecho de visita de la Sra. Laing se adoptó "hasta nueva orden de un tribunal de la jurisdicción competente". Por consiguiente, el caso que el Comité tiene ante sí *no* se refiere a la devolución de Jessica a la custodia exclusiva del Sr. Surgeon sin que se conceda el derecho de visita a la Sra. Laing. El resultado de la aplicación de la Convención de La Haya no habría sido en 1996, y tampoco lo es hoy en día, otro que la devolución de Jessica a la jurisdicción efectiva de los tribunales de los Estados Unidos para que puedan decidir todas las cuestiones relacionadas con los derechos de custodia y de visita. Esta situación es señalada por el Estado parte en los párrafos 4.4, 4.5, 4.19, 4.23 y 6.1 de la decisión del Comité. No se ha demos-

trado, a los fines de la admisibilidad, que la aplicación de este principio representaría una violación de los derechos de Jessica en virtud del Pacto. Esta es la razón principal por la que considero que la denuncia presentada en nombre de Jessica es inadmisibile. Las que siguen deben considerarse razones suplementarias.

Como se consigna en el párrafo 7.3 de la decisión del Comité, la práctica habitual es reconocer el derecho de un progenitor a representar a un hijo menor en los procedimientos en virtud del Protocolo Facultativo sin contar con una autorización escrita explícita. Este criterio significa también que *cualquiera de los progenitores*, tenga o no la custodia, tiene derecho a presentar una comunicación en nombre de un hijo para denunciar violaciones de sus derechos. Si bien este criterio significa que un progenitor siempre tendrá la autoridad formal para incoar un procedimiento en nombre de su hijo, corresponde al Comité evaluar si el progenitor que tiene o no la custodia ha logrado demostrar que representa la voluntad y el interés superior del niño. Por este motivo siempre sería mejor que el Comité recibiera una carta de autorización u otra expresión de la opinión del niño si este ha llegado a una edad en que su opinión puede tenerse en cuenta. En el caso de que se trata, Jessica se acerca a la edad en que muchos tribunales reconocen el peso jurídico de la voluntad libremente expresada del niño. Para llegar a la conclusión de que la Sra. Laing no logró demostrar las denuncias presentadas en nombre de Jessica a los fines de la admisibilidad consideré de una cierta importancia el hecho de que el Comité no había recibido una carta de autorización u otra expresión libre y directa de la opinión de Jessica.

No obstante, asigno más importancia al hecho de que en el procedimiento del Protocolo Facultativo intervienen siempre dos partes, es decir uno o más particulares y un Estado parte en el Protocolo Facultativo. El requisito de la fundamentación se refiere a las denuncias formuladas por el autor, no simplemente a la cuestión de si se han violado los derechos del niño. Jessica puede muy bien ser víctima de violaciones por Australia de los derechos que le reconoce el Pacto. Estas violaciones pueden ser resultado de decisiones adoptadas por tribunales australianos en el caso, o de la no aplicación de esas decisiones, o de la posibilidad de que las decisiones se aplicaran en el futuro y se devolviera a Jessica a los Estados Unidos. La denuncia formulada por la Sra. Laing en nombre de Jessica se relaciona, por lo menos en un primer nivel, con la tercera de estas opciones. Sería parte de su deber fundamentar la denuncia para demostrar al Comité que la aplicación de las decisiones judiciales adoptadas hace varios años es ahora probable, o por lo menos una posibilidad real, y no ya una simple especulación. Al abordar la cuestión de si una denuncia así está fundamentada, el Comité debería tener en cuenta también la otra posibilidad, es decir que un progenitor afirme que se han violado los derechos humanos del hijo secuestrado por la no aplicación de las decisiones de los tribunales de un Estado parte de devolver al niño a la jurisdicción del país del que fue sacado. Aunque no existe una solución general para esas denuncias contradictorias en términos de derechos humanos, el hecho de que puedan existir denuncias contradictorias afecta a la aplicación del requisito de fundamentación como una de las condiciones para la admisibilidad.

Comunicación N° 939/2000

Presentada por: Georges Dupuy

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Canadá

Declarada inadmisibile: 18 de marzo de 2005

Asunto: Consecuencias de la ocultación de un documento durante un procedimiento penal

Cuestiones de procedimiento: Grado de fundamentación de la reclamación – Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Derecho a un juicio con las debidas garantías – Derecho a disponer de tiempo suficiente para la preparación de la defensa – Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas – Igualdad para hombres y mujeres

Artículos del Pacto: 2, párrafo 3; 3; 14, párrafo 3 b); y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; y 5, párrafo 2

1. El autor de la comunicación es el Sr. Georges Dupuy, de nacionalidad canadiense, nacido el 9 de mayo de 1947. El autor se declara víctima de la violación por el Canadá del párrafo 3 del artículo 2, el artículo 3, el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No está representado por un abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 16 de agosto de 1991 la Sra. Gascon, cónyuge en aquel momento del autor, denunció a este por presuntas amenazas de muerte proferidas contra ella.

2.2 Tras una investigación preliminar efectuada el 19 de diciembre de 1991, el 24 de abril de 1992 el Tribunal Penal de Quebec declaró culpable al autor de haber proferido deliberadamente por teléfono los días 12 y 15 de agosto de 1991, o aproximadamente en esas fechas, amenazas de muerte o lesiones graves contra la Sra. Gascon. El 12 de marzo de 1993 el juez impuso una condena condicional de dos años con libertad vigilada.

2.3 El 15 de febrero de 1994 el Tribunal de Apelación de Quebec rehusó modificar el veredicto y el 11 de agosto de 1994 el Tribunal Supremo del Canadá desestimó el recurso del autor. El autor especifica que las decisiones de los tribunales se fundaron exclusivamente en los testimonios de la Sra. Gascon y en el suyo propio.

2.4 El autor declara que hasta diciembre de 1994 no tuvo conocimiento de un informe de la policía, que contenía una declaración escrita de la Sra. Gascon contra él fechada el 16 de agosto de 1991.

2.5 El 3 de abril de 1995, acogiéndose al artículo 690 del Código Penal, el autor solicitó al Ministro de Justicia que ordenase la celebración de un nuevo proceso a causa de la no comunicación de la citada declaración en el proceso anterior.

2.6 El 14 de diciembre de 1995 el autor demandó al Gobierno de Quebec por lo que consideraba la conducta dolosa del fiscal adjunto de la Corona encargado de la causa, que no había transmitido durante el proceso la declaración escrita de 16 de agosto de 1991.

2.7 El 20 de marzo de 1996 el Tribunal Superior del distrito de Montreal aceptó la solicitud de inadmisibilidad del ministerio público y desestimó el recurso del autor. El 17 de junio de 1997, el Tribunal de Apelación estimó que ciertas alegaciones contenidas en la denuncia de 14 de diciembre de 1995 podrían dar eventualmente lugar a la reapertura del proceso, revocó la sentencia pronunciada en primera instancia y decidió que la suerte reservada al presente recurso dependía ante todo de la futura decisión del Ministro de Justicia sobre la solicitud presentada por el autor en virtud del artículo 690 del Código Penal, así como de lo que sucediese en el nuevo proceso que el Ministro de Justicia pudiese ordenar.

2.8 El 7 de mayo de 2001 la Ministra de Justicia rechazó la solicitud del autor de celebrar un nuevo juicio.

La denuncia

3.1 El autor declara que es inocente y que ha sido condenado en realidad sobre la base de acusaciones falsas que la Sra. Gascon hizo para apropiarse la residencia común a raíz de la separación de la pareja.

3.2 El autor sostiene que la declaración escrita de la Sra. Gascon no se le había transmitido, deliberada y dolosamente, en el curso del proceso para debilitar su defensa. Estima que esta declaración constituía una prueba nueva que habría permitido refutar la versión de la querellante. Así, el autor afirma que es víctima de un

error judicial. La acusación se extiende a la demora de la decisión de la Ministra de Justicia a tenor del artículo 690 del Código Penal.

3.3 El autor explica que su caso es resultado de la política sexista del Gobierno de Quebec, que castiga a los hombres en cuestiones de violencia conyugal para satisfacer a grupos feministas extremistas y que vulnera pues la igualdad entre los cónyuges.

3.4 El autor se queja por último de sus dificultades para encontrar empleo por el hecho de tener antecedentes penales. Declara además que los recursos internos están agotados, como se ha indicado *supra*.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y sobre el fondo

4.1 En sus observaciones de 21 de junio de 2002, el Estado parte señala, ante todo, que la comunicación es inadmisibile. En primer lugar, sostiene que no se han agotado los recursos internos en relación con la violación del apartado b) del párrafo 3 del artículo 14. Según el Estado parte, se puede solicitar la revisión judicial de la decisión tomada en virtud del artículo 690 del Código Penal ante el Tribunal Federal del Canadá, según está previsto en el artículo 18.1 de la Ley sobre el Tribunal Federal. Este Tribunal puede anular así la decisión tomada y remitir el asunto a la instancia que la tomó para que se pronuncie de nuevo. El Estado parte especifica que el Tribunal Federal ya había examinado una petición de revisión judicial tras la denegación de un nuevo proceso, porque el demandante alegaba que no se había entregado al acusado antes del proceso ni durante el mismo un documento, en ese caso el certificado médico de la víctima. El Tribunal rehusó sin embargo intervenir, porque se había establecido que el acusado conocía ese documento antes incluso del proceso. La Ley sobre el Tribunal Federal fija un plazo de 30 días para la presentación de una demanda de revisión judicial. El Tribunal puede, previa petición, conceder una prórroga del plazo. Se puede recurrir al Tribunal de Apelación Federal contra una decisión del Tribunal Federal pronunciada en primera instancia. Asimismo, se puede apelar al Tribunal Supremo del Canadá, con autorización de este, contra un fallo del Tribunal de Apelación Federal. El Estado parte estima que no se puede excusar al autor por no haber agotado los recursos internos, ya que no respetó los plazos prescritos.

4.2 En segundo lugar, el Estado parte sostiene que no existe violación *prima facie* del artículo 14 del Pacto. Estima, en efecto, que el autor pide en realidad al Comité que reexamine las conclusiones de hecho y la credibilidad de las instancias canadienses. El Estado parte recuerda la jurisprudencia del Comité según la cual no le corresponde poner en tela de juicio la evaluación de las pruebas hecha por los tribunales nacionales, salvo si hubiese denegación de justicia. Según el Estado parte, en el presente caso el autor no ha demostrado que hubiese denegación de justicia porque su condena se funda en su testimonio y en la apreciación

de este por el Tribunal. Ahora bien, el Tribunal de Apelación de Quebec rechazó su apelación contra la condena y el Tribunal Supremo del Canadá rehusó autorizar la presentación de un recurso contra esta decisión. El Estado parte subraya, a este respecto, la importancia del principio de la autoridad de la cosa juzgada. Además, el autor se prevalió de la solicitud de clemencia en virtud del artículo 690 del Código Penal después de haber agotado su derecho de apelación y pretendido que el juicio no había sido imparcial, en particular en relación con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14. Según el Estado parte, el autor expone al Comité los mismos motivos que adujo en apoyo de su petición de clemencia, a saber, que la declaración de la Sra. Gascon se le debía haber comunicado en el curso del proceso. El Estado parte sostiene que la decisión en el presente caso debería basarse en la del caso *Stinchcombe*, en el que el Tribunal Supremo del Canadá indicó que, cuando no se hayan comunicado informaciones, la cuestión reside en si esa comunicación hubiera podido influir en el resultado del litigio. El Estado parte menciona asimismo en relación con este criterio la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Canadá.

4.3 El Estado parte explica que la comunicación al autor de la declaración de la víctima no habría influido en el resultado del proceso y que el juicio había sido imparcial. El Estado parte precisa que en el Canadá la condena por haber amenazado con causar la muerte o herir gravemente se basa en la prueba ciertamente razonable aportada por el fiscal adjunto de la Corona de que se han proferido amenazas (*actus reus*) y de que el acusado las ha proferido deliberadamente (*mens rea*). El Estado parte recuerda que el autor conocía sobradamente los hechos que dieron lugar a las acusaciones que se formulaban contra él en su proceso el 24 de abril de 1992, porque el 19 de diciembre de 1991 la Sra. Gascon había testimoniado y había sido interrogada por la parte adversa sobre estos hechos durante la investigación preliminar. De hecho, el autor había admitido que había hecho a la Sra. Gascon las dos llamadas telefónicas en el curso de las cuales presuntamente la amenazó y que la Sra. Gascon podría haber interpretado como amenazas las palabras que utilizó.

4.4 Aunque negó haber proferido amenazas, el autor admitió haber dicho, durante la conversación telefónica que sostuvo con la Sra. Gascon el 12 de agosto de 1991, lo siguiente:

"Y por eso la volví a llamar el 12, para decirle que había estado violenta conmigo en el coche. Hablé de sus gritos y de su actitud y luego le dije... que podía producirse un accidente mortal si se reproducía este tipo de situación. [...] Quizá interpretó las palabras que dije como una amenaza de muerte, es muy posible, no sé. [...] Pregunta del magistrado: Luego, aquí, usted declara que lo que le había dicho es que si volvía a hacer lo mismo podría usted perder paciencia y dar un frenazo... Respuesta: Correcto. Pregunta: ¿... y que podría ser mortal? Respuesta: Sí, podría causar un accidente. Pregunta: ¿Para quién? ¿Para quién? Respuesta:

Para los dos o... en fin, si hay un accidente de coche no se sabe qué puede suceder, puede que muera yo en el accidente, puede que los dos..." (anexo B de las actas procesales, testimonio del Sr. Dupuy, págs. 34 y 35).

4.5 Según el Estado parte, el Tribunal consideró que estas palabras, que indicaban la intención de hacer algo cuando la Sra. Gascon estuviese al volante del coche, constituían una amenaza y que habían sido pronunciadas voluntariamente. No es necesario que el autor tuviese la intención de ejecutar sus amenazas y de matar a la Sra. Gascon para establecer la comisión del delito.

4.6 En relación con la segunda amenaza de herir o matar proferida, según el Estado parte, en la llamada telefónica del 15 de agosto de 1991, el autor indicó que no se acordaba de haber dicho las palabras que le atribuye la Sra. Gascon, es decir, que al salir del hospital la mataría. Sin embargo, dice que tiene la impresión de haber dicho cosas que quizás ella interpretó erróneamente como amenazas. Como subraya el Tribunal en su fallo, el autor dudó largo tiempo antes de negar haber pronunciado las palabras que dice la Sra. Gascon.

4.7 El Estado parte sostiene que la condena del autor se funda ante todo en la valoración de su credibilidad y de sus declaraciones por parte del Tribunal. El Tribunal llegó a la conclusión de que había amenazado deliberadamente a la Sra. Gascon con causarle heridas graves o la muerte, aunque no tuviese el propósito de cumplir sus amenazas. Según el Estado parte, los dos elementos constitutivos del delito, la intención de amedrentar con palabras intimidatorias y el acto de pronunciar tales palabras, han quedado demostrados y la razón por la cual se profirieron esas amenazas no es pertinente. El Estado parte sostiene que la declaración de la Sra. Gascon no aporta nada nuevo o pertinente en relación con los elementos constitutivos del delito y no habría tenido el efecto que pretende el autor. Además, según el Estado parte, el autor afirma que habría utilizado la declaración solamente para contrainterrogar a la Sra. Gascon sobre dos puntos de esa declaración, a saber, el móvil del delito y el mes en que se produjeron los acontecimientos que dieron lugar a las acusaciones, todo ello para restar credibilidad a la Sra. Gascon y obtener así un veredicto diferente.

4.8 El Estado parte sostiene que este contrainterrogatorio no habría tenido ningún efecto. El autor alega fundamentalmente que, en su declaración escrita, la Sra. Gascon indicó que el móvil del delito era que ella deseaba poner fin a su relación, lo que desmiente el autor que pretende más bien que ella quería apropiarse de su residencia común. El Estado parte estima que el autor parece confundir el "móvil del delito" de que se le acusa y el "móvil de la denuncia" o, en otros términos, el motivo que incitó a la Sra. Gascon a presentar su denuncia. Ahora bien, según el Estado parte, aunque se hubiera establecido que el deseo de la Sra. Gascon de apropiarse la residencia común había motivado la denuncia, esta cuestión es totalmente distinta de la noción de "móvil del delito" y no es perti-

nente para la declaración de culpabilidad del autor por haber proferido deliberadamente amenazas. Además, el Estado parte explica que, contrariamente a lo que alega el autor ante el Comité, el "móvil" del delito no es pertinente a efectos de la intencionalidad requerida para una declaración de culpabilidad. Por consiguiente, aunque la apreciación de los hechos por parte de la víctima no se hubiese revelado correcta, el "móvil del delito" no es un elemento del delito que se imputa al autor y carece de toda pertinencia.

4.9 Según el Estado parte, el autor no podía ignorar la relación que establecía la Sra. Gascon entre la separación que le había anunciado y las amenazas que profirió. Esta información le fue comunicada durante el testimonio de la Sra. Gascon en el curso de la investigación preliminar. Por otra parte, cuando testimonió en el proceso, la Sra. Gascon empezó recordando que había anunciado al autor su propósito de separarse de él a fines de junio de 1991 e indicó, durante el contrainterrogatorio, que el autor le había reprochado esta decisión el 12 de agosto, cuando la amenazó por primera vez. Según el Estado parte, desde el comienzo del contrainterrogatorio, el abogado del autor trató de establecer que los cónyuges estaban en conflicto en relación con la venta de la casa y la Sra. Gascon respondió que no era así, puesto que se había decidido de común acuerdo esperar a que mejorase la salud del autor antes de proceder a la venta. El abogado del autor interrogó pues a la Sra. Gascon sobre, según los términos del Sr. Dupuy, el "móvil del delito". Así, durante su contrainterrogatorio en el proceso, la Sra. Gascon reiteró su declaración, así como el testimonio que había prestado en la investigación preliminar acerca de su conflicto con el autor. Puesto que se trata de la manera en que había apreciado los hechos y no ha dado versiones diferentes, el Estado parte estima que el contrainterrogatorio sobre este punto no podía revelar ni contradicción ni incompatibilidad capaz de poner en duda su credibilidad. Es más, durante su testimonio en el proceso, el autor dio su versión de los hechos que habían precedido a las llamadas telefónicas que admitió haber hecho y que las motivaron. Según el Estado parte, como no se trataba de un elemento del delito, a diferencia de lo que pretende el autor, el Tribunal no le imputó el hecho de que no aceptaba la ruptura. En todo caso, el Tribunal pudo apreciar los testimonios del autor y de la víctima sobre los acontecimientos que precedieron y motivaron las llamadas telefónicas en cuestión y pudo sacar las conclusiones apropiadas.

4.10 En cuanto a la incongruencia de las fechas indicadas en la declaración de la Sra. Gascon, mencionada por el autor, el Estado parte considera necesario señalar que, cuando se mencionaron por primera vez los hechos en la declaración, se tachó la palabra "junio", que se reemplazó por "agosto". Sin embargo, la palabra "junio" figura en otros dos lugares en relación con las amenazas del autor. A juicio del Estado parte, el único recurso adicional a disposición del autor, si hubiese tenido en su poder la declaración escrita durante el contrainterrogatorio de la Sra. Gascon, habría sido preguntar a esta por qué la corrección estaba incom-

pleta. Incluso si la Sra. Gascon hubiese dado una explicación incorrecta, el Estado parte estima que el autor, según el derecho de la prueba citado en la decisión de la Ministra de Justicia, no habría podido demostrar la inexactitud de sus declaraciones.

4.11 El Estado parte sostiene que, aunque en su declaración escrita la Sra. Gascon hubiese a veces mencionado el mes de junio en vez del mes de agosto, en su testimonio durante la investigación preliminar y en el proceso situó los acontecimientos en el mes de agosto. El factor determinante es que el autor, en su proceso, conocía perfectamente la naturaleza del delito de que se le acusaba y la manera en que presuntamente lo había cometido.

4.12 Teniendo en cuenta que la declaración escrita de la Sra. Gascon solo revela una incongruencia parcial en lo que atañe a las fechas de los acontecimientos, que no contiene ninguna contradicción con el contenido de sus testimonios, y añade solamente hechos secundarios, y que el tribunal pudo apreciar la credibilidad de la Sra. Gascon y del autor, a juicio del Estado parte la revelación de este documento no aporta ningún argumento adicional útil para la defensa del autor.

4.13 El Estado parte añade que, habida cuenta de lo que antecede, el autor se benefició de la presunción de inocencia. Según el Estado parte, el juez fundó su decisión en una prueba, que excluía toda duda razonable, aportada por el fiscal adjunto de la Corona en relación con los diferentes elementos del delito de que se acusaba al autor.

4.14 En relación con la queja por las consecuencias de la condena, a saber, las dificultades para encontrar empleo, el Estado parte subraya que, en virtud de la Ley sobre los antecedentes penales, toda persona condenada por infracción de una ley federal (como el Código Penal) puede presentar una petición de rehabilitación a la Comisión Nacional de Libertad Condicional en relación con esa infracción. En el caso del autor, la demanda se podía haber presentado cinco años después de la expiración legal del período de libertad vigilada. La Ley canadiense de derechos humanos prohíbe asimismo la discriminación, en particular en el sector del empleo, fundada en el sexo y en la condición de la persona graciada. La "condición de persona graciada" se define como la "situación de una persona física que ha obtenido legalmente una rehabilitación que, si se concede u otorga en virtud de la Ley sobre los antecedentes penales, no ha sido revocada ni anulada". Toda persona que se considera víctima de discriminación por un empleador o un organismo al que se aplique la legislación federal puede formular una denuncia ante la Comisión Canadiense de Derechos Humanos. Por otra parte, el artículo 18.2 de la Carta de Libertades y Derechos Humanos prevé que: "Nadie podrá despedir, negarse a contratar o penalizar de otra manera en relación con el empleo a una persona por el simple hecho de que haya sido declarada culpable de una infracción penal o un delito, si esta infracción no guarda relación alguna con el empleo o si esta persona ha obtenido la gracia". El autor dispone de recursos en caso de

violación de este artículo, es decir, presentar una denuncia a la Comisión de Derechos Humanos y de Derechos de la Juventud de Quebec o formular una demanda ante el Tribunal de Derechos Humanos o un tribunal de derecho común.

4.15 En relación con la denuncia de una violación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte estima que este artículo no constituye un derecho sustantivo como tal, sino que es accesorio a la violación de un derecho garantizado por el Pacto. El Estado parte considera que el autor no ha establecido que haya habido tal violación.

4.16 En relación con la denuncia de violación de los artículos 3 y 26 del Pacto, el Estado parte sostiene que no existe ninguna prueba *prima facie* de violación de estos artículos. El Estado parte señala que su política no es discriminatoria, sino que constituye un paso hacia la igualdad entre el hombre y la mujer. Además, todas las intervenciones que tienen lugar en Quebec, ya sean de carácter policíaco, judicial o de otra clase, se deben efectuar respetando los derechos y las garantías judiciales de todas las personas implicadas, en particular la imparcialidad y la independencia del poder judicial, tal como están previstas en la Carta de Derechos y Libertades Humanos y la Carta de Derechos y Libertades del Canadá. La Comisión de Derechos Humanos y de Derechos de la Juventud de Quebec ha llegado por otra parte ya a la conclusión, en la correspondencia con un ciudadano que le había sometido la cuestión, de que esta política no es discriminatoria.

4.17 Por último, el Estado parte sostiene, a título subsidiario, que las alegaciones del autor carecen de fundamento por las razones expuestas.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En sus comentarios de fecha 30 de agosto de 2002, el autor refuta los argumentos de inadmisibilidad por no haberse agotado los recursos internos aducidos por el Estado parte a causa de la excesiva dilación de la decisión que tomó la Ministra de Justicia el 7 de mayo de 2001 en respuesta a una petición del autor en virtud del artículo 690 del Código Penal fechada el 3 de abril de 1995.

5.2 El autor declara asimismo que no solicita una reevaluación de las conclusiones de hecho ni de la credibilidad de los tribunales canadienses, aunque estima que la no comunicación de la declaración de la Sra. Gascon, fundamental para su defensa, solo se puede comprender en el contexto del proceso. El autor estima que el juez se construyó una hipótesis fundada en simples reflexiones expresadas por el autor durante el proceso y transformadas luego falsamente en acusación, pese a la acumulación de mentiras de la Sra. Gascon.

5.3 Teniendo en cuenta el documento no transmitido, el autor refuta los argumentos del Estado parte y señala que la declaración escrita de la Sra. Gascon era fundamental para permitir una defensa completa. El autor

estima que la prueba de las intenciones del acusado (*mens rea*) que se desprenden de esa declaración es pertinente para evaluar su culpabilidad, contrariamente a la posición del Estado parte a este respecto. El autor explica que su proceso consistió en, por un lado, la querellante y la fiscal adjunto, que preparaban sus estrategias sobre la base de la declaración y, por otro, el acusado privado de esta información estratégica. El autor explica que habría podido utilizar esta declaración en un contrainterrogatorio de la Sra. Gascon, no solo sobre el "móvil del delito" y las fechas de los acontecimientos, sino también sobre otras numerosas cuestiones, todas pertinentes, para demostrar, según el autor, el alcance y la gravedad de las falaces acusaciones de la Sra. Gascon. Además, a juicio del autor, aun cuando la declaración escrita contiene las dos acusaciones de amenazas de muerte que acarrearán su condena, ello no justifica en absoluto que se le haya, según afirma, ocultado dicho documento.

5.4 El autor señala que su causa demuestra el sexismo omnipresente propio de la política de intervención de Quebec en materia de violencia conyugal. Como Presidente de la asociación "Coalición para la defensa de los derechos de los hombres de Quebec" y Vicepresidente del Grupo de ayuda a los padres y defensa del niño, el autor declara haber visto numerosos casos de hombres perjudicados, sobre todo por la no transmisión de declaraciones escritas de las querellantes, lo que revela el trato que se da a los hombres en las instancias judiciales. El autor estima que, en su caso, los jueces han obrado dolosamente contra él no transmitiéndole el documento citado, fragmentando las palabras del autor y fundándose en posiciones feministas extremas, todo ello bajo la protección de la Ministra de Justicia.

5.5 En sus comentarios adicionales de 7 de marzo de 2003, 15 de junio de 2003 y 26 de octubre de 2004, el autor recuerda su argumentación sobre el agotamiento de los recursos internos, que se funda principalmente en la excesiva dilación de la decisión de la Ministra de Justicia pronunciada en virtud del artículo 690 del Código Penal. Añade que el Código Penal no prevé ningún recurso contra esta decisión. Por último, afirma que la jurisprudencia en materia de revisión judicial en el asunto *Williams R. c. la Honorable Sra. A. Anne McLellan*, Ministra de Justicia y Fiscal General del Canadá es prácticamente desconocida, no está indexada y está en contradicción con el Código Penal.

Observaciones suplementarias del Estado parte

6.1 En sus observaciones de 11 de agosto de 2003, el Estado parte reitera su posición de que la comunicación es inadmisibile y, subsidiariamente, carece de fundamento.

6.2 El Estado parte precisa en particular que, aunque la decisión de la Ministra de Justicia sea inapelable, puede ser por otra parte objeto de revisión judicial en el Tribunal Federal, como toda decisión tomada por una "junta, comisión o tribunal federal" según la Ley sobre

el Tribunal Federal en su versión actual, que data del 1º de febrero de 1992. Se puede pues solicitar la revisión judicial de la decisión tomada en virtud del artículo 690 del Código Penal ante el Tribunal Federal del Canadá, con arreglo al párrafo 1 del artículo 18 de la Ley sobre el Tribunal Federal. Este Tribunal puede anular la decisión tomada y devolver el asunto al juez para que tome una decisión diferente si se demuestra una de las causas que justifican su intervención (véase el párrafo 4.1). Se trata pues, según el Estado parte, de un recurso que habría podido dar satisfacción al autor. El Estado parte añade que el asunto Williams, que puede consultarse en Internet, establece claramente la existencia de un recurso interno y es inexcusable que el autor no haya agotado tal recurso.

Examen de la admisibilidad

7.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar la reclamación que figura en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha reclamación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

7.2 El Comité se ha cerciorado, en cumplimiento del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

7.3 En cuanto a la denuncia de violación del apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, leído junto con el párrafo 3 del artículo 2, el Comité ha tomado nota de los argumentos a favor de la inadmisibilidad aducidos por el Estado parte a causa de haberse agotado los recursos internos (véanse los párrafos 4.1 y 6.2) y de los comentarios del autor a este respecto. El Comité observa que, en este caso, el autor reconoce no haber presentado una solicitud de revisión judicial de la decisión de la Ministra de Justicia de 7 de mayo de 2001 a causa, por una parte, del retraso excesivo de tal decisión y, por otra, del desconocimiento de la jurisprudencia del asunto Williams, que el autor, además, considera contraria al Código Penal (véase el párrafo 5.5).

Después de examinar el expediente, el Comité estima, ante todo, que la queja por dilación excesiva del procedimiento del artículo 690 del Código Penal no se puede admitir en la medida en que el autor no se quejó de dicha dilación a la Ministra de Justicia durante el procedimiento. Además, el Comité considera que el autor no ha refutado efectivamente la afirmación del Estado parte de que la solicitud de revisión judicial ante el Tribunal Federal del Canadá en virtud del artículo 18.1 de la Ley sobre el Tribunal Federal era ciertamente un recurso disponible y útil. El Comité estima asimismo que el argumento del autor relativo al desconocimiento de tal recurso no es aceptable y dicho desconocimiento no se puede imputar al Estado parte. Por lo tanto, el Comité llega a la conclusión de que esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.4 En cuanto a la denuncia de violación de los artículos 3 y 26 del Pacto, el Comité estima que las alegaciones del autor, quien afirma que su condena y la ocultación de la declaración de la Sra. Gascon son consecuencia de una política presuntamente sexista de Quebec, no han sido suficientemente fundamentadas a efectos de la admisibilidad. Esta parte de la comunicación es pues inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

7.5 El Comité estima, en relación con la queja del autor sobre su dificultad para encontrar empleo a causa de sus antecedentes penales, que este no ha agotado los recursos internos en su denuncia por discriminación. Así pues, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

8. Por consiguiente, el Comité decide:

a) Que la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 2 y del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo;

b) Que la presente decisión se ponga en conocimiento del Estado parte y del autor de la comunicación.

Comunicación N° 989/2001

Presentada por: Walter Kollar (representado por Alexander H. E. Morawa)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Austria

Declarada inadmisibile: 30 de julio de 2003

Asunto: Igualdad en el acceso a los tribunales

Cuestiones de procedimiento: No agotamiento de los recursos internos – Asunto sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional

Cuestiones de fondo: "Mismo asunto" en el sentido del artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo

Artículos del Pacto: 14, párrafo 1; y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 5, párrafo 2 a) y b)

1.1 El autor de la comunicación es el Sr. Walter Kollar, ciudadano austríaco nacido el 3 de agosto de 1935. Afirma ser víctima de la violación por Austria¹ del párrafo 1 del artículo 14 y del artículo 26 del Pacto. Está representado por un abogado.

1.2 Al ratificar el Protocolo Facultativo el 10 de diciembre de 1987, el Estado parte formuló la siguiente reserva: "En la inteligencia de que las disposiciones del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo significan que el Comité de Derechos Humanos previsto en el artículo 28 del Pacto no examinará ninguna comunicación de un individuo, a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido examinado por la Comisión Europea de Derechos Humanos establecida en virtud del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales".

Los hechos expuestos por el autor

2.1 Desde 1978, el autor trabajó como asesor médico independiente (*Vertrauensarzt*) y, a partir de febrero de 1988, como médico jefe (*Chefarzt*) en la Caja de Seguro Social para Trabajadores y Empleados de Salzburgo (*Salzburger Gebietskrankenkasse für Arbeiter und Angestellte*).

2.2 El 22 de septiembre de 1988, después de que se acusara al autor y a su ex supervisor de conducta ilícita e impropia, el Director de la Caja trató sin éxito de obtener la autorización del comité de representación de los empleados (*Betriebsrat*) para separar al autor de su cargo.

2.3 El 23 de septiembre de 1988, el empleador interpuso una denuncia contra el autor, que finalmente fue desestimada por el fiscal. Posteriormente, el empleador trató de entablar un juicio penal privado, también sin éxito.

2.4 El 27 de octubre de 1988, la Junta Directiva de la institución inició un procedimiento disciplinario contra el autor y fue suspendido con reducción de sueldo. El 22 de febrero de 1989, se constituyó un comité disciplinario. El autor fue acusado de conducta impropia con fines de lucro personal a expensas de su empleador. El 22 de enero de 1990, tras celebrar varias reuniones a puerta cerrada, el comité disciplinario declaró al autor culpable de diversos cargos, como la prescripción ilegal de medicamentos en detrimento de su empleador, la violación de sus deberes de lealtad y confidencialidad al participar en una conferencia de prensa acerca de las acusaciones vertidas contra su ex supervisor y la admisión ilegal de pacientes a determinado centro de rehabilitación. La decisión no admitía recurso.

2.5 El 23 de enero de 1990, la Caja de Seguro trató de destituir al autor de su cargo basándose en las conclusiones del comité disciplinario, al parecer sin haber cumplido determinados requisitos formales. Una vez cumplidos esos requisitos, la institución afirmó el 9 de noviembre de 1990 que consideraba válida la primera destitución y, en cualquier caso, destituyó al autor una segunda vez.

2.6 El 14 de diciembre de 1988, el autor presentó un recurso de apelación contra su separación del cargo de 27 de octubre de 1988 ante el Tribunal Regional de Salzburgo (*Landesgericht Salzburg*), que lo declaró sin lugar mediante decisión de 15 de febrero de 1989. El 19 de septiembre de 1989, el Tribunal de Apelación de Linz (*Oberlandesgericht Linz*) desestimó, a su vez, el recurso; sin embargo, el Tribunal Supremo (*Oberste Gerichtshof*) admitió el recurso del autor y volvió a remitir el caso al Tribunal Regional, aduciendo que no se había demostrado que existieran motivos suficientes para separar al autor de su cargo. El 7 de agosto de 1990, el Tribunal Regional de Salzburgo rechazó de nuevo la demanda del autor. Esa decisión fue ratificada por el Tribunal de Apelación de Linz el 29 de enero de 1991. El 10 de julio de 1991, el Tribunal Supremo admitió de nuevo el recurso del autor, afirmando que una vez más las instancias inferiores no habían logrado demostrar que existieran motivos suficientes para la separación del cargo. El 13 de julio de 1992, el Tribunal Regional de Salzburgo rechazó por tercera vez la demanda del autor. Tanto el Tribunal de Apelación de Linz como el Tribunal Supremo desestimaron el recurso del autor el 9 de marzo y el 22 de septiembre de 1993, respectivamente.

¹ El Pacto y el Protocolo Facultativo del Pacto entraron en vigor en el Estado parte el 10 de diciembre de 1978 y el 10 de marzo de 1988, respectivamente.

2.7 El autor también interpuso una demanda para impugnar su primera destitución de fecha 23 de enero de 1990. El 9 de octubre de 1990, el Tribunal Regional de Salzburgo, actuando en virtud de su competencia en materia de legislación laboral y social, admitió la demanda del autor. El 11 de junio de 1991 y el 6 de noviembre de 1991, respectivamente, el Tribunal de Apelación de Linz y el Tribunal Supremo desestimaron el recurso del empleador, afirmando que el contrato de empleo entre este y el autor seguía en vigor.

2.8 El 16 de noviembre de 1990, el autor entabló una demanda en relación con su segunda destitución de 9 de noviembre de 1990. A pesar de sus objeciones, el proceso se suspendió el 19 de marzo de 1991, en espera del resultado definitivo del proceso relativo a la destitución inicial. Tras la decisión del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1991, se reanudó el proceso en relación con la segunda destitución, y el 25 de noviembre de 1993 el Tribunal Regional de Salzburgo rechazó la demanda del autor. El 29 de noviembre de 1994 y el 29 de marzo de 1995, respectivamente, el Tribunal de Apelación de Linz y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos del autor y lo declararon culpable de incumplimiento del deber, lo cual justificaba su destitución.

2.9 El 7 de febrero de 1996, el autor presentó una demanda a la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en que denunciaba la violación de sus derechos en virtud de los artículos 6, 10, 13 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como del párrafo 1 del artículo 2 de su Protocolo N° 7. Esa demanda nunca fue examinada por la Comisión. Sin embargo, el 17 de marzo de 2000, en una vista celebrada por tres magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (tras la entrada en vigor del Protocolo N° 11) se declaró inadmisibile. Con respecto a las reclamaciones del autor acerca del procedimiento disciplinario iniciado por su empleador, el Tribunal afirmó que "el papel de la Caja del Seguro Social era el de una empresa privada, por lo que el procedimiento disciplinario denunciado no fue iniciado por un órgano en ejercicio de su autoridad pública, sino que constituía un mecanismo interno de la empresa del demandante para determinar si procedía o no destituirlo [...]".² El Tribunal consideró que esa parte de la demanda era incompatible *ratione personae* con el Convenio. Con respecto a los artículos 13 y 14 del Convenio y al artículo 2 de Protocolo N° 7, el Tribunal dictaminó que los asuntos denunciados no revelaban ningún indicio de violación de esos derechos.³

La denuncia

3.1 El autor afirma que es víctima de la violación del párrafo 1 del artículo 14 y del artículo 26 del Pacto porque se le denegó el acceso en igualdad de condiciones a un tribunal independiente e imparcial, ya que los

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Tercera, decisión acerca de la admisibilidad, demanda N° 30370/96, *Walter A. F. Kollar c. Austria*, 17 de marzo de 2000, párr. 1.

³ *Ibid.*, párr. 3.

tribunales austríacos únicamente examinaron las conclusiones del comité disciplinario en busca de irregularidades graves.

3.2 Refiriéndose a la decisión del Comité en el caso *Nahlik c. Austria*⁴, el autor sostiene que el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto también se aplica al procedimiento ante el comité disciplinario. Afirma que este le denegó una vista pública al reunirse a puerta cerrada. La exclusión del público no era necesaria para proteger la vida privada de sus pacientes, puesto que sus nombres habrían podido sustituirse por iniciales. El autor sostiene que se ha violado su derecho a un juicio imparcial porque el principio de la "igualdad de condiciones" se vulneró de diversas maneras. En primer lugar, se ofreció a la acusación la oportunidad de examinar los cargos imputados junto con el presidente del comité disciplinario mientras que la defensa no tuvo esa oportunidad. Además, el tiempo que se le concedió para preparar su defensa fue de una brevedad desproporcionada. Puesto que el presidente del comité se negó a recibir la respuesta por escrito de su abogado al acta de acusación, la defensa se vio obligada a presentar todos sus argumentos verbalmente durante las vistas. Por consiguiente, un perito médico que testificó ante el comité no tuvo acceso a las declaraciones escritas de la defensa y se basó únicamente en las de la acusación.

3.3 Además, el autor afirma que el comité disciplinario no mostró la imparcialidad e independencia que se exigen en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. A pesar de sus reiteradas denuncias, sobre las que el comité disciplinario nunca se pronunció, el comité estaba integrado, además del presidente, por dos miembros nombrados por el empleador y otros dos nombrados por el comité de representación de los empleados (*Betriebsrat*), que estaban subordinados al empleador. El comité tampoco se pronunció acerca de la moción del autor para sustituir por lo menos a uno de sus miembros por un perito médico.

3.4 El autor sostiene que el presidente del comité actuó con parcialidad porque discutió el asunto en privado con la acusación durante varias horas y porque rechazó su respuesta por escrito a los cargos alegando que se había presentado fuera de plazo y pegó sobre la nota original, en el expediente, otra nota con instrucciones de transmitir la comunicación a la acusación. Además, al parecer el presidente también desestimó varias objeciones de forma de la defensa, manipuló las actas de las vistas e intimidó al abogado defensor del autor, como también, en una ocasión, a un perito médico que declaró a favor del autor. Refiriéndose al dictamen del Comité de Derechos Humanos en el asunto *Karttunen c. Finlandia*⁵, el autor llega a la conclusión de que el presidente mostró una actitud parcial, en violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

⁴ Comunicación N° 608/1995, *Nahlik c. Austria*, decisión sobre admisibilidad adoptada el 22 de julio de 1996, párr. 8.2.

⁵ Comunicación N° 387/1989, dictamen adoptado el 23 de octubre de 1992, párr. 7.2.

3.5 El autor también afirma que fue objeto de discriminación en contravención del párrafo 1 del artículo 14 y del artículo 26 del Pacto, en los que se exige que los asuntos objetivamente iguales se traten de forma igual. En apoyo de esta afirmación, aduce que su ex supervisor, a quien se le imputaron cargos similares, fue tratado de forma diferente durante el procedimiento disciplinario y, finalmente, absuelto. En el caso del supervisor, tres miembros del comité disciplinario fueron sustituidos por médicos con antigüedad a petición del acusado, mientras que en el caso del autor no se substituyó por un médico a un solo miembro del Comité, a pesar de que su petición a tal efecto se basaba en argumentos idénticos y fue formulada por el mismo abogado. Además, su ex supervisor fue absuelto del cargo de recetar medicamentos en formularios del seguro médico para uso particular, porque así lo hacía su predecesor. Por añadidura, a pesar de la existencia de un acuerdo entre uno de los predecesores del autor y la Caja de Seguro Social de Salzburgo que autorizaba la utilización de esos formularios, el comité dictaminó la culpabilidad del autor por el mismo cargo. El comité afirmó que, ya que el predecesor había firmado el acuerdo a título personal, el autor solo podría haberlo invocado si lo hubiera renovado él mismo.

3.6 En relación con la reserva formulada por Austria con respecto al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el autor afirma que el mismo asunto "no ha sido examinado por la Comisión Europea de Derechos Humanos". En realidad, su demanda no fue declarada inadmisible por la Comisión Europea, sino por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Además, el Registro del Tribunal Europeo no le informó de sus dudas acerca de la admisibilidad de su demanda, con lo que le privó de la oportunidad de aclararlas o de retirar la demanda a fin de presentarla al Comité de Derechos Humanos. El autor también argumenta que el Tribunal Europeo ni siquiera se pronunció oficialmente respecto de su denuncia de que el examen extremadamente limitado del dictamen del comité disciplinario por parte de los tribunales austríacos vulneraba su derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley (párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

3.7 El autor sostiene que existen diferencias sustanciales entre los artículos del Convenio y los derechos reconocidos en el Pacto invocados por él. Por ejemplo, en el Convenio Europeo no figura ninguna cláusula independiente sobre la discriminación parecida a la del artículo 26 del Pacto. Además, el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto garantiza un derecho a la igualdad ante los tribunales que es único en su forma. Remitiéndose a la decisión del Comité en el caso *Nahlik c. Austria*⁶, el autor añade que el campo de aplicación de esa disposición se interpretó de forma más amplia que el del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo.

⁶ Comunicación N° 608/1995, decisión adoptada el 22 de julio de 1996, párr. 8.2.

Observaciones del Estado parte

4.1 En una nota verbal de 17 de septiembre de 2001, el Estado parte expuso sus argumentos acerca de la admisibilidad de la comunicación. A este respecto, considera que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, leído conjuntamente con la reserva formulada por Austria a esa disposición, impide al Comité examinar la comunicación.

4.2 El Estado parte afirma que esa reserva es aplicable a la comunicación, porque el autor ya presentó el mismo asunto a la Comisión Europea de Derechos Humanos, lo cual dio lugar al examen ulterior por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que asumió las funciones de la Comisión tras la reestructuración de los órganos de Estrasburgo en cumplimiento del Protocolo N° 11.

4.3 El Estado parte opina que el hecho de que el Tribunal Europeo declarara inadmisibile la solicitud no significa que no "examinó" las denuncias del autor, como lo requiere la reserva austríaca. La conclusión del Tribunal de que no hay "ningún indicio de violación de los derechos del solicitante"⁷, y de que los asuntos denunciados "no revelan ningún indicio de violación de los derechos y las libertades establecidos en el Convenio o sus Protocolos"⁸ demuestra a las claras que la decisión de desestimar la solicitud por motivos de admisibilidad "también abarca importantes aspectos del fondo de la cuestión".

4.4 Aun admitiendo que el Tribunal Europeo no examinara la índole del procedimiento disciplinario iniciado contra el autor, el Estado parte destaca la conclusión del Tribunal de que no se le puede pedir responsabilidad respecto de los conflictos entre empresas privadas, como la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, y sus empleados.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En una carta de fecha 15 de octubre de 2001, el autor respondió a la exposición del Estado parte en que se reiteraba que el sentido corriente y el contexto de la reserva del Estado parte no impedían al Comité examinar su comunicación. Insiste en que la reserva de Austria no se aplica a su comunicación, porque el mismo asunto nunca fue "examinado" por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Compara la reserva de Austria con otras reservas parecidas, pero más amplias al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo formuladas por otros 16 Estados partes en el Convenio Europeo, y señala que el Estado parte es el único que menciona el examen "por la Comisión Europea de Derechos Humanos".

⁷ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Tercera, decisión relativa a la admisibilidad, solicitud N° 30370/96, *Walter A. F. Kollar c. Austria*, 17 de marzo de 2000, párr. 2.

⁸ *Ibid.*, párr. 3.

5.2 El autor considera improcedente que el Estado parte, al formular la reserva, tratara de evitar el examen simultáneo y sucesivo de los mismos hechos por los órganos de Estrasburgo y el Comité, alegando que el propósito del Estado parte al formular la reserva es simplemente acudir a un medio de interpretación complementario con arreglo al artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que solo puede utilizarse cuando una interpretación hecha en conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena (sentido corriente, contexto, y objeto y fin) resulta insuficiente.

5.3 Refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el autor destaca que las reservas a los tratados de derechos humanos deben interpretarse a favor del individuo. Por consiguiente, debe ser rechazado todo intento de ampliar el alcance de la reserva formulada por Austria, especialmente teniendo en cuenta que el Comité dispone de suficientes mecanismos formales para evitar el uso indebido de procedimientos paralelos, como los conceptos de "justificación de las denuncias" y "abuso del derecho de petición", además del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

5.4 El autor señala, por último, que la comunicación es admisible a tenor del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, porque la reserva formulada por Austria no es aplicable en este caso. Además, afirma que la comunicación es admisible en la medida en que se refiere a la violación de sus derechos en el procedimiento disciplinario y a la ausencia de un recurso efectivo para que procedimiento fuera examinado por un tribunal, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no examinó sus denuncias a ese respecto.

Observaciones adicionales de las Partes

6.1 En una nota verbal de fecha 30 de enero de 2002, el Estado parte presentó nuevos argumentos acerca de la admisibilidad de la comunicación, en los que explicaba que la reserva se había formulado a partir de una recomendación del Comité de Ministros en la que se daba a entender que los Estados miembros del Consejo de Europa que firmaran o ratificaran el Protocolo Facultativo tal vez desearan "hacer una declaración [...] cuyo efecto sería que la competencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no comprendería la admisión y el examen de comunicaciones de particulares relacionadas con asuntos que ya hubieran sido o estuvieran siendo examinados con arreglo al procedimiento previsto en el Convenio Europeo"⁹.

6.2 El Estado parte afirma que su reserva difiere de reservas similares formuladas por otros Estados miembros conforme a esa recomendación solo en la medida en que se refiere directamente al mecanismo

pertinente del Convenio buscando la claridad. Todas las reservas tienen por objeto evitar un nuevo examen por instancias internacionales tras la decisión de uno de los mecanismos establecidos por el Convenio Europeo. Por consiguiente, no procede denegar la validez o el campo de aplicación de la reserva formulada por el país basándose simplemente en la reforma estructural de los órganos de Estrasburgo.

6.3 Además, el Estado parte señala que, tras la fusión de la Comisión Europea de Derechos Humanos y el "antiguo" Tribunal, el "nuevo" Tribunal Europeo puede considerarse el "sucesor legítimo" de la Comisión, puesto que esta antes se ocupaba de varias de las funciones básicas asumidas por el Tribunal, en particular las decisiones en materia de admisibilidad, la determinación de hechos en un caso y la evaluación preliminar del fondo de la cuestión. Habida cuenta de que la referencia a la Comisión Europea en la reserva del Estado parte se formuló específicamente con respecto a esas funciones, la reserva mantiene su plena vigencia tras la entrada en vigor del Protocolo N° 11. El Estado parte alega que, cuando formuló su reserva en 1987, no podía prever que se modificarían los mecanismos de protección del Convenio Europeo.

6.4 El Estado parte reitera que el mismo asunto ya fue examinado por el Tribunal Europeo que, al declarar sin lugar la demanda del autor por considerarla inadmisibles, tuvo que examinar el fondo de la cuestión, aunque solo fuera sumariamente. En particular, de su rechazo de las demandas relativas al procedimiento disciplinario se infiere que el Tribunal Europeo examinó el fondo de la cuestión antes de adoptar su decisión.

7.1 En una carta de fecha 25 de febrero de 2002, el autor señala que nada impedía al Estado parte formular una reserva, al ratificar el Protocolo Facultativo, para evitar que el Comité examinara comunicaciones cuyo objeto ya hubiera sido examinado "con arreglo al procedimiento previsto por el Convenio Europeo", según la recomendación del Comité de Ministros, o utilizar la fórmula más amplia del examen previo por "otro procedimiento de investigación o solución internacional", como hicieron otros Estados partes en el Convenio Europeo.

7.2 Por otro lado, el autor afirma que el Estado parte podría incluso estudiar la posibilidad de formular una reserva a tal efecto ratificando de nuevo el Protocolo Facultativo, siempre y cuando tal reserva pudiera considerarse compatible con el objeto y la finalidad del Protocolo Facultativo. Lo que no es permisible, a su juicio, es ampliar el alcance de la actual reserva de manera que contravenga las normas fundamentales de interpretación de los tratados.

7.3 El autor rechaza el argumento del Estado parte de que las funciones básicas del "nuevo" Tribunal Europeo, como por ejemplo las decisiones sobre la admisibilidad y la determinación de los hechos en un caso, fueran inicialmente competencia exclusiva de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal, argumenta que el

⁹ Consejo de Europa, resolución (70) 17 del Comité de Ministros, 15 de mayo de 1970.

"antiguo" Tribunal Europeo también se ocupaba corrientemente de esas cuestiones.

7.4 El autor impugna la afirmación del Estado parte de que la reestructuración de los órganos del Convenio no pudiera preverse en 1987, citando determinados pasajes del Informe explicativo del Protocolo N° 11, en los que se resume la evolución de las deliberaciones sobre la "fusión" entre 1982 y 1987.

Deliberaciones del Comité

8.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 El Comité toma nota de que el Estado parte ha invocado la reserva que formuló de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, que impide al Comité examinar comunicaciones que ya hubiera "examinado" la "Comisión Europea de Derechos Humanos". En cuanto al argumento del autor de que en realidad la solicitud que presentó a la Comisión Europea nunca fue examinada por ese órgano sino que fue declarada inadmisibile por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité observa que el Tribunal Europeo, a raíz de la enmienda del tratado en virtud del Protocolo N° 11, ha asumido legalmente las tareas de la antigua Comisión Europea de recibir las demandas presentadas en virtud del Convenio Europeo, decidir sobre su admisibilidad y hacer una evaluación preliminar del fondo de la cuestión. El Comité observa que, a los efectos de determinar la existencia de procedimientos paralelos o, en su caso, sucesivos ante el Comité y los órganos de Estrasburgo, el nuevo Tribunal Europeo es el sucesor de la antigua Comisión Europea por haber asumido sus funciones.

8.3 El Comité considera que una reformulación de la reserva del Estado parte, al volver a ratificar el Protocolo Facultativo, como propone el autor, solo para especificar lo que de hecho constituye una consecuencia lógica de la reforma de los mecanismos del Convenio Europeo, sería un puro formalismo. Por razones de continuidad y habida cuenta de su objeto y finalidad, el Comité interpreta pues que la reserva del Estado parte se aplica también a las comunicaciones que hayan sido examinadas por el Tribunal Europeo.

8.4 Con respecto al argumento del autor de que el Tribunal Europeo no había "examinado" el contenido de su denuncia cuando declaró inadmisibile su demanda, el Comité recuerda su jurisprudencia de que, en los casos en que la Comisión Europea haya basado una declaración de inadmisibilidat no solamente en motivos de forma¹⁰, sino también en motivos que entrañen una cierta consideración del fondo de la cuestión, ese asunto se habrá "examinado" en el sentido de las respectivas

reservas al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo¹¹. En el presente caso, el Tribunal Europeo no se limitó a un simple examen de criterios de admisibilidat puramente formales y consideró que la demanda del autor era inadmisibile en parte por motivos de incompatibilidat *ratione personae* y en parte porque no revelaba ningún indicio de violación de las disposiciones del Convenio. Por consiguiente, el Comité llega a la conclusión de que la reserva del Estado parte no puede denegarse simplemente porque el Tribunal Europeo no pronunciara un veredicto sobre el fondo de la demanda del autor.

8.5 En lo que respecta a la afirmación del autor de que el Tribunal Europeo no ha examinado sus denuncias según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio en relación con el procedimiento disciplinario y de que ni siquiera formuló una decisión acerca de su denuncia de que los tribunales austríacos habían examinado poco la decisión del comité disciplinario, el Comité señala que el Tribunal Europeo consideró que "el procedimiento disciplinario denunciado no fue iniciado por un órgano en ejercicio de su autoridad pública, sino que constituía un mecanismo interno de la empresa del demandante para determinar si procedía o no la destitución". En base a ello, el Tribunal llegó a la conclusión de que no se había violado el derecho del autor a un recurso efectivo (artículo 13 del Convenio Europeo y párrafo 1 del artículo 2 del Protocolo N° 7).

8.6 El Comité observa además que, a pesar de ciertas diferencias de interpretación del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo y del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto por los órganos competentes, tanto el contenido como el alcance de esas disposiciones coinciden en gran medida. Habida cuenta de la gran similitud entre ambas disposiciones y basándose en la reserva del Estado parte, el Comité considera que no puede examinar una decisión del Tribunal Europeo sobre la aplicabilidad del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo y sustituirla por su jurisprudencia conforme al párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, el Comité considera inadmisibile esta parte de la comunicación a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, puesto que el mismo asunto ya ha sido examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

8.7 Con respecto a la reclamación del autor en virtud del artículo 26 del Pacto, el Comité recuerda que la aplicación del principio de no discriminación en esa disposición no se limita a los demás derechos garantizados en el Pacto y señala que el Convenio Europeo no contiene ninguna cláusula comparable en materia de discriminación. Sin embargo, también señala que la denuncia del autor no se basa en una reclamación independiente de discriminación, puesto que su alegación de violación del artículo 26 no va más allá del alcance de

¹⁰ Véase, por ejemplo, la comunicación N° 716/1996, *Pauger c. Austria*, dictamen adoptado el 25 de marzo de 1999, párr. 6.4.

¹¹ Véanse, por ejemplo, la comunicación N° 121/1982, *A. M. c. Dinamarca*, decisión sobre admisibilidat adoptada el 23 de julio de 1982, párr. 6, y la comunicación N° 744/1997, *Linderholm c. Croacia*, decisión sobre admisibilidat adoptada el 23 de julio de 1999, párr. 4.2.

lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. El Comité llega a la conclusión de que también es inadmisibles esta parte de la comunicación en virtud del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9. Por lo tanto, el Comité de Derechos Humanos decide:

a) Que la comunicación es inadmisibles en virtud del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo;

b) Que la presente decisión se ponga en conocimiento del Estado parte y del autor de la comunicación.

Comunicación N° 1019/2001

Presentada por: Mercedes Carrión Barcáiztegui (representada por Carlos Texidor Nachón y José Luis Mazón Costa)

Presunta víctima: La autora

Estado parte: España

Declarada inadmisibles: 30 de marzo de 2004 (80° periodo de sesiones)

Asunto: Presunta discriminación en la sucesión de un título nobiliario hereditario

Cuestiones de procedimiento: Examen del "mismo asunto" – Agotamiento de los recursos internos – Incompatibilidad *ratione materiae*

Cuestiones de fondo: Discriminación por motivos de género – Igualdad ante la ley

Artículos del Pacto: 3, 17 y 26

Artículo del Protocolo Facultativo: 3

1. La autora de la comunicación de fecha 8 de marzo de 2001 es la Sra. Mercedes Carrión Barcáiztegui, de nacionalidad española, quien alega ser víctima de violaciones por parte de España a los artículos 3, 17 y 26, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representada por abogado. El protocolo Facultativo entró en vigor para España el 25 de enero de 1985.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 La Sr. María de la Concepción Barcáiztegui Uhagón¹ —tía de la autora— poseía el título de Marquesa de Tabalosos. Mediante acta notarial, el 20 de Junio de 1989, dispuso que, a su muerte, su hermano Íñigo Barcáiztegui Uhagón la sucedería en la posesión del título nobiliario. Ella falleció el 4 de abril de 1993 sin dejar descendencia.

2.2 En febrero de 1994, la autora promovió una demanda judicial de reclamación del título nobiliario de Marques de Tabalosos frente a su tío, el Sr. Íñigo

Barcáiztegui Uhagón, y a su primo, el Sr. Javier Barcáiztegui Rezola². La autora alegaba que ostentaba el mejor derecho, pues ocupa por representación el lugar de su madre la Sra. Mercedes Barcáiztegui —fallecida el 7 de septiembre de 1990—, quien fue hermana menor de Concepción Barcáiztegui Uhagón y hermana mayor de Íñigo Barcáiztegui Uhagón. La autora alegaba asimismo, que la cesión del título a favor de su tío suponía una alteración de la línea sucesoria del título nobiliario y un acto contrario al carácter indisponible de los títulos nobiliarios.

2.3 En la contestación a la demanda, el abogado de los demandados invocó, entre otros argumentos, que independientemente de la validez o no de la cesión, el principio de la varonía continuaba rigiendo como criterio preferencial en la sucesión del Marquesado de Tabalosos, y que el mismo se encontraba regulado no en una norma general sino en un acto singular, de prerrogativa real, que no formaba parte del ordenamiento jurídico.

2.4 Mediante sentencia del 25 de noviembre de 1998, el Juez de Primera Instancia de Madrid desestimó la demanda de la autora, considerando que el litigio versaba sobre un supuesto de parientes colaterales del último poseedor del título y ateniéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de julio de 1997³, que declaraba constitucionales los criterios históricos de preferencia para la transmisión de títulos nobiliarios. Tales criterios son en primer lugar el grado de parentesco, posteriormente el sexo -preferencia del varón sobre la mujer- y en tercer lugar la edad. Con respecto a la cesión del título, dicho juez resolvió que la misma no suponía una alteración al orden de sucesión de títulos nobiliarios.

¹ Concepción Barcáiztegui Uhagón era la hija primogénita de José Barcáiztegui y Manso, III Marqués de Tabalosos. María Mercedes Barcáiztegui Uhagón, madre de la autora, era la segunda hija de este y hermana mayor de Íñigo Barcáiztegui Uhagón. Según lo informa la autora, este último cedió el título a su hijo Javier Barcáiztegui Rezola.

² Según la autora, demandó a su primo porque su tío le cedió el título.

³ Dicha sentencia condujo al Tribunal Supremo a modificar su jurisprudencia, la cual se había alejado del derecho histórico con relación a la igualdad entre el hombre y la mujer.

2.5 La autora afirma que ha agotado todos los recursos pues en virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997, no dispone de ninguno que resulte eficaz⁴. Sin embargo, el 10 de diciembre de 1998 interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Nacional. En su comunicación argumenta que a pesar de la manifiesta falta de utilidad de dicho recurso, apeló con la intención de evitar que su asunto llegara a ser cosa juzgada, y de asegurar de esta manera el derecho a un recurso efectivo, establecido en el inciso a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. Según la autora, si el Comité emite una decisión conforme a sus pretensiones, la Audiencia Nacional podrá resolver finalmente su recurso de forma favorable para ella.

La denuncia

3.1 La autora alega que los hechos que somete a la consideración del Comité constituyen una violación del artículo 26 del Pacto, pues se privilegia como heredero al varón en detrimento de la mujer y se sitúa por ende a la mujer en una posición de desigualdad injustificada. La autora argumenta que la preferencia del varón en la sucesión de títulos nobiliarios no es una mera costumbre de un grupo privado, sino un mandato fijado en las normas jurídicas, regulado por las leyes españolas del 4 de mayo de 1948, 11 de octubre de 1820 y Partidas II.XV.II. La autora recuerda al Comité que la resolución 884 (XXXIV) del Consejo Económico y Social recomienda a los Estados velar por que los hombres y las mujeres en el mismo grado de parentesco con una persona fallecida, tengan derecho a partes iguales de la herencia y a un rango igual en el orden de sucesión. Asimismo, afirma que en el presente caso la herencia versa sobre un objeto singular que es el título honorífico que solo puede transmitirse a una persona, designada por su condición de primogénito. La autora alega que si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, en su Observación general N° 18, el Comité ha considerado que el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2, sino que establece en sí un derecho autónomo, prohibiendo la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normatividad e imponiendo a las autoridades públicas el deber de protección en este sentido.

3.2 La autora alega que los hechos constituyen una violación del artículo 3 en conexión con los artículos 17 y 26 del Pacto. Recuerda al Comité que en la Observación general N° 28 de marzo de 2000, a propósito del artículo 3, este llamó la atención sobre la desigualdad que padecen las mujeres en el disfrute de sus derechos, la cual está profundamente arraigada en la

⁴ El párrafo 2 del artículo 38 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional establece que: "Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional".

tradición, en la historia, en la cultura e incluso en las actividades religiosas.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y sobre el fondo:

4.1 En su escrito de fecha 14 de diciembre de 2001, el Estado parte alega que de conformidad al artículo 2 y al inciso b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, la comunicación no debe ser admitida, ya que los recursos internos no han sido agotados. El Estado parte afirma que existe una contradicción en la denuncia, pues la autora por un lado afirma que ha agotado todos los recursos de jurisdicción interna, ya que la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional impide cualquier replanteamiento de la cuestión en los tribunales internos, y por otro argumenta que interpuso recurso de apelación con el fin de dar eficacia a un posible dictamen del Comité.

4.2 El Estado parte señala que, en el ordenamiento jurídico español, el proceso y los sucesivos recursos posibles se encuentran regulados; que en el presente caso, tras la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cabe la posibilidad de interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, y contra la resolución de la Audiencia existe el recurso de casación ante el Tribunal Supremo; y que si se estima violado algún derecho fundamental, puede entonces interponerse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El Estado parte argumenta que la autora pretende incluir al Comité como una instancia procesal intermedia entre las existentes en el derecho español, violando así su naturaleza subsidiaria y la legalidad del proceso interno. El Estado parte alega que es contrario a derecho tener planteado simultáneamente un caso ante el órgano interno y ante el Comité, y en este sentido hace alusión a los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura en las Naciones Unidas, argumentando que el hecho de presentar simultáneamente la denuncia, es pretender una intromisión indebida del Comité en un tribunal interno.

4.3 El Estado parte alega que en la comunicación no se sustancia una violación del artículo 26, pues el uso de un título de nobleza es solo un *nomen honoris*, que carece de contenido jurídico-material, y que además, la autora no argumenta sobre una posible desigualdad ante la ley ni sobre una violación a los artículos 3 y 17 del Pacto, por lo que contesta la admisibilidad de la comunicación *ratione materiae* de conformidad con el artículo 3 del Protocolo Facultativo.

4.4 El Estado parte hace referencia a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 28 de octubre de 1999, en la que se declaró que el uso de título de nobleza no entra en el campo de aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo. El Estado parte argumenta que, si bien es cierto que en la decisión no figura el nombre de la demandante, el asunto versó sobre la misma materia, por lo que solicita al Comité que la denuncia no sea admitida conforme al inciso a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

4.5 En su escrito de fecha 15 de abril de 2002, el Estado parte reitera sus argumentos de inadmisibilidad y en cuanto al fondo recuerda que, cuando el título nobiliario en cuestión fue otorgado al primer marqués de Tabalosos en 1775, aún no se consideraba que los hombres y mujeres nacían iguales en dignidad y en derechos. El Estado parte argumenta que la nobleza es una institución histórica, definida por la desigualdad en dignidad de derechos por el "designio divino" del nacimiento, y alega que el título nobiliario no es ninguna propiedad, que es únicamente un honor que se usa, pero nadie ostenta la propiedad del mismo. Por ello, la sucesión con respecto al título se produce por derecho de sangre, al margen del derecho hereditario, ya que el usuario que sucede en el título de nobleza no sucede del último fallecido usuario, sino del primero de los usuarios, de aquel que logró el honor, lo que trae como consecuencia que las normas de la sucesión en el uso del título sean las existentes en 1775.

4.6 El Estado parte señala al Comité que la autora se disputa el uso del título nobiliario de Marqués de Tabalosos no con un hermano menor, sino con su tío y con su primo hermano; que ella no es la hija primogénita de la persona que anteriormente detentó el título, sino que es la hija de la hermana de la fallecida usuaria, quien sí era la "mujer primogénita", según el árbol genealógico aportado por la misma autora, y hace notar que su sexo no le impidió a esta suceder el título en cuestión antes que su hermano menor.

4.7 El Estado parte afirma que las reglas de sucesión para el uso del título nobiliario en cuestión son las establecidas en la Ley 2 del título XV de la partida II del llamado Código de las Partidas del año 1265, al que se remiten todas las leyes posteriores que trataron la institución nobiliaria y la transmisión del uso del título nobiliario. Según el Estado parte, dichas reglas encierran una primera discriminación que se da por razones de nacimiento, ya que solo puede suceder en el título un descendiente; una segunda discriminación que se da por razones de progenitura, sobre la base de que antiguamente se creía en la mejor sangre del primer nacido, y finalmente, una tercera discriminación por razón de sexo. El Estado parte alega que la autora acepta las dos primeras discriminaciones e incluso funda en ellas sus pretensiones, pero no acepta la tercera.

4.8 El Estado parte alega que la Constitución española admite la subsistencia del uso de títulos nobiliarios, pero únicamente porque los considera un símbolo, desprovisto de contenido jurídicomaterial. Cita lo señalado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que si el uso de un título nobiliario supusiera "una diferencia legal de contenido material, entonces necesariamente los valores sociales y jurídicos de la Constitución habrían de proyectar sus efectos sobre la institución nobiliaria" y argumenta que, admitida la subsistencia de una institución histórica, discriminatoria pero carente de contenido material, no habría que actualizarla

aplicándole los principios constitucionales⁵. Según el Estado parte, solamente 11 sentencias del Tribunal Supremo —adoptadas sin unanimidad— se separaron de la doctrina secular de las reglas históricas de sucesión al título nobiliario; por ello se planteó la cuestión de la inconstitucionalidad y el tema fue decidido por la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de julio de 1997. El Estado parte afirma que el respeto a las reglas históricas de las instituciones es reconocido por las Naciones Unidas y por 7 Estados europeos, los cuales admiten la institución de la nobleza con sus históricas reglas, ya que esto no significa alguna desigualdad ante la ley, pues la ley no concede ningún contenido jurídicomaterial al título nobiliario y, por ende, no puede haber violación al artículo 26 del Pacto.

4.9 El Estado parte alega que el uso del título nobiliario no es un derecho humano, no es un derecho civil y político enunciado en el Pacto y, por consiguiente, no puede ser considerado como parte del derecho a la vida privada, ya que la pertenencia a una familia se acredita por el nombre y los apellidos, como así esta regulado por el artículo 53 de la Ley del Registro Civil española y por los convenios internacionales; y que, de considerarse lo contrario, cabrían varias interrogantes, tales como si quienes no usan títulos nobiliarios carecerían de identificación familiar, o si los parientes de una familia noble que no suceden en el título no estarían identificados familiarmente. Según el Estado parte, incluir el uso de un título nobiliario en el derecho humano a la vida privada y familiar, atentaría contra la igualdad de los seres humanos y la universalidad de los derechos humanos.

Comentarios de la autora sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En su escrito de fecha 1º de abril de 2002, la autora reitera que, con relación a su asunto, no cabe replanteamiento útil ante los tribunales internos, ya que el párrafo 2 del artículo 38 y el párrafo 2 del artículo 40 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional impiden la reapertura del debate en torno a la inconstitucionalidad del sistema legal español de sucesión de títulos nobiliarios. Insiste en que ha mantenido los recursos internos para evitar que se produzca el efecto de "cosa juzgada" que impida dar eficacia a un posible dictamen de condena del Comité dirigido al Estado parte. La autora argumenta que, si el Comité emite una decisión en sentido positivo para ella, por ejemplo, antes de que el Tribunal Supremo concluya el examen del recurso de casación, la autora podrá aducir este nuevo título jurídico con fuerza suficiente para que se produzca una vuelta a la antigua jurisprudencia igualitaria entre hombre y mujer en la sucesión de títulos nobiliarios y obtener con ello una reparación efectiva del daño sufrido en su derecho fundamental a la no discrimina-

⁵ El Estado parte cita un caso en el que el Tribunal Constitucional rechazó un recurso de amparo a una persona que pretendía suceder en un título nobiliario, pero no aceptaba la condición de casar con persona noble.

ción, es decir, recuperar el título. La autora alega que, por otro lado, conforme a la reiterada jurisprudencia del Comité, la víctima no tiene obligación de usar recursos que carezcan de utilidad.

5.2 La autora alega que la causa de inadmisibilidad invocada por el Estado parte, relativa al inciso a) del párrafo 2 del artículo 5 no es acertada, ya que ella no participó en el asunto que fue sometido por cuatro mujeres españolas, en materia de sucesión de títulos nobiliarios, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La autora recuerda al Comité su decisión en el caso *Antonio Sánchez López c. España*⁶, en el sentido de que el concepto "el mismo asunto" debe entenderse como incluyente de la misma reclamación y de la misma persona.

5.3 La autora alega una violación del artículo 3 del Pacto, con relación a los artículos 26 y 17, ya que el sexo de una persona es un elemento de su privacidad y dar un trato desventajoso únicamente por razón de pertenencia al sexo femenino, independientemente de la materia de discriminación, es una intromisión en la privacidad del individuo. Argumenta además que el propio título nobiliario es un elemento de la vida familiar a la que pertenece.

5.4 En otro escrito de fecha 12 de junio de 2002, la autora reitera sus comentarios con relación a la admisibilidad de su queja y argumenta además que la tramitación de su recurso se ha prolongado injustificadamente, ya que ha venido demorándose cinco años. En cuanto al fondo, la autora afirma que el ordenamiento jurídico español regula el uso, posesión y disfrute del título nobiliario como un auténtico derecho de la persona y que, si bien la sucesión de título se realiza con respecto al fundador, la sucesión de las mercedes nobiliarias no se abre hasta el fallecimiento del último poseedor y se aplican por consiguiente las leyes vigentes en ese momento. La autora alega que, si bien los títulos nobiliarios se rigen por normas civiles especiales fundadas en la sangre, es decir, al margen del Código Civil en materia de sucesiones, no por ello la sucesión de los títulos deja de ser cuestión de derecho hereditario genético.

5.5 La autora afirma que, en cuanto a las reglas de sucesión de títulos nobiliarios a las que hace referencia el Estado parte, a juicio de muchos tratadistas y de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, dicha norma solo es de aplicación en la sucesión a la corona de España.

5.6 En cuanto a que el uso de un título nobiliario no es un derecho humano, como afirma el Estado parte, la autora alega que el artículo 26 del Pacto establece la igualdad de las personas ante la ley y que el Estado parte viola dicho artículo al reconocer, por un lado, rango legislativo a la sucesión de títulos nobiliarios y, por otro, discriminar a la mujer, sin que tenga trascendencia en este sentido la ausencia de valor económico

de los títulos, ya que poseen para sus titulares un gran valor afectivo. La autora afirma que el título de Marques de Tabalosos es parte de la vida privada de la familia Carrión Barcáiztegui, de la cual ella proviene, y que aun cuando ciertos bienes de la familia no sean objeto de herencia por ser indivisibles o de escaso valor económico, deben gozar de la protección frente a injerencias arbitrarias. Por ello afirma que debe beneficiarse de la protección establecida en el artículo 3 en relación con el 17 del Pacto, en cuanto que tales disposiciones impiden discriminaciones en el goce de los derechos protegidos por el Pacto. La autora señala que el Tribunal Supremo entre 1986 y 1997 estableció que la postergación de la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios menoscababa el artículo 14 de la Constitución, garante de la igualdad ante la ley, jurisprudencia que fue derogada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 1997.

5.7 La autora alega que la referencia del Estado parte a una discriminación por nacimiento con relación a los títulos nobiliarios no es acertada, porque, de ser así, estaría considerando la figura de la herencia en general como discriminatoria, y que tampoco resulta acertado alegar una discriminación por progenitura, ya que este alegato se refiere a una situación diferente a la que suscita la comunicación. La autora agrega que considerar la progenitura para la adjudicación de un bien hereditario singular como es el título nobiliario es un criterio que no menosprecia a la mujer ni al hombre, ni crea una desigualdad injusta dada la naturaleza indivisible y fundamentalmente afectiva del bien hereditario.

5.8 En cuanto a la información que transmite el Estado parte con relación al régimen de los títulos nobiliarios en otros países europeos, la autora alega que en dichos países los títulos no tienen un reconocimiento oficial legislativo como es el caso en España y que, por tanto, la disputa que pueda suscitarse en otros Estados es distinta de la presente, y que lo que está en juego no es el reconocimiento de los títulos nobiliarios, sino solo un aspecto de ese reconocimiento, ya existente por disposición legislativa en España, que es la discriminación de la mujer en su sucesión. Además, alega que para el Estado parte, el componente "inmaterial" del título justifica la discriminación de la mujer en la sucesión, sin tomar en cuenta el valor simbólico del título y el alto valor afectivo, y que la preferencia del varón atenta contra la dignidad de la mujer.

Cuestiones materiales y procesales de previo pronunciamiento

6.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar las reclamaciones contenidas en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si esta es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6.2 El Estado parte alega que la comunicación de la autora debe ser declarada inadmisibile sobre la base del inciso a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Al respecto, el Comité observa que si bien

⁶ Caso N° 777/1997, decisión del 25 de noviembre de 1999, párr. 6.2.

la queja que fue sometida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos versó sobre una presunta discriminación en materia de sucesión de títulos nobiliarios, dicha queja no se refirió a la misma persona. Por consiguiente, el Comité considera que el asunto de la autora no ha sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.3 El Estado parte alega que la comunicación debe ser declarada inadmisibile, afirmando que los recursos internos no han sido agotados. Sin embargo, el Comité toma nota de que la autora argumenta que, con relación a su asunto, no cabe replanteamiento útil ante los tribunales internos, ya que el párrafo 2 del artículo 38 y el párrafo 2 del artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional impiden la reapertura del debate en torno a la inconstitucionalidad del sistema legal español de sucesión de títulos nobiliarios. Asimismo, el Comité recuerda su posición reiterada en el sentido de que para que un recurso tenga que ser agotado este ha de tener posibilidades de prosperar.

6.4 El Comité señala que, aunque el Estado parte ha argumentado que los títulos hereditarios de nobleza carecen de cualquier efecto material y legal, estos sin embargo han sido reconocidos por las leyes del Estado parte y por sus autoridades, incluso las judiciales. Recordando su jurisprudencia establecida⁷, el Comité reitera que el artículo 26 del Pacto es una disposición autónoma que prohíbe cualquier discriminación en cualquier esfera regulada por el Estado parte del Pacto. Sin embargo, el Comité considera que el artículo 26 no puede ser invocado como base para reclamar un título hereditario de nobleza, institución que, debido a su naturaleza indivisible y excluyente, está al margen de los valores subyacentes a los principios de igualdad ante la ley y no discriminación protegidos por el artículo 26. En consecuencia concluye que la denuncia de la autora es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Pacto, y, en consecuencia, inadmisibile conforme al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

7. Por lo tanto, el Comité de Derechos Humanos decide:

a) Que la comunicación es inadmisibile en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo;

b) Que la presente decisión se ponga en conocimiento del Estado parte, de la autora de la comunicación y de su abogado.

APÉNDICE

Voto disidente del miembro del Comité Sr. Rafael Rivas Posada

1. En su sesión de 30 de marzo de 2004, el Comité de Derechos Humanos aprobó una decisión de inadmi-

⁷ Véase, por ejemplo, Observaciones del Comité en relación a la denuncia N° 182/1984 (*Zwaan de Vries c. los Países Bajos*), adoptada el 9 de abril de 1987.

sibilidad de la comunicación N° 1019/2001 con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo. En el párrafo 6.4 de la mencionada Decisión, el Comité, recordando su jurisprudencia reiterada en el sentido de "que el artículo 26 del Pacto es una disposición autónoma que prohíbe cualquier discriminación en cualquier esfera regulada por el Estado parte del Pacto", considera, sin embargo, que el artículo 26 "no puede ser invocado como base para reclamar un título hereditario de nobleza, institución que, debido a su naturaleza indivisible y excluyente, está al margen de los valores subyacentes a los principios de igualdad ante la ley y no discriminación protegidos por el artículo 26". En base a la consideración expuesta, el Comité concluyó que la denuncia de la autora es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Pacto y, en consecuencia, inadmisibile conforme al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

2. En su denuncia, la autora alegó una violación del artículo 26 por el Estado parte, pues con los hechos denunciados "se privilegia como heredero al varón en detrimento de la mujer, y se sitúa por ende a la mujer en una posición de desigualdad injustificada." Su petición, por lo tanto, se refiere al tratamiento discriminatorio que recibió por razón de su sexo, lo que ha debido llevar al Comité a limitarse a examinar este punto central de su queja, sin entrar a estudiar, para efectos de admisibilidad, otros aspectos referentes a la institución de los títulos hereditarios de nobleza.

3. La pretensión de la autora de ser reconocida como heredera de un título nobiliario estaba basada en la ley española y no en una aspiración caprichosa. Esta ley había sido declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1987, en lo referente a la preferencia masculina en la sucesión de títulos nobiliarios, es decir, por ser discriminatoria en materia de sexo, pero posteriormente, el 3 de julio de 1997, el Tribunal Constitucional declaró que la primacía del varón en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios previstos en la ley de 11 de octubre de 1820 y en la ley de 4 de mayo de 1948 no era discriminatoria ni inconstitucional. Como estas decisiones del Tribunal Constitucional son de obligatorio cumplimiento en España, revivió la discriminación legal en materia de sexo para la sucesión de títulos nobiliarios.

4. El Comité, al decidir la inadmisibilidad de la comunicación sobre la base de una presunta incompatibilidad de la pretensión de la autora con los "valores subyacentes" (sic) a los principios protegidos por el artículo 26, falló claramente *ultra petita*, es decir, sobre un aspecto no demandado por la autora. Esta se limitó a denunciar la discriminación de que había sido objeto por el Estado parte en razón de su sexo. Esa discriminación fue clara en el caso que nos ocupa y el Comité ha debido decidir sobre la admisibilidad en base a estos elementos de juicio claramente expuestos en el expediente.

5. Además de incurrir en una decisión *ultra petita*, el Comité no tuvo en cuenta un aspecto saliente del caso. El artículo 26 establece que "la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas

protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Ahora bien: la ley en España no solo no prohíbe la discriminación por razón de sexo en materia de sucesión de títulos de nobleza, sino que la impone de manera imperativa. En mi opinión no cabe duda de la incompatibilidad de estas disposiciones legales con el artículo 26 del Pacto.

6. Por las razones expuestas, considero que el Comité ha debido admitir la comunicación N° 1019/2001, ya que suscita cuestiones en relación con el artículo 26 del Pacto, y no declarar que es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del mismo Pacto.

Voto disidente del miembro del Comité Sr. Hipólito Solari Yrigoyen

Fundo a continuación mis opiniones disidentes en la comunicación en examen:

La comunicación es admisible.

El Comité ha tomado nota de la afirmación del Estado parte de que las reglas de sucesión de los títulos nobiliarios encierran, según su criterio, tres discriminaciones: la primera por solo poder suceder en el título un descendiente, la segunda por el derecho de la primogenitura y la tercera por el sexo. Ha tomado nota, al mismo tiempo, de las manifestaciones de la autora de que el Estado parte aduce situaciones diferentes a las que suscita la comunicación; de que la primogenitura se basa en la naturaleza indivisible del título y no es una discriminación porque no menosprecia ni a la mujer ni al hombre y, por último, que el objeto del debate no es el reconocimiento de los títulos nobiliarios, sino solo un aspecto que es la discriminación de la mujer al reconocerse por disposición legislativa y por un fallo obligatorio del Tribunal Constitucional la primacía del varón, lo que atenta contra la dignidad de la mujer. El Comité ha observado que la disputa del título en la presente comunicación es entre colaterales: la autora por representación de su madre fallecida y el hermano menor de esta y que la denuncia se refiere exclusivamente a la discriminación por el sexo.

El Comité tiene en cuenta que la autora ha fundado debidamente a los efectos de la admisibilidad sus alegaciones de discriminación en razón de su sexo femenino, lo que podría plantear cuestiones relacionadas con los artículos 3, 17 y 26 del Pacto. Por consiguiente, la comunicación es admisible y procede examinar el fondo de la comunicación de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

La *ratio decidendi*, o cuestión a dirimir en cuanto al fondo, se limita a examinar si la autora ha sido discriminada en razón de su sexo femenino, en violación al artículo 26 del Pacto. El Comité no podría incluir en sus decisiones temas que no le hubieran sido sometidos

porque, si así actuara, se estaría extralimitando en sus facultades, resolviendo en *ultra petitis*. Por lo tanto, por ser extraños al objeto de la comunicación en análisis, se abstiene de considerar la forma política adoptada en la Constitución del Estado parte que es la Monarquía parlamentaria (art. 3), y las características y el alcance de los títulos nobiliarios, pero sí toma en cuenta que dichos títulos se encuentran regulados por la ley y que están sujetos a la normativa y a la protección de las autoridades públicas en su más alto rango ya que son discernidos por el propio Rey, que según la Constitución española es el jefe del Estado (art. 56) y el único autorizado a conceder tales honores, conforme a la ley (art. 62, inciso f).

El Comité estaría resignando seriamente sus funciones específicas si procediera en abstracto en sus observaciones sobre alguna comunicación a excluir del alcance del Pacto, a la manera de una *actio popularis*, a sectores o instituciones de la sociedad, cualesquiera sean, en lugar de analizar la situación de cada caso particular que se le sometiera a su consideración por la posible violación concreta del Pacto (artículos 41 del Pacto y 1° del Protocolo Facultativo). Si así procediera, otorgaría una suerte de inmunidad para llevar adelante eventuales discriminaciones que el artículo 26 del Pacto prohíbe, dada la desprotección en que se hallarían los integrantes de tales sectores o instituciones excluidos.

En el caso concreto de la presente comunicación, el Comité no podría pronunciarse de una manera genérica contra la institución de los títulos de nobleza hereditarios del Estado parte y de la ley que los regula, para excluirlos del Pacto y, en particular, del alcance del artículo 26, invocando una incompatibilidad *ratione materiae* porque ello implicaría cerrar los ojos ante la discriminación en razón del género que se ha invocado en la denuncia. El Comité ha tenido en cuenta, también, que la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin discriminación no se encuentran subyacentes sino expresamente reconocidos y protegidos por el artículo 26 del Pacto con el amplio alcance que el Comité le ha dado, tanto en sus observaciones sobre la norma, como en su jurisprudencia. Este alcance, además, se funda en la claridad de un texto que no admite interpretaciones restrictivas.

El artículo 26, además de reconocer el derecho a la no discriminación en razón del sexo, obliga a los Estados partes a que sus leyes prohíban toda discriminación al respecto y garanticen a todas las personas la protección igual y efectiva contra tal discriminación. La ley española sobre títulos nobiliarios no solo no reconoce el derecho a la no discriminación en razón del sexo y no otorga garantía alguna para gozar de tal derecho, sino que impone, *de iure*, la discriminación del sexo femenino, violando en forma expresa el artículo 26 del Pacto.

En su Observación general N° 18 sobre la no discriminación, el Comité de Derechos Humanos estableció:

"Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la dis-

criminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho y de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados partes en lo que respecta a sus leyes y a la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado parte debe velar para que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio."

Al mismo tiempo, el Comité, en su Observación general N° 28 sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, expresó:

"La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. Los Estados partes deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto".

La misma observación general, en lo que respecta a la prohibición de la discriminación de la mujer del artículo 26, no excluye en su aplicación ningún ámbito ni ninguna materia como se aprecia en los siguientes párrafos del punto 31:

"En virtud del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, amparados por el artículo 26, los Estados deben tomar medidas contra la discriminación por agentes públicos y privados en todos los ámbitos."

"Los Estados partes deberán revisar su legislación y sus prácticas y tomar la iniciativa en la aplicación de todas las medidas que sean necesarias para erradicar la discriminación contra la mujer en todas las materias."

La toma de posición tan clara e inequívoca del Comité de Derechos Humanos en favor de la igualdad de derechos de ambos sexos, a la que deben ajustarse la legislación y las prácticas de los Estados partes, no puede causar extrañeza en un organismo creado por un tratado de las Naciones Unidas, cuando en la Carta fundacional de la organización, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, se reafirmó, en el preámbulo de la misma, la fe en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres como uno de sus objetivos fundamentales. Pero la historia ha demostrado en el mundo

que, a pesar de los esfuerzos que demanda el reconocimiento de los derechos, la tarea más ardua es llevarlos a la práctica y que la lucha por su vigencia efectiva debe ser permanente.

En la presente comunicación, María de la Concepción Barcáiztegui Uhagón, la anterior poseedora del marquesado en disputa, hizo una cesión de su título de nobleza hereditario a favor de su hermano Íñigo y, sin entrar a considerar la validez de tal cesión, el Comité ha tomado nota de que, al morir aquella el 4 de abril de 1993, sin dejar descendencia, la autora, en representación de su madre fallecida, pasó a ocupar la primogenitura debido a lo cual, por creerse con mejor derecho, entabló una demanda judicial declarativa a su tío por reclamación del título nobiliario de Marquesa de Tabalosos. El Juez N° 18 de Primera Instancia de Madrid desestimó la pretensión de la autora por aplicación de la jurisprudencia obligatoria del Tribunal Constitucional que consagró por mayoría, en un fallo dividido emitido el 3 de julio de 1997, que los mejores derechos que la ley acuerda al hombre sobre la mujer, en igualdad de línea y grado, en el orden regular de las transmisiones *mortis causa* de los títulos nobiliarios, no son discriminatorios ni violatorios del artículo 14 de la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978, que se encuentra vigente, "en cuanto declara aplicable el Derecho Histórico". El artículo constitucional mencionado establece que los españoles son iguales ante la ley.

Aunque el derecho sobre los títulos nobiliarios no es un derecho humano protegido por el Pacto, como lo ha sostenido con razón el propio Estado, su legislación no puede apartarse del artículo 26. Es cierto, como lo ha sostenido el Comité en su jurisprudencia, que una diferenciación basada en argumentos relevantes para los propósitos del artículo 26, incluyendo el sexo, no significa una discriminación prohibida si ella se funda en criterios razonables y objetivos. Pero establecer la superioridad del hombre sobre la mujer, que es lo mismo que decir la inferioridad de la mujer con respecto al hombre, para acceder a los títulos de nobleza, regulados por la ley española y aplicada por sus tribunales, no solo se apartaría de tales criterios, sino que se ubicaría en el extremo opuesto. Los Estados están facultados para otorgar protección legal a sus tradiciones e instituciones históricas, como los títulos nobiliarios, pero deben hacerlo conforme a lo exigido en las normas del artículo 26 del Pacto.

El Comité considera que al determinar legalmente que tal honor debe ser concedido principalmente a los hombres y solo en forma subsidiaria a las mujeres, el Estado parte ha tomado una posición discriminatoria sobre las mujeres de familias nobles que no puede justificarse con referencias a las tradiciones o al derecho histórico, o a ninguna otra razón. El Comité concluye, por consiguiente, que la prohibición de discriminar basada en el sexo, según lo establecido en el artículo 26 del Pacto, ha sido violada en el caso de la autora. Tal conclusión torna innecesario entrar a la consideración de una posible violación del artículo 17 en relación con el artículo 3 del Pacto.

Por lo tanto, opino que los hechos sometidos a la consideración del Comité constituyen una violación del artículo 26 del Pacto respecto de la Sra. Mercedes Carrión Barcáiztegui.

Voto particular del miembro del Comité Sra. Ruth Wedgwood

Al examinar los informes de los países, así como en sus dictámenes sobre las comunicaciones individuales, el Comité de Derechos Humanos ha defendido siempre el derecho de la mujer a una protección igual en derecho, incluso en los casos en que el cumplimiento de este principio exigiría una importante modificación de la práctica local. Preocupa pues observar que el Comité desestima con tal desparpajo la comunicación de la Sra. Mercedes Carrión Barcáiztegui.

El derecho público regula en España la distribución de los títulos nobiliarios. Las decisiones sobre la sucesión de títulos honoríficos o nobiliarios se publican como actos oficiales en el *Boletín Oficial del Estado*. El orden de sucesión no es una cuestión de preferencia privada del poseedor del título. Al contrario, se excluye por ley a las descendientes del derecho a pretender el título como resultado de la preferencia que se concede a los varones, independientemente de los deseos del ascendiente poseedor del título. Esta disposición legal, que figura en la ley de 4 de junio de 1948, parece constituir un acto público de discriminación.

Las razones invocadas por el Comité para desestimar la comunicación de la Sra. Carrión Barcáiztegui, en la que reivindica la sucesión al título de Marquesa de Tabalosos, no puede tranquilizar al Estado parte. Al rechazar su petición por considerarla inadmisibles *ratione materiae*, el Comité dice que los títulos hereditarios de nobleza son una "institución que... está al margen de los valores subyacentes a los principios de igualdad ante la ley y no discriminación protegidos por el artículo 26". Esta frase sibilina se podría interpretar en el sentido de que el mantenimiento de los títulos hereditarios es de por sí incompatible con el Pacto. Cabe esperar que la futura jurisprudencia del Comité dé la importancia debida al deseo de numerosos países de preservar la memoria de las personas y las familias que han desempeñado un papel preponderante en la construcción del Estado nacional.

La utilización de títulos se puede adaptar para recoger la igualdad jurídica de la mujer. Incluso en el caso de una institución tradicional como el título nobiliario, una evaluación de las circunstancias puede justificar la modificación de normas discriminatorias. Por ejemplo, en una época que se caracteriza por la existencia de ejércitos nacionales, no se espera ya que la persona que posee un título deba ser también capaz de combatir en el campo de batalla. (Hay que reconocer que el ejemplo de Juana de Arco podría sugerir incluso un marco de referencia más amplio.)

Al adherirse a los modernos tratados de derechos humanos, España ha reconocido las dificultades que crea la preferencia automática que se concede a los

herederos varones. España ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 27 de julio de 1977. Aprobó también la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer el 16 de diciembre de 1983. Al adherirse a este último instrumento, España formuló una sola reserva, que tiene importancia aquí. Señaló que la Convención no tendría efecto sobre las disposiciones constitucionales que rigen la sucesión a la Corona de España. Esta protección exclusiva a la sucesión real no venía acompañada de ninguna otra reserva análoga para los títulos de nobleza de menor rango.

España no formuló una reserva semejante al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1977. Sin embargo, sería de buena práctica conceder a España el beneficio de la misma reserva en la aplicación del Pacto, habida cuenta de la interpretación que el Comité hizo más tarde del artículo 26 como garantía independiente de una protección igual en derecho. En definitiva, sin embargo, España no ha tratado, ni siquiera con esta reserva, de establecer una protección especial para perpetuar la discriminación por género en la distribución de otros títulos aristocráticos.

No es sorprendente que un Estado parte considere la sucesión al trono como una cuestión especial, sin proponerse por ello perpetuar la práctica más amplia de postergar a las mujeres en el orden de sucesión. En efecto, el actual Rey de España nos ha recordado que, incluso una institución singular y tradicional como la monarquía, se puede adaptar al principio de la igualdad. El Rey Juan Carlos propuso recientemente que se modificase el orden de sucesión al trono de España. En virtud de esta propuesta, cuando termine el reinado de su hijo mayor, el primer nacido de este hijo, sea mujer o varón, le sucedería en el trono. En esta época en que muchas mujeres han sido Jefes de Estado, la propuesta parece encomiable y no llama especialmente la atención.

En su fallo de 20 de junio de 1987, en el que defendía el derecho de las mujeres a heredar títulos, salvo la realeza, en pie de igualdad con los hombres, el Tribunal Supremo de España se refirió a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como al artículo 14 de la Constitución Española de 1978. En sus futuras deliberaciones sobre la cuestión, España quizás elija referirse también a la Observación general N° 18 del Comité de Derechos Humanos, en la que se precisa que el artículo 2 del Pacto "prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas". Además, merece la pena recordar que, según el reglamento del Comité, el rechazo de una comunicación determinada no constituye un precedente formal aplicable a toda otra comunicación o al examen de los informes de los países.

En el presente caso, el Estado parte ha dicho que el título nobiliario en cuestión "carece de contenido juridicomaterial" y es puramente honorífico (véanse los párrafos 4.4 y 4.8 del texto de la decisión). Es importante por lo tanto precisar los límites de la decisión tomada por el Comité. No se debe considerar que las

opiniones del Comité protegen las eventuales normas de sucesión discriminatorias cuando hay bienes muebles o inmuebles en juego. Además, esta opinión no protege la discriminación en los cargos públicos tradicionalmente hereditarios que pueden, en algunas sociedades, entrañar

todavía un poder considerable de decisión en las esferas política o judicial. El Comité es un órgano encargado de supervisar la aplicación de un Pacto Internacional y no puede establecer normas generales sin tener en cuenta estas realidades locales.

Comunicación N° 1024/2001

Presentada por: Manuela Sanlés Sanlés (representada por José Luis Mazón Costa)

Presunta víctima: Ramón Sampedro Cameán

Estado parte: España

Declarada inadmisibile: 30 de marzo de 2004 (80º período de sesiones)

Asunto: Enjuiciamiento por "suicidio asistido" de persona con discapacidad

Cuestiones de procedimiento: Concepto de "víctima" – *Actio popularis* – Falta de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Derecho a la vida privada sin injerencias arbitrarias – Trato inhumano y degradante – Derecho a la vida – Derecho a una muerte digna – Libertad de pensamiento y de conciencia – Discriminación por motivos de discapacidad física

Artículos del Pacto: 2, párrafo 1; 6; 7; 9; 14; 17; 18; y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 1 y 2

1. La autora de la comunicación de fecha 28 de marzo de 2001 es la Sra. Manuela Sanlés Sanlés, de nacionalidad española, quien alega violaciones por parte de España del párrafo 1 del artículo 2, y de los artículos 7, 9, 14, 17, 18 y 26 del Pacto, con respecto al Sr. Ramón Sampedro Cameán, de quien ha sido declarada heredera legal. Está representada por abogado. El Protocolo Facultativo entró en vigor para España el 25 de enero de 1985.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 El 23 de agosto de 1968, Ramón Sampedro Cameán, quién tenía entonces 25 años de edad, sufrió un accidente que le produjo una fractura de vértebra cervical y una tetraplejía irreversible. El 12 de julio de 1995, inició una acción de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Primera Instancia de Noia, La Coruña, alegando el derecho a morir con dignidad. Concretamente, solicitó que se autorizara que su médico le administrase las sustancias necesarias para poner fin a su vida, sin que por ello pudiera ser perseguido penalmente. El 9 de octubre de 1995, el Juzgado denegó tal petición, aduciendo que el artículo 143 del Código Penal español sancionaba este hecho como delito de auxilio al suicidio, con una pena de dos a diez años de prisión.

2.2 Ramón Sampedro apeló ante la Audiencia Provincial de La Coruña, la cual rechazó el recurso el 19 de noviembre de 1996, confirmando la decisión del Juzgado de primera instancia.

2.3 El 16 de diciembre de 1996, Ramón Sampedro interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando una violación a su dignidad y a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la integridad física y moral; así como a un proceso con equidad. El recurso fue admitido a trámite el 27 de enero de 1997; el 10 de marzo de 1997 empezó el plazo de veinte días para que el Sr. Sampedro formulara alegaciones finales.

2.4 En la madrugada del 12 de enero de 1998, Ramón Sampedro se suicidó, contando con una ayuda anónima. Un proceso penal fue abierto en contra de quien o quienes le auxiliaron a morir. Sin embargo, el caso fue sobreseído, por no encontrarse persona responsable.

2.5 La autora de la comunicación fue designada heredera en el testamento de Ramón Sampedro. El 4 de mayo de 1998 envió un escrito al Tribunal Constitucional, reclamando el derecho a ser continuadora procesal de la presunta víctima, y reformuló las conclusiones del recurso de amparo. El nuevo alegato consistió en que la Audiencia Provincial debió haber reconocido el derecho del Sr. Sampedro a que su médico de cabecera le suministrara los medicamentos necesarios para ayudarle a morir dignamente.

2.6 El 11 de noviembre de 1998, el Tribunal Constitucional decidió archivar el asunto, negando a la autora el derecho a continuar con el procedimiento. Entre otros argumentos, el tribunal precisó que a pesar de que el derecho de los herederos a continuar los procesos de sus familiares fallecidos en los casos de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen estaba reconocido en el sistema jurídico español, en el asunto del Sr. Sampedro no se daban las condiciones legales concretas ni suficientes para justificar la sucesión en el procedimiento de la autora. El tribunal precisó que su asunto tampoco podía ser identificado a los derechos citados por ella, debido al carácter personalísimo e inseparablemente del alegado derecho a morir dignamente. Consideró

también que aquel acto de voluntad le concernía solamente a la víctima y que la pretensión del demandante había caducado a partir de su muerte. También señaló que esta conclusión se reforzaba por la naturaleza del recurso de amparo constitucional, que fue establecido para remediar violaciones concretas y efectivas a los derechos fundamentales.

2.7 El 20 de abril de 1999, la autora acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando la violación del derecho a una vida digna y a una muerte digna respecto de Ramón Sampedro; a la no injerencia del Estado en el ejercicio de su libertad, así como de su derecho a la igualdad. El Tribunal Europeo declaró inadmisibles las demandas *ratione personae*, porque consideró que la heredera de Ramón Sampedro no estaba legitimada para continuar con las quejas de este. En cuanto a la alegada duración excesiva del procedimiento, el Tribunal Europeo señaló que aún suponiendo que la autora pudiese tener la calidad de víctima, en las circunstancias de la especie, la duración del procedimiento no había sido suficientemente importante para que pudiera concluirse en una aparente violación de la Convención, por lo que declaró la queja manifiestamente mal fundamentada.

La denuncia

3.1 La autora alega que, al considerar como delito la conducta de intervención de un médico para ayudar a morir a Ramón Sampedro, el Estado parte violó el derecho de este a la vida privada sin injerencias externas arbitrarias, contemplado en el artículo 17 del Pacto. Asimismo, argumenta que, la presunta víctima, como así lo manifestó en su libro, solo pedía la eutanasia para él y no para otros, y que por tanto la injerencia del Estado en la decisión del Sr. Sampedro no está justificada.

3.2 La autora alega que la "injerencia penal" del Estado en la decisión de Ramón Sampedro significó la violación de su derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes contemplado en el artículo 7 del Pacto, ya que la tetraplejía que este padecía tenía una considerable repercusión cotidiana, pues nunca se levantaba. Para comer, vestirse o realizar todas sus necesidades, incluso las más íntimas, necesitaba la ayuda de terceras personas; y la inmovilidad a la que las circunstancias lo condenaron significaba para él un sufrimiento acumulado e irresistible. Alega también que, si bien en el presente caso dicho sufrimiento no fue provocado directamente por la intervención voluntaria de un agente estatal, el comportamiento de los órganos del Estado no fue neutral, al existir una norma penal que impidió que el Sr. Sampedro pudiera poner fin a su vida con la ayuda que le era indispensable para poder llevar a cabo su propósito. La autora insiste en que la situación creada por la legislación del Estado parte constituyó un maltrato y una vida degradante para Ramón Sampedro.

3.3 La autora afirma que hay una violación del artículo 6 del Pacto, argumentando que la vida que protege dicho instrumento no se refiere únicamente a la vida biológica, bajo cualquier circunstancia, sino la vida

digna, opuesta a la situación humillante que padeció el Sr. Sampedro durante más de 29 años. Afirma que al derecho a la vida no corresponde la obligación de soportar un tormento indefinido y que los dolores sufridos por Ramón Sampedro son incompatibles con el concepto de dignidad humana.

3.4 La autora sostiene una violación del párrafo 1 del artículo 18 del Pacto, afirmando que la decisión de Ramón Sampedro emanaba de la libertad de pensamiento y de conciencia, y del derecho a manifestar sus convicciones individuales a través de prácticas o hechos. Alega que el Sr. Sampedro fue reducido a "*la servidumbre de una moralidad no compartida, impuesta desde el poder del Estado (y) forzado a pasar un continuo padecimiento*".

3.5 La autora sostiene una violación del artículo 9 del Pacto, argumentando que la libertad del individuo solo puede ser objeto de restricciones si estas están previstas en la ley y siempre y cuando constituyan medidas necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades fundamentales de los demás. Afirma que la injerencia del Estado en la decisión del Sr. Sampedro no encuadra en ninguno de estos supuestos, que, por otra parte, el derecho a la libertad debe ser concebido como el derecho a hacer todo aquello que no perjudique los derechos de los demás, y que la presunta víctima solo pedía la eutanasia para él y no para otros, por lo que la injerencia del Estado en su decisión no está justificada.

3.6 La autora alega que se viola el derecho a la igual protección de la ley, prevista en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 del Pacto. Según ella, resulta paradójico que el Estado sea respetuoso de la decisión del suicida pero no lo sea tratándose de personas inválidas. Argumenta que toda persona autosuficiente, dotada de movilidad y que padece un sufrimiento extremo tiene la posibilidad de suicidarse, sin ser perseguida en caso de que fracase, a diferencia de la persona gravemente impedida para actuar, como lo fue Ramón Sampedro, quien, reducido a la completa inmovilidad, no pudo contar con ayuda, so pena de ser perseguido penalmente. Según la autora esto significa una discriminación ante la ley. En su opinión, el Estado, como encarnación de la comunidad, está obligado a ser comprensivo y actuar humanamente con el enfermo que no desea vivir, y no debe castigar a quien le ayuda a ejecutar su determinación de morir, so pena de incurrir en un tratamiento diferenciado injusto con respecto a la persona válida por sí misma, que desea morir.

3.7 La autora afirma que se violó el artículo 14 del Pacto, porque el Tribunal Constitucional le negó el reconocimiento de legitimidad en el proceso del Sr. Sampedro y reclama una compensación al Estado por las violaciones del Pacto cometidas en contra de aquel cuando estaba vivo.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y sobre el fondo

4.1 En su escrito de fecha 2 de enero de 2002, el Estado parte sostiene que la comunicación es inadmis-

ble sobre la base del inciso a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, argumentando que la comunicación que en esta ocasión es sometida al Comité, versa exactamente sobre el mismo asunto que fue sometido por la misma persona al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Agrega que la decisión de inadmisibilidad del Tribunal Europeo con relación a este asunto no se debió a un simple formalismo, sino que supuso un auténtico examen del fondo, ya que dicho tribunal examinó la naturaleza del derecho que reclamó en vida el Sr. Sampedro, es decir, el reclamado derecho al auxilio al suicidio sin trascendencia penal.

4.2 Según el Estado parte, la autora de la comunicación pretende que el Comité revise la decisión de fondo adoptada previamente por otro órgano internacional, y que declare que el "derecho a morir dignamente" o "el auxilio al suicidio sin trascendencia penal", que solicitó antes de fallecer voluntariamente el Sr. Sampedro, no es un derecho personalísimo ni intransferible, en contra de lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Agrega que el Tribunal Constitucional español no se pudo pronunciar sobre el asunto debido a la muerte voluntaria del Sr. Sampedro, que produjo la extinción del proceso de amparo.

4.3 El Estado parte recuerda que la heredera de Ramón Sampedro ha afirmado expresamente que este "murió dignamente" y que, además, nadie ha sido ni está siendo actualmente perseguido o acusado por auxiliarlo en su suicidio, ya que se archivó el proceso penal que había sido abierto. Según el Estado parte, la queja sometida por la autora carece de sentido, ya que no es posible jurídica ni científicamente que a un muerto pueda serle reconocido el derecho a morir.

4.4 En sus comentarios de fecha 30 de abril de 2002, el Estado parte alega que la autora ejerce una *actio popularis*, pretendiendo que, en relación no a ella, sino a una persona fallecida, se declare el llamado derecho "a morir dignamente". Agrega que las pretensiones de la autora distorsionan los derechos reconocidos en el Pacto. El Estado parte sostiene que, según la decisión del Tribunal Europeo en el caso *Pretty contra el Reino Unido*¹, el derecho a la vida no podría, sin distorsión del lenguaje, ser interpretado como concediendo un derecho diametralmente opuesto, a saber, un derecho a morir, sea a manos de un tercero o con la asistencia de una autoridad pública.

Comentarios de la autora sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En su escrito de fecha 11 de julio de 2002, la autora alega que el Tribunal Europeo no examinó el fondo del asunto y que, por el contrario, puso de relieve que la queja primordial, relativa a la intrusión del Estado en la decisión de morir en paz de Ramón Sampedro, no era examinada, al considerarse que la heredera y cuñada de aquel estaba ejerciendo una *actio popularis*, y por ello le negó legitimación en la conti-

¹ Decisión N° 2346/02, de 29 de abril de 2002.

nuación del litigio, considerando la queja incompatible *ratione personae*.

5.2 La autora considera que el Tribunal Europeo únicamente entró a conocer del fondo con respecto a la queja relativa a la dilación indebida del proceso y con respecto a sus demás alegaciones, y observa que, según la jurisprudencia del Comité², un asunto declarado inadmisibles por el Tribunal Europeo por motivos de forma, no es un "caso examinado", a los efectos del inciso a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Agrega que el Tribunal Europeo tampoco examinó la queja relativa al derecho a la libertad.

5.3 La autora afirma que no está ejerciendo una *actio popularis*, ya que es la continuadora de la víctima que murió sin reparación ni respuesta sobre el fondo de su asunto. Agrega que la continuación del proceso iniciado en vida por Ramón Sampedro, le fue denegada por el Tribunal Constitucional mediante una decisión arbitraria.

5.4 La autora sostiene que el párrafo 7 del artículo 9 de la Ley de enjuiciamiento civil permite, sin excepciones, la continuación del proceso una vez fallecido el litigante, si el heredero se presenta ante el tribunal con nuevo poder de representación jurídica, como sucedió en su caso. Según el artículo 661 del Código Civil, "los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones".

5.5 El artículo 4 de la Ley orgánica N° 1/1982 deja claro que "*El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de la persona fallecida corresponde a quien este haya designado a tal efecto en su testamento*", y en el caso del Sr. Sampedro se ha alegado una violación al derecho de la intimidad, relacionado con la vida privada.

5.6 La autora afirma que el Tribunal Constitucional aplica una jurisprudencia desigual en materia de autorización de la continuación *mortis causa* en la condición de litigante, pues mientras a la heredera de Ramón Sampedro le negó la continuidad, en la sentencia N° 116/2001 de 21 de mayo de 2001, la misma Sala del tribunal concedió la sustitución procesal al heredero de un demandante fallecido durante el procedimiento de un recurso contra una medida de suspensión de militancia sindical. Dicha sala se pronunció en este sentido a pesar del carácter "personalísimo" de la causa.

5.7 La autora señala que el Comité ha admitido la continuación procesal del heredero del litigante fallecido durante el curso del proceso judicial, incluso en la fase anterior a la tramitación de la queja ante el propio Comité³. Con relación a la decisión en el caso *Pretty c. el Reino Unido*, aludida por el Estado parte, la autora señala que lo que pedía Sampedro no era una medida

² Cita las comunicaciones 808/1998, *Georg Rogl c. Alemania*, y 716/1996, *Dietmar Pauger c. Alemania*.

³ Comunicaciones Nos. 164/1984, *Croes c. los Países Bajos*, y 774/1997 *Brok c. la República Checa*. Cita también jurisprudencia del Comité contra la Tortura, en el caso N° 14/1994, *M'Barek Ben c. Túnez*.

positiva del Estado, sino una conducta de abstención, de dejar hacer, es decir, que no se entrometiera en su decisión de morir.

5.8 La autora sostiene que Ramón Sampedro murió sin el reconocimiento de que su pretensión de morir dignamente estaba avalada por un derecho humano. Según la autora, esto es un motivo suficiente para permitir que su heredera sea continuadora de la queja. Agrega que no se le otorgó indemnización alguna por el sufrimiento que hubo de asumir.

5.9 La autora hace alusión a una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 1997, en materia de eutanasia, mediante la cual se declaró que el artículo 326 del Código Penal colombiano, que se refiere al *homicidio piadoso* no implicaba responsabilidad penal para el médico que ayudaba a morir a enfermos terminales, si concurría la libre voluntad del sujeto pasivo del acto. Esa Corte relacionó la prohibición de castigar el suicidio asistido con el derecho fundamental a una vida digna y con la protección de la autonomía personal del individuo⁴. La autora afirma que el derecho avanza mediante la búsqueda de un orden justo y de paz, y que ayudar a morir a quien padece una enfermedad incurable y dolorosa constituye una reacción normal de solidaridad y de compasión inherente al ser humano.

5.10 Afirma que el Estado parte le impuso indirectamente a Ramón Sampedro la obligación de vivir el sufrimiento de la inmovilidad. Afirma que no debe aceptarse que un Estado de Derecho imponga esa carga a una persona desvalida, supeditando su existencia a convicciones extrañas. Según la autora, la intrusión estatal en el derecho a morir de Ramón Sampedro es incompatible con el Pacto, el cual expresa en su preámbulo que todos los derechos en él reconocidos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

5.11 En cuanto a la alegada violación del derecho a no sufrir injerencias externas arbitrarias contemplado en el artículo 17, la autora afirma que, incluso en el caso *Pretty*, el Tribunal Europeo reconoció que "el veto penal" del Estado contra la decisión de morir de una persona impedida sujeta a sufrimientos incurables constituía una injerencia en la vida privada de esa persona, y que, si bien el Tribunal Europeo añadió que esa injerencia está justificada "en la protección de los derechos de otros", para ella este argumento carece de sentido, pues nadie se ve lesionado, ya que incluso la familia pretende ayudar al que toma la decisión de morir.

5.12 Mediante escritos de fecha 22 de enero y 20 de marzo de 2003, la autora sostiene que, contrariamente a lo afirmado por el Estado parte, el Sr. Sampedro no pudo morir como él deseó, que su muerte no fue apacible ni dulce ni indolora. Por el contrario, fue angustiada, ya que tuvo que recurrir al cianuro de potasio.

⁴ Sentencia del 20 de mayo de 1997. Recurso de inconstitucionalidad promovido por José Eurípides Parra Parra.

Cuestiones materiales y procesales de previo pronunciamiento

6.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar las reclamaciones contenidas en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si esta es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6.2 Aunque el Estado parte parece afirmar que la Comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 1 del Protocolo Facultativo, ya que la autora no es una "víctima" en el sentido de esa disposición, el Comité observa que la autora pretende actuar en favor del Sr. Ramón Sampedro Cameán, quien, de acuerdo con ella, fue la víctima de una violación del Pacto, debido a que las autoridades del Estado parte rechazaron permitirle asistencia en su suicidio, no ofreciendo al médico que pudiera asistirlo protección contra cualquier persecución penal. El Comité considera que la queja presentada en favor del Sr. Sampedro perdió actualidad antes de que la queja de la autora le fuera sometida, debido a su decisión de suicidarse el 12 de enero de 1988, contando con asistencia de otros, y a la decisión de las autoridades de no continuar con el juicio penal en contra de los involucrados. En consecuencia, el Comité considera que, en el momento en que la comunicación referente a Ramón Sampedro Cameán fue sometida, el 28 de marzo de 2001, este no podía ser considerado víctima de violación alguna de sus derechos contemplados en el Pacto, en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo. Por consiguiente, sus alegaciones son inadmisibles de conformidad con esta disposición.

6.3 En cuanto a la alegación de la autora de que sus derechos contemplados en el artículo 14 del Pacto fueron violados al negársele el derecho a continuar el procedimiento iniciado por el Sr. Sampedro Cameán ante el Tribunal Constitucional, el Comité considera que la autora, no habiendo sido parte del procedimiento original de amparo ante el Tribunal Constitucional, no ha fundamentado suficientemente para efectos de la admisibilidad la existencia de una violación al artículo 14, párrafo 1, del Pacto. Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibile de conformidad al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.4 A la luz de lo que se ha concluido precedentemente, el Comité no necesita considerar el argumento del Estado parte relacionado con el artículo 5, párrafo 2 inciso a) del Protocolo Facultativo ni la posible aplicación de la declaración del Estado parte sobre dicho artículo.

7. En consecuencia, el Comité decide:

a) Que la comunicación es inadmisibile con arreglo a los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo;

b) Que la presente decisión se ponga en conocimiento del Estado parte y de la autora de la comunicación.

Comunicación N° 1138/2002

Presentada por: Arenz, Paul (fallecido); Röder, Thomas y Dagmar (representados por William C. Walsh)

Presunta víctima: Los autores

Estado parte: Alemania

Declarada inadmisibile: 24 de marzo de 2004 (80° período de sesiones)

Asunto: Exclusión de un partido político por razón de las creencias religiosas

Cuestiones de procedimiento: Reserva del Estado parte – Capacidad legal – Reevaluación de los hechos determinados y aplicación de la legislación interna – Falta de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos – Libertad de asociación – Libertad de expresión – Libertad de pensamiento, de religión y de creencias – Discriminación por motivos religiosos – Obligación del Estado parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto

Artículos del Pacto: 2, 18, 19, 22, 25, 26 y 27

Artículo del Protocolo Facultativo: 2

1. Los autores de la comunicación son el Sr. Paul Arenz (primer autor), el Sr. Thomas Röder (segundo autor) y su esposa la Sra. Dagmar Röder (tercera autora), ciudadanos alemanes y miembros de la "Iglesia de la Cienciología" (Cienciología). Alegan ser víctimas de la violación por parte de Alemania¹ de los artículos 2, 18, 19, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Están representados por un abogado. El Sr. Arenz falleció en febrero de 2004.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 El 17 de diciembre de 1991, la Unión Democrática Cristiana (CDU), uno de los dos principales partidos políticos de Alemania, aprobó en su

¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor para el Estado parte el 23 de marzo de 1976, y el Protocolo Facultativo, el 25 de noviembre de 1993. Cuando ratificó el Protocolo Facultativo, el Estado parte formuló la siguiente reserva: "La República Federal de Alemania formula una reserva respecto al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 en el sentido de que la competencia del Comité no se aplicará a las comunicaciones:

a) Que hayan sido examinadas ya en virtud de otro procedimiento de investigación o arreglo internacionales;

b) Mediante las cuales se denuncie una violación de derechos originada en acontecimientos anteriores a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para la República Federal de Alemania, o

c) Mediante las cuales se denuncie una violación del artículo 26 [de dicho Pacto], en la medida en que la violación denunciada se refiera a derechos distintos de los garantizados en virtud del Pacto".

Convención Nacional la resolución C 47, por la que se declaraba que la afiliación a la Cienciología no era "compatible con la pertenencia a la CDU". Esta resolución sigue en vigor.

2.2 Por carta de 22 de septiembre de 1994, el presidente de la sección municipal de la CDU de Mechernich (Rumania del Norte-Westphalia), con el apoyo posterior del Ministro Federal de Trabajo y líder regional de la CDU en ese *land*, pidió al primero de los autores, un antiguo militante de la CDU, que pusiera fin a su afiliación al partido de inmediato mediante la firma de una declaración de renuncia, argumentando que se había enterado de que el primer autor pertenecía a la Cienciología. Cuando este se negó a firmar la declaración, la junta de distrito de la CDU de Euskirchen decidió, el 17 de octubre de 1994, iniciar un procedimiento de expulsión contra él, de modo que se le privó de sus derechos de miembro del partido en espera de la decisión final de las instancias internas de la CDU.

2.3 Por carta de 24 de octubre de 1994, el presidente del tribunal del partido del distrito de Euskirchen informó al primer autor de la decisión adoptada por la junta de expulsarlo de la CDU a causa de su pertenencia a la Iglesia de Cienciología y que la junta había pedido al tribunal de distrito del partido que adoptara una decisión en ese sentido después de darle la oportunidad de ser escuchado. Tras celebrarse una audiencia el 2 de diciembre de 1994, el tribunal distrital del partido comunicó al primer autor, el 6 de diciembre de 1994, que había confirmado la decisión de la junta de distrito de expulsarlo del partido. El 2 de octubre de 1995, el tribunal del partido del Estado de Rumania del Norte-Westphalia rechazó la apelación del primer autor. Una apelación posterior suya fue rechazada por el tribunal federal de la CDU el 18 de diciembre de 1996.

2.4 En actuaciones separadas, el segundo autor, antiguo miembro y luego presidente de la junta municipal de la CDU de Wetzlar-Mitte (Hessia), y la tercera autora, que también había sido miembro de la CDU por muchos años, fueron expulsados del partido por decisión del 29 de enero de 1992 adoptada por la asociación de distrito de la CDU de Lahn-Dill. Esta decisión estuvo precedida por una campaña contra la militancia del segundo autor en el partido, que culminó en enero de 1992 con una reunión pública a la que asistieron aproximadamente 1.000 personas, donde el autor fue supuestamente objeto de difamación debido a su pertenencia a la Cienciología, ultrajando su reputación e integridad profesionales como dentista.

2.5 El 16 de julio de 1994, el tribunal del partido del distrito de Hessie central decidió que la expulsión del

partido de los autores segundo y tercera se ajustaba a las disposiciones pertinentes de los estatutos de la CDU. Las apelaciones de los autores al tribunal de la CDU del *land* de Hesia y al tribunal federal del partido en Bonn fueron desestimadas el 26 de enero y el 24 de septiembre de 1996 respectivamente.

3.1 El 9 de julio de 1997, el Tribunal Regional de Bonn (Landgericht Bonn) desestimó la acción legal interpuesta por los autores contra las decisiones respectivas del tribunal federal de la CDU, sosteniendo que esas decisiones se basaban en una investigación objetiva de los hechos, se ajustaban a las disposiciones legales y cumplían los requisitos procesales estipulados en los estatutos de la CDU. En cuanto al fondo de la queja, el tribunal se limitó a estudiar únicamente la posibilidad de que se hubiese cometido alguna arbitrariedad, basándose en el principio fundamental de la autonomía de los partidos consagrado en el párrafo 1² del artículo 21 de la Ley fundamental.

3.2 El Tribunal estimó que las decisiones del tribunal federal del partido no eran arbitrarias, pues los autores habían contravenido con sus actos la resolución C 47, que consagraba un principio de la CDU que se ajustaba al significado del párrafo 4 del artículo 10³ de la Ley de partidos políticos. La resolución en sí misma no fue arbitraria ni contradecía la obligación del partido de mantener una organización interna democrática conforme al párrafo 1 del artículo 21 de la Ley fundamental, pues numerosas publicaciones de Cienciología y especialmente de su fundador Ron Hubbard evidenciaban objetivamente la existencia de un conflicto con los principios de la CDU de libre desarrollo de la personalidad individual, y de tolerancia y protección de las personas socialmente desfavorecidas. Además, esta ideología podía atribuirse personalmente a los propios autores, debido a su identificación con los principios de la organización y las contribuciones financieras importantes que hacían a ella.

3.3 Aunque, debido a su obligación de contar con una organización interna democrática, la CDU estaba obligada a respetar el derecho básico de los autores a la

² El párrafo 1 del artículo 21 de la Ley fundamental dice: "Los partidos políticos participarán en la formación de la voluntad política del pueblo. Podrán ser fundados libremente. Su organización interna deberá ajustarse a los principios democráticos. Los partidos deberán rendir cuenta pública de sus haberes y de las fuentes y utilización de sus fondos".

³ Los párrafos 4 y 5 del artículo 10 de la Ley de partidos políticos dicen: "4) Un miembro solo podrá ser expulsado del partido cuando hubiere infringido deliberadamente los estatutos o actuado en forma contraria a los principios o la disciplina del partido, afectando con ello gravemente la posición de este. 5) El tribunal de arbitraje competente de acuerdo con el Código de Procedimiento Arbitral se pronunciará sobre la expulsión del partido. Se garantizará el derecho a apelar a un tribunal superior. Las razones de las decisiones se expresarán por escrito. En casos urgentes y graves que requieran medidas inmediatas, el Comité Ejecutivo del partido o una de sus asociaciones regionales podrá privar a un miembro del ejercicio de sus derechos mientras esté pendiente la decisión del tribunal arbitral".

libertad de expresión y la libertad religiosa, la restricción de esos derechos se justificaba por la necesidad de proteger la autonomía y el adecuado funcionamiento de los partidos políticos, que por definición no podían representar a todas las tendencias políticas e ideológicas y estaban por ende facultados para excluir de sus filas a los oponentes. Teniendo en cuenta que los autores habían dañado considerablemente la imagen pública de la CDU y, por lo tanto, contribuido a reducir el apoyo electoral de que gozaba el partido en el plano local, el Tribunal consideró que su expulsión no era desproporcionada, pues constituía el único medio posible para restaurar la unidad del partido, y que los autores eran libres de encontrar un nuevo partido. Por último, el Tribunal estimó que los autores no podían invocar los derechos que les reconocía el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con respecto a la CDU, para la cual estos tratados no eran vinculantes por tratarse de una asociación privada.

3.4 En su sentencia de 10 de febrero de 1998, el Tribunal de Apelación de Colonia desestimó la apelación de los autores, haciendo suyo el razonamiento del Tribunal Regional de Bonn y reiterando que los partidos políticos, en virtud del párrafo 1 del artículo 21 de la Ley fundamental, tenían que establecer un equilibrio entre su derecho a la autonomía y los derechos encontrados de los miembros del partido. Además, el Tribunal concluyó que los partidos políticos estaban facultados para adoptar resoluciones sobre la incompatibilidad de la militancia en sus filas con la calidad paralela de miembro de otra organización, a fin de distinguirse de los partidos con los que competían o con otras asociaciones que perseguían objetivos opuestos a los suyos, a menos que tales decisiones fuesen arbitrarias. Ahora bien, el Tribunal no consideró arbitraria la resolución C 47 ni la decisión del tribunal federal del partido, que declaraban que las enseñanzas de la Cienciología eran incompatibles con los principios básicos de la CDU.

3.5 El Tribunal subrayó que los autores habían violado principios de la CDU que se hallaban definidos en la resolución C 47, no solo debido a sus convicciones sino al manifestar esas creencias, como se deducía de su condición de miembros de la Cienciología, su adhesión a los principios de esta organización, la consecución por el primer autor de la calidad de "aprobado" dentro de la Cienciología y las importantes donaciones hechas por los autores segundo y tercera a la organización.

3.6 Los derechos constitucionales de los autores a la protección de su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad, a la libertad de convicciones, conciencia y credo, a la libertad de expresión y libertad de asociación interpretados conjuntamente con el principio constitucional de no discriminación, así como con la necesidad de organización interna democrática de los partidos, cedían ante la preponderancia del interés del partido en su buen funcionamiento y el principio de su autonomía, que se hallaban constitucionalmente amparados. Los derechos que conferían a los autores el Convenio

Europeo y el Pacto, ambos incorporados en la legislación nacional, no podían ofrecer un grado de protección superior.

3.7 Con el fin de preservar su unidad y credibilidad, la CDU tenía derecho a expulsar a los autores, que habían ejercido sus derechos constitucionales de una forma que contradecía los principios y objetivos del partido, con lo que habían minado la credibilidad y el poder de persuasión de este. El Tribunal concluía que los autores habían dañado gravemente la imagen pública de la CDU y que su expulsión se hallaba, por lo tanto, amparada por lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 10 de la Ley de partidos políticos y, a mayor abundamiento, era proporcionada al objetivo perseguido.

3.8 El 28 de marzo de 2002, el Tribunal Constitucional Federal desestimó el recurso constitucional de los autores por estimarlo manifiestamente infundado. El Tribunal sostuvo que los tribunales inferiores habían actuado justificadamente al limitarse a examinar la cuestión de si la expulsión de los autores del seno de la CDU era arbitraria o si violaba sus derechos básicos, pues la autonomía de los partidos políticos exigía que los tribunales del Estado se abstuvieran de interpretar y aplicar los estatutos y resoluciones de aquéllos.

3.9 El Tribunal estimó que los tribunales inferiores habían obtenido un equilibrio adecuado entre la autonomía de la CDU garantizada constitucionalmente y los derechos constitucionales de los autores. En particular, concluyó que la resolución C 47 había restringido legítimamente el derecho de los autores a la libertad de opinión y a la participación política, al aplicar la limitación estatutaria que figuraba en el párrafo 4 del artículo 10 de la Ley de partidos políticos. Del mismo modo, el Tribunal no consideró arbitraria la decisión de los tribunales inferiores de conceder prioridad a la autonomía de la CDU sobre el derecho de los autores a la libertad de fe, conciencia y credo.

La denuncia

4.1 Los autores alegan la violación de los derechos que les conceden el párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 18, 19, 22, 25, 26 y 27 del Pacto por efecto de su expulsión de la CDU basada en el hecho de haberse incorporado a la Cienciología y como resultado de las decisiones de los tribunales alemanes que confirmaron esas medidas. Los autores estiman que se les privó de su derecho de participar en las actividades políticas de sus comunidades, pues el artículo 25 del Pacto protege el derecho de "todos los ciudadanos", lo que significa que "no se permite hacer distinción alguna entre los ciudadanos en lo concerniente al goce de esos derechos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"⁴ Su expulsión de la CDU equivalía a

⁴ Los autores citan la Observación general del Comité N° 25, párr. 3.

una restricción injustificada de ese derecho, puesto que en el artículo 25 no figuraba referencia alguna a un derecho de autonomía de los partidos.

4.2 Los autores recuerdan la interpretación del Comité de que el derecho de libertad de asociación consagrado por el artículo 22 del Pacto es un complemento fundamental de los derechos protegidos por el artículo 25, pues los partidos políticos y la participación en ellos desempeñan un papel importante en la dirección de los asuntos públicos y el proceso electoral. Este derecho y el derecho de los autores a la libertad de expresión, amparado por el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto, se habían visto restringidos arbitrariamente al expulsárseles de la CDU, dado que el Tribunal Constitucional Federal no había prohibido la Iglesia de la Cienciología y que ninguno de sus órganos era objeto de un proceso penal y jamás se la había declarado culpable de delito alguno en Alemania. En consecuencia, las actividades de los autores como cienciólogos eran completamente legítimas y, en realidad, compatibles con las normas de conducta de la CDU.

4.3 Los autores sostienen que su exclusión de la CDU, ratificada por los tribunales alemanes, también había violado los derechos de que gozaban de acuerdo con el artículo 18 del Pacto, que debía interpretarse en un sentido amplio que abarcara la libertad de pensamiento respecto de todas las materias, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias⁵. De acuerdo con el Comité, el derecho a la libertad de religión o de creencias no se limitaba a las religiones tradicionales, sino que también protegía a las religiones y creencias recientemente establecidas y minoritarias. Los autores describen las enseñanzas del fundador de la Iglesia de la Cienciología, Ron Hubbard, y argumentan que el formulario de declaración de la CDU que les pedía que declararan públicamente su afiliación a la Cienciología para que no se les excluyera de las filas del partido entrañaba una restricción, motivada por su religión o creencias, del derecho que les reconocía el artículo 25 a participar en la dirección de los asuntos públicos y, en ese sentido, constituía una medida coercitiva que tenía por objeto obligarlos a renunciar a sus creencias, en violación del párrafo 2 del artículo 18 del Pacto.

4.4 Por analogía, los autores se refieren a las observaciones finales del Comité relativas al cuarto informe periódico de Alemania, en las que el Comité expresó su preocupación "porque el solo hecho de estar afiliado a determinadas sectas religiosas impida en algunos Länder del Estado parte que una persona pueda obtener empleo en el servicio público, lo que en determinadas circunstancias puede violar los derechos garantizados en los artículos 18 y 25 del Pacto"⁶.

⁵ Los autores se refieren a la Observación general del Comité N° 22, párr. 1.

⁶ Observaciones finales sobre el cuarto informe de Alemania, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.73, párr. 16.

4.5 Los autores afirman que su expulsión de la CDU constituye una discriminación conforme al significado del párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 del Pacto, pues ningún otro grupo religioso ha sido individualizado con el objeto de excluirlo. Además, sostienen que, en un documento expositivo de 1992 en el que se justificaba la adopción de la resolución C 47, la CDU hacía una presentación claramente distorsionada de la Iglesia de Cienciología al mostrarla como si se opusiera a la democracia y a los programas de promoción social, cuando en realidad la Cienciología promueve esos valores.

4.6 Los autores sostienen que su exclusión de las filas de la CDU les causó graves perjuicios personales y económicos. En el caso del primer autor, la administración del distrito de Euskirchen le negó una licencia comercial por ser cienciólogo y en consecuencia "no fiable", al paso que su banco canceló su cuenta comercial sin dar razones. Como consecuencia del daño causado a su negocio, tuvo que vender la compañía a su hijo, que no pertenecía a la Cienciología. En cuanto al segundo autor, la campaña pública en su contra fue gravemente perjudicial para su consulta de dentista, que además fue identificada con una "S" por la Oficina Federal del Trabajo, clasificándola falsamente como una "empresa de la Cienciología".

4.7 Los autores afirman que han agotado todos los recursos internos disponibles y que el mismo asunto no es ni ha sido examinado por otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

5.1 Por nota verbal de 21 de enero de 2003, el Estado parte refutó parcialmente la admisibilidad de la comunicación argumentando que era inadmisibile *ratione temporis* en virtud de la reserva de Alemania al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, pues las alegadas violaciones de los derechos de los autores tenían su origen en hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para la República Federal de Alemania el 25 de noviembre de 1993.

5.2 Aunque las decisiones de los tribunales de distrito del partido confirmaron la expulsión de los autores de la CDU con efecto en julio y diciembre de 1994 respectivamente, esas decisiones se basaron en la resolución C 47, que la Convención Nacional del Partido había aprobado el 17 de diciembre de 1991. El Estado parte argumenta que, de acuerdo con su reserva, el momento decisivo para determinar la aplicabilidad del Protocolo Facultativo no era el de la supuesta violación propiamente dicha, sino el de su origen "en el sentido de causa(s) de fondo o tal vez también indirectas". Esto se puede apreciar al comparar la reserva de Alemania con los textos de las diferentes reservas formuladas al Protocolo Facultativo por otros Estados partes, como Francia, Malta y Eslovenia, que se refieren explícitamente a las violaciones derivadas de actos, omisiones, hechos o sucesos que hayan ocurrido

después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para esos Estados, o de decisiones conexas. Además, las quejas de los autores se centran fundamentalmente en la resolución C 47, al no existir otras objeciones relativas a las decisiones adoptadas en cada caso para excluirlos de la CDU, decisiones que simplemente ejecutaron esa resolución.

5.3 El Estado parte sostiene que la comunicación también es inadmisibile *ratione personae* según lo dispuesto en el artículo 1 del Protocolo Facultativo, pues no se refiere a violaciones que hayan sido cometidas por un Estado parte, y argumenta que no puede asumir responsabilidad por expulsiones de militantes de los partidos políticos, pues estos son asociaciones libremente organizadas con arreglo al derecho privado. Refiriéndose a la jurisprudencia de la ex Comisión Europea de Derechos Humanos⁷, el Estado parte sostiene que la única excepción al respecto sería una violación de su obligación de proteger los derechos que el Pacto confiere a los autores contra la interferencia ilegítima de un tercero. Sin embargo, los autores no han demostrado que exista tal violación. Concretamente, el Estado parte argumenta que cumplió la obligación que le impone el artículo 25 de proteger el derecho de los autores a participar en la dirección de los asuntos públicos mediante la promulgación del párrafo 4 del artículo 10 de la Ley de partidos políticos, que restringió considerablemente la autonomía de los partidos para expulsar a sus miembros. Los derechos que el artículo 25 reconoce a los autores no se han visto restringidos indebidamente con su expulsión de la CDU, si se tiene en cuenta que los tribunales alemanes examinaron la cuestión de si los requisitos enunciados en el párrafo 4 del artículo 10 de la Ley de partidos políticos se habían cumplido y, además, que los autores tenían libertad para fundar un nuevo partido.

5.4 Por último, el Estado parte afirma que la queja interpuesta por los autores con arreglo al artículo 18 del Pacto es inadmisibile *ratione materiae* porque no es posible considerar que la "Organización de la Cienciología" sea una comunidad religiosa o filosófica, sino una organización cuyo objeto es obtener ganancias económicas y adquirir poder.

6.1 El 7 de abril de 2003 los autores respondieron a las presentaciones del Estado parte sobre la admisibilidad, sosteniendo que la comunicación es admisible *ratione temporis*, *ratione personae* y *ratione materiae*. Argumentan que sus demandas se refieren a sucesos ocurridos después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte en 1993, concretamente a su expulsión de la CDU, y no a la aprobación en 1991 de la resolución C 47 que no se aplicó hasta 1994 para iniciar los procesos de expulsión en su contra. Subsidiariamente y con referencia a la jurisprudencia del Comité, los autores afirman que, en todo caso, la aprobación de esa resolución ha tenido efectos perma-

⁷ Véase Comisión Europea de Derechos Humanos, demanda N° 34614/1997, *Iglesia de la Cienciología c. Alemania*, decisión de 7 de abril de 1997.

mentes, que en 1994 se tradujeron en su expulsión de la CDU.

6.2 Los autores arguyen que las supuestas violaciones son atribuibles al Estado parte debido a que este: 1) no ha cumplido su obligación de garantizar y proteger los derechos de los autores con arreglo al Pacto; 2) ha interferido en esos derechos al formular declaraciones oficiales y adoptar medidas que incitaron directa o indirectamente a expulsar a que los autores fuesen expulsados de la CDU; 3) ha sido responsable de que los tribunales alemanes no hayan interpretado adecuadamente el alcance de los derechos de los autores, ni las correspondientes obligaciones del Estado parte que emanan del Pacto.

6.3 Los autores argumentan especialmente que la violación por el Estado parte de su deber de proteger los derechos que a ellos les confiere el Pacto, al no adoptar medidas eficaces para evitar que fuesen excluidos de la CDU, constituye una omisión atribuible al Estado parte. De acuerdo con la interpretación que el Comité ha dado al artículo 25 del Pacto, el Estado parte tenía el deber de adoptar medidas positivas para velar por que la CDU, en su gestión interna, respetase el libre ejercicio, por parte de los autores, de los derechos que fijan las disposiciones aplicables del artículo 25. Del mismo modo, de acuerdo con los artículos 18, 19 y 22, el Estado parte tenía la obligación de adoptar medidas positivas y eficaces para proteger a los autores contra la discriminación ejercida por personas y organizaciones privadas como la CDU, bien debido al estrecho vínculo entre esos derechos y el derecho, protegido por el artículo 25, a participar en la dirección de los asuntos públicos o bien sobre la base de la aplicabilidad general del principio de no discriminación consagrado en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 del Pacto. Los autores concluyen que, a pesar de la amplia discrecionalidad que tenía el Estado parte para cumplir esas obligaciones, la aprobación de disposiciones legales generales en la Ley de partidos políticos que no prohíben la discriminación por motivos de religión o creencia, incumple esas obligaciones.

6.4 Además, los autores alegan que el Estado parte apoyó y alentó la aprobación de la resolución C 47 por la CDU mediante diversas declaraciones y acciones que, según afirman, pecaban de parcialidad contra la Cienciología, como sucede con la carta del Ministro Federal del Trabajo en apoyo de la exclusión del primer autor de las filas de la CDU o con las declaraciones y publicaciones oficiales falsas respecto de la Iglesia de la Cienciología.

6.5 Los autores opinan que el examen limitado que los tribunales alemanes realizaron de las decisiones de los tribunales de la CDU no garantizó el respeto de los derechos que el Pacto concedía a los autores. De este modo, si bien es obvio que las manifestaciones de la religión o de las creencias, así como el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pueden someterse a limitaciones, el derecho "esencial" a tener creencias u opiniones está protegido incondicionalmente y no se puede restringir. Teniendo en cuenta que, a lo largo de

sus procesos internos, la CDU no presentó pruebas de que los autores hubiesen formulado declaraciones o participado en actividades que violaran la ley o las normas de conducta del partido, los tribunales alemanes no aplicaron esos principios, por lo que el Estado parte debía haber ejercido la responsabilidad que le incumbe de acuerdo con el Pacto y que se aplica a todos los órganos del Estado, incluido el poder judicial.

6.6 Los autores subrayan la necesidad de distinguir su caso de la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en *Iglesia de la Cienciología c. Alemania* (demanda N° 34614/97), caso en que el demandante no había agotado los recursos internos ni demostrado que hubiese recibido instrucciones concretas de los miembros para actuar en su representación. Si bien es cierto que la Comisión concluyó que no podía tramitar quejas relativas a violaciones cometidas por personas privadas, incluidos los partidos políticos, no es menos cierto que hizo hincapié en que la presentación no se refería a decisiones que se hubieran pronunciado en procedimientos internos y que determinados derechos, especialmente el derecho a participar en los asuntos públicos, no estaban protegidos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

6.7 Los autores rechazan el argumento del Estado parte de que podrían haber fundado un partido nuevo, afirmando que en la mayoría de los casos de discriminación el Estado puede proponer una solución similar, por ejemplo la fundación de una compañía propia en los casos de terminación del empleo o de una escuela privada en caso de no admisión en una escuela por motivos prohibidos de discriminación. No obstante, lo que los autores buscaban no era incorporarse otro partido que representara sus creencias personales, y de hecho apolíticas, sino disfrutar de su derecho a ingresar y participar en el partido político de su elección en condiciones de igualdad con cualquier otro ciudadano alemán.

6.8 Por último, los autores reiteran que, de acuerdo con el Comité, el artículo 18 del Pacto también se aplica a los grupos religiosos recientemente establecidos y a las religiones minoritarias que puedan ser objeto de hostilidad de parte de la comunidad religiosa predominante. Además, la Comisión Europea de Derechos Humanos reconoció a la Iglesia de la Cienciología como una comunidad religiosa facultada para formular quejas con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Convenio Europeo en nombre propio y en representación de sus miembros. Por otro lado, la Cienciología ha sido reconocida oficialmente como religión en varios países⁸ y como una comunidad religiosa o filosófica por numerosas decisiones judiciales y administrativas, incluidos diversos fallos de los tribunales alemanes. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional Federal sostuvo que la exclusión de los autores de las filas de la CDU era

⁸ Australia, Estados Unidos de América, Nueva Zelandia, Sudáfrica, Suecia y Taiwán.

compatible con el párrafo 1 del artículo 4⁹ de la Ley fundamental: "Esto es cierto asimismo cuando en favor de los demandantes se da por entendido que la Iglesia de la Cienciología es, en todo caso, una comunidad filosófica (*Weltanschauungsgemeinschaft*) [...]".

7. El 15 de marzo de 2004, el abogado informó al Comité de que el primer autor, el Sr. Paul Arenz, había fallecido el 11 de febrero de ese año. Sin embargo, el Sr. Arenz había expresado explícitamente su voluntad de que la comunicación siguiera adelante tras su fallecimiento. El abogado presenta un documento firmado por los herederos autorizándolo a "seguir presentando la comunicación pendiente en nombre de nuestro difunto esposo y padre, el Sr. Paul Arenz, con nuestro conocimiento y consentimiento, ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas". Además de la intención explícita del fallecido, los herederos declaran su propio interés en exigir rehabilitación y una justa reparación, puesto que la familia entera tuvo que sufrir el clima de sospecha e intolerancia que se creó entre la población de su localidad a raíz de la expulsión de la CDU del primer autor. En referencia al dictamen del Comité en *Henry y Douglas c. Jamaica*¹⁰, el abogado sostiene además que la amplia autorización con que contaba inicialmente para actuar en nombre del primer autor le da derecho a seguir representándolo en el actual procedimiento.

Deliberaciones del Comité

8.1 Antes de examinar las reclamaciones contenidas en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si esta es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 El Comité tomó nota de las alegaciones de los autores y también de la oposición del Estado parte a la admisibilidad de la comunicación, concretamente de su argumento de que los hechos objeto de la demanda de los autores tenían su origen en la aprobación de la resolución C 47 por la Convención Nacional de la CDU el 17 de diciembre de 1991, antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para Alemania, que tuvo lugar el 25 de noviembre de 1993, y que la competencia del Comité para examinar la comunicación quedaba por lo tanto excluida en virtud de la reserva alemana al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

8.3 El Comité observa que los autores no se vieron afectados personal ni directamente por la resolución C 47 hasta que tal resolución se les aplicó a título individual mediante las decisiones de expulsarlos del partido en 1994. El origen de las violaciones alegadas por los autores no puede encontrarse, en opinión del

Comité, en la aprobación de la resolución que declaraba la pertenencia a la CDU incompatible en general con la afiliación a la Cienciología, sino que debe relacionarse con los actos concretos que supuestamente infringieron los derechos que el Pacto reconocía a los autores. Por lo tanto, el Comité concluye que la reserva del Estado parte no se aplica, pues las supuestas violaciones tuvieron su origen en hechos ocurridos después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para Alemania.

8.4 El Comité toma nota de que los herederos del Sr. Arenz han reafirmado su interés en exigir rehabilitación y una justa reparación para el difunto primer autor y para sí mismos, y llega a la conclusión de que, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo Facultativo, están legitimados para seguir adelante con la comunicación del primer autor.

8.5 Con respecto al argumento del Estado parte de que no se le puede responsabilizar por la exclusión de los autores de las filas de la CDU, por tratarse de una decisión que no fue adoptada por uno de sus órganos sino por una asociación privada, el Comité recuerda que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado no solo a respetar sino también a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Cuando, como sucede con el presente caso, una ley nacional regula los partidos políticos, esa ley debe aplicarse sin reservas. Además, los Estados partes tienen la obligación de proteger la práctica de todas las religiones o creencias contra cualquier abuso¹¹ y de velar por que los partidos políticos, en la gestión de sus asuntos internos, respeten las disposiciones pertinentes del artículo 25 del Pacto¹².

8.6 El Comité observa que, aunque los autores se han referido a las dificultades que han experimentado más generalmente en razón de su pertenencia a la Iglesia de la Cienciología, así como a la responsabilidad del Estado parte de garantizarles los derechos que les corresponden con arreglo al Pacto, en verdad sus quejas ante el Comité apenas guardan relación con su exclusión de la CDU, una cuestión en relación con la cual han agotado también los recursos internos en el sentido del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Por consiguiente, el Comité no necesita abordar la cuestión más amplia de las medidas legislativas y administrativas que ha de adoptar un Estado parte a fin de cerciorarse de que todos sus ciudadanos puedan ejercer efectivamente su derecho a la participación política establecido en el artículo 25 del Pacto. La cuestión que tiene ante sí el Comité es determinar si el Estado

⁹ El párrafo 1 del artículo 4 de la Ley fundamental dice: "La libertad de fe y de conciencia y la libertad de profesar un credo religioso o filosófico serán inviolables".

¹⁰ Véase la comunicación N° 571/1994, *Henry y Douglas c. Jamaica*, dictamen aprobado el 25 de julio de 1996, párr. 6.2.

¹¹ Véase la Observación general N° 22, párr. 9, 48° período de sesiones (1993) del Comité.

¹² Véase la Observación general N° 25, párr. 26, 57° período de sesiones (1996) del Comité.

parte vulneró los derechos que el Pacto reconoce a los autores al dar sus tribunales prioridad al principio de la autonomía de los partidos sobre el deseo de los autores de ser miembros de un partido político que no los aceptaba en razón de su pertenencia a otra organización de carácter ideológico. El Comité recuerda su reiterada jurisprudencia de que no es una cuarta instancia competente para reevaluar conclusiones de hecho o la aplicación de la legislación interna, salvo que se pueda determinar que los procedimientos ante los tribunales nacionales fueron arbitrarios o constituyeron una denegación de justicia. El Comité considera que los autores no han logrado demostrar, a los efectos de la admisibilidad, que

la conducta de los tribunales del Estado parte fuera arbitraria o constituyera una denegación de justicia. Por consiguiente, la comunicación es inadmisibile de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

9. Por lo tanto, el Comité de Derechos Humanos decide:

a) Que la comunicación es inadmisibile de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo;

b) Que la presente decisión se ponga en conocimiento de Estado parte y de los autores de la comunicación.

Comunicación N° 1220/2003

Presentada por: Walter Hoffman y Gwen Simpson

Presunta víctima: Los autores

Estado parte: Canadá

Declarada inadmisibile: 25 de julio de 2005

Asunto: Compatibilidad con el Pacto de un requisito obligatorio para los anuncios o la publicidad en una provincia de un Estado parte

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Discriminación por motivos lingüísticos – Libertad de expresión – Derechos de las minorías – Juicio con las debidas garantías – Recurso eficaz

Artículos del Pacto: 2, párrafos 1, 2 y 3; 14; 19, párrafo 2; 26; y 27

Artículo del Protocolo Facultativo: 5, párrafo 2 b)

1.1 Los autores de la comunicación, presentada inicialmente el 4 de octubre de 2003, son el Sr. Walter Hoffman y la Sra. Gwen Simpson, nacidos el 24 de marzo de 1935 y el 2 de febrero de 1945 respectivamente. Sostienen que el Canadá ha violado en su contra las siguientes disposiciones del Pacto: los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 2; el artículo 14; el párrafo 2 del artículo 19; y los artículos 26 y 27. Están representados por un abogado.

1.2 El 26 de abril de 2004, el (entonces) Relator Especial sobre nuevas comunicaciones del Comité decidió que se examinasen por separado las cuestiones relativas a la admisibilidad y al fondo de la comunicación.

Antecedentes de hechos

2.1 Los autores, ambos de habla inglesa, son los accionistas y directores de una empresa registrada como "Les Entreprises W. F. H. Ltée", que opera en Ville de

Lac Brome (Quebec) bajo los nombres "The Lyon and the Walrus" y "La Lionne et Le Morse". El 10 de julio de 1997, los autores colocaron un cartel en el exterior de su establecimiento.

Una parte del cartel decía:

"LA LIONNE ET LE MORSE
Antiquités
Hot Tubs & Saunas
Encadrement Gifts"

Y la otra parte decía:

"LYON AND THE WALRUS
Antiquities
Hot Tubs & Saunas
Cadeaux"

Por tanto, el cartel era bilingüe con excepción de las palabras "Hot Tubs", que figuraban en ambos lados. Todas las demás palabras ocupaban el mismo espacio en cada idioma y tenían letras de igual tamaño.

2.2 La empresa de los autores fue acusada de incumplir los artículos 58¹ y 205² de la Carta del Idioma

¹ El artículo 58 establece que: "Los anuncios y carteles públicos y la publicidad comercial se harán en francés. Podrán hacerse a la vez en francés y en otro idioma siempre que el francés predomine notablemente. No obstante, el Gobierno podrá determinar mediante reglamento los lugares, los casos, las condiciones o las circunstancias en que los anuncios y carteles públicos y la publicidad comercial deban hacerse solo en francés, en que no sea necesario que el francés predomine o en que esos anuncios, carteles o publicidad puedan estar únicamente en otro idioma".

² El artículo 205 establece que: "Toda persona que contravenga una disposición de esta ley o de las normas aprobadas por el Gobierno en virtud de ella cometerá una infracción y podrá ser sancionada:

Francés, que exigen que el francés "predomine de forma notable" en los carteles públicos. Si bien los autores admitieron los hechos que constituían el delito, sostuvieron en su defensa que estas disposiciones no eran válidas porque infringían su derecho a la libertad de expresión comercial y el derecho a la igualdad consagrados tanto en la Carta de Derechos y Libertades del Canadá como en la Carta de Derechos Humanos y Libertades de Quebec.

2.3 El 20 de octubre de 1999, el Tribunal de Quebec absolvió a la empresa de los autores aceptando su defensa de que no eran válidas las disposiciones correspondientes de la Carta del Idioma Francés. El Tribunal consideró que las disposiciones violaban el derecho a la libertad de expresión protegido tanto en la Carta de Derechos y Libertades del Canadá (art. 2 b)) como en la Carta de Derechos y Libertades de Quebec (art. 3), y que el Fiscal General de Quebec no había demostrado que las restricciones eran razonables.

2.4 El 13 de abril de 2000 el Tribunal Superior del Distrito de Bedford revocó en apelación la decisión del Tribunal inferior. Por mediación de su abogado, la empresa de los autores, considerando que la carga de la justificación correspondía al Fiscal General, declinó la invitación del Tribunal a presentar pruebas exhaustivas que explicaran por qué no estaban justificadas las restricciones del artículo 58. El Tribunal Superior concluyó, basándose en pertinentes casos de su jurisprudencia, examinados en 1988³, que correspondía a la parte reclamante demostrar que no estaban justificadas las limitaciones a la libertad de expresión contenidas en el artículo 58. En particular, habría que demostrar que ya no eran válidos los factores aducidos por el Tribunal Supremo en los casos de 1988 para justificar el requisito del "predominio notable" del francés⁴. La empresa de los autores no lo hizo y, en consecuencia, se le declaró culpable y se le impuso una multa de 500 dólares.

2.5 El 29 de marzo de 2001 el Tribunal de Apelación rechazó una petición del abogado para que la empresa de los autores presentara nuevas pruebas sobre la situación lingüística en Quebec aduciendo que estas pruebas no guardaban relación con el caso tal como lo había definido la empresa de los autores en los tribuna-

a) Por cada infracción, con una multa de entre 250 y 700 dólares en el caso de una persona física, y de entre 500 y 1.400 dólares en el caso de una persona jurídica;

b) En caso de reincidencia, con una multa de entre 500 y 700 dólares en el caso de una persona física, y de entre 1.000 y 7.000 dólares en el caso de una persona jurídica".

³ *Ford c. Quebec* (Fiscal General) [1988] 2 SCR 712 y *Devine c. Quebec* (Fiscal General) [1988] 2 SCR 790.

⁴ En los casos anteriores el Tribunal Supremo identificó los siguientes factores justificantes: a) la reducción de la tasa de natalidad de los francófonos en Quebec, que provoca un descenso en la proporción de población francófona de Quebec con respecto a la población total del Canadá, b) la disminución de la población francófona fuera de Quebec como resultado de la asimilación, c) el mayor grado de asimilación de inmigrantes por parte de la comunidad anglófona de Quebec y, d) el continuo predominio del inglés en los niveles superiores del sector económico.

les inferiores y en recurso de apelación. El Tribunal hizo constar que el Tribunal Superior había invitado específicamente a las partes a presentar nuevas pruebas, que debían guardar clara relación con el expediente del caso. Además, el Tribunal Superior había considerado que las posturas de las partes eran inequívocas y que había cumplido con su obligación equitativa de garantizar que ninguna de las partes estuviera desprevenida.

2.6 El 24 de octubre de 2001 el Tribunal de Apelación de Quebec desestimó los recursos en cuanto al fondo presentados por la empresa de los autores. El Tribunal de Apelación consideró que, cuando se redactó el artículo 58 en 1993, se habían incorporado observaciones anteriores del Tribunal Supremo del Canadá en las que se indicaba que la exigencia de un "predominio notable" del francés sería aceptable constitucionalmente teniendo en cuenta la situación lingüística de Quebec. Por tanto, los autores tenían la obligación de demostrar que ya no existían justificaciones suficientes para lo que, en aquel momento, se habían considerado restricciones aceptables. En opinión del Tribunal, los argumentos de los autores sobre la dualidad lingüística, el multiculturalismo, el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y el imperio de la ley, y la protección de las minorías no les eximen de esa obligación. El Tribunal también destacó el dictamen del Comité de que se había producido una violación en el caso *Ballantyne y otros c. el Canadá*, observando que en ese caso se había cuestionado la exigencia de usar exclusivamente el francés.

2.7 La solicitud de la empresa de los autores para obtener un permiso especial de apelación ante el Tribunal Supremo del Canadá fue desestimada el 12 de diciembre de 2002.

La denuncia

3.1 En primer lugar, los autores observan que el Comité ya ha examinado las leyes lingüísticas de Quebec en los casos *Ballantyne y otros c. el Canadá*, *McIntyre c. el Canadá* y *Singer c. el Canadá*⁵. En el caso *Ballantyne y otros*, el Comité consideró que las disposiciones de la Carta del Idioma Francés, que en aquella época prohibían realizar anuncios publicitarios en inglés, violaban el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto, pero no los artículos 26 y 27. En el caso *Singer*, el Comité concluyó que las disposiciones enmendadas, que exigían que la publicidad exterior se hiciera en francés pero en ciertas circunstancias permitían la publicidad en el interior en otros idiomas, constituían en ese caso (en que se trataba de la colocación de carteles publicitarios en el exterior) una violación del párrafo 2 del artículo 19. Las actuales disposiciones sobre el "predominio notable" que impugnan los autores entraron en vigor después de que se planteara el caso *Singer* pero antes del dictamen del Comité. En este caso el Comité observó que no se le había pedido que examinara si las actuales disposiciones respetaban el Pacto, pero

⁵ 359/1989, 385/1989, 455/1991.

concluyó que proporcionaban al autor un recurso eficaz en las circunstancias particulares de su caso.

3.2 Los autores sostienen que su derecho a la libertad de expresión en virtud del párrafo 2 del artículo 19 es infringido por la obligación de utilizar un determinado idioma en una actividad comercial privada. Sostienen que el uso del calificativo "necesarias" en el párrafo 3 del artículo 19 no justifica las restricciones en cuanto al uso del idioma y que el Tribunal Supremo del Canadá se equivocó al confirmar que las restricciones lingüísticas eran razonables y estaban justificadas. También sostienen que el requisito de que haya un "predominio notable" del francés en los anuncios comerciales viola su derecho a la igualdad en virtud del párrafo 1 del artículo 2, y que infringe su derecho a la protección contra la discriminación por motivos de idioma en virtud del artículo 26 así como sus derechos como miembros de una minoría nacional (la minoría de habla inglesa en Quebec) de conformidad con el artículo 27.

3.3 En relación con el artículo 14, los autores sostienen que en el procedimiento de apelación, el Tribunal concluyó que los autores tenían la obligación de probar que las medidas legislativas especiales para proteger el idioma francés no estaban garantizadas y justificadas en la Carta del Canadá. Los autores alegan que se brindaron a aportar pruebas al Tribunal de Apelación para cumplir con su obligación de asumir la carga de la prueba (no habían presentado ninguna prueba en la instancia inferior porque el juez de primera instancia consideró que esta carga correspondía al Estado, que no había cumplido con esta obligación). Los autores sostienen que el Tribunal de Apelación consideró erróneamente que no querían presentar ninguna prueba.

3.4 Por último, los autores argumentan que el Estado parte no ha cumplido sus obligaciones en virtud del Pacto, infringiendo los párrafos 2 y 3 del artículo 2, porque las leyes nacionales no abarcan de forma suficiente las obligaciones del Pacto y porque en el presente caso los tribunales no han evaluado de forma adecuada la denuncia desde la perspectiva del Pacto.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En su comunicación de 6 de abril de 2004, el Estado parte cuestiona la admisibilidad de la comunicación. En primer lugar, mantiene que una empresa no disfruta de los derechos protegidos por el Pacto. Sostiene que la sociedad "Les Enterprises W. F. H. Ltée" era la entidad juzgada y condenada por infringir la Carta del Idioma Francés. Según las leyes canadienses, una empresa es una entidad jurídica independiente de sus accionistas. Los acreedores de una sociedad no pueden cobrar las deudas a un accionista; además, el régimen fiscal no es el mismo para las empresas y para las personas físicas. Por tanto, los autores no pueden sostener que son personas distintas en el plano nacional y beneficiarse de normas especiales que se aplican a las sociedades y, sin embargo, levantar el velo societario y reivindicar derechos individuales ante el Comité. Por

tanto, el Estado parte se basa en la jurisprudencia del Comité, que consideró inadmisibles la comunicación cuando su autor era una empresa⁶, o cuando la presunta víctima de las violaciones era de hecho la empresa de la que era titular⁷.

4.2 En segundo lugar, el Estado parte sostiene que, incluso si el Comité considerara que una empresa puede disfrutar de algunos derechos sustantivos del Pacto, esto no supondría que una empresa puede presentar una comunicación. El Comité ha mantenido en repetidas ocasiones que solo los individuos, a título personal, pueden presentar una comunicación⁸. Además, el Comité consideró que los recursos internos se habían agotado en nombre de la empresa y no del autor. Lo mismo puede decirse en este caso. Además, el Comité consideró que una empresa propiedad de una sola persona no puede acogerse al Protocolo Facultativo. En consecuencia, la comunicación es inadmisibles por tratarse, de hecho, de una denuncia ilícita interpuesta por una empresa.

4.3 En tercer lugar, el Estado parte argumenta que no se han agotado los recursos internos. El Estado parte sostiene que el Tribunal Superior, en primera apelación, dictaminó, en contra del fallo del Tribunal de Primera Instancia, que correspondía a la parte que impugnaba la Carta del Idioma Francés (y no al Fiscal General) demostrar, mediante pruebas persuasivas, que las restricciones no estaban justificadas. El Tribunal brindó entonces a las partes la oportunidad de presentar nuevas pruebas, pero la declinaron. También ofreció al abogado de la empresa de los autores (que los representa igualmente ante el Comité) la posibilidad de presentar nuevas pruebas, si así lo deseaba, en un nuevo juicio, oferta que fue rechazada. Tras declinar la invitación del Tribunal Superior para complementar las pruebas, el abogado de la empresa intentó sin éxito hacerlo ante el Tribunal de Apelación. Este Tribunal consideró que las nuevas pruebas no guardaban relación con el asunto en litigio según lo había definido el propio apelante tanto en los tribunales inferiores como en su apelación.

4.4 El Estado parte subraya que el letrado que se encarga de la defensa de la empresa es un especialista con mucha experiencia en la legislación sobre asuntos lingüísticos. Por mediación de su abogado, la empresa decidió limitar sus pruebas y hacer una definición restringida de la cuestión jurídica que se dirimía ante los tribunales nacionales. Esta estrategia jurídica fracasó y los autores no pueden pretender modificar ahora las decisiones estratégicas de su abogado⁹. Una vez resuelta

⁶ *Una empresa editorial de periódicos c. Trinidad y Tabago*, caso N° 360/1989, decisión adoptada el 14 de julio de 1989, y *Una empresa de publicación y una empresa de tipografía c. Trinidad y Tabago*, caso N° 361/1989, decisión adoptada el 14 de julio de 1989.

⁷ *S. M. c. Barbados*, caso N° 502/1992, decisión adoptada el 31 de marzo de 1994, y *Lamagna c. Australia*, caso N° 737/1997, decisión adoptada el 7 de abril de 1999.

⁸ *Ibid.*

⁹ El Estado parte se remite, por analogía, a la jurisprudencia constante del Comité en el contexto del artículo

la cuestión de la carga de la prueba, en los tribunales nacionales se sigue litigando sobre la constitucionalidad del artículo 58 de la Carta del Idioma Francés. Hay aproximadamente una docena de casos que han quedado pendientes del resultado del litigio del caso presente, en la mayoría de los cuales actúa el mismo abogado, quien ha indicado al Fiscal General de Quebec que presentará las pruebas que no había aportado en el proceso del caso presente. Por tanto, con respecto a esta cuestión todas las instancias de apelación están abiertas y será necesaria una decisión del Tribunal Supremo para determinar en la práctica los derechos de las respectivas partes, así como, en consecuencia, los derechos de personas como los autores y su empresa. Por tanto, el Estado parte sostiene que el Comité interferiría en el proceso nacional si exigiese a Quebec que satisficiera actualmente una recomendación del Comité relativa a la idoneidad del artículo 58 de la Carta del Idioma Francés sin haber tenido antes la oportunidad de hacerlo en los tribunales nacionales.

4.5 En cuarto lugar, el Estado parte sostiene que los derechos protegidos por el Pacto no sustentan las reivindicaciones de los autores, o no se corresponden con ellas. En cuanto a la reclamación relativa al artículo 14, el Estado parte subraya la deferencia del Comité ante las conclusiones de tribunales nacionales basadas en hechos y en pruebas salvo que sean claramente arbitrarias, equivalgan a una denegación de justicia o revelen que se ha incumplido claramente el deber judicial de ser imparcial. La empresa de los autores nunca planteó estas cuestiones y los argumentos esgrimidos tampoco sustentan sus alegaciones, ya que el expediente refleja la preocupación de los tribunales por respetar el derecho a un proceso justo. Por tanto, este aspecto es inadmisibles a tenor del artículo 2 del Protocolo Facultativo, porque no se ha demostrado la existencia de una violación del artículo 14 del Pacto, o a tenor del artículo 3 del Protocolo Facultativo, por incompatibilidad con el artículo 14.

4.6 En cuanto a la reclamación a tenor del artículo 19, el Estado parte señala que el texto actual del artículo 58 de la Carta del Idioma Francés se redactó tomando en cuenta anteriores dictámenes del Comité y se presentó en el cuarto informe periódico del Estado parte. En sus observaciones finales, el Comité no hizo comentarios al respecto. Por tanto, los autores no han probado que se haya violado el artículo 19. En cuanto a la reclamación en virtud del artículo 26, el Estado parte remite a anteriores dictámenes del Comité en los que se concluyó que no se había infringido este artículo con respecto a leyes más estrictas y, por tanto, sostiene que no puede haber violación. En cuanto al artículo 27, el

14: *Lewis c. Jamaica*, caso N° 708/1996, decisión adoptada el 15 de agosto de 1997, *Morrison c. Jamaica*, caso N° 635/1995, decisión adoptada el 16 de septiembre de 1998, *Perera c. Australia*, caso N° 536/1993, decisión adoptada el 28 de marzo de 1995, *Leslie c. Jamaica*, caso N° 564/1993, decisión adoptada el 19 de agosto de 1998, *Morrison c. Jamaica*, caso N° 611/1995, decisión adoptada el 19 de agosto de 1998.

Estado parte remite a anteriores dictámenes del Comité en los que se dice que este artículo se refiere a las minorías dentro de un Estado, y no dentro de una provincia de un Estado, y por tanto no puede aplicarse a este caso. Por último, el derecho protegido en el artículo 2 está sujeto a un derecho sustantivo y, por tanto, no permite presentar una reclamación individual. En cualquier caso, en el Canadá existen medidas legislativas y administrativas, así como políticas y programas, que hacen plenamente efectivos los derechos del Pacto.

5.1 En una carta de fecha 27 de junio de 2004, los autores rebatieron las observaciones del Estado parte. En primer lugar, los autores se basan en la decisión del Comité en el caso *Singer* para rechazar cualquier motivo de inadmisibilidad basado en los derechos de las empresas. En el caso *Singer* el Comité, en relación con el carácter personal de la libertad de expresión, consideró que el propio autor, y no solo su empresa, se vio personalmente afectado por las disposiciones en cuestión. Dado que la única diferencia en el plano nacional entre los dos casos es que el caso *Singer* se refería a un procedimiento declarativo incoado por la empresa del Sr. Singer, mientras que el presente caso se refiere a un proceso judicial interpuesto contra la empresa de los autores, estos invitan al Comité a aplicar las conclusiones del caso *Singer*. Los autores argumentan que son libres de divulgar información relativa a su empresa en el idioma de su elección y que se han visto afectados personalmente por las restricciones en cuestión. Los autores se remiten a testimonios prestados durante el juicio en los que se señaló el carácter personal de la publicidad en este caso. Por último, sostienen que si se aceptara este motivo de inadmisibilidad, se excluirían de la protección del Pacto prácticamente todas las expresiones comerciales, ya que la mayoría de las personas que se dedican al comercio lo hacen a través de una empresa.

5.2 En segundo lugar, en lo que respecta a los recursos internos, los autores rechazan las observaciones del Estado parte. Sostienen que las observaciones del Tribunal Supremo del Canadá en *Ford y Devine*, relativas a que el requisito del "predominio notable" del francés estaba justificado en términos de la Carta, se basaron totalmente en consideraciones sobre la vulnerabilidad del idioma francés y la situación lingüística de Quebec. En opinión de los autores, dichas consideraciones no cumplen los criterios acumulativos del párrafo 3 del artículo 19 y, por tanto, infringen el Pacto.

5.3 Los autores sostienen que no se negaron a presentar nuevas pruebas sobre la vulnerabilidad del idioma francés y la situación lingüística de Quebec ante el Tribunal Superior en primera apelación, sino que declararon que preferirían presentarlas ante ese Tribunal y no en un nuevo juicio. Sostienen que el Tribunal Superior malinterpretó esta declaración y entendió que era una renuncia a presentar cualquier tipo de pruebas, incluso ante él. Además, señalan que en los casos *Ford y Devine* el Gobierno de Quebec no presentó pruebas sobre la vulnerabilidad del idioma francés hasta llegar al Tribunal Supremo del Canadá.

5.4 Los autores señalan que aportaron numerosas pruebas que no se habían presentado ante el Tribunal Supremo en los casos *Ford* y *Devine* como, por ejemplo, documentación relativa a las obligaciones contraídas por el Canadá en virtud del Pacto, las observaciones de las partes y las decisiones del Comité en los casos *McIntyre* y *Singer*, así como la práctica del Estado en esa materia. Sostienen que el fallo del Tribunal Superior, confirmado en apelación, tuvo el efecto de imponer una carga a un acusado (presentar ciertas pruebas) sin permitirle cumplir con esta carga, en contravención del artículo 14. Además, el hecho de que en otros procesos se esté impugnando el requisito del "predominio notable" no cambia el hecho de que los presentes autores hayan agotado todos los recursos internos disponibles para recurrir sus condenas.

5.5 En tercer lugar, los autores sostienen que han fundamentado de forma más que suficiente sus alegaciones, que han identificado de forma más que suficiente los derechos protegidos por el Pacto, y que han descrito de forma más que suficiente la conducta de violación de estos derechos. Por tanto, la comunicación debe ser declarada admisible.

Observaciones suplementarias de las partes

6.1 En una nota de fecha 24 de agosto de 2004, el Estado parte reiteró sus observaciones sobre la admisibilidad señalando en particular que la única parte en los procesos judiciales internos era la empresa de los autores, y no estos. El Comité ha decidido sistemáticamente que solo los individuos pueden presentar una comunicación y la inadmisibilidad de esta no repercute en el alcance de la protección de la libertad de expresión comercial que garantiza el artículo 19.

6.2 El Estado parte subraya que el Tribunal Superior invitó al abogado de la empresa a aportar nuevas pruebas en el contexto de un nuevo juicio, si así lo deseaba. El abogado declinó esta invitación y prefirió, en cambio, obtener un fallo que pudiera apelar. Tras haber rechazado la invitación del Tribunal Superior, el abogado quiso otra vez presentar nuevas pruebas al Tribunal de Apelación, que desestimó la petición ya que las nuevas pruebas no estaban relacionadas con el debate judicial delimitado por la propia empresa en los tribunales inferiores y en recurso de apelación. Los autores no pueden pretender cambiar ante el Comité las decisiones estratégicas del abogado consistentes en limitar las pruebas y definir de forma restringida las cuestiones ante los tribunales nacionales.

6.3 El Estado parte sostiene que es evidente que los autores buscan fundamentalmente impugnar ante el Comité una cuestión relativa a la carga de la prueba en el derecho canadiense. Este asunto ya se ha resuelto ante los tribunales nacionales que están examinando actual-

mente una cuestión distinta: la constitucionalidad del artículo 58 de la Carta del Idioma Francés con su requisito de "predominio notable".

Deliberaciones del Comité

7.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar la reclamación que figura en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha reclamación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

7.2 Con respecto al agotamiento de los recursos internos, el Comité observa que la empresa de los autores declinó expresamente la invitación del Tribunal Superior a presentar pruebas para demostrar la supuesta falta de justificación del artículo 58 de la Carta del Idioma Francés, al no haberse presentado pruebas ante el Tribunal Supremo del Canadá en el momento en que había sugerido que el requisito del "predominio notable" del francés debía considerarse aceptable. En vez de ello, la empresa se contentó con disputar únicamente la cuestión de la carga de la prueba. Por su parte, el Tribunal de Apelación desestimó la petición de la empresa de presentar nuevas pruebas argumentando que esto excedía la cuestión planteada de forma limitada por la empresa en los tribunales inferiores y en recurso de apelación. En estas circunstancias, los autores, a través de su empresa, han desistido expresamente de presentar los hechos de su caso ante los tribunales nacionales y de que estos evalúen los aspectos que ahora se presentan al Comité, a saber, si la situación actual en el Canadá basta para justificar las restricciones que el artículo 58 de la Carta del Idioma Francés impone a los derechos protegidos por el artículo 19 del Pacto. Esta cuestión más amplia, que los autores pretenden presentar al Comité desde la perspectiva del Pacto, es objeto de litigio actualmente en los Tribunales del Estado parte con intervención del mismo abogado que renunció a este asunto. En consecuencia, los autores, a través de su empresa, no han agotado los recursos internos y, por tanto, la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo.

7.3 A la luz de la conclusión del Comité expuesta en el párrafo anterior, no es necesario abordar los restantes argumentos en materia de admisibilidad presentados por el Estado parte.

8 Por lo tanto, el Comité de Derechos Humanos decide:

a) Que la comunicación es inadmisibile en virtud del artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo;

b) Que la presente decisión se ponga en conocimiento del Estado parte y de los autores de la comunicación.

B. Dictámenes emitidos a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Comunicación N° 757/1997

Presentada por: Alzbeta Pezoldova (representada por Lord Lester of Herne Hill, abogado)

Presunta víctima: La autora

Estado parte: República Checa

Fecha de aprobación del dictamen: 25 de octubre de 2002

Asunto: Imposibilidad de acceder a pruebas que sustenten una reclamación de restitución de bienes

Cuestiones de procedimiento: Incompatibilidad *ratione temporis* – No agotamiento de los recursos internos – Asunto sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional

Cuestiones de fondo: Discriminación/igualdad ante la ley – Derecho a un recurso eficaz

Artículos del Pacto: 2, 14 y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 1; 2; 3; y 5, párrafo 2 a) y b)

Conclusión: Violación (artículos 2 y 26)

1. La autora de la comunicación es la Sra. Alzbeta Pezoldova, ciudadana checa residente en Praga (República Checa). Afirma ser víctima de violaciones por la República Checa de los artículos 26 y 2 y del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representada por un abogado. El Pacto entró en vigor para Checoslovaquia en marzo de 1976 y el Protocolo Facultativo en junio de 1991¹.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 La Sra. Pezoldova nació el 1° de octubre de 1947 en Viena y es hija y heredera legítima del Dr. Jindrich Schwarzenberg. La autora afirma que el Gobierno alemán nazi confiscó todos los bienes de su familia en Austria, Alemania y Checoslovaquia, incluida una heredad en Checoslovaquia conocida como "el Stekl", en 1940. Afirma que la propiedad fue confiscada porque su abuelo adoptivo, el Dr. Adolph Schwarzenberg, se oponía a las políticas nazis. El Dr. Adolph Schwarzenberg abandonó Checoslovaquia en

septiembre de 1939 y falleció en Italia en 1950. El Dr. Jindrich Schwarzenberg, padre de la autora, fue detenido por los alemanes en 1943 e internado en Buchenwald, de donde fue liberado en 1944. Se exilió a los Estados Unidos de América y no regresó a Checoslovaquia después de la guerra.

2.2 Tras finalizar la segunda guerra mundial, el Gobierno checoslovaco colocó los bienes de la familia bajo administración nacional en 1945. En virtud de los decretos promulgados por el Presidente checoslovaco Edward Benes, N° 12, de 21 de junio de 1945, y N° 108, de 25 de octubre de 1945, se confiscaron las viviendas y las propiedades agrícolas de personas de origen étnico alemán y húngaro. Estos decretos se aplicaron al patrimonio del Sr. Schwarzenberg en razón de que este era de origen étnico alemán, a pesar de que siempre había sido un fiel ciudadano checoslovaco y había defendido los intereses checoslovacos.

2.3 El 13 de agosto de 1947 se promulgó la Ley general de confiscación N° 142/1947, que autorizaba al Gobierno a nacionalizar, previa indemnización, los terrenos agrícolas de más de 50 hectáreas y las empresas industriales que emplearan a más de 200 trabajadores. Sin embargo, no se aplicó esta ley al patrimonio del Sr. Schwarzenberg porque el mismo día se promulgó una *lex specialis*, la Ley N° 143/1947 (llamada "*Lex Schwarzenberg*"), por la que se disponía la transferencia al Estado de las propiedades del Sr. Schwarzenberg sin indemnización, a pesar de que estas propiedades ya habían sido confiscadas de conformidad con los Decretos Benes Nos. 12 y 108². La autora afirma que la

² En la ley se dispone lo siguiente:

"1.1) La propiedad de los bienes de la llamada rama de primogenitura de la familia Schwarzenberg en Hluboká nad Vltavou —en la medida en que estén situados en la República Checoslovaca— queda transferida por ley al condado de Bohemia...

4. La anexión de los derechos de propiedad y demás derechos mencionados en el párrafo 1 a favor del condado de Bohemia será tramitada por los tribunales y oficinas que lleven registros públicos de bienes raíces u otros derechos, a solicitud del Comité Nacional de Praga.

5.1) Los bienes serán transferidos al condado de Bohemia sin indemnización para los antiguos propietarios..."

¹ La República Federal Checa y Eslovaca dejó de existir el 31 de diciembre de 1992. El 22 de febrero de 1993 la nueva República Checa notificó su sucesión en el Pacto y en el Protocolo Facultativo.

Ley N° 143/1947 era anticonstitucional, discriminatoria y arbitraria al perpetuar y formalizar la persecución que había sufrido anteriormente la familia Schwarzenberg a manos de los nazis. Según la autora, la ley no se aplicaba automáticamente a la anterior confiscación en virtud de los decretos Benes. Sin embargo, el 30 de enero de 1948 se revocó la confiscación de los terrenos agrícolas de la familia Schwarzenberg llevada a cabo en virtud de los Decretos Nos. 12 y 108. El apoderado del Sr. Schwarzenberg fue informado por carta el 12 de febrero de 1948, y se le ofreció la posibilidad de apelar en el plazo de 15 días. En consecuencia, la autora sostiene que la revocación solo surtió efecto a partir del 27 de febrero de 1948 (dos días después del 25 de febrero de 1948, fecha límite a partir de la cual se autorizaban las reclamaciones con arreglo a la Ley N° 229/1991).

2.4 Según la autora, la transferencia de la propiedad no se hizo de manera automática al entrar en vigor la Ley N° 143/1947, sino que estaba condicionada a la inscripción en el registro público de la transferencia de los derechos correspondientes. En este contexto, la autora afirma que la Administración nacional (véase el párrafo 2.2) permaneció en vigor hasta junio de 1948 y que la inscripción de los bienes hecha por los registros y tribunales muestra que en aquel momento no se consideraba que la Ley N° 143/1947 hubiera transferido con carácter inmediato el título de propiedad.

2.5 Después de la desaparición de la administración comunista en 1989, se dictaron varias leyes de restitución. De conformidad con la Ley N° 229/1991³, la autora solicitó la restitución ante las autoridades regionales competentes, pero sus solicitudes fueron rechazadas por decisiones de 14 de febrero, 20 de mayo y 19 de julio de 1994.

2.6 El Tribunal de la Ciudad de Praga, por decisiones de 27 de junio de 1994⁴ y 28 de febrero de 1995⁵, denegó la apelación de la autora y decidió que los bienes habían sido transferidos legítima y automáticamente al Estado en virtud de la Ley N° 143/1947, el 13 de agosto de 1947. Dado que, según la Ley N° 229/1991 relativa a la restitución, el período respecto del cual

podían presentarse peticiones de restitución comenzó el 25 de febrero de 1948, el Tribunal de la Ciudad de Praga decidió que la autora no tenía derecho a reclamar la restitución⁶. El Tribunal denegó la solicitud de la autora de dejar en suspenso el procedimiento a fin de solicitar al Tribunal Constitucional una decisión sobre la supuesta anticonstitucionalidad e invalidez de la Ley N° 143/1947.

2.7 El 9 de marzo de 1995, el Tribunal Constitucional desestimó la petición de la autora concerniente a la decisión del Tribunal de la Ciudad de Praga de 27 de junio de 1994. El Tribunal Constitucional confirmó la decisión del Tribunal de la Ciudad de Praga de que la propiedad había sido transferida automáticamente al Estado en virtud de la Ley N° 143/1947 y se negó a examinar si dicha ley era anticonstitucional y nula. La autora no apeló contra la decisión del Tribunal de la Ciudad de Praga de 28 de febrero de 1995 ante el Tribunal Constitucional, ya que habría sido inútil a la vista del resultado de la primera apelación.

2.8 Según la autora, la interpretación hecha por los tribunales de que la transferencia de la propiedad se hizo de manera automática sin estar sujeta a inscripción contradice de modo manifiesto los registros contemporáneos y el texto de la propia ley, que muestran que la inscripción era una condición necesaria para la transferencia de la propiedad, lo que en el presente caso tuvo lugar después del 25 de febrero de 1948.

2.9 La solicitud de la autora a la Comisión Europea de Derechos Humanos de 24 de agosto de 1995, relativa a su reclamación para la restitución de la heredad "Stekl" y la manera en que su reclamación había sido tratada por los tribunales checos, fue declarada inadmisibles el 11 de abril de 1996. La autora afirma que la Comisión no investigó el fondo de su queja, y añade que su comunicación al Comité de Derechos Humanos es distinta y de alcance más amplio que su queja a la Comisión Europea de Derechos Humanos.

2.10 En lo que respecta al agotamiento de los recursos internos, la autora afirma que no dispone de otros recursos internos contra el rechazo de su reclamación y

³ La Ley N° 229/1991, aprobada por la Asamblea Federal de la República Federal Checa y Eslovaca, entró en vigor el 24 de junio de 1991. Dicha ley tenía por objeto "mitigar las consecuencias de algunos perjuicios sufridos por los propietarios de bienes agrícolas y forestales en el período transcurrido de 1948 a 1989". Según la ley, los ciudadanos de la República Federal Checa y Eslovaca que residen permanentemente en su territorio y cuyas tierras y edificios y estructuras pertenecientes a la explotación original pasaron a dominio del Estado u otras entidades jurídicas entre el 25 de febrero de 1948 y el 1° de enero de 1990 tienen derecho a recuperar sus antiguos bienes, entre otras cosas, si estos fueron expropiados sin indemnización en virtud de la Ley N° 142/1947 y, en general, en los casos de expropiación sin indemnización. Por decisión de 13 de diciembre de 1995, el Tribunal Constitucional consideró que la exigencia de la residencia permanente establecida por la Ley N° 229/1991 era anticonstitucional.

⁴ Concerniente a la propiedad "Stekl".

⁵ Concerniente a las propiedades de Krumlov y Klatovy.

⁶ El Tribunal de la Ciudad de Praga decidió que la autora no era un "derechohabiente" en virtud del párrafo 1 del artículo 4 de la Ley N° 229/1991, basándose en que la transferencia de los bienes de la familia Schwarzenberg a Checoslovaquia se produjo automáticamente con la promulgación de la Ley N° 143/1947 el 13 de agosto de 1947, antes de la fecha del 25 de febrero de 1948 establecida en el párrafo 1 del artículo 4 de la Ley N° 229/1991 como comienzo del período respecto del cual cabía formular solicitudes de restitución. Sin embargo, antes del fallo del Tribunal de la Ciudad de Praga se había interpretado que la fecha aplicable era la fecha de inscripción de la propiedad, que en el presente caso ocurrió después del 25 de febrero de 1948. En este contexto, la autora afirma que el Tribunal Constitucional, por fallo de 14 de junio de 1995, concerniente a la Ley N° 142/1947, reconoció que hasta el 1° de enero de 1951 había sido necesaria la inscripción para la transferencia de la propiedad.

la denegación de un recurso, ya sea por vía de restitución o de indemnización respecto de la confiscación ilícita, arbitraria y discriminatoria de su propiedad, así como contra la denegación de justicia en relación con su petición de recurso.

2.11 De los documentos presentados por la autora se desprende que esta sigue pidiendo la restitución de diferentes partes de los bienes de su familia de conformidad con la Ley N° 243/1992⁷, que autoriza la restitución de los bienes confiscados en virtud de los decretos Benes. Esta reclamación fue rechazada por el Tribunal de la Ciudad de Praga el 30 de abril de 1997, aduciendo que los bienes de su familia no habían sido confiscados en virtud de los decretos Benes, sino con arreglo a la Ley N° 143/1947. Según el abogado de la autora, el Tribunal no tuvo en cuenta con ello que el Estado había confiscado efectivamente los bienes en virtud de los decretos Benes en 1945 y que estos bienes no habían sido restituidos nunca a sus legítimos propietarios, por lo que la Ley N° 143/1947 no podía transferir, ni transfirió, los bienes de la familia Schwarzenberg al Estado. El Tribunal se negó a remitir la cuestión de la constitucionalidad de la Ley N° 143/1947 al Tribunal Constitucional, ya que, según sostuvo, ello no habría influido en el resultado del caso. El 13 de mayo de 1997, el Tribunal Constitucional no entró en el examen de la queja de la autora de que la Ley N° 143/1947 era anticonstitucional, por considerar que la autora carecía de capacidad para presentar una propuesta de anulación de dicha ley.

La denuncia

3.1 La autora alega que la constante negativa de las autoridades checas, entre ellas el Tribunal Constitucional, a reconocer y declarar que la Ley N° 143/1947 es una *lex specialis* discriminatoria y, como tal, nula e ilícita constituye una constante injerencia arbitraria, discriminatoria y anticonstitucional en el derecho de la autora al disfrute pacífico del patrimonio de su herencia, incluido el derecho a obtener una restitución e indemnización. Además, la Ley N° 229/1991 relativa a la restitución viola el artículo 26 del Pacto, pues establece una discriminación arbitraria e injusta entre las víctimas de anteriores confiscaciones de bienes.

3.2 En este contexto, la autora explica que la Ley N° 143/1947, junto con la Ley N° 229/1991, discrimina contra ella de manera arbitraria e injusta al negarle un recurso contra la confiscación de los bienes. Afirma que es víctima de diferencias arbitrarias de trato en comparación con otras víctimas de confiscaciones anteriores. En este contexto, se refiere a la torcida interpretación de la Ley N° 143/1947 hecha por los tribunales checos en el sentido de que dicha ley transfirió automáticamente

⁷ La Ley N° 243/1992 dispone la restitución de los bienes expropiados en virtud de los Decretos Benes Nos. 12/1945 y 108/1945, siempre que el reclamante sea un ciudadano checo que no haya cometido ningún delito contra el Estado checoslovaco.

los bienes al Estado checo, a la negativa del Tribunal Constitucional de examinar la constitucionalidad de la Ley N° 143/1947, a la interpretación arbitraria e incoherente de la Ley N° 142/1947 y la Ley N° 143/1947, a la elección arbitraria del 25 de febrero de 1948 como comienzo del plazo respecto del que podía solicitarse la restitución y a la confirmación por los tribunales posteriores a 1991 de la distinción arbitraria para la restitución de los bienes entre la Ley N° 142/1947 y la Ley N° 143/1947.

3.3 El abogado de la autora se refiere a una decisión del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1997, en la que este órgano examinó la constitucionalidad de la Ley N° 229/1991 y sostuvo que había motivos razonables y objetivos para excluir todas las demás reclamaciones de propiedad por el simple hecho de que la ley era una expresión manifiesta de la voluntad política del legislador de condicionar básicamente las solicitudes de restitución al referido plazo y que el legislador se proponía definir con claridad tal plazo.

3.4 En lo que respecta a la reclamación de la autora de que hay una discriminación arbitraria e injusta entre ella y las víctimas de confiscaciones de bienes realizadas en virtud de la Ley N° 142/1947, el abogado de la autora explica que, según el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley N° 229/1991, queda invalidada la confiscación de bienes llevada a cabo en virtud de la Ley N° 142/1947, pero que el legislador checo no ha invalidado la confiscación de bienes realizada con arreglo a la Ley N° 143/1947. Además, se dice que, en lo que respecta a la Ley N° 142/1947, el Tribunal Constitucional considera que la inscripción en el registro o la toma efectiva de posesión es la fecha apropiada para determinar la existencia del derecho a indemnización, mientras que en lo que atañe a la Ley N° 143/1947 se toma como fecha aplicable la de la promulgación de la ley. En este contexto, la autora afirma que el condado de Bohemia no tomó posesión de los bienes antes de mayo de 1948.

3.5 La autora alega también que hay una discriminación arbitraria e injusta entre ella y otras víctimas de confiscaciones de bienes realizadas en virtud de los decretos Benes de 1945, ya que estas víctimas pueden solicitar la restitución de sus bienes en virtud de estos decretos y de la Ley N° 87/1991 y la Ley N° 229/1991, junto con la Ley N° 243/1992, hayan sido confiscados los bienes antes o después del 25 de febrero de 1948, si pueden demostrar su lealtad a la República Checa y su inocencia de todo comportamiento delictivo contra el Estado checoslovaco, mientras que se deniega a la autora esta oportunidad, ya que, según los fallos posteriores a 1991, la expropiación realizada con arreglo a los decretos Benes quedó sin efecto como consecuencia de la promulgación de la Ley N° 143/1947.

3.6 Se sostiene que la denegación y exclusión de un recurso eficaz para la autora por la confiscación arbitraria, ilegal, injusta y discriminatoria de sus bienes en virtud de los decretos Benes y de la Ley N° 143/1947 constituye un trato discriminatorio, arbitrario, injusto y anticonstitucional permanente contra la autora por parte de las autoridades públicas de la República Checa

—legislativas, ejecutivas y judiciales— que es contrario a las obligaciones contraídas por la República Checa en virtud de los artículos 2 y 26 del Pacto. A este respecto, la autora afirma que las consideraciones del Comité de Derechos Humanos en el caso *Simunek*⁸ guardan relación directa con su queja.

3.7 En lo que respecta a su reclamación en virtud del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, la autora afirma que se le ha denegado el derecho a la igualdad ante los tribunales checos y a una audiencia con las debidas garantías por un tribunal independiente e imparcial, incluido el acceso efectivo a tal tribunal. En este contexto, se refiere a la manera en que los tribunales rechazaron su reclamación, a una jurisprudencia más favorable del Tribunal Constitucional en casos comparables, y a la negativa del Tribunal Constitucional a decidir sobre la constitucionalidad de la Ley N° 143/1947.

3.8 En este contexto, la autora señala que fue inherentemente contradictorio con la lógica y el sentido común que el Tribunal Constitucional confirmase los efectos jurídicos de la Ley N° 143/1947, declarando al mismo tiempo que la cuestión de la validez constitucional de dicha ley carecía de importancia para determinar los derechos de la autora. Por lo demás, la decisión del Tribunal fue incompatible con su propia jurisprudencia y funciones constitucionales para anular las leyes discriminatorias.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y comentarios de la autora

4.1 En su exposición de 4 de diciembre de 1997, el Estado parte alega que la comunicación es inadmisibles *ratione temporis*, ya que carece manifiestamente de fundamento y no se han agotado los recursos internos. Al explicar los antecedentes de la legislación concerniente a la restitución, el Estado parte subraya que esta tenía por objeto hacer frente a los efectos posteriores del régimen comunista totalitario, que estaba limitada lógicamente por la fecha en que los comunistas tomaron el poder y que se trata de una ley *ex gratia* que nunca tuvo la finalidad de proporcionar una indemnización general.

4.2 Según el Estado parte, la comunicación carece manifiestamente de fundamento, ya que se desprende claramente del texto de la Ley N° 143/1947 que la propiedad del Dr. Adolf Schwarzenberg pasó al dominio del Estado en virtud de dicha ley, antes de la fecha del 25 de febrero de 1948, fijada en la Ley N° 229/1991 como fecha a partir de la cual debía solicitarse la restitución. El Estado parte explica que la inscripción solo era necesaria para los cambios de propiedad efectuados mediante transferencia (que requerían el consentimiento del antiguo propietario), pero no para los efectuados en virtud del cambio de dominio (que no requerían tal consentimiento). En estos últimos casos, la inscripción no es sino una formalidad que sirve para salvaguardar la

propiedad del Estado frente a terceros. Por lo demás, la Ley N° 243/1992 no se aplica al caso de la autora, ya que está expresamente limitada a las expropiaciones hechas en virtud de los decretos Benes.

4.3 El Estado parte alega que el Comité es incompetente *ratione temporis* para examinar la reclamación de la autora de que la Ley N° 143/1947 es ilícita o discriminatoria. El Estado parte reconoce que el Comité sería competente *ratione temporis* para examinar los casos comprendidos en la Ley N° 229/1991 o bien N° 243/1992, incluidos los casos originados en el período anterior a la fecha de entrada en vigor del Pacto para la República Checa. Sin embargo, dado que ninguna de estas dos leyes se aplica al caso de la autora, la esfera de relaciones jurídicas establecida por la Ley N° 143/1947 queda excluida *ratione temporis* del ámbito del Pacto.

4.4 Por último, el Estado parte alega que la comunicación al Comité tiene un alcance más amplio que la formulada por la autora ante el Tribunal Constitucional, por lo que es inadmisibles al no haberse agotado los recursos internos. A este respecto, el Estado parte indica que están todavía pendientes ante el Tribunal Constitucional 27 quejas presentadas por la autora.

5.1 En sus observaciones a la exposición del Estado parte, la autora no impugna la explicación de este último de que la ley jamás tuvo por objeto proporcionar una indemnización general, pero sostiene que la queja en el presente caso se refiere a la manera en que se ha aplicado esta ley a la autora, que ha dado lugar a una denegación discriminatoria y a la imposibilidad de un recurso eficaz de restitución o indemnización por la confiscación ilícita de los bienes de su familia, en violación de su derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual de la ley. La queja se refiere también a la denegación del derecho de la autora a la igualdad ante los tribunales checos y a una audiencia con las debidas garantías.

5.2 En lo que se refiere al argumento del Estado parte de que la comunicación carece manifiestamente de fundamento, el abogado de la autora se remite al régimen jurídico para la restitución e indemnización, que consta de diferentes leyes y adolece de falta de transparencia. La autora impugna la versión de los hechos presentada por el Estado parte y mantiene que los bienes de su familia fueron confiscados ilícitamente por el Estado en virtud de los Decretos Benes Nos. 12/1945 y 108/1945 y que la Ley N° 143/1947 no expropió a la familia. Ahora bien, si la Ley N° 143/1947 privó a la familia de la autora de sus bienes, como sugiere el Estado parte y niega la autora, esta impugna la declaración de este de que los bienes fueron confiscados antes de la fecha del 25 de febrero de 1948, fijada como límite a partir del cual cabe formular las reclamaciones. En este contexto, la autora se refiere a sus exposiciones anteriores y alega que los tribunales no han reconocido el carácter arbitrario, injusto y anticonstitucional de la fijación del 25 de febrero de 1948 como fecha a partir de la cual se autorizan las reclamaciones.

⁸ *Simunek y otros c. la República Checa*, caso N° 516/1992. Dictamen aprobado el 17 de julio de 1995.

5.3 La autora observa que el Estado parte no ha examinado la queja de que el Tribunal Constitucional le denegó una audiencia respecto de la constitucionalidad de la Ley N° 143/1947, al declarar su queja inadmisibles.

5.4 En relación con el argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibles *ratione temporis*, la autora señala que no sostiene que la Ley N° 143/1947 violara el Pacto, sino que este ha sido violado por los actos y omisiones de las autoridades públicas del Estado parte después de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo Facultativo, al negar a la autora, de manera discriminatoria, un recurso eficaz de restitución e indemnización.

5.5 En lo que respecta al argumento del Estado parte de que su comunicación tiene un alcance más amplio que su apelación al Tribunal Constitucional y que están todavía pendientes varias quejas constitucionales ante este órgano, la autora afirma que ello se debe al hecho de que los tribunales no han entrado a examinar el fondo de su caso y a la falta de cooperación de las autoridades para investigar y ayudar a la autora a aclarar las cuestiones controvertidas.

5.6 En una nueva exposición, de fecha 12 de enero de 1999, la autora informa al Comité sobre la evolución del caso. Se refiere a las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional el 4 de septiembre de 1998, en las que el Tribunal decidió que las solicitudes de restitución de la autora en virtud de la Ley N° 243/1992 quedaban fuera del plazo prescrito a tal efecto en la ley. Explica que el plazo para la presentación de reclamaciones vencía el 31 de diciembre de 1992, y para los derechohabientes que el 29 de mayo de 1992 no residían en la República Checa, el 15 de julio de 1996. La autora, habiendo obtenido la ciudadanía checa y la residencia en 1993, formuló su reclamación el 10 de julio de 1996. Sin embargo, el Tribunal rechazó la reclamación, ya que la autora no era ciudadana checa el 29 de mayo de 1992, por lo que no era un derechohabiente según lo definido en la ley.

5.7 La autora sostiene que la exigencia de la nacionalidad checa constituye una violación de los derechos que le confieren el artículo 2 y el artículo 26 del Pacto. En este contexto, se remite al dictamen del Comité en el caso *Simunek* (N° 516/1992).

5.8 El abogado de la autora sostiene además que, en una decisión de 26 de mayo de 1998, relativa al Palacio Salm en Praga, el Tribunal Constitucional decidió que la solicitud de restitución de la autora era inadmisibles por haberse formulado fuera de plazo, de manera que no incumbía al Tribunal decidir si la autora tenía o no derecho a la propiedad. Según la autora, al negarse a decidir su reclamación, el Tribunal le denegó justicia en violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

Examen de la admisibilidad

6.1 En su 66° período de sesiones, en julio de 1999, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación.

6.2 El Comité consideró que las reclamaciones de la autora en relación con la Ley N° 143/1947 quedaban fuera de la competencia del Comité *ratione temporis*, por lo que eran inadmisibles en virtud del artículo 1 del Protocolo Facultativo.

6.3 En lo que respecta a la reclamación de la autora de que se le denegó una audiencia con las debidas garantías por la manera en que los tribunales interpretaron las leyes que habían de aplicarse en su caso, el Comité recordó que la interpretación de la legislación interna incumbía básicamente a los tribunales y autoridades del Estado parte interesado, y declaró que esta parte de la comunicación era inadmisibles en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo.

6.4 El Comité consideró también inadmisibles la reclamación de la autora de que era víctima de una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, porque los tribunales se negaron a decidir si tenía título legal de dominio. El Comité consideró que la autora no había demostrado, a efectos de la admisibilidad, que la decisión de los tribunales a este respecto fuera arbitraria, o que el hecho de que el Gobierno no hubiera examinado la constitucionalidad de la Ley N° 143/1947 constituyera una violación del párrafo 1 del artículo 14.

6.5 En lo que respecta a la objeción del Estado parte de que la comunicación era inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos, el Comité observó que todas las cuestiones planteadas en la comunicación habían sido presentadas ante los tribunales nacionales del Estado parte en las diversas solicitudes formuladas por la autora, y habían sido examinadas por la más alta autoridad judicial del Estado parte. Por consiguiente, el Comité consideró que la exigencia contenida en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo no le impedía examinar la comunicación.

6.6 El Comité observó que la Comisión Europea de Derechos Humanos había declarado inadmisibles el 11 de abril de 1996 una reclamación análoga presentada por la autora. Sin embargo, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo no constituía un obstáculo a la admisibilidad de la presente comunicación, dado que el asunto no estaba ya sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional, y la República Checa no había formulado una reserva en virtud del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.7 El 9 de julio de 1999 el Comité decidió que las restantes reclamaciones de la autora, en el sentido de que se le había impedido el acceso a un recurso de manera discriminatoria, eran admisibles ya que podían plantear cuestiones con arreglo a los artículos 2 y 26 del Pacto.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 En su exposición de 23 de marzo de 2002, la autora hace referencia al dictamen del Comité en el asunto N° 774/1997, *Brok c. la República Checa*, y, con respecto a la cuestión de la igualdad de acceso, mante-

niéndose dentro de los límites de la admisibilidad establecidos para las cuestiones regidas por los artículos 2 y 26 del Pacto, afirma que hasta el año 2001 el Ministerio de Agricultura y varios archivos estatales denegaron sistemáticamente a la autora y a todas las autoridades el acceso al expediente completo sobre el procedimiento de confiscación seguido contra su abuelo, el Dr. Adolph Schwarzenberg, y sobre sus recursos debidamente presentados (véase el párrafo 5.5 *supra*). En particular, se señala que en fecha tan tardía como el año 2001 el director de Asuntos Jurídicos del Ministerio, el Dr. Jindrich Urfus, prohibió que el abogado de la autora inspeccionara el expediente Schwarzenberg y que únicamente cuando la autora hubo hallado otros documentos de interés en otro archivo, el 11 de mayo de 2001 el Ministerio informó al abogado de que existía realmente el expediente y pudo este inspeccionarlo. Además, se señala que el 5 de octubre de 1993 la directora del archivo estatal de Krumlov, la Dra. Anna Kubikova, en presencia de su ayudante, el ingeniero Zaloha, prohibió a la autora utilizar el archivo y se despidió de ella con la frase siguiente: "Todos los ciudadanos checos tienen derecho a utilizar este archivo, pero usted no tiene derecho a hacerlo". La autora se queja de que estas denegaciones de acceso ponen de manifiesto la desigualdad de trato de que ha sido objeto por las autoridades checas desde 1992.

7.2 Los documentos ocultados demuestran que, de hecho, la propiedad Schwarzenberg había sido confiscada en virtud del Decreto presidencial N° 12/45. Las autoridades del Estado parte no solo impidieron que la autora descubriera y comunicara la totalidad de los hechos del asunto a las autoridades y tribunales y se ajustara a los plazos para presentar reclamaciones con arreglo a las Leyes Nos. 87/91 y 243/92, sino que además engañaron deliberadamente a todas las autoridades y al Comité de Derechos Humanos.

7.3 El 29 de noviembre de 2001 el Tribunal Regional de Ceske Budejovice (15 Co 633/2001-115), actuando en calidad de tribunal de apelación, confirmó que la propiedad Schwarzenberg había sido efectivamente confiscada de conformidad con el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 del Decreto N° 12/45 y puso así de manifiesto la inaplicabilidad de la Ley N° 143/47. Sin embargo, el Tribunal no reconoció ningún recurso a la autora, pues, según esta, "no había ningún recurso al alcance de alguien considerado como de origen alemán o húngaro".

7.4 El Ministerio de Asuntos Rurales rechazó también los recursos de la autora contra la negativa opuesta por todas las autoridades a la reapertura de varios procedimientos de restitución a la luz de las informaciones decisivas que habían sido ocultadas y que la autora había podido finalmente obtener. Se supone que los decretos negativos de tipo uniforme dictados por diversas autoridades obedecieron a instrucciones dadas por el mismo Ministerio, pues este ha cursado instrucciones a las autoridades en relación con otros procedimientos que conciernen a la autora.

7.5 Se señala además que el Tribunal de la Ciudad de Praga hizo caso omiso de las conclusiones correspondientes del Tribunal Constitucional Checo al abstenerse de aplicar la Ley N° 143/92 relativa a la restitución. Se afirma que esta denegación de justicia constituye una desigualdad de trato basada en el idioma, el origen nacional y social y la posición económica de la autora.

8.1 En su nota verbal de 7 de junio de 2002, el Estado parte hizo las observaciones siguientes sobre el fondo del asunto. Con respecto a la impugnación por la autora de la interpretación de la Ley N° 143/1947 por los tribunales checos, el Estado parte declara que "la interpretación del derecho interno es fundamentalmente un asunto que incumbe a los tribunales y a las autoridades del Estado parte interesado. El Comité no tiene atribuciones para apreciar si las autoridades competentes del Estado parte han interpretado y aplicado con acierto el derecho interno en el caso presente, salvo si queda probado que no lo han interpretado y aplicado de buena fe o si es evidente que ha habido un abuso de poder. Las actuaciones de los tribunales de la República Checa en el caso referido quedan descritas detalladamente en la observación de la República Checa sobre la admisibilidad de la comunicación, que confirma la legalidad de las actuaciones judiciales. Por otra parte, la autora no ha justificado su afirmación de una interpretación parcial de la Ley N° 143/1947".

8.2 Con respecto a la afirmación formulada por la autora de discriminación en la interpretación de la Ley N° 142/1947 y de la Ley N° 143/1947, el Estado parte se refiere a su observación sobre la admisibilidad de la comunicación que contiene la cita de las disposiciones correspondientes de la Ley N° 143/1947 y a la explicación de su interpretación por las autoridades administrativas y judiciales de la República Checa.

8.3 Con respecto a la impugnación que hace la autora de la elección de la fecha del 25 de febrero de 1948 por considerarla arbitraria, el Estado parte hace observar que "la cuestión de la compatibilidad de la fecha límite del 25 de febrero de 1948 consignada en la Ley de la República Checa relativa a la restitución con los artículos 2 y 26 del Pacto ha sido examinada repetidas veces por el Comité. En relación con ello, la República Checa hace referencia a las decisiones del Comité en los casos *Ruediger Schlosser c. la República Checa* (comunicación N° 670/1995) y *Gerhard Malik c. la República Checa* (comunicación N° 669/1995). En ambos casos, el Comité llegó a la conclusión de que "no toda distinción o diferenciación en materia de trato constituye discriminación a los efectos de los artículos 2 y 26. El Comité considera que en el presente caso las disposiciones legislativas adoptadas después de la desaparición del régimen comunista no parecen ser discriminatorias *prima facie* a los efectos de lo dispuesto en el artículo 26 meramente porque, como afirma el autor, no compensan a las víctimas de las injusticias cometidas en el período anterior al régimen comunista". La finalidad de la legislación en materia de restitución era reparar las injusticias relacionadas con la propiedad cometidas por el régimen comunista durante

el período 1948 a 1989. La estipulación de la fecha límite por el legislador fue objetiva teniendo en cuenta que el golpe de Estado comunista ocurrió el 25 de febrero de 1948 y estaba justificada dadas las posibilidades económicas al alcance de un Estado en transición de un régimen totalitario a un régimen democrático. Se debe tener también en cuenta al respecto que en el derecho internacional no se reconoce el derecho a la restitución.

8.4 Con respecto a la impugnación que hace la autora de la distinción para la restitución de bienes entre la Ley N° 142/1947 y la Ley N° 143/1947 y la discriminación arbitraria e injusta entre la autora y otras víctimas de la confiscación de bienes en virtud de los decretos presidenciales de 1945, el Estado parte hace observar que "la legislación relativa a la restitución no se refiere a las transferencias de propiedad efectuadas antes del 25 de febrero de 1948, de conformidad con las leyes que ponían en práctica una nueva política social y económica del Estado. Estas leyes no eran instrumentos de la persecución comunista. Si bien la Ley N° 229/1991 hace referencia a la Ley N° 142/1947 (apartado b) del párrafo 1 del artículo 6), se dispone también que la transferencia de propiedad debía haberse hecho durante el período comprendido desde el 25 de febrero de 1948 hasta el 1° de enero de 1990. En virtud de esta condición complementaria, la Ley N° 229/1991 se ajusta a la finalidad e ideología antes mencionadas de la legislación relativa a la restitución y establece criterios objetivos para tener derecho a la restitución de bienes. La propiedad del abuelo de la autora de la comunicación se transfirió al Estado antes del 25 de febrero de 1948 y, por consiguiente, no queda comprendida dentro del alcance de la restitución de bienes que es consecuencia del régimen comunista. La restitución de bienes como consecuencia de las injusticias derivadas de la aplicación desacertada de los decretos presidenciales se rige por la Ley N° 243/1992 y se refiere a una situación totalmente distinta de la del abuelo de la autora y, por consiguiente, no guarda relación con el presente caso".

9.1 En sus comentarios del 24 de junio de 2002, la autora reitera que el objetivo básico de su reclamación es señalar que las autoridades checas violaron su derecho a la igualdad de trato al denegarle arbitrariamente su derecho a la restitución de conformidad con la Ley N° 243/1992, que hizo extensivo el derecho a la restitución de bienes a una ciudadana de la República Checa (y la autora lo es) que descende de alguien (el Dr. Adolph Schwarzenberg) que perdió sus bienes como consecuencia del Decreto presidencial N° 12/1945 o del Decreto presidencial N° 108/1945. Bajo reserva de que los bienes hayan sido confiscados en virtud de cualquiera de los decretos Benes, ninguna disposición legislativa checa prescribe que la confiscación deba haberse hecho dentro del período establecido por la Ley N° 87/1991 y por la Ley N° 229/1991, a partir del 25 de febrero de 1948.

9.2 Se declara que las autoridades checas han hecho caso omiso arbitrariamente de las pruebas claras y evidentes extraídas por la autora de los documentos

oficiales contemporáneos, según los cuales los bienes del Dr. Adolph Schwarzenberg fueron confiscados por el Estado checoslovaco con arreglo al Decreto N° 12/1945, y se señala que dichas autoridades le han denegado todo recurso con el falso argumento de que los bienes fueron confiscados en virtud de la llamada "Lex Schwarzenberg", es decir, la Ley N° 143/1947, en lugar de serlo con arreglo al Decreto Benes N° 12/1945. En sus observaciones, el Gobierno checo trata únicamente de justificar la fecha determinante del 25 de febrero de 1948, establecida en las Leyes Nos. 87/1991 y 229/1991 relativas a la restitución. El Estado parte no rebate a fondo el argumento de la autora, esto es, que los bienes de que se trata fueron confiscados en virtud de los decretos Benes y que, por consiguiente, es totalmente irrelevante que la confiscación se efectuara antes del 25 de febrero de 1948. El Estado parte desecha con una sola frase la referencia de la autora a su derecho a la restitución al amparo de la Ley N° 243/1992 y se limita a declarar que "se refiere a una situación totalmente distinta de la del abuelo de la autora y, por consiguiente, no guarda relación con el presente caso". No se aporta ninguna prueba ni ningún razonamiento para justificar esta afirmación simplista, que es contradictoria con la decisión del Tribunal Regional de Ceske Budejovice, actuando como tribunal de apelación, de fecha 29 de noviembre de 2001. En esta decisión se llegó a la conclusión de que los bienes del Dr. Adolph Schwarzenberg pasaron a ser propiedad del Estado en virtud del Decreto N° 12/1945. El Tribunal declaró que "no hay ninguna duda de que los bienes de Adolph Schwarzenberg pasaron a ser propiedad del Estado con efecto inmediato en conformidad plena con el Decreto N° 12/45". En sus observaciones, el Estado parte no solo hace caso omiso de la conclusión del Tribunal Regional, sino que además se abstiene de examinar los demás hechos y argumentos señalados a la atención del Comité por la autora en su comunicación del 23 de marzo de 2002 (véanse los precedentes párrafos 7.1 a 7.5).

9.3 La autora hace referencia a las pruebas que ha comunicado al Comité, de las que se desprende que hasta el año 2001 las autoridades checas le denegaron sistemáticamente el acceso a los documentos que probaban que las confiscaciones se habían efectuado en virtud del Decreto Benes N° 12/1945. Con la ocultación de estas pruebas, las autoridades impidieron fraudulentamente que la autora descubriera y comunicara la verdad de los hechos a las autoridades y a los tribunales.

9.4 Además, la autora considera que, a los efectos del presente asunto, no son pertinentes los *obiter dicta* del Comité en sus decisiones acerca de la admisibilidad de los casos *Schlosser y Malik c. la República Checa*, en los que se basa el Estado parte. La autora reconoce que no toda distinción en materia de trato constituye discriminación, pero los hechos de su asunto son totalmente diferentes de las circunstancias que concurrieron en los casos *Schlosser y Malik*. El asunto de la autora está relacionado con la denegación arbitraria de acceso a informaciones decisivas para ejercer sus derechos a la restitución, así como con la denegación arbitraria de un recurso al amparo de la Ley N° 243/1992, que fue

dictada para reparar las injusticias cometidas con la aplicación de los decretos Benes, entre ellas las sufridas por el Dr. Adolph Schwarzenberg.

10. La comunicación de la autora se transmitió al Estado parte el 24 de junio de 2002. No se han recibido otros comentarios.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

11.1 De conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité procede a examinar el fondo de la comunicación teniendo en cuenta toda la información presentada por las partes.

11.2 La cuestión planteada ante el Comité es la de determinar si la autora fue excluida de manera discriminatoria del acceso a un recurso efectivo. Según el artículo 26 del Pacto, todas las personas son iguales ante la ley y toda persona tiene derecho a igual protección de la ley.

11.3 El Comité toma nota de la declaración de la autora de que el elemento fundamental de su reclamación es que las autoridades checas violaron su derecho a la igualdad de trato al denegarle arbitrariamente su derecho a obtener restitución sobre la base de las Leyes Nos. 229/1991 y 243/1992 con el argumento de que las propiedades de su abuelo paterno fueron confiscadas en virtud de la Ley N° 143/1947, y no en virtud de los Decretos Benes Nos. 12 y 108/1945, y que, por consiguiente, no son de aplicación las leyes de 1991 y 1992 relativas a la restitución. El Comité toma nota además del argumento de la autora según el cual, hasta el año 2001, el Estado parte le denegó constantemente el acceso a los expedientes y archivos correspondientes, de suerte que únicamente entonces se pudieron presentar documentos que probaban que, de hecho, la confiscación se había efectuado en virtud de los decretos Benes de 1945 y no de la Ley N° 143/1947, con la consecuencia de que la autora tendría derecho a la restitución de conformidad con las leyes de 1991 y 1992.

11.4 El Comité recuerda su jurisprudencia según la cual la interpretación y aplicación de la legislación interna son esencialmente cuestiones que incumben a los tribunales y a las autoridades del Estado parte interesado. Sin embargo, al presentar una reclamación con arreglo a la legislación interna, el individuo ha de gozar de igualdad de acceso a los recursos, lo que comprende la posibilidad de averiguar y aducir los verdaderos hechos, sin los cuales los tribunales serán inducidos a error. El Comité observa que el Estado parte se ha abstenido de examinar la afirmación de la autora según la cual se le negó el acceso a documentos que eran decisivos para una apreciación acertada de su asunto. En ausencia de toda explicación del Estado parte, es necesario prestar la debida atención a las afirmaciones de la autora.

11.5 En este contexto, el Comité toma también nota de que, por su decisión de 29 de noviembre de 2001, el Tribunal Regional de Ceske Budejovice reconoció que la confiscación de la propiedad del Dr. Adolph Schwarzenberg se había efectuado en virtud del Decreto

Benes N° 12/1945. El Comité toma además nota de que el 30 de enero de 1948 se revocó la confiscación de las tierras agrícolas de la propiedad Schwarzenberg en virtud de los Decretos Benes Nos. 12 y 108/1945, en apariencia para dar paso a la aplicación de la Ley N° 143/1947. El momento en que la revocación se hizo efectiva no parece estar claro, porque los tribunales partieron de la premisa de que la Ley N° 143 era la única base jurídica aplicable.

11.6 No corresponde al Comité, sino a los tribunales del Estado parte, decidir sobre las cuestiones del derecho checo. El Comité considera, sin embargo, que se discriminó repetidamente contra la autora al denegársele el acceso a los documentos que podrían haber justificado sus reclamaciones de restitución. Por consiguiente, el Comité opina que se han violado los derechos de la autora a tenor del artículo 26, conjuntamente con el artículo 2, del Pacto.

12.1 El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, considera que los hechos sometidos a su apreciación revelan una violación del artículo 26, junto con el artículo 2 del Pacto.

12.2 Con arreglo al apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a proporcionar a la autora un recurso efectivo, lo que comprende la posibilidad de presentar una nueva reclamación de restitución o indemnización. El Estado parte debe revisar su legislación y sus prácticas administrativas para garantizar que todas las personas disfruten de igualdad ante la ley, así como de igual protección de las leyes.

12.3 El Comité recuerda que la República Checa, al pasar a ser parte en el Protocolo Facultativo, reconoció la competencia del Comité para determinar si había habido o no una violación del Pacto y que, conforme al artículo 2 del Pacto, se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutivo cuando se compruebe una violación. Además, el Comité insta al Estado parte a establecer procedimientos para llevar a efecto los dictámenes que se aprueben con arreglo al Protocolo Facultativo.

12.4 A este respecto, el Comité desea recibir del Estado parte, en el plazo de 90 días contados desde el envío del presente dictamen, información sobre las medidas que haya adoptado para llevarlo a efecto. También se pide al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

Voto particular parcialmente concurrente del miembro del Comité Sr. Nisuke Ando

En lo que se refiere a mi propia opinión sobre las leyes de restitución promulgadas después de 1991, remito a mi voto particular que figura en el anexo del dictamen

del Comité sobre la comunicación N° 774/1997: *Brok c. la República Checa*.

En cuanto al dictamen del Comité en el presente caso, debo *en primer lugar* señalar que el dictamen contradice la decisión sobre admisibilidad del propio Comité. En su decisión sobre la admisibilidad de 9 de julio de 1999, el Comité sostuvo claramente que la reclamación de la autora relativa a la Ley N° 143/1947 quedaba fuera de la competencia del Comité *ratione temporis* y, por lo tanto, era inadmisibile en virtud del artículo 1 del Protocolo Facultativo (6.2). Sin embargo, en su examen en cuanto al fondo, el Comité examina los detalles de las reclamaciones de la autora y afirma que el 30 de enero de 1948 se revocó la confiscación de los bienes en cuestión en virtud de los Decretos Nos. 12 y 108/1945 para dar paso a la aplicación de la Ley N° 143/1947 (11.5), que el 29 de noviembre de 2001 el Tribunal Regional de Ceske Budejovice reconoció que la confiscación se había efectuado en virtud del Decreto Benes N° 12/1945 (11.5), que se negó a la autora el acceso a documentos decisivos para una apreciación acertada de su asunto (11.4) y que solo esos documentos podían probar que la confiscación se había efectuado en virtud de los Decretos Benes de 1945 y no de la Ley N° 143/1947 (11.3).

En segundo lugar, debo señalar que, tanto en estas afirmaciones como en su conclusión de que el Estado parte violó el derecho de la autora a igual protección de las leyes en virtud de los artículos 26 y 2 al negarle el acceso a los documentos pertinentes (11.6), el Comité se ha desviado de su jurisprudencia establecida de que no debe actuar como tribunal de cuarta instancia respecto de ningún tribunal interno. Es cierto que el Comité indica que la interpretación y aplicación de la legislación interna son esencialmente cuestiones que incumben a los tribunales y a las autoridades del Estado parte interesado (11.4 y 11.6). Sin embargo, si bien los tribunales checos han decidido que los bienes de que se trata fueron transferidos al Estado antes del 25 de febrero de 1948 y, por consiguiente, no quedan comprendidos dentro del alcance de la restitución de bienes que es consecuencia del régimen comunista (8.4), el Comité llega a la conclusión de que se negó a la autora el acceso a los documentos pertinentes en violación de los artículos 26 y 2 del Pacto (11.6), y de que el Estado parte está obligado a proporcionar a la autora la posibilidad de presentar una nueva reclamación de restitución sobre la base de los documentos pertinentes (12.2).

En tercer lugar, debo señalar que el 11 de mayo de 2001 no solo se informó al abogado de la autora de la existencia de los documentos pertinentes, sino que también se le permitió inspeccionarlos (7.1). A partir de esta fecha, en mi opinión, no parece posible sostener que el Estado parte siguió violando los derechos de la autora a tenor de los artículos 26 y 2 al denegarle el acceso a los documentos en cuestión.

Voto particular parcialmente concurrente del miembro del Comité Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati

Conuerdo con la conclusión del Comité de que los hechos presentados revelan una violación de los artículos 26 y 2 del Pacto. Sin embargo, estoy convencido de que se ha violado también el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, que dispone que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y tienen derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal para la determinación de sus derechos u obligaciones. Como requisito indispensable para que la vista de una reclamación sea justa y provechosa, la persona debe tener acceso pleno e igual a las fuentes públicas de información, incluidos los registros y archivos de tierras, a fin de obtener los elementos necesarios para fundamentar su reclamación. La autora ha demostrado que se le negó ese acceso igual, y el Estado parte no ha explicado ni refutado las alegaciones de la autora. Además, las prolongadas actuaciones judiciales de este caso, que duran ya desde hace más de diez años, aún no han terminado. En el contexto de este asunto particular y a la luz de los anteriores casos checos de restitución ya resueltos por el Comité, la clara reticencia de las autoridades y los tribunales checos a tramitar las reclamaciones de restitución de manera justa y expedita entraña también una violación del espíritu, si no de la letra, del artículo 14. Cabe recordar también que, después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para la República Checa, el Estado parte ha seguido aplicando la Ley N° 143/1947 (la "ley Schwarzenberg") que se refiere exclusivamente a los bienes de la familia de la autora. Esta legislación *ad hominem* es incompatible con el Pacto, por constituir una denegación general del derecho a la igualdad. A la luz de lo que antecede, creo que la reparación adecuada habría sido la restitución y no simplemente una oportunidad de presentar nuevamente la reclamación ante los tribunales checos.

En 1999 el Comité había declarado admisible esta comunicación por cuanto podía plantear cuestiones en relación con los artículos 26 y 2 del Pacto. No creo que esto impida necesariamente al Comité determinar que ha habido una violación del artículo 14, ya que el Estado parte tenía conocimiento de todos los elementos de la comunicación y podría haberse ocupado de las cuestiones relativas al artículo 14 planteadas por la autora. Desde luego, el Comité podría haber revisado su decisión sobre la admisibilidad, a fin de incluir las alegaciones concernientes al artículo 14 del Pacto, y haber solicitado al Estado parte que formulara observaciones al respecto. Esta medida, sin embargo, habría retrasado aún más la solución de un asunto que se encuentra ante los tribunales del Estado parte desde 1992 y ante el Comité desde 1997.

Comunicación N° 778/1997

Presentada por: José Antonio Coronel y otros (representados por Federico Andreu Guzmán)

Presunta víctima: Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero, Luis Honorio Quintero Ropero, Ramón Villegas Téllez y Ernesto Ascanio Ascanio

Estado parte: Colombia

Fecha de aprobación del dictamen: 24 de octubre de 2002

Asunto: Detención ilegal y privación de la vida por funcionarios del Estado

Cuestiones de procedimiento: Dilación indebida en el agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Derecho a la vida – Tortura – Detención ilegal – Injerencia ilícita en los hogares de las víctimas

Artículos del Pacto: 2, párrafo 3; 6, párrafo 1; 7; 9; y 17

Artículo del Protocolo Facultativo: 5, párrafo 2 b)

1. Los seis autores de la comunicación son el Sr. José Antonio Coronel, el Sr. José de la Cruz Sánchez, la Sra. Lucenid Villegas, el Sr. José del Carmen Sánchez, el Sr. Jesús Aurelio Quintero y la Sra. Nidia Linores Ascanio Ascanio quienes la presentan en nombre de sus siete familiares fallecidos, los Sres. Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero, Luis Honorio Quintero Ropero, Ramón Villegas Téllez y Luis Ernesto Ascanio Ascanio, todos ellos ciudadanos colombianos muertos en enero de 1993¹. Los autores de la comunicación declaran que sus familiares fueron víctimas de violaciones por Colombia del párrafo 3 del artículo 2, del párrafo 1 del artículo 6, y de los artículos 7, 9 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los autores están representados por abogado.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 Entre los días 12 y 14 de enero de 1993, efectivos del Batallón de Contraguerrilla N° 17 "Motilones", adscritos a la Brigada Móvil N° 2 del Ejército Nacional de Colombia, realizaron un operativo militar en el corregimiento de San José del Tarra, municipio de Hacari, departamento de Norte Santander, y desplegaron una operación de rastrillo en la región, incursionando en varias veredas y pueblos vecinos. Durante estos operativos, los militares allanaron varias casas y detuvieron, entre otros, a los Sres. Ramón

Villegas Téllez, Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero y Luis Honorio Quintero Ropero. Tanto los allanamientos como las detenciones fueron realizados de modo ilegal, ya que los militares no disponían de mandamientos judiciales para llevar a cabo los registros ni las detenciones, según prescribe la Ley de procedimiento penal colombiana.

2.2 Ramón Villegas Téllez, Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero, Luis Honorio Quintero Ropero, y otros, fueron torturados por los militares y varios de ellos obligados a vestir prendas militares y a patrullar con los miembros del Batallón de Contraguerrilla N° 17 "Motilones". Todos ellos fueron "desaparecidos" entre el 13 y el 14 de enero de 1993.

2.3 El 26 de enero de 1993, Luis Ernesto Ascanio Ascanio, de 16 años de edad, desapareció cuando se dirigía a su casa, interceptado por militares que días antes habían allanado la vivienda de la familia Ascanio Ascanio, maltratando y vejando a los miembros de la familia, entre los que se encontraban seis menores y un joven de 22 años, deficiente mental, al cual trataron de ahorcar. Los militares permanecieron en la vivienda hasta el 31 de enero reteniendo a sus moradores como rehenes. Luis Ernesto Ascanio Ascanio fue visto por última vez a unos 15 minutos de la casa familiar. Ese mismo día, miembros de la familia Ascanio oyeron gritos y disparos de arma de fuego provenientes del exterior de la vivienda. El día 27 de enero, dos de los hermanos de Luis Ernesto Ascanio Ascanio lograron burlar la custodia militar y huir hacia Ocaña, donde avisaron a las autoridades locales y presentaron una denuncia ante la Procuraduría Provincial. Tras la retirada de la patrulla militar comenzó la búsqueda de Luis Ernesto Ascanio Ascanio saldándose con el hallazgo de una machetilla suya a unos 300 metros de la vivienda.

2.4 La Brigada Móvil N° 2 informó de varios supuestos enfrentamientos armados con guerrilleros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el primero el 13 de enero de 1993, el segundo el 18 de enero de 1993 y dos incidentes el día 27 de enero de 1993. La versión dada por las autoridades militares fue que durante los enfrentamientos, las tropas regulares habrían dado muerte a varios guerrilleros. Tres cadáveres fueron levantados el día 13 de enero de 1993 por la policía judicial de Ocaña (SIJIN), uno de los cuales fue identificado como Gustavo Coronel Navarro. El día 18 de enero, los militares dejaron en el hospital los cuerpos sin vida de cuatro supuestos guerrilleros

¹ La relación de los autores con las víctimas es la siguiente: José Antonio Coronel, padre de Gustavo Coronel Navarro; José de la Cruz Sánchez, padre de Nahún Elías Sánchez Vega; Lucenid Villegas, hermana de Ramón Villegas Téllez; José del Carmen Sánchez, padre de Ramón Emilio Sánchez; Jesús Aurelio Quintero, padre de Ramón Emilio y Luis Honorio Quintero Ropero; Nidia Linores Ascanio Ascanio, hermana de Luis Ernesto Ascanio Ascanio.

"muertos en combate". La SIJIN realizó el levantamiento de estos cadáveres, estableciéndose los fallecimientos de Luis Honorio Quintero Roperero, Ramón Emilio Quintero Roperero, Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez. El día 29 de enero de 1993 la Brigada Móvil N° 2 entregó otros cuatro nuevos cadáveres, resultado de los supuestos enfrentamientos del día 27 de enero de 1993, y nuevamente la SIJIN realizó el levantamiento de los mismos. El 21 de mayo de 1993, en el cementerio de Ocaña se practicó la exhumación de los cadáveres de los cuatro últimos muertos, reconociéndose, entre ellos, el cadáver de Luis Ernesto Ascanio Ascanio por familiares de este. El informe forense contenía que uno de los cadáveres entregados en el hospital el 18 de enero presentaba varios orificios de proyectil de arma de fuego con presencia de quemaduras de pólvora. Asimismo en las actas de levantamiento de los cadáveres, de 21 de mayo de 1993, los agentes de la SIJIN afirmaron que los cadáveres estaban vestidos con uniformes de uso privativo de la Policía Nacional.

2.5 Los familiares de las víctimas, así como las ONG que les asisten, pusieron los hechos en conocimiento de las autoridades judiciales penales, contencioso-administrativas, disciplinarias y administrativas, tanto locales, provinciales como nacionales. Entre los días 15 de enero y 1° de febrero de 1993, los familiares denunciaron la desaparición de los miembros de sus respectivas familias ante la Procuraduría Provincial de Ocaña. Asimismo, presentaron una denuncia contra la Brigada Móvil N° 2 ante la misma Procuraduría, por abuso de poder, y llevaron a cabo varias gestiones ante la Procuraduría Provincial de Ocaña, la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas de la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía Regional de Cúcuta. El alcalde de Hacari, mediante oficio, solicitó al Comandante de la Brigada que investigara los hechos y que ordenara la puesta en libertad de los campesinos. El alcalde del municipio de la Playa, elevó denuncias ante las autoridades competentes por los hechos ocurridos en su municipio, perpetrados por la Brigada Móvil N° 2: violencia contra la familia Ascanio Ascanio y la desaparición de Luis Ernesto Ascanio Ascanio. Los miembros de las familias Ascanio, Sánchez y Quintero fueron objeto de múltiples hostigamientos tras los hechos denunciados, por lo que se vieron obligados a abandonar la región y a desplazarse por diversos lugares del territorio nacional colombiano.

2.6 El 15 de julio de 1993, tras haber recibido información de los familiares, el personero municipal de Hacari encargado del caso presentó un informe en el cual concluyó que no le era posible "individualizar" a los autores del secuestro de Gustavo Coronel Navarro y Ramón Villegas Téllez, pero que sí podía determinar que eran miembros de la Brigada Móvil N° 2.

2.7 Solo la familia de Luis Ernesto Ascanio Ascanio presentó personalmente la correspondiente denuncia ante la Fiscalía Seccional de Ocaña en febrero de 1993. Los hechos relativos a las demás víctimas fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía por una de las ONG debido al temor que sentían las demás familias para acudir a las oficinas judiciales de Ocaña. Las dili-

gencias preliminares fueron acumuladas en el expediente N° 4239 y trasladadas por competencia a la jurisdicción militar en abril de 1995. Desde el 30 de agosto de 1995, los familiares intentaron varias veces que la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación asumiera los procesos penales, solicitud que fue rechazada, alegando que el asunto correspondía a la jurisdicción militar.

2.8 La jurisdicción penal militar inició varias indagaciones preliminares por los hechos descritos. El Juez 47 de Instrucción Penal Militar adscrito a la Brigada Móvil N° 2 abrió las indagaciones preliminares Nos. 27, 30 y 28² que figuran en el expediente N° 979, y calificó en todo momento los hechos de "muerte en combate".

2.9 El 3 de julio de 1996, estando la Brigada Móvil N° 2 en la ciudad de Fusagasuga (Cundinamarca), la familia de Luis Ernesto Ascanio Ascanio consiguió presentar la demanda para constituirse en parte civil. Hasta la fecha de la comunicación inicial, no se le había notificado ninguna decisión judicial al respecto³.

2.10 Los autores señalan que la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación abrió el expediente N° 2291-93/DH por los hechos, tras las quejas presentadas por los familiares ante la Procuraduría Provincial de Ocaña y designó a varios funcionarios de la Procuraduría para llevar a cabo la investigación. El 22 de febrero de 1993, un informe preliminar de los funcionarios de la Procuraduría a cargo de la investigación señaló las contradicciones existentes entre las versiones de los familiares y las de los militares, así como las trabas y dificultades para desarrollar su labor que les había puesto el titular del Juzgado N° 47 de Instrucción Penal Militar. Sugirieron que se practicaran nuevas pruebas y que se iniciara una investigación disciplinaria contra el Juez 47 de Instrucción Penal Militar.

2.11 El Director de la Oficina de Investigaciones Especiales ordenó una nueva investigación, que incluía una orden para investigar también la conducta del Juez 47 de Instrucción Penal Militar. Los funcionarios investigadores rindieron varios informes al Director, uno de los cuales establecía, con relación a Luis Honorio Quintero Roperero, Ramón Emilio Roperero Quintero, Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez, que: "la autoría material está plenamente demostrada en cabeza de la Contraguerrilla C del Batallón 17 Motilones de la Brigada Móvil N° 2 al mando del Capitán Serna Arbeláez Mauricio".

2.12 El 29 de junio de 1994, en su informe final, los funcionarios comisionados para la investigación establecieron que estaba plenamente probado que los campesinos habían sido detenidos por efectivos del Batallón de Contraguerrilla N° 17 "Motilones" de la Brigada Móvil N° 2, con ocasión de un operativo militar reali-

² Iniciadas respectivamente el 25 de enero, 2 de febrero y 10 de febrero de 1993.

³ Igualmente, hasta la fecha de hoy, no se tiene constancia de que se les haya notificado ninguna decisión judicial.

zado en cumplimiento de la orden fragmentaria N° 10 del comandante de dicha unidad castrense; que los campesinos habían sido vistos con vida por última vez cuando estaban en poder de los militares apareciendo muertos posteriormente en dos supuestos enfrentamientos con tropas militares. Asimismo, constataron que el menor de edad Luis Ernesto Ascanio Ascanio había sido visto con vida por última vez a unos 15 minutos a pie de su casa cuando se dirigía a esta y que el joven había aparecido muerto tras otro supuesto enfrentamiento con tropas militares. Los funcionarios investigadores identificaron a los comandantes, oficiales, suboficiales y soldados que integraban las patrullas que habían capturado a los campesinos y ocupado la vivienda de la familia Ascanio. El informe concluyó que "... con base en las pruebas alegadas se encontraría desvirtuada la verificación de combates en los que pudieran haber intervenido las víctimas toda vez que estas ya se encontraban detenidas por tropas del Ejército Nacional, en forma por demás irregular; algunas de ellas presentan tatuajes lo que hace aún más evidente la condición de indefensión en la que se encontraban...". El informe recomendaba que las diligencias fueran trasladadas a la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares.

2.13 El 25 de octubre de 1994, la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares dio traslado del expediente por razones de competencia a la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos. En el auto de traslado se establece que "se ha logrado evidenciar... el completo estado de indefensión de las víctimas..., la corta distancia a la que recibieron los impactos con que fueron dados de baja y la detención previa a su deceso, lo que además de otros medios probatorios desvirtúa la existencia del presunto combate que se pretende establecer como circunstancia modal de las muertes registradas".

2.14 El 28 de noviembre de 1994, la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos abrió el expediente disciplinario N° 008-153713 e inició diligencias preliminares. El 26 de abril de 1996, comunicó a una de las ONG que la actuación aún se encontraba en indagación preliminar.

2.15 El 13 de enero de 1995, las familias de las víctimas interpusieron una demanda contra el Estado parte ante la jurisdicción contencioso-administrativa por las muertes de Luis Honorio Quintero Roper, Ramón Emilio Quintero Roper, Ramón Emilio Sánchez, Luis Ernesto Ascanio Ascanio, Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Villegas Téllez; las demandas fueron admitidas a trámite entre el 31 de enero y el 24 de febrero de 1995.

La denuncia

3.1 Los autores afirman que los hechos expuestos constituyen una violación por Colombia del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al haber privado de la vida arbitrariamente a las siete víctimas.

3.2 Los autores alegan una violación del artículo 7 del Pacto por la tortura padecida por las víctimas, tras ser detenidos arbitrariamente y antes de ser asesinados.

3.3 Los autores sostienen que la detención de las víctimas por parte de las fuerzas militares sin ninguna clase de orden de arresto constituye una violación del artículo 9 del Pacto.

3.4 Los autores alegan asimismo una violación del artículo 17 del Pacto por cuanto que, al ser aprehendidos en sus domicilios familiares, fueron violentados sus derechos a la intimidad y a la no injerencia en su vida familiar.

3.5 Los autores alegan una violación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que el Estado parte no proporciona un recurso efectivo en los casos en los que incumple su obligación de garantizar los derechos protegidos en el Pacto.

3.6 Los autores argumentan que, ante la naturaleza de los derechos conculcados, así como la gravedad de los hechos, solo se pueden considerar como recursos efectivos aquellos de naturaleza judicial, no así los de naturaleza disciplinaria, siguiendo la jurisprudencia del Comité al respecto⁴. Del mismo modo, los autores consideran que los tribunales castrenses no pueden ser considerados como un recurso efectivo en consonancia con lo exigido por el párrafo 3 del artículo 2, ya que en la justicia castrense los implicados son juez y parte. Así, se da la incongruencia de que el Juez de Primera Instancia de lo Penal Militar es el Comandante de la Brigada Móvil N° 2, quien es a su vez el responsable del operativo militar que dio lugar a los hechos que se denuncian.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En sus comunicaciones de 11 de febrero y 9 de junio de 1998, el Estado parte solicita la declaración de inadmisibilidad de la denuncia en vista de que los recursos previstos en la jurisdicción interna no han sido agotados, tal como exige el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4.2 El Estado parte mantiene que la interposición de acciones y la presentación de denuncias ante las autoridades de investigación, control y enjuiciamiento del Estado, que se señala en la comunicación de los autores al referirse al agotamiento de los recursos internos, constituye el fundamento para la iniciación de los respectivos procesos, pero no determina *per se* el agotamiento de dichos recursos.

4.3 Asimismo, el Estado parte señala que varios procesos se encuentran en curso, por lo que se puede concluir que los recursos de la jurisdicción interna no se

⁴ Véanse las decisiones adoptadas en los casos N° 563/1993 (*Nydia Bautista de Arellana c. Colombia*), el 27 de octubre de 1995, párr. 8.2, y N° 612/1995 (*Arhuacos c. Colombia*), el 29 de julio de 1997, párr. 8.2.

han agotado. Los procesos en curso que se mencionan son los siguientes:

– En materia penal existe un proceso en etapa de instrucción adelantada por el Juzgado N° 47 de Instrucción Penal Militar. El recurso penal avanza en una de las etapas más importantes, la de instrucción, en la cual se han llevado a cabo diversas actuaciones tales como declaraciones, reconocimiento fotográfico, exhumaciones, visitas especiales al lugar de los hechos y demás sitios circunvecinos.

– El Gobierno nacional ha solicitado a la Procuraduría General de la Nación, a la luz de la sentencia C-358 de la Corte Constitucional, evaluar la posibilidad de trasladar el proceso penal a la justicia ordinaria.

– En materia disciplinaria, la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos abrió el expediente disciplinario N° 008-153713, con el fin de investigar disciplinariamente a los militares supuestamente implicados.

– En materia contencioso-administrativa (véase en este sentido el párrafo 2.15), se han iniciado acciones de reparación directa, que se están tramitando ante la justicia contencioso-administrativa y cuyo propósito es obtener por parte del Estado una indemnización por los perjuicios que este pudiere haber causado a un particular en ejercicio de su gestión a través de alguno de sus agentes, lo cual puede conducir a una declaración de responsabilidad institucional del Estado por los hechos denunciados.

4.4 Según el Estado parte, los autores de la comunicación aducen que "las familias y ONG recurrieron a todas las instancias posibles y agotaron todas las vías jurídicas a su alcance", pero no explican de qué manera esas instancias a las cuales acudieron están realizando su función. Los propios autores se refieren a "la gran información recaudada por las autoridades investigadoras", lo cual confirma el planteamiento del Gobierno de que la rama jurídica del Estado ha trabajado en el caso y continúa con su labor.

4.5 El Gobierno no comparte la idea de los autores de que "el caso está sumido en la más honda impunidad". Los recursos en sí no pueden ser calificados como ineficaces, ni puede generalizarse su presunta ineficacia sobre la base de dificultades que se presentan tanto a las autoridades como a los familiares de las víctimas en el ejercicio de los mismos. Así, la hermana de una de las víctimas presentó ante la Dirección Nacional de Fiscalías una solicitud para que se declarara una colisión de competencias y el proceso pasara de la justicia penal militar a la justicia ordinaria. Esta solicitud no pudo ser atendida y se rechazó, simplemente porque se había dirigido a una autoridad administrativa —no judicial— a la que no corresponde atender ese tipo de solicitud. Debe quedar claro que esto no significa denegación y que las dificultades y demoras en la tramitación de los recursos no pueden ser interpretadas como "impunidad" por parte del Estado.

5.1 En sus comunicaciones de 30 de marzo y 19 de octubre de 1998, los autores sostienen que no basta la mera existencia formal de una vía procesal para enmendar quebrantamientos al régimen de derechos humanos, sino que se requiere que tales recursos sean idóneos en orden a proteger el derecho conculcado o, en su defecto, a reparar el daño causado. Asimismo no mencionan que, según el Comité de Derechos Humanos, tratándose de delitos particularmente graves, solo recursos internos de naturaleza judicial penal pueden ser entendidos como recursos efectivos en términos del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto⁵. Igualmente señalan que según el Comité, los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario no pueden considerarse suficientes y efectivos.

5.2 Con relación al procedimiento disciplinario, los autores sostienen que este es un mecanismo de autocontrol de la función pública y busca asegurar que esta sea rectamente desempeñada.

5.3 Según los autores, el proceso contencioso-administrativo solo versa sobre un aspecto del derecho a la reparación: el daño emergente y el lucro cesante que la víctima ha sufrido a causa de la exacción de un agente del Estado o la falla del servicio público. Otros aspectos del derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos, como el derecho a una protección de la familia de la víctima⁶, no quedan amparados por las decisiones de los tribunales administrativos o del Consejo de Estado. Desde ese punto de vista, la jurisdicción contencioso-administrativa no garantiza el derecho a la reparación en su total dimensión.

5.4 Con relación al argumento del Estado parte de que el Gobierno nacional ha solicitado a la Procuraduría General de la Nación, a la luz de la sentencia C-358 de la Corte Constitucional, evaluar la posibilidad de trasladar el proceso penal militar a la justicia ordinaria, los autores consideran que:

– La posibilidad de que el proceso penal adelantado por las autoridades castrenses sea trasladado a la jurisdicción ordinaria no es un hecho cierto sino una eventualidad. En situaciones similares los tribunales militares se han negado a acatar la decisión de la Corte Constitucional;

– Pese a existir la sentencia 358/97 de la Corte Constitucional, por medio de la cual se declararon inconstitucionales varios artículos del Código de Justicia Penal Militar, la norma constitucional que regula el fuero militar sigue vigente y su ambigua redacción permite que violaciones de derechos humanos cometidas por miembros del ejército sean de competencia de los tribunales castrenses;

– La familia Ascanio Ascanio formuló tal pedido de traslado a la jurisdicción ordinaria en consideración a la sentencia 358/97 de la Corte Constitucional y obtuvo una respuesta negativa por parte de la Fiscalía General de la Nación;

⁵ Véase nota 4.

⁶ CCPR/C/D/563/1993, párr. 10.

– Fue la propia Fiscalía General de la Nación, sin ninguna explicación jurídicamente válida, quien decidió trasladar al fuero militar las diligencias preliminares tramitadas en este caso.

5.5 Con relación al argumento del Estado parte de que las instancias a las que acudieron los familiares de las víctimas han "realizado su función", los autores establecen que esta afirmación es ajena a la verdad, toda vez que en las comunicaciones enviadas se ha identificado cada una de las instancias estatales a las que se ha recurrido y se ha señalado el estado de las actuaciones que estas han tramitado.

5.6 El proceso penal permanece en la jurisdicción penal militar sin que los familiares de las víctimas hayan podido constituirse en parte civil. El 27 de febrero de 1998, la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos, de la Procuraduría General de la Nación, ordenó el archivo definitivo de la investigación disciplinaria tramitada contra algunos de los autores de los hechos del caso. La decisión de la Procuraduría se fundamentó en que uno de los oficiales implicados había muerto y que, con respecto de los demás, la acción disciplinaria se hallaba prescrita al tenor de la Ley N° 200 de 1995, artículo 34, que estipula un plazo de cinco años para la prescripción en materia disciplinaria.

5.7 Por último, los autores reiteran que el único recurso interno idóneo es el proceso penal que en este caso se encuentra en trámite ante la jurisdicción penal militar. A raíz de la doctrina del Comité y otros órganos de protección internacional de derechos humanos, en Colombia los tribunales militares no pueden ser considerados como recurso efectivo en materia de violaciones de derechos humanos cometidas por miembros del ejército. Aun cuando se considerara el proceso penal militar un recurso idóneo, han pasado más de cinco años desde que la jurisdicción penal militar iniciara las diligencias penales sin que se conozca resultado alguno. El Código Penal Militar colombiano prevé un término máximo de 30 días para perfeccionar la investigación preliminar (art. 552), y de 60 días para perfeccionar el sumario cuando hayan dos o más delitos o procesados (art. 562). El juicio, según los distintos incidentes procesales posibles, debe desarrollarse en un plazo no superior a los dos meses (arts. 652 a 681), y debe tramitarse bajo la figura del Consejo Verbal de Guerra si se trata de delitos contra la vida y la integridad de la persona (art. 683). El procedimiento ante la jurisdicción penal militar ha rebasado estos términos.

Examen de la admisibilidad

6.1 En su 70° período de sesiones, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación y comprobó que, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el mismo asunto no había sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.2 En relación al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité consi-

deró que la prolongación del procedimiento judicial relativo a las investigaciones de las muertes y la acusación de los autores fue injustificada. Asimismo, recordó que cuando se trata de delitos graves, como sucede con el caso de violaciones de derechos fundamentales, en particular del derecho a la vida, los recursos puramente administrativos y disciplinarios no pueden considerarse suficientes y efectivos. Asimismo, el Comité determinó que los procedimientos de compensación se prolongaron irrazonablemente.

6.3 En fecha 13 de octubre de 2000, el Comité declaró la comunicación admisible y consideró que los hechos presentados suscitan cuestiones relacionadas con los artículos 6, 7, 9 y 17, conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo y comentarios de los autores

7.1 En sus observaciones de 3 de mayo y 20 de septiembre de 2001, el Estado parte retoma sus argumentos sobre la admisibilidad reiterando que no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna y que no puede equipararse esta situación a una denegación de justicia.

7.2 El Estado parte señala que la Fiscalía General de la Nación ha comunicado que la Fiscalía Especializada ante los Jueces Penales Especializados, Unidad de Terrorismo 51-3, ha investigado las muertes de Gustavo Coronel Navarro y otros, con el expediente N° 15282. Hasta la fecha los resultados han sido los siguientes:

– La Procuraduría General de la Nación estimó el 19 de febrero de 1999 que la investigación debería ser asumida por la justicia ordinaria, disponiéndose su envío inmediato a esta. El 18 de septiembre de 2000, la Dirección Nacional de Fiscalías ordenó asignar el expediente N° 15282 a la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos, con el fin de que prosiguiera con la actuación. Dicha Unidad Nacional de Derechos Humanos devolvió el expediente N° 15282 a la Unidad de Fiscalías por considerar que no era de su competencia. Finalmente la Fiscalía Especializada, mediante oficio de 15 de febrero de 2001, comunicó que había dado respuesta a la solicitud de información por parte de ASFADDES⁷.

– El 22 de marzo de 2001, la Fiscalía Especializada ordenó oír en "versión libre" a dos de los presuntos responsables, el Capitán Mauricio Serna Arbeláez y Francisco Chilito Walteros, encargando de ello al Juez 47 de Instrucción Penal Militar.

⁷ La carta de respuesta a ASFADDES (Asociación de familiares de detenidos desaparecidos), copia de la cual se halla a disposición de la Secretaría, explica que durante la investigación preliminar se han recogido testimonios de todas las personas que de alguna manera han conocido los hechos y se han aportado pruebas. Asimismo, explica que por el momento se está analizando a quién le corresponde la competencia para el desarrollo del trámite.

7.3 En lo que se refiere al fondo del asunto, el Estado parte pide al Comité de Derechos Humanos que se abstenga de examinar el fondo del caso ya que en el ámbito de la jurisdicción interna se encuentran en curso las decisiones para la protección de los derechos de quienes demandan.

7.4 El Estado parte reitera que la investigación penal se encuentra en fase de instrucción y que en ningún momento las autoridades la han archivado o suspendido. En suma, no puede decirse que el Estado parte haya incurrido en alguna violación de normas internacionales, ya que ha desplegado todos sus recursos de la jurisdicción interna para la obtención de resultados.

7.5 Por último, el Estado parte sostiene que existe una contradicción en los argumentos que los autores han presentado en la decisión del Comité sobre la admisibilidad.

8.1 En sus comentarios de 13 de julio y 27 de noviembre de 2001, los autores responden a las observaciones del Estado parte y constatan que este no ha respondido en ningún momento por lo que se refiere al fondo de la comunicación. En cuanto a las siete víctimas, incluido entre ellas un menor, según los autores, el Estado parte no ha refutado que seis de ellas fueron detenidas ilegalmente, torturadas, desaparecidas y posteriormente ejecutadas, y que otra más fue desaparecida por unidades del Batallón de Contraguerrillas N° 17 "Motilones", adscrito a la Brigada Móvil N° 2 del Ejército Nacional de Colombia. Tampoco el Estado parte controvierte la existencia de los allanamientos ilegales realizados a las residencias de las familias de las víctimas asesinadas y desaparecidas ni que varios de sus moradores fueron detenidos ilegalmente. Asimismo, nada dice sobre el asesinato de varios miembros de la familia Ascanio por presuntos paramilitares ni sobre el permanente hostigamiento del que fueron víctimas los familiares y miembros de ONG que denunciaron los hechos.

8.2 Según los autores, las observaciones del Estado parte evidencian que las investigaciones, a lo largo de los ocho años, han permanecido en fase preliminar. Por otra parte, el traslado de las diligencias penales militares a la justicia ordinaria fue solicitado el 19 de febrero de 1998 por la Procuraduría Judicial Penal de la Procuraduría General de la Nación. El 13 de mayo de ese mismo año, el Juzgado N° 47 de Instrucción Penal Militar acogió tal solicitud y ordenó dar traslado de las diligencias previas a la Fiscalía Regional de Ocaña. Las investigaciones penales por los hechos se encuentran actualmente en trámite en la Subunidad Tercera de Terrorismo de la Fiscalía Delegada ante los jueces penales del circuito especializados de la Fiscalía General de la Nación.

8.3 Los autores afirman que resulta paradójica la decisión de oír en "versión libre" al Capitán Mauricio Serna Arbeláez puesto que este murió en agosto de 1994, como indica el párrafo 5.6 *supra*. Finalmente, exponen los autores que resulta extraño que los demás militares implicados en los hechos no solo no hayan sido imputados sino que tampoco fueran suspendidos en

sus funciones mientras se desarrollaban las investigaciones y que incluso fueran después ascendidos en grado militar.

8.4 En cuanto al proceso contencioso-administrativo entablado por las familias de las víctimas, el Tribunal Administrativo de Santander denegó las peticiones de indemnización el 29 de septiembre de 2000.

8.5 Por último, los autores reiteran que el hecho de que el Estado parte mantenga silencio respecto de los hechos y las violaciones objeto de la comunicación, así como de la denegación de un recurso efectivo ante estas graves violaciones, solo puede ser interpretado como una aceptación de los hechos.

Deliberaciones del Comité

9.1 El Comité ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información facilitada por las partes de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, y ha tomado nota de que el Estado parte sigue manteniendo que no se han agotado todos los recursos internos y que varios procesos se encuentran aún pendientes. El Comité estima que la aplicación de los recursos internos en este caso se ha prolongado indebidamente y que, por consiguiente, puede examinar la comunicación en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 El Comité señala que el Estado parte no ha facilitado más información sobre los hechos relativos al caso. A falta de respuesta del Estado parte, debe darse la debida consideración a las denuncias de los autores, en la medida en que estén fundamentadas.

9.3 Con respecto a las alegaciones de los autores de que existió una violación del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto, el Comité observa que, según los autores, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación estableció en su informe final de 29 de junio de 1994 la responsabilidad de los agentes del Estado en la detención y desaparición de las víctimas. Asimismo, la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación, en su decisión de 27 de febrero de 1998, que el Comité ha tenido a la vista, reconoció que las Fuerzas de Seguridad del Estado detuvieron y dieron de baja a las víctimas. Teniendo en cuenta, además, que el Estado parte no ha impugnado estos hechos ni ha tomado las medidas necesarias contra los responsables del asesinato de las víctimas, el Comité concluye que el Estado parte no respetó ni garantizó el derecho a la vida de Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Roperero, Luis Honorio Quintero Roperero, Ramón Villegas Téllez y Luis Ernesto Ascanio Ascanio, en violación del párrafo 1 del artículo 6.

9.4 En lo que respecta a la reclamación en virtud del artículo 9 del Pacto, el Comité observa las alegaciones de los autores de que las detenciones fueron ilegales ya que no existía orden de detención ni de captura. Teniendo en cuenta que el Estado parte no ha desmen-

tido este hecho y considerando la queja suficientemente fundamentada a la luz de los documentos mencionados en el párrafo 9.3, el Comité concluye que ha existido una violación del artículo 9 del Pacto con respecto a las siete víctimas.

9.5 En lo que se refiere a las alegaciones de los autores de que existió una violación del artículo 7 del Pacto, el Comité observa que en la misma decisión de 27 de febrero de 1998, mencionada en los párrafos anteriores, la Procuraduría reconoció que las víctimas Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Luis Ernesto Ascanio Ascanio y Luis Honorio Quintero Roperó habían sido sometidas a tratos incompatibles con el artículo 7. Teniendo en cuenta las circunstancias de la desaparición de las cuatro víctimas y que el Estado parte no ha desmentido el hecho de que fueran sometidas a tratos incompatibles con dicho artículo, el Comité concluye que las cuatro víctimas han sido objeto de una clara violación del artículo 7 del Pacto.

9.6 Sin embargo, en lo que se refiere a las alegaciones relativas a Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Roperó y Ramón Villegas Téllez, el Comité considera que no cuenta con suficiente información para determinar que haya existido una violación del artículo 7 del Pacto.

9.7 En lo que respecta a la reclamación del artículo 17 del Pacto, el Comité debe determinar si las condiciones concretas en que se produjo el allanamiento de la vivienda de las víctimas y sus familias constituyen una violación de dicho artículo. El Comité toma nota de las alegaciones de los autores de que tanto los allanamientos como las detenciones fueron realizados de forma ilegal, puesto que los militares no contaban con una orden de registro ni de arresto. Tiene en cuenta, igualmente, las declaraciones concordantes de testigos recogidas por la Procuraduría General de la Nación que ilustran sobre los procedimientos efectuados en forma ilegal en los domicilios privados donde se encontraban las víctimas. Asimismo, considera que el Estado parte no ha proporcionado ninguna explicación al respecto para justificar la actuación descrita. En consecuencia, el

Comité concluye que ha existido una violación del párrafo 1 del artículo 17 en cuanto se ha producido una injerencia ilegal en el domicilio de las víctimas y sus familias o en los que se encontraban las víctimas, incluido el domicilio del menor Luis Ernesto Ascanio Ascanio, a pesar de no encontrarse en ese momento en el mismo.

9.8 El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se han expuesto constituyen violaciones del párrafo 1 del artículo 6, del artículo 7 en lo que respecta a Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Luis Ernesto Ascanio Ascanio y Luis Honorio Quintero Roperó, del artículo 9 y del artículo 17 del Pacto.

10. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a los familiares de las víctimas un recurso efectivo, que incluya una indemnización. El Comité insta al Estado parte a finalizar sin demora las investigaciones sobre la violación de los artículos 6 y 7 y a acelerar las actuaciones penales contra las personas responsables de los mismos ante los tribunales penales ordinarios. El Estado parte tiene la obligación de procurar que no ocurran violaciones análogas en el futuro.

11. Teniendo en cuenta que, al adherirse al Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si se ha violado el Pacto y que, conforme al artículo 2 de este, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo y aplicable en el caso de que se haya comprobado una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información acerca de las medidas adoptadas para llevar a la práctica el dictamen del Comité. Se pide también al Estado parte que publique el presente dictamen.

Comunicación N° 781/1997

Presentada por: Azer Garyverdy ogly Aliev

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Ucrania

Fecha de aprobación del dictamen: 21 de septiembre de 1997

Asunto: Pena de muerte impuesta tras un juicio sin las debidas garantías

Cuestiones de procedimiento: Grado de fundamentación de la reclamación – Condición de víctima – Incompatibilidad *ratione materiae*

Cuestiones de fondo: Derecho a la vida – Juicio con las debidas garantías – Derecho a la defensa – Derecho a una representación letrada adecuada

Artículos del Pacto: 6; 7; 10; 14, párrafos 1, 3 d), e) y g), y 5; y 15

Artículos del Protocolo Facultativo: 1, 2 y 3

Conclusión: Violación (artículo 14, párrafos 1 y 3 d))

1.1 El autor de la comunicación es el Sr. Azer Garyverdy ogly Aliev, ciudadano azerbaiyano, nacido el 30 de agosto de 1971. Cuando se presentó la comunicación, el autor estaba preso en el centro de detención provisional (SIZO) de Donetsk (Ucrania), pendiente de ejecución de la pena capital. El autor afirma ser víctima de la violación por Ucrania¹ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si bien no invoca ninguna disposición concreta del Pacto, la comunicación parece plantear cuestiones relacionadas con los artículos 6, 7 y 10, el párrafo 1 y los apartados d), e) y g) del párrafo 3 y el párrafo 5 del artículo 14 y el artículo 15 del Pacto. No está representado por un abogado.

1.2 El 24 de noviembre de 1997, con arreglo al artículo 86 del reglamento, el Comité pidió al Estado parte que no ejecutara la pena de muerte contra el autor mientras se estuviera examinando su comunicación. El 30 de septiembre de 2002 el Estado parte informó al Comité de que el 26 de junio de 2000 se había conmutado la pena de muerte impuesta al autor por la de cadena perpetua.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 8 de junio de 1996, en la ciudad de Makeevka (Ucrania), y tras haber consumido gran cantidad de alcohol, el autor, el Sr. Krutovertsev y el Sr. Kot tuvieron una discusión en un apartamento, que degeneró en pelea. Una cuarta persona, el Sr. Goncharenko, fue testigo del incidente. Según el autor, el Sr. Kot y el Sr. Krutovertsev le dieron una paliza. El Sr. Krutovertsev lo golpeó además con una botella vacía. Al defenderse, el

autor hirió de gravedad con un cuchillo al Sr. Kot y al Sr. Krutovertsev y a continuación huyó.

2.2 El autor declara que poco después se puso en contacto con la esposa del Sr. Krutovertsev para informarle del incidente y para que pidiera auxilio. Según el autor, al oírlo, la Sra. Krutovertseva comenzó a pegarle. El autor entonces le rajó la cara a la Sra. Krutovertseva con un cuchillo y luego volvió a su apartamento, donde su esposa y unos vecinos le proporcionaron los primeros auxilios.

2.3 El 8 de junio de 1996 el autor explicó el incidente a un oficial de la policía judicial, el Sr. Volkov, quien le ordenó entregar 15.000 dólares para sobornar a la policía y a la fiscalía. El autor solo reunió 5.600 dólares. El autor hizo una declaración escrita en el automóvil del Sr. Volkov. Al parecer, cuando se enteró de que, una de las víctimas había fallecido, el policía le dijo que, si no encontraba la suma necesaria para las 14.00 horas, tendría problemas.

2.4 Ese mismo día por la tarde el autor y su esposa salieron de la ciudad para esconderse en el pueblo de su suegra, mientras que su padre trataba de reunir la suma exigida. A su regreso, fueron detenidos por la policía el 27 de agosto de 1996 y conducidos a la comisaría, donde fueron interrogados a lo largo de cuatro días, durante los cuales, según el autor, no les dieron de comer. El autor sostiene que el Sr. Volkov y otros funcionarios le impusieron castigos físicos, por ejemplo, privándolo de oxígeno mediante una máscara antigás que le ponían, con objeto de obligarle a confesar una serie de delitos aún no resueltos. Al parecer, a la esposa del autor, que estaba embarazada, también la golpearon y le cubrieron la cabeza con una bolsa de plástico, haciéndole perder el conocimiento. Para que liberaran a su esposa, el autor firmó todos los documentos que le presentaron, sin leerlos.

2.5 Los funcionarios de policía dejaron que su esposa se fuera tras prometer que no divulgaría lo sucedido durante la detención, pues de lo contrario matarían a su marido y ella volvería a la cárcel. Al sufrir un aborto, la esposa del autor decidió reunir las pruebas médicas con la intención de presentar una denuncia, siendo amenazada de nuevo, según se afirma, por el Sr. Volkov y otro funcionario. Por su parte, el autor declara que se quejó ante un fiscal el 31 de enero de 1997, pero que este le aconsejó que presentara sus alegaciones durante el proceso.

2.6 El autor estuvo detenido durante cinco meses sin tener acceso a un abogado; declara que no fue examinado ni por un psiquiatra forense, a pesar de su historial médico, ni por un médico. Cuando se llevó a cabo la

¹ El Pacto entró en vigor para el Estado parte el 23 de marzo de 1976, y el Protocolo Facultativo el 25 de octubre de 1991.

reconstrucción de los hechos, el autor solo pudo participar en lo que se refería al Sr. Krutovertsev y el Sr. Kot.

2.7 La vista se celebró ante el Tribunal Regional de Donetsk. Según el autor, el tribunal solo oyó a los testigos presentados por la Sra. Krutovertseva, todos ellos vecinos y amigos de esta.

2.8 El autor declara que, aunque el fiscal había pedido una pena de 15 años de prisión, el 11 de abril de 1997 el tribunal lo declaró culpable del asesinato del Sr. Krutovertsev y del Sr. Kot y de tentativa de asesinato de la Sra. Krutovertseva y lo condenó a muerte. El 28 de abril de 1997 el autor presentó recurso ante el Tribunal Supremo. Asegura que el Tribunal Regional de Donetsk no tramitó su recurso de apelación y que lo anuló ilegalmente. En este sentido, el autor observa que el fiscal había solicitado la anulación del fallo y la remisión de la causa por no haberse respetado ciertas disposiciones del Código de Procedimiento Penal, enunciadas en el artículo 334.

La denuncia

3.1 El autor afirma que fue condenado a muerte sin tener en cuenta que, en virtud de los artículos 3 y 28 de la Constitución de Ucrania, se había abolido legalmente la pena capital, lo cual hacía que la sentencia fuera inconstitucional y no aplicable, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 6 del Pacto.

3.2 Las alegaciones del autor de que durante su detención él mismo y su esposa fueron víctimas de torturas y malos tratos infligidos por la policía con el fin de obtener confesiones, pueden constituir violaciones del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14, y de los artículos 7 y 10, considerados conjuntamente con el artículo 6 del Pacto.

3.3 El autor asegura que no tuvo un juicio imparcial por las siguientes razones. Tras su detención, fue interrogado durante cuatro días por policías de una comisaría cuyo jefe era hermano de uno de los fallecidos, y los cargos que se le imputaron eran incoherentes, la policía y el fiscal fueron parciales al exponer los hechos y el tribunal solo convocó a los testigos de cargo y a las víctimas. El autor afirma que, al examinar su expediente, descubrió que las páginas no estaban encuadernadas ni numeradas o fijadas de algún modo, lo que permitía retirar documentos para disimular actos ilegales y vicios de procedimiento, y que el Tribunal Regional no transmitió su apelación al Tribunal Supremo. Todo ello puede constituir una violación del párrafo 1, el apartado e) del párrafo 3 y el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

3.4 El autor afirma que no tuvo acceso a un abogado durante los cinco meses siguientes a su detención, del 27 de agosto de 1996 al 18 de diciembre de 1996; se sostiene que el 17 de julio de 1997 el Tribunal Supremo se pronunció en ausencia del autor y de su abogado, en violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.

3.5 Según el autor, el Tribunal Supremo confirmó una decisión ilegal, dado que la pena de muerte era incompatible con la Constitución de Ucrania de 1996. El 29 de diciembre de 1999 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la pena de muerte; desde esa fecha, la pena prevista en el artículo 93 del Código Penal es de 8 a 15 años de prisión. Ahora bien, tras las modificaciones del Código Penal de 22 de febrero de 2000, en lugar de procederse a "una revisión diligente" de su condena y a una modificación y reducción de la pena, el autor se encontró con una pena de prisión perpetua. En su opinión, ello constituye una violación de su derecho a beneficiarse de una pena más leve, ya que la pena prevista en la "ley transitoria", por decisión del Tribunal Constitucional (de diciembre de 1999), era de 8 a 15 años de prisión, mientras que después de las reformas del año 2000 el autor fue recluso de por vida.

3.6 El autor afirma además que, a pesar de su historial médico, no fue examinado por un psiquiatra y que tampoco le examinaron las heridas que le habían sido infligidas en el curso de los sucesos del 8 de junio de 1996.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo y comentarios del autor

4.1 En notas verbales de 26 de mayo de 1998 y de 20 de septiembre de 2002 el Estado parte presentó sus observaciones, afirmando que el caso no revelaba ninguna violación de los derechos reconocidos en el Pacto, ya que el autor había tenido un proceso justo y había sido condenado con arreglo a la ley.

4.2 El 9 de junio de 1996 la fiscalía de la ciudad de Makeevka abrió instrucción penal por el asesinato de los Sres. Krutovertsev y Kot y la agresión a la Sra. Krutovertseva. El 13 de junio de 1996 se dictó orden de detención contra el Sr. Aliev y su esposa, que fueron detenidos el 28 de agosto de 1996. El 11 de abril de 1997 el Tribunal Regional de Donetsk condenó a muerte al autor por homicidio intencional con agravantes y por robo de efectos personales con agravantes; el 17 de julio de 1997 el Tribunal Supremo confirmó la decisión. Tras las modificaciones de la legislación, el 26 de junio de 2000 el Tribunal Regional de Donetsk conmutó la pena capital del Sr. Aliev por la de cadena perpetua.

4.3 Según el Estado parte, el tribunal reconoció al autor culpable de haber dado muerte a las víctimas, de manera intencional y por venganza, con un cuchillo en una pelea. Posteriormente trató de asesinar a la esposa del Sr. Krutovertsev con fines de lucro, agrediendo e hiriéndola de gravedad, para robarle joyas. Volvió al lugar del crimen el mismo día para arrancar una cadena de oro del cadáver del Sr. Krutovertsev.

4.4 Las conclusiones de las indagaciones preliminares y de la investigación judicial ratificaron las pruebas del delito, que fueron confirmadas por varios testigos y por la inspección del lugar de los hechos, los indicios materiales y las conclusiones de los expertos.

4.5 El Estado parte afirma que los tribunales calificaron correctamente los actos del autor de delitos con arreglo a los artículos pertinentes del Código Penal. Considera que las alegaciones del autor en el sentido de que hirió al Sr. Krutovtsev y al Sr. Kot en legítima defensa quedaron refutadas por las pruebas del expediente y los tribunales. Teniendo en cuenta el carácter particularmente peligroso de los delitos, el tribunal estimó que el autor constituía un peligro excepcional para la sociedad y le impuso una pena excepcional.

4.6 Según el Estado parte, el Tribunal Supremo examinó la alegación de que el autor había sido sometido a métodos de investigación no autorizados y la juzgó sin fundamento. El Estado parte afirma que en el expediente no hay ningún elemento que permita concluir que se utilizaron métodos ilegales durante la investigación preliminar; el autor no presentó denuncia al respecto ante el Tribunal Regional de Donetsk. En las actas de audiencia no está registrada ninguna queja del Sr. Aliev acerca de la utilización de métodos de investigación ilegales o de otros actos ilegales de los investigadores. Solo después del fallo del Tribunal Regional adujo el autor en su recurso de casación que los investigadores lo habían obligado, al igual que a su esposa, a efectuar declaraciones falsas. El Estado parte observa que en ese momento el recurso de casación del abogado del autor no contenía tales alegaciones.

4.7 Por último, el Estado parte observa que no hay ningún motivo para impugnar las decisiones judiciales contra el autor y que este no presentó denuncia alguna ante la Fiscalía General por la supuesta ilegalidad de su condena.

5.1 El autor presentó sus comentarios acerca de las observaciones del Estado parte el 21 de abril de 2003. El autor reitera las alegaciones presentadas anteriormente y rechaza la calificación de la acusación y de los tribunales con respecto a sus actos. Entre otras cosas, declara que en la noche del 7 al 8 de junio de 1996 no dio muerte a los Sres. Kot y Krutovtsev sino que los hirió. Por último, pone en duda las declaraciones de los testigos "añadidas al expediente por los policías" y utilizadas por el tribunal.

5.2 El autor reitera que la investigación y los tribunales fueron parciales con él, dado que, cuando se cometió el delito, el jefe de la comisaría del distrito de Makeevka era hermano de una de las víctimas y la hermana de la otra víctima era jefa del departamento de tarjetas de identidad de la comisaría central de policía y, además, estaba casada con un juez. Al parecer, los policías presentaron otra cronología de los hechos para agravar la pena del autor.

5.3 En cuanto a las alegaciones de malos tratos que presuntamente sufrió, el autor explica que parte de su expediente penal estaba cubierto de su sangre. Reitera que los investigadores le pusieron una máscara antigás y obstruyeron la toma de aire para obligarlo a declarar contra sí mismo. También su esposa fue golpeada y sofocada. Declara que se quejó "a distintas autoridades" de haber sufrido violencia física, pero que fue en vano. Varios de sus compañeros de detención podrían testi-

moniar que tuvo marcas y hematomas debidos a los malos tratos.

5.4 El autor considera prueba de la parcialidad de los investigadores el que se haya abierto una investigación penal por el asesinato de los Sres. Kot y Krutovtsev el 9 de junio de 1996, cuando en realidad el Sr. Kot no falleció a consecuencia de las heridas sino el 13 de junio de 1996.

Deliberaciones del Comité

Decisión sobre la admisibilidad

6.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.3 El Comité observa que el autor interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo de Ucrania, que confirmó la decisión de la instancia inferior, y que el Estado parte no niega que el autor haya agotado los recursos internos. El Comité considera, en consecuencia, que el autor ha cumplido lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.4 Con respecto a la alegación del autor de que él y su esposa, durante su detención, sufrieron tratos inhumanos infligidos por los policías para obligarlos a declarar contra sí mismos, el Comité observa que el autor presentó la comunicación en su propio nombre, sin indicar si tenía un poder para actuar en nombre de su esposa ni explicar si esta última no podía presentar su denuncia personalmente. En virtud del párrafo 1 del Protocolo Facultativo y del apartado b) del artículo 90 del reglamento, el Comité decide que solo examinará las quejas que conciernen al autor.

6.5 En cuanto a la alegación del autor de que el tribunal lo condenó a muerte sin tener en cuenta que los artículos 3 y 28 de la Constitución de Ucrania de 1996 habían abolido la pena capital, el Comité señala que el Estado parte solo abolió la pena capital como consecuencia de la decisión del Tribunal Constitucional de 29 de diciembre de 1999 y de la modificación del Código Penal y el Código de Procedimiento Penal por el Parlamento el 22 de febrero de 2000, es decir, después de que se hubiera pronunciado una decisión definitiva al respecto. El Comité considera, por lo tanto, que el autor no justificó, a efectos de la admisibilidad, su alegación de que la imposición de la pena de muerte en 1997 había tenido lugar después de la abolición de la pena capital por el Estado parte. En consecuencia, esta parte de la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.6 El Comité observa que el autor declara, con respecto a sus alegaciones de malos tratos y de tortura, que se quejó a un fiscal el 31 de enero de 1997, el cual le aconsejó que presentara sus alegaciones durante el proceso. El Estado parte afirma que no se presentó esta alegación ante el Tribunal Regional de Donetsk y que el autor solo la planteó en su recurso de casación. El Comité señala que, en su fallo, el Tribunal Supremo la examinó y la consideró infundada. El Comité recuerda que en general corresponde a los tribunales de los Estados partes en el Pacto y no al Comité evaluar los hechos y las pruebas en un caso particular, a menos que resulte que las decisiones del tribunal sean manifiestamente arbitrarias o constituyan denegación de justicia. Ahora bien, ningún elemento de la información señalada al Comité a este respecto prueba que las decisiones de los tribunales ucranios o la conducta de las autoridades competentes fueran arbitrarias o que constituyeran denegación de justicia. Por lo tanto, esta parte de la comunicación es inadmisibles con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

6.7 En cuanto a las alegaciones del autor de que se le negó un juicio imparcial porque el hermano de uno de los fallecidos era el jefe de la comisaría donde fue interrogado por primera vez, el Comité observa en primer lugar que los documentos que obran en su poder no permiten concluir que esas alegaciones se hayan formulado ante las autoridades nacionales competentes. En segundo lugar, con respecto a la afirmación del autor de que los cargos que se le imputaban eran incoherentes, que la policía y la fiscalía mostraron parcialidad al exponer los hechos, que el tribunal citó únicamente a testigos de cargo y que los jueces eran claramente parciales, el Comité estima que estas alegaciones no están fundamentadas suficientemente a efectos de la admisibilidad. En consecuencia, el Comité declara que esta parte de la comunicación es inadmisibles a tenor del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.8 El autor alegó asimismo que el estado de su expediente se prestaba a manipulaciones destinadas a ocultar vicios de procedimiento; el Comité observa que el autor no ha precisado si presentó estas denuncias a las autoridades nacionales competentes. Tampoco ha afirmado que se falsificara su expediente. Por consiguiente, el Comité estima que esta alegación no se ha justificado para que resulte admisible y que no lo es a tenor del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.9 En cuanto a la alegación del autor de que el Tribunal Regional rechazó de manera ilegal su recurso de casación, el Comité observa que el Tribunal Supremo de Ucrania examinó su recurso de apelación y confirmó la decisión del Tribunal Regional el 17 de julio de 1997, decisión de la que el Estado parte ha facilitado copia. Al no disponer de ninguna otra información pertinente sobre el examen del recurso de casación del autor, el Comité estima que esta parte de la comunicación no es admisible a tenor del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.10 El Comité ha tomado nota de la afirmación del autor de que fue condenado a una pena más severa que

la prevista por la ley. El Estado parte refuta esta alegación y estima que los tribunales calificaron correctamente los actos del autor con arreglo al Código Penal y lo condenaron conforme a lo dispuesto en la ley. A la vista de las copias de las decisiones judiciales pertinentes facilitadas por el Estado parte y a falta de otra información que muestre que esas decisiones violaron de algún modo los derechos del autor reconocidos en el artículo 15 del Pacto, el Comité estima que los hechos expuestos no están suficientemente probados de acuerdo con los criterios de admisibilidad previstos en el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.11 Con respecto a la queja del autor por no haber tenido acceso a un abogado en los cinco primeros meses de la instrucción y por que el 17 de julio de 1997 el Tribunal Supremo resolviera estando ausentes él y su abogado, el Comité observa que el Estado parte no ha presentado objeción alguna en cuanto a la admisibilidad y procede por consiguiente a examinar el fondo de esta alegación, que puede plantear cuestiones en relación con el párrafo 1 y el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 y con el artículo 6 del Pacto.

6.12 El Comité procede por consiguiente a examinar las alegaciones declaradas admisibles a tenor del párrafo 1 y el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 y el artículo 6 del Pacto.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, según dispone el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 En primer lugar, el autor aduce que no contó con asistencia letrada durante los cinco primeros meses de detención. El Comité señala que el Estado parte no se pronuncia a este respecto; señala asimismo que en las copias de las resoluciones judiciales pertinentes no hay referencia a la denuncia de que el autor no había contado con asistencia letrada durante cinco meses, aun cuando él mismo había mencionado esta alegación en su queja ante el Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 1997. Habida cuenta de la naturaleza del caso y de las cuestiones examinadas a lo largo de ese período, como el interrogatorio del autor por funcionarios de policía y la reconstrucción de los hechos efectuada sin solicitar la participación del autor, el Comité estima que el autor habría debido tener la posibilidad de consultar a un abogado y de ser representado por él. En consecuencia, y dado que el Estado parte no ha presentado ninguna observación pertinente, el Comité estima que los hechos que se le han expuesto constituyen una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

7.3 En segundo lugar, el autor afirma que, posteriormente, el 17 de julio de 1997, el Tribunal Supremo celebró la vista de su causa en su ausencia y en ausencia de su abogado. El Comité observa que el Estado parte no ha rechazado esa alegación ni ha expuesto las razones de esa ausencia. Asimismo, constata que en la decisión de 17 de julio de 1997 no hay referencias a la

presencia del autor o de su abogado, pero sí a la presencia de un fiscal. Además, es irrefutable que el autor no contó con asistencia letrada en las primeras fases de las investigaciones. Habida cuenta de los hechos expuestos y de que el Estado parte no ha formulado ninguna observación pertinente, el Comité estima que las alegaciones del autor son dignas de crédito. También recuerda su jurisprudencia de que se debe poder contar con asistencia letrada en todas las fases del procedimiento penal, sobre todo en los casos en que el acusado puede ser condenado a la pena de muerte. En consecuencia, el Comité considera que los hechos expuestos ponen de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 14, así como una violación separada del apartado d) del párrafo 3 de ese mismo artículo.

7.4 El Comité estima que la imposición de la pena de muerte al concluir un juicio en que no se han respetado las disposiciones del Pacto constituye una violación del artículo 6 del Pacto si ya no es posible recurrir contra el veredicto. En el caso del autor, la condena definitiva a la pena capital se pronunció sin que se respetaran las disposiciones relativas a un proceso justo enunciadas en el artículo 14 del Pacto y, por lo tanto, infringiendo el artículo 6. No obstante, la infracción de este artículo quedó corregida con la conmutación de la pena de muerte por decisión del Tribunal Regional de Donetsk de 26 de junio de 2000.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo

Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del párrafo 1 y el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.

9. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. El Comité estima que, puesto que el autor no estuvo debidamente representado por un abogado en los meses siguientes a su detención y durante parte del proceso, aunque corría el riesgo de ser condenado a muerte, convendría considerar su puesta en libertad anticipada. El Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas en el futuro.

10. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutivo cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Asimismo, se pide al Estado parte que haga público el dictamen del Comité.

Comunicación N° 811/1998

Presentada por: Rookmin Mulai (representada por Nigel Hughes, de Hughes, Fields & Stoby)

Presunta víctima: Lallman Mulai y Bharatraj Mulai

Estado parte: Guyana

Fecha de aprobación del dictamen: 20 de julio de 2004

Asunto: Pena de muerte impuesta tras un juicio sin las debidas garantías

Cuestiones de procedimiento: Grado de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Derecho a la vida – Juicio con las debidas garantías – Igualdad de medios – Derecho a que se interrogue a los testigos de la defensa

Artículos del Pacto: 6, párrafo 2; y 14

Artículo del Protocolo Facultativo: 2

1.1 La autora de la comunicación es la Sra. Rookmin Mulai. Formula la comunicación en nombre de sus dos hermanos los Sres. Bharatraj y Lallman Mulai, ambos ciudadanos de Guyana, pendientes de ser ejecutados en la cárcel de Georgetown (Guyana). Alega que sus hermanos son víctimas de violaciones de derechos

humanos por parte de Guyana¹. Aunque la autora no

¹ El Protocolo Facultativo del Pacto entró en vigor para el Estado parte en el momento de su adhesión el 10 de agosto de 1993. El 5 de enero de 1999, el Gobierno de Guyana notificó al Secretario General que había decidido denunciar dicho Protocolo Facultativo con efecto a partir del 5 de abril de 1999, es decir, después de que la comunicación fuera presentada. En esa misma fecha, el Gobierno de Guyana se adhirió de nuevo al Protocolo Facultativo con una reserva: "Guyana se adhiere de nuevo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con una reserva al artículo 6 del Pacto en el sentido de que el Comité de Derechos Humanos no será competente para recibir y examinar comunicaciones de ninguna persona condenada a muerte por los delitos de asesinato y traición respecto de cualquier asunto relacionado con su acusación, detención, juicio, condena, sentencia o ejecución de la pena de muerte, ni de cualquier otra cuestión conexa. Al aceptar el principio de que los Estados no pueden en general utilizar el Protocolo Facultativo como un medio para formular reservas al propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Gobierno de Guyana insiste en que su reserva al Protocolo

alude a ningún artículo concreto del Pacto, la comunicación parece plantear cuestiones a tenor del párrafo 2 del artículo 6 y del artículo 14 del Pacto. Después de presentar la comunicación, la autora nombró a un abogado que, sin embargo, no ha podido presentar ninguna comunicación significativa ante la ausencia de respuestas del Estado parte.

1.2 El 9 de abril de 1998, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 86 del reglamento del Comité de Derechos Humanos, el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones pidió al Estado parte que no ejecutara la pena de muerte impuesta a los autores mientras el caso era examinado por el Comité.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 15 de diciembre de 1992, los Sres. Bharatraj y Lallman Mulai fueron acusados del asesinato de un tal Sr. Doodnauth Seeram, ocurrido entre el 29 y el 31 de agosto de 1992. Fueron declarados culpables y condenados a muerte el 6 de julio de 1994. El Tribunal de Apelación revocó la sentencia de muerte y ordenó la revisión del proceso el 10 de enero de 1995. Concluida esta revisión, Bharatraj y Lallman Mulai fueron de nuevo declarados culpables y condenados a la pena de muerte el 1º de marzo de 1996. El 29 de diciembre de 1997, la sentencia fue confirmada en apelación.

2.2 A juzgar por las pruebas del nuevo proceso, parece ser que la acusación se basaba en el hecho de que los Sres. Mulai habían tenido una discusión con un tal Sr. Seeram por unas vacas que pastaban en las tierras de este último. Durante la discusión, Bharatraj y Lallman Mulai agredieron repetidamente al Sr. Seeram con un machete y un arma parecida a una lanza. Al caer este al suelo, la emprendieron a palos con él. El 1º de septiembre de 1992, el hijo del Sr. Seeram halló el cadáver de este sumergido en un riachuelo próximo a su propiedad. Presentaba lesiones en la cabeza, la mano derecha cortada por encima de la muñeca y tenía una cuerda atada al cuello para mantener el cuerpo bajo el agua.

2.3 Declaró contra Bharatraj y Lallman Mulai un tal Sr. Nazim Baksh, presunto testigo presencial de los hechos. El tribunal también recibió la deposición del hijo del Sr. Seeram, que encontró el cadáver y, además, las del agente de investigación de la policía y del médico que examinó el cuerpo de la víctima el 29 de octubre de 1992.

2.4 En una declaración desde el banquillo, Bharatraj y Lallman Mulai alegaron su inocencia diciendo que no

Facultativo en modo alguno desvirtúa sus obligaciones y compromisos en virtud del Pacto, incluido el compromiso de respetar y garantizar a todas las personas en el territorio de Guyana y sujetas a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto (en la medida que no haya reservas al respecto) según se consigna en el artículo 2 del mismo Pacto, así como su compromiso de informar al Comité de Derechos Humanos en virtud del mecanismo de vigilancia establecido por el artículo 40 del mismo".

estuvieron presentes en el lugar de autos el día de referencia. Manifestaron que mantenían buenas relaciones con el Sr. Seeram, pero que no "se hablaban" con el Sr. Baksh.

2.5 Por carta de 19 de mayo de 2003, el fiscal recomendó que los Sres. Mulai permanecieran en el pabellón de los condenados a muerte.

La denuncia

3.1 La autora alega que sus hermanos son inocentes y que el juicio al que se les sometió no fue imparcial. En su opinión, unos desconocidos trataron de sobornar al presidente del jurado. Dos individuos visitaron al presidente el 23 de febrero de 1996 en su casa y le ofrecieron una suma de dinero no especificada si influía en el jurado a favor de Bharatraj y Lallman Mulai. El presidente dio cuenta de la cuestión al fiscal y al juez, pero el incidente nunca fue revelado a la defensa. A diferencia de lo ocurrido en otros casos, el incidente no propició la interrupción del proceso². Por otra parte, el Sr. Baksh alegó en su declaración que algunos miembros de la familia Mulai se habían puesto en contacto con él. La autora alega que, en consecuencia, el presidente y los miembros del jurado estaban predispuestos contra sus hermanos.

3.2 La autora considera que el Sr. Baksh no puede ser considerado como un testigo fidedigno. Manifiesta que este declaró en la revisión del proceso haber visto a Bharatraj y Lallman Mulai en el lugar de autos agrediendo al Sr. Seeram, mientras que en el proceso inicial había declarado que no pudo ver la escena porque estaba muy oscuro. Por otra parte, declaró que los Sres. Mulai habían atacado al Sr. Seeram varias veces con un machete, mientras que el agente de investigación manifestó que las lesiones corporales habían sido causadas por un instrumento romo. Por último, el Sr. Baksh declaró que Bharatraj y Lallman Mulai habían golpeado al Sr. Seeram durante varios minutos, pero el médico no pudo encontrar huesos rotos en el cadáver, lo que hubiera sido una lesión característica causada por esos golpes. Por último, el médico determinó que el Sr. Seeram había muerto ahogado.

3.3 La autora alega además que habría sido natural que la víctima tratara de protegerse de los golpes con las manos y los pies, pero el cadáver del Sr. Seeram no mostraba lesión alguna, salvo la mano derecha que le faltaba. Señala que el Sr. Bharatraj Mulai, identificado por el Sr. Baksh como el que atacó al Sr. Seeram con el machete, es diestro. La autora alega que el Sr. Seeram habría perdido la mano izquierda de haberla utilizado para evitar la cuchillada de Bharatraj Mulai. La autora admite que el abogado defensor no planteó en el juicio estos extremos.

² En el expediente figura una copia del fallo del Tribunal de Apelación, ante el cual se presentó recurso alegando que el juicio no había sido imparcial a causa del incidente. El Tribunal de Apelación desestimó el recurso porque consideró que la integridad del presidente del jurado había permanecido intacta.

3.4 Por último, se alega que el Sr. Baksh hizo dos declaraciones distintas ante la policía. En su primera declaración, de 8 de septiembre de 1992, manifestó no haber visto nada del incidente, mientras que el 10 de diciembre de 1992 hizo la declaración aludida en el párrafo 3.2. Las declaraciones del Sr. Baksh y del hijo del Sr. Seeram no son compatibles en lo que se refiere a la existencia de árboles en el lugar de autos. El hijo del Sr. Seeram ha manifestado que había muchos árboles cerca del lugar de autos.

Deliberaciones del Comité

4. El 9 de abril y el 30 de diciembre de 1998, el 14 de diciembre de 2000, el 13 de agosto de 2001 y el 11 de marzo de 2003 se pidió al Estado parte que presentara al Comité información sobre el fondo de la comunicación. El Comité observa que esta información aún no se ha recibido. El Comité deplora que el Estado parte no haya facilitado información en lo que se refiere a la admisibilidad o al fondo de las alegaciones de la autora. Recuerda que en el Protocolo Facultativo está implícito el deber de los Estados partes de facilitar al Comité toda la información de que dispongan. A falta de contestación del Estado parte, deberán tenerse debidamente en cuenta las afirmaciones de la autora en la medida que estas hayan sido suficientemente fundamentadas³.

Examen de la admisibilidad

5.1 Antes de examinar cualquier denuncia contenida en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

5.2 El Comité ha comprobado, conforme a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

5.3 Por lo que se refiere a la alegación de la autora de que las declaraciones del Sr. Baksh carecen de credibilidad y que el testimonio prestado por el médico y otros testigos no había sido concluyente, el Comité recuerda su invariable jurisprudencia de que en general incumbe a los tribunales de los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y no al Comité, evaluar los hechos de un caso concreto. La información presentada al Comité y los argumentos expuestos por la autora no acreditan que la evaluación de los hechos por el tribunal y su interpretación de la ley sean manifiestamente arbitrarios o supongan una denegación de justicia. En consecuencia, esta parte de la comunicación es inadmisibile en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

³ Véase *J. G. A. Diergaard y otros c. Namibia*, comunicación N° 760/1997 (dictamen aprobado el 25 de julio de 2000, párr. 10.2).

5.4 El Comité declara que las demás alegaciones relacionadas con el incidente de soborno del jurado son admisibles en la medida en que, al parecer, plantean cuestiones comprendidas en el párrafo 1 del artículo 14, y procede al examen del fondo de la cuestión, a la luz de toda la información facilitada por la autora, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

6.1 El Comité señala que la independencia e imparcialidad de un tribunal son aspectos importantes del derecho a un juicio imparcial en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. En un juicio con jurado, la necesidad de evaluar los hechos y las pruebas de manera independiente e imparcial vale también para el jurado; es importante que todos los miembros del jurado estén en condiciones de evaluar los hechos y las pruebas en forma objetiva para poder emitir un veredicto justo. Por otra parte, el Comité recuerda que, en caso de que una de las partes tenga conocimiento de tentativas de soborno del jurado, tendrá la obligación de denunciar esas irregularidades ante el tribunal⁴.

6.2 En el presente caso, la autora afirma que el presidente del jurado para la revisión del proceso informó a la policía y al Magistrado Superior, el 26 de febrero de 1996, de que alguien había tratado de influir en él. La autora alega que correspondía al juez hacer una indagación al respecto y determinar si se había cometido una injusticia contra Bharatraj y Lallman Mulai, al privarlos de un juicio imparcial. Además, la autora alega que el incidente no fue revelado a la defensa pese a que el presidente del jurado había dado cuenta de él al juez y al fiscal, y que, a diferencia de lo ocurrido en otros juicios, el incidente no dio lugar a la interrupción del proceso contra los dos hermanos. El Comité observa que, aunque no está en condiciones de determinar si la actuación y las conclusiones del jurado y del presidente del jurado reflejaron parcialidad y prejuicio contra Bharatraj y Lallman Mulai y aunque de la documentación de que dispone el Comité se desprende que el Tribunal de Apelación examinó la cuestión de la posible imparcialidad, este no se ocupó de los motivos de la apelación relacionados con el derecho de los Sres. Mulai a la igualdad ante los tribunales, consagrado en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto y en virtud del cual la defensa podría haber pedido la interrupción del juicio. En consecuencia, el Comité considera que hubo violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

6.3 De conformidad con su práctica invariable, el Comité opina que la imposición de la pena de muerte tras un juicio en el que no se han respetado las disposiciones del Pacto constituye una violación del artículo 6 del Pacto. En las circunstancias del presente caso, el Estado parte ha violado los derechos de Bharatraj y Lallman Mulai dimanantes del artículo 6 del Pacto.

⁴ Véase *Willard Collins c. Jamaica*, comunicación N° 240/1987 (dictamen aprobado el 1° de noviembre de 1991, párr. 8.4).

7. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 14 y del artículo 6 del Pacto.

8. A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a Bharatraj y Lallman Mulai un recurso efectivo, en particular la conmutación de la pena de muerte que se les ha impuesto. El Estado parte tiene también la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

9. Teniendo presente que, al adquirir la condición de parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoció la competencia del Comité para determinar si se ha producido una violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe que se ha cometido una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide también al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 815/1998

Presentada por: Alexander Alexandrovitch Dugin (representado por A. Manov)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Federación de Rusia

Fecha de aprobación del dictamen: 5 de julio de 2004

Asunto: Imposibilidad de interrogar a un testigo clave en una causa penal

Cuestiones de procedimiento: Grado de fundamentación de la reclamación – Asunto sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional (Convenio Europeo de Derechos Humanos)

Cuestiones de fondo: Juicio con las debidas garantías – Derecho a que se interrogue ante el tribunal a los testigos de la defensa

Artículos del Pacto: 9, párrafos 2 y 3; 14, párrafos 1, 2, 3 a), e) y g), y 5

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; y 5, párrafo 2 a)

Conclusión: Violación (artículo 14, párrafos 1 y 3 e))

1. El autor es el Sr. Alexander Alexandrovitch Dugin, de nacionalidad rusa, quien nació en 1968 y al momento de presentarse la comunicación estaba en prisión en la región de Orel (Rusia). Alega ser víctima de la violación de los párrafos 1 y 2, los apartados a), e) y g) del párrafo 3 y el párrafo 5 del artículo 14, y los párrafos 2 y 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representado por letrado.

Los hechos expuestos

2.1 En la noche del 21 de octubre de 1994, el autor y su amigo el Sr. Yuri Egurnov se encontraban cerca de una parada de autobús al pasar dos adolescentes que llevaban botellas de cerveza. El autor y su amigo, ambos en estado de ebriedad, provocaron de palabra a los Sres. Aleksei Naumkin y Dimitrii Chikin para iniciar

una pelea. Como el Sr. Naumkin trató de defenderse con un pedazo de vidrio e hirió al autor en la mano, este y su cómplice lo golpearon en la cabeza y, cuando cayó al suelo, le dieron de patadas en la cabeza y el cuerpo. El Sr. Naumkin murió media hora después.

2.2 El 30 de junio de 1995, el tribunal de distrito de Orlov declaró culpables a los Sres. Dugin y a Egurnov de homicidio premeditado con circunstancias agravantes. La sentencia se basó en las declaraciones del autor, de su cómplice, de varios testigos oculares y de la víctima, Sr. Chikin, así como en varios análisis forenses y los datos recogidos en el lugar del delito. Los Sres. Dugin y Egurnov recibieron sendas condenas de 12 años de prisión en una colonia de reeducación mediante el trabajo.

2.3 Durante la vista ante el tribunal de Orlov, el autor no admitió su culpabilidad y el Sr. Egurnov la admitió en parte. En el recurso ante el Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, el 12 de septiembre de 1995, el Sr. Dugin pidió que se revocara la sentencia. Alegó que solo le pegó al Sr. Naumkin unas cuantas veces porque este lo golpeó con una botella rota. Alega también que se acercó a los Sres. Egurnov y Naumkin con el único propósito de separarlos. Considera que la sentencia fue excesiva y la pena especialmente severa y que en ellas no se tuvieron en cuenta su edad, las referencias positivas de los testigos acerca de su carácter, el hecho de que tuviera un hijo pequeño ni la falta de premeditación.

2.4 El 12 de septiembre de 1995, el Tribunal Supremo de la Federación de Rusia rechazó el recurso del autor y el 6 de agosto de 1996 el mismo tribunal confirmó la sentencia.

La denuncia

3.1 El abogado del autor afirma que la víctima Sr. Chikin no estuvo presente durante las actuaciones ante el tribunal de Orlov, aun cuando se tuvo en cuenta la deposición que hizo durante la instrucción del caso. Según el abogado, había hecho declaraciones contradictorias en su deposición pero, como no compareció ante el tribunal, el Sr. Dugin no pudo conainterrogarlo y de esa manera ejercer sus derechos con arreglo al apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3.2 El abogado alega además que, en lo que respecta al autor, no se respetó la presunción de inocencia que dispone el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto. Fundamenta esa afirmación en los análisis y conclusiones del perito forense de 22 y 26 de octubre, 9 de noviembre y 20 de diciembre de 1994, y de 7 de febrero de 1995 que, en su opinión, eran confusos y carecían de objetividad. Afirma, sin dar más detalles, que el tribunal no dio respuesta a varias de sus preguntas. Por lo tanto, pidió al tribunal que compareciera el perito para hacer aclaraciones y observaciones, y que le permitiera presentar más pruebas. El tribunal rechazó su petición.

3.3 El abogado alega que hubo graves irregularidades en relación con el Código de Procedimiento Penal porque las averiguaciones preliminares y la instrucción fueron parciales e incompletas, no se aplicó bien el derecho penal y las conclusiones del tribunal no se correspondían con los hechos del caso. El tribunal no adoptó todas las medidas necesarias para asegurar que se observaran las garantías de un examen imparcial, completo y objetivo de todas las circunstancias del caso.

3.4 El abogado también alega que se notificó al autor que había sido acusado de asesinato siete días después de que fuera detenido y, por lo tanto, se violaron el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 y los párrafos 2 y 3 del artículo 9 del Pacto.

3.5 Denuncia que, mientras el Sr. Dugin se encontraba detenido, el investigador lo presionó varias veces para que hiciera deposiciones falsas a cambio de reducir los cargos que se le imputaban. Alega que el investigador lo había amenazado con sustituir la acusación de homicidio premeditado por la de homicidio con circunstancias agravantes si no hacía lo que se le decía. Como el autor no cedió a sus amenazas, el investigador las hizo efectivas y cambió la acusación. Según el autor, esto constituyó una violación del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14.

3.6 Con respecto a la alegación de que se violó el párrafo 5 del artículo 14, el autor declara, sin dar más detalles, que en la práctica no se había examinado su caso como es debido.

3.7 El autor alega también que en la vista no se debía haber tenido en cuenta el informe sobre las averiguaciones hechas en el lugar del delito porque en él no figuraban ni la fecha ni la hora en que concluyeron las investigaciones, ni suficiente información sobre estas. Los testigos de cargo dijeron que en la pelea había un tubo

metálico, pero en el informe sobre las averiguaciones en el lugar del delito no se mencionó semejante tubo. El investigador no examinó tal objeto y el expediente no contiene más información al respecto.

Observaciones del Estado parte

4.1 En sus observaciones de 28 de diciembre de 1998, el Estado parte señala que la Fiscalía General de la Federación de Rusia llevó a cabo una investigación de los hechos planteados en la comunicación. Según los resultados de las investigaciones de la Fiscalía, el 21 de octubre de 1994, los Sres. Dugin y Egurnov, que se encontraban en estado de ebriedad y se estaban comportando como unos vándalos, le dieron patadas y puñetazos en la cabeza y el cuerpo al menor Naumkin, quien trató de huir, pero el Sr. Dugin lo agarró, lo tiró al suelo de una patada y le golpeó la cabeza contra un tubo metálico. Entonces, los Sres. Dugin y Egurnov se pusieron de nuevo a golpear y dar patadas en la cabeza al menor, que murió a causa de las lesiones recibidas en la cabeza y el cerebro.

4.2 Según el Estado parte, la culpabilidad del autor queda comprobada porque no negó haber golpeado al menor y por las declaraciones pormenorizadas de los testigos oculares que no tenían interés alguno en cuál fuera el resultado del caso, así como por el testimonio del Sr. Chikin.

4.3 El tribunal determinó la causa de la muerte de Naumkin y el carácter de las lesiones basándose en muchos informes de los médicos forenses, según los cuales falleció como resultado de lesiones en el cráneo y el cerebro causadas por los golpes que recibió en la cabeza.

4.4 El Estado parte sostiene que la pena impuesta al autor se decidió teniendo en cuenta la gravedad del delito, la información obtenida sobre su personalidad y todas las pruebas aportadas. La Fiscalía General llegó a la conclusión de que en este caso no se produjeron violaciones que pudieran llevar a modificar o revocar las decisiones del tribunal y que la sentencia que recayó sobre el Sr. Dugin fue fundada y conforme a derecho.

Comentarios del abogado sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En sus comentarios, presentados sin fecha, el abogado sostiene que el Estado parte no se refirió a las principales alegaciones que figuraban en la comunicación, sobre todo con respecto a la violación del derecho a solicitar que el tribunal haga comparecer y oiga a los testigos que hubieran podido proporcionar información a favor del acusado. En segundo lugar, el tribunal celebró el juicio en ausencia del Sr. Chikin, que era tanto víctima como testigo en la causa.

5.2 El abogado se refiere también a que el tribunal no respetó el principio de que toda duda se debe interpretar en favor del acusado y tampoco respondió a las afirmaciones del autor de que este había solicitado que se hiciera comparecer ante el tribunal a un perito

forense pero que, sin siquiera reunirse a puerta cerrada, los magistrados habían desestimado su petición; y el autor no había tenido oportunidad de examinar las actas de las actuaciones (aunque no especifica cuándo, es decir, antes del recurso de casación o durante las actuaciones iniciales).

5.3 Por último, el abogado sostiene que no se informó al autor del contenido del artículo 51 de la Constitución de la Federación de Rusia, que dice que "nadie estará obligado a declarar contra sí mismo, su cónyuge o sus familiares cercanos".

Decisión sobre la admisibilidad

6.1 En su 72º período de sesiones, el Comité de Derechos Humanos examinó la admisibilidad de la comunicación. Observó que el Estado parte no había impugnado la admisibilidad de la comunicación y determinó que se habían cumplido las disposiciones del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.2 El Comité verificó que el mismo asunto no había sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional. En ese sentido se había determinado que, después de someter el asunto al Comité en diciembre de 1997, se había presentado una demanda idéntica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en agosto de 1999, aunque se la consideró inadmisibile *ratione temporis* el 6 de abril de 2001. Por consiguiente, el Comité llegó a la conclusión de que lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo no le impedía examinar la comunicación.

6.3 Respecto de las alegaciones del autor con arreglo al párrafo 2 del artículo 9 del Pacto, el Comité llegó a la conclusión de que el autor tenía conocimiento de los motivos de su detención. En cuanto a las alegaciones en relación con el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto, el Comité observó que el autor no había fundamentado sus pretensiones y consideró esa parte de la comunicación inadmisibile de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.4 No obstante, el Comité consideró que las alegaciones del autor respecto de las violaciones del artículo 14 del Pacto podían suscitar una cuestión en relación con esas disposiciones. En consecuencia, el 12 de julio de 2001 el Comité declaró admisible la comunicación en la medida en que podía plantear cuestiones en relación con el artículo 14 del Pacto.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación y comentarios del autor

7.1 En nota de fecha 10 de diciembre de 2001 el Estado parte presentó sus observaciones sobre el fondo de la comunicación. En ellas declaró que, el 11 de marzo de 1998, el Presidium del Tribunal Supremo había examinado las actuaciones en contra del autor tanto en el tribunal de Orlov (30 de junio de 1995) como en el Tribunal Supremo (12 de septiembre de 1995) y había reducido la pena impuesta al autor de 12 años a 11

años de prisión, excluyendo de la consideración de las circunstancias agravantes el hecho de que el autor se encontraba ebrio en el momento de la comisión del delito. En todos los demás aspectos se confirmaban los fallos.

7.2 En relación con la afirmación del autor de que no había tenido oportunidad de contrainterrogar al Sr. Chikin, el Estado parte observó que se había hecho comparecer al testigo ante el Tribunal del 23 al 26 de junio de 1995 pero que no se había apersonado. Se dictó una orden para hacerlo comparecer ante el Tribunal pero las autoridades no pudieron localizarlo. Con arreglo a los artículos 286 y 287 del Código de Procedimiento Penal, las pruebas de los testigos son admisibles aún en su ausencia, en los casos en que su comparecencia ante el Tribunal no sea posible. El Tribunal decidió admitir como prueba la declaración presentada por escrito por el Sr. Chikin, tras escuchar las declaraciones de las partes respecto de si debía procederse de esa manera. De acuerdo con la transcripción de las actuaciones, el abogado no formuló ninguna pregunta después de que se leyera la declaración en calidad de prueba. El Estado parte observa que el autor no presentó objeciones a que se iniciaran las actuaciones en ausencia del Sr. Chikin.

7.3 El Estado parte niega que las pruebas del perito forense no fueran objetivas y declara que, tras considerarse incompleta la primera opinión forense, el investigador obtuvo otras cuatro opiniones del mismo perito. Las conclusiones de los peritos coincidieron con el testimonio de los demás testigos, a saber que el autor había dado puñetazos y patadas a la víctima y la había golpeado con un tubo metálico. El Tribunal rechazó la petición del autor de contrainterrogar al perito y llamar a más testigos para fundamentar su opinión de que la víctima había participado en otra pelea poco antes de su muerte. En tal sentido, la legislación de Rusia no exige a los tribunales que hagan comparecer a testigos expertos. Además, las opiniones del perito se habían examinado y verificado en el Centro Republicano de Exámenes Médicos Forenses.

7.4 En cuanto a las afirmaciones del autor respecto de su detención sin acusación durante siete días, el Estado parte señala que el Código de Procedimiento Penal permite que un sospechoso permanezca detenido sin ser acusado por un período de hasta diez días en circunstancias excepcionales. En el caso del autor, las actuaciones penales se iniciaron el 22 de octubre de 1994, el autor fue detenido el mismo día y se lo acusó el 29 de octubre de 1994, dentro del plazo de diez días impuesto por las leyes.

7.5 El Estado parte rechaza las afirmaciones del autor de que el investigador amenazó con acusarlo de un delito más grave si no cooperaba y declara que, en respuesta a una pregunta formulada por el magistrado que presidía las actuaciones, el autor había confirmado que los investigadores no lo habían amenazado pero que había hecho sus declaraciones "sin reflexionar".

7.6 El Estado parte rechaza las afirmaciones del autor de que el informe sobre el lugar del delito no llevaba fecha ni se refería al tubo de metal contra el cual

la víctima supuestamente se había golpeado la cabeza; por el contrario, en el informe se expresa que fue redactado el 22 de octubre de 1994 y se hace mención del tubo de metal, junto con una fotografía en la que se lo ve.

7.7 El Estado parte afirma que no hay motivos para llegar a la conclusión de que las actuaciones contra el autor fueran parciales o incompletas y señala que el autor no formuló queja alguna ante los tribunales o las autoridades de la Federación de Rusia. El Estado parte afirma que se interrogó al autor en presencia del abogado de su elección y que durante el período en que estuvo detenido declaró que no necesitaba un abogado. Por último, señala que la razón por la cual no se informó al autor acerca de sus derechos con arreglo al artículo 51 de la Constitución, que dispone que un acusado no tiene obligación de testificar contra sí mismo, fue que el Tribunal Supremo solo impuso ese requisito en un fallo de 31 de octubre de 1995 y el juicio del autor se celebró en junio de 1995. En todo caso, se informó al autor acerca de sus derechos con arreglo al artículo 46 del Código de Procedimiento Penal, que expresa que el acusado tiene derecho a prestar testimonio o a no hacerlo respecto de los cargos que se le imputan.

8. En sus comentarios sobre las observaciones del Estado parte de fecha 5 de febrero de 2002, el autor afirma que se podría haber ubicado al testigo Sr. Chikin y que este podría haber comparecido ante el tribunal para ser contrainterrogado con un mínimo de "buena voluntad" del Estado parte. El autor declara que la negativa del tribunal a atender su petición de presentar nuevas pruebas forenses constituyó una violación de sus derechos con arreglo al apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto y que la demora de siete días en ser acusado era incompatible con las disposiciones del apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, que dispone que el acusado debe ser informado sin demora de los cargos que se le imputan. El autor reitera sus afirmaciones acerca de la presunta amenaza del investigador y de que el juicio no fue objetivo. También señala que el artículo 51 de la Constitución tenía plena vigencia desde el 12 de diciembre de 1993.

Deliberaciones del Comité

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha considerado la comunicación de que se trata a la luz de toda la información presentada por las partes, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Asimismo, es consciente de que, aunque ya ha examinado la admisibilidad de la comunicación, debe tener en cuenta toda la información recibida con posterioridad de las partes que pueda guardar relación con la cuestión de la admisibilidad de las denuncias pendientes del autor.

9.2 En primer lugar, el Comité señala que la denuncia del autor de 5 de febrero de 2002 relativa a las presuntas violaciones del apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 es sustancialmente idéntica a la presentada por el autor con arreglo al párrafo 2 del artículo 9 (véase

el párrafo 3.4 *supra*), que fue declarada inadmisibile. Además, la denuncia, aunque invoca el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, no guarda relación de hecho con esta disposición. En estas circunstancias, el Comité considera que el autor no ha fundamentado suficientemente esta denuncia en particular a los fines de la admisibilidad. En consecuencia, la denuncia del autor con arreglo al apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

9.3 El autor afirma que se violaron los derechos que lo amparan de conformidad con el artículo 14 porque no tuvo la oportunidad de contrainterrogar al Sr. Chikin acerca de las pruebas, no compareció el perito y no se llamó a otros testigos. Aunque los esfuerzos por localizar al Sr. Chikin fueron infructuosos por razones que el Estado parte no ha explicado, se dio mucha importancia a su declaración, aunque el autor no pudo contrainterrogarlo. Además, el tribunal de Orlov no dio razón alguna del hecho de haber negado la solicitud del autor de que se hiciera comparecer al perito y se llamara a otros testigos. El conjunto de esos factores hace que el Comité llegue a la conclusión de que los tribunales no respetaron el requisito de equidad entre la acusación y la defensa en la presentación de pruebas y de que eso constituyó una denegación de justicia. En consecuencia, el Comité concluye que se violaron los derechos que amparan al autor en virtud del artículo 14.

9.4 En vista de esas conclusiones del Comité, no es necesario examinar las alegaciones del autor sobre la objetividad de las pruebas presentadas en el tribunal.

9.5 Sobre la base de la documentación de que dispone, el Comité no puede resolver la cuestión fáctica de si el investigador en verdad amenazó al autor con miras a obtener una declaración de él. En todo caso, según el Estado parte, el autor no denunció las presuntas amenazas y, en realidad, dijo al tribunal que no había sido amenazado. En esas circunstancias, el Comité considera que el autor no agotó los recursos internos en relación con esas alegaciones y declara la denuncia inadmisibile con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.6 En cuanto a las afirmaciones del autor de que no se le informó de los derechos que lo amparan con arreglo al artículo 51 de la Constitución, el Comité señala la observación del Estado parte de que se informó al autor de los derechos que lo amparaban con arreglo al artículo 46 del Código de Procedimiento Penal, que garantiza el derecho de un acusado a prestar testimonio o a no hacerlo respecto de los cargos que se le formulen. En esas circunstancias, y en particular teniendo en cuenta que el autor no impugnó el argumento precedente del Estado parte, el Comité considera que la información que se le ha presentado no revela una violación del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14.

9.7 En cuanto a la denuncia en relación con el párrafo 5 del artículo 14, el Comité señala que de los documentos se desprende que la sentencia y la condena del autor han sido examinadas por el Tribunal Supremo

del Estado parte. Por consiguiente, el Comité llega a la conclusión de que los hechos expuestos no revelan una violación del citado artículo.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el apartado 4) del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos expuestos ponen de manifiesto una violación de las disposiciones del artículo 14 del Pacto.

11. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Comité considera que el autor tiene derecho a un recurso adecuado, incluso una indemnización y su puesta en libertad inmediata.

12. Al adquirir la condición de parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación. El Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide al Estado parte asimismo que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 823/1998

Presentada por: Rudolf Czernin (fallecido el 22 de junio de 2004) y su hijo Karl-Eugen Czernin
(no representados por abogado)

Presunta víctima: Los autores

Estado parte: República Checa

Fecha de aprobación del dictamen: 29 de marzo de 2005 (83° período de sesiones)

Asunto: Mantenimiento de la ciudadanía

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Igualdad ante la ley – No discriminación – Denegación de justicia

Artículos del Pacto: 14, párrafo 1; 26 y 2, párrafo 314, párrafo 1; 26 y 2, párrafo 3

Artículos del Protocolo Facultativo: 3 y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículo 14, párrafo 1)

1. El autor original de la comunicación era el Sr. Rudolf Czernin, ciudadano de la República Checa nacido en 1924 y residente permanente en Praga (República Checa). Lo representaba su hijo, el Sr. Karl-Eugen Czernin, nacido en 1956 y residente permanente en Austria. El autor afirmaba haber sido víctima de una violación por la República Checa¹ del párrafo 1 del artículo 14 y del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el Pacto). El autor falleció el 22 de junio de 2004. En virtud de una carta de fecha 16 de diciembre de 2004, el hijo del autor (denominado en adelante el segundo autor) mantiene la comunicación ante el Comité. No está representado por un abogado.

¹ Checoslovaquia ratificó el Pacto en diciembre de 1975 y el Protocolo Facultativo en marzo de 1991. La República Federal Checa y Eslovaca dejó de existir el 31 de diciembre de 1992. El 22 de febrero de 1993, la República Checa notificó su sucesión respecto del Pacto y el Protocolo Facultativo.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 A raíz de la ocupación alemana de la región fronteriza de Checoslovaquia en 1939 y del establecimiento del "protectorado", los Sres. Eugen y Josefa Czernin, padres ya difuntos del autor, adquirieron automáticamente la ciudadanía alemana, en virtud de un decreto alemán de 20 de abril de 1939. Al término de la segunda guerra mundial, sus bienes fueron confiscados, en aplicación de los Decretos Benes Nos. 12/1945 y 108/1945. Además, sobre la misma base se les privó de su ciudadanía checa de conformidad con el Decreto Benes N° 33/1945, de 2 de agosto de 1945. Sin embargo, con arreglo a este último decreto, las personas que cumplieran ciertos requisitos de lealtad a la República de Checoslovaquia² podían presentar una solicitud para mantener la ciudadanía checoslovaca.

2.2 El 13 de noviembre de 1945, Eugen y Josefa Czernin presentaron sendas solicitudes para poder mantener la ciudadanía checa, conforme al Decreto presidencial N° 33/1945 y dentro del plazo establecido. Una "comisión de investigación" del Comité Nacional del distrito de Jindřichův Hradec, que examinó las solicitudes en cuestión, consideró que Eugen Czernin había aportado pruebas de su "actitud antinazi". El citado Comité Nacional remitió las solicitudes al

² Al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Decreto N° 33/1945, las personas que pudieran probar "que se habían mantenido leales a la República de Checoslovaquia, que nunca habían cometido actos contra los pueblos checo y eslovaco y que habían participado activamente en la lucha por la liberación o habían sido víctimas del terror nacional socialista o fascista conservarían la ciudadanía checoslovaca".

Ministerio del Interior para que se tomara una decisión definitiva. En diciembre de 1945, al salir de la cárcel en donde estuvo sometido a trabajos forzados y fue interrogado por los servicios secretos soviéticos NKVD y GPU, el autor se mudó a Austria con su esposa. El Ministerio no tomó ninguna decisión con respecto a sus solicitudes, ni tampoco respondió a una carta de Eugen Czernin, de fecha 19 de marzo de 1946, en que instaba a las autoridades a pronunciarse sobre el asunto. En el expediente correspondiente a cada uno de los cónyuges figura una nota de 1947 en que se señala que las solicitudes no procedían porque los interesados se habían marchado voluntariamente a Austria y que sus expedientes estaban cerrados.

2.3 Tras el cambio de régimen en Checoslovaquia a fines de 1989, el autor, hijo único y heredero de Eugen y Josefa Czernin, presentó un recurso para que le fueran restituidos los bienes de la pareja conforme a la Ley N° 87/1991 y a la Ley N° 243/1992. Según indica el autor, la condición previa principal para que le sean restituidos esos bienes es que sus padres hayan tenido la nacionalidad checoslovaca después de la guerra.

2.4 El 19 de enero y el 9 de mayo de 1995, respectivamente, el autor solicitó que se reanudaran los procedimientos administrativos relacionados con las solicitudes que sus padres habían presentado para mantener la ciudadanía checoslovaca. En lo referente a Eugen Czernin, en una respuesta de fecha 27 de enero de 1995, la Oficina de Distrito de Jindřichův Hradec comunicó al autor que no era posible reanudar los procedimientos porque el asunto había quedado resuelto en forma definitiva en virtud de la Ley N° 34/1953, por la que se otorgaba la ciudadanía checoslovaca a las personas de nacionalidad alemana que la hubieran perdido en virtud del Decreto N° 33/1945, pero que tuvieran su domicilio en la República de Checoslovaquia³. En una carta de fecha 13 de febrero de 1995, el autor insistió en que se adoptara una decisión con respecto a su solicitud sobre la reanudación del procedimiento. En una comunicación de fecha 22 de febrero de 1995, se le notificó que no era posible llevar adelante el asunto de la ciudadanía de una persona difunta y que se había dado por cerrado. El 3 de marzo de 1995, el autor pidió al Ministerio del Interior que se tomara una decisión sobre su caso. Como el Ministerio le comunicó que no se había recibido su carta, el autor volvió a enviar la misma petición el 13 de octubre de 1995. El 24 y el 31 de enero de 1996, el autor escribió de nuevo al Ministro del Interior. Entretanto, en una reunión que mantuvieron el segundo autor y el Ministro del Interior, este último manifestó que había no solo razones jurídicas sino también políti-

³ En el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley N° 34/1953, de 24 de abril de 1953, por la que determinadas personas adquieren los derechos de ciudadanía checa, se establece que las personas de nacionalidad alemana que perdieron la ciudadanía checoslovaca con arreglo al Decreto N° 33/1945 y que tengan domicilio en el territorio de la República de Checoslovaquia en la fecha de entrada en vigor de la presente ley serán ciudadanos checos, a menos que ya hayan adquirido los derechos de ciudadanía de la República de Checoslovaquia.

cas y personales por las que no se había tomado una decisión sobre el asunto y que "tratándose de cualquier otra solicitud [que no fuera la del autor] en materia de determinación de la nacionalidad se habría adoptado una decisión favorable en un plazo de dos días". El Ministro también prometió que convocaría un comité ad hoc, integrado por abogados independientes, para entablar consultas con los abogados del autor, pero este comité nunca se reunió.

2.5 El 22 de febrero de 1996, el Ministro del Interior escribió al autor para manifestarle que "la decisión sobre su solicitud no [le] fue favorable". El 8 de marzo de 1996, el autor recurrió la carta del Ministro ante el Ministerio del Interior. En una respuesta del Ministerio, de fecha 24 de abril de 1996, se informó al autor de que la carta del Ministro no era una decisión en el sentido del artículo 47 de la Ley N° 71/1967 sobre procedimientos administrativos y que no era posible apelar contra una decisión no existente. Ese mismo día, el autor interpuso un recurso contra la carta del Ministro ante el Tribunal Supremo, que el 16 de julio de 1996 emitió un fallo en el sentido de que la carta no era una decisión de un órgano administrativo, que el hecho de que no hubiera una decisión de esa índole constituía un obstáculo procesal insuperable y que el derecho administrativo interno no otorgaba facultades a los tribunales para intervenir contra la inacción de un órgano oficial.

2.6 Después de haber presentado otro recurso más al Ministerio del Interior, que tampoco prosperó, el autor entabló una demanda por denegación de justicia ante el Tribunal Constitucional que, en un fallo de 25 de septiembre de 1997, ordenó al Ministerio del Interior que dejara de abstenerse de actuar porque ello constituía una violación de los derechos del demandante. A raíz de esta decisión, el autor retiró la comunicación que había presentado al Comité de Derechos Humanos.

2.7 De acuerdo con el autor, la Oficina de Distrito de Jindřichův Hradec (Oficina de Distrito), mediante una decisión de 6 de marzo de 1998, dio otra interpretación a lo esencial de la solicitud del autor, considerándola arbitrariamente como una solicitud de confirmación de ciudadanía. La Oficina de Distrito rechazó la solicitud con el argumento de que Eugen Czernin no había conservado la ciudadanía checa después de haber sido privado de ella, de conformidad con la Ley de ciudadanía de 1993, donde se establece que es un requisito indispensable haber concluido satisfactoriamente un procedimiento sobre ciudadanía antes de que se pueda adoptar una decisión favorable al solicitante. La Oficina de Distrito no tramitó la solicitud inicial del autor sobre la reanudación de los procedimientos referentes al mantenimiento de la ciudadanía. Como resultado de esta decisión, el autor volvió a presentar y a actualizar su comunicación al Comité en marzo de 1998.

2.8 El 28 de julio de 1998, el autor informó al Comité de que, con fecha 17 de junio de 1998, el Ministerio del Interior había confirmado la decisión de la Oficina de Distrito de 6 de marzo de 1998. En agosto

de 1998, el autor presentó una moción de revisión ante el Tribunal Superior de Praga, así como una queja ante el Tribunal Constitucional. Esta última fue desestimada el 18 de noviembre de 1998 sobre la base de que no se habían agotado todos los recursos disponibles puesto que la acción judicial seguía en curso en el Tribunal Superior de Praga.

2.9 El 29 de septiembre de 1998, el autor informó al Comité de que, en esa misma fecha, la Oficina de Distrito de Praga había emitido una decisión negativa sobre la solicitud de Josefa Czernin.

2.10 Con respecto al requisito sobre el agotamiento de los recursos internos, el autor recuerda que la presentación de la solicitud para el mantenimiento de la ciudadanía data de noviembre de 1945, y que las gestiones encaminadas a llevar a término los procedimientos se reanudaron en enero de 1995. El autor considera, por consiguiente, que los procedimientos se han prolongado injustificadamente. En la actualización de su comunicación, enviada en 1998, el autor sostiene que la decisión de la Oficina de Distrito no es una "decisión sobre la solicitud que presentó". Argumenta que los recursos restantes son inútiles, ya que la Oficina de Distrito resolvió en contra del espíritu de la decisión del Tribunal Constitucional y que un fallo del Tribunal Supremo solo podría revocar una decisión de la Oficina de Distrito sin que ello entrañara una determinación definitiva. Así pues, lo único que conseguiría el autor con los recursos disponibles sería recurrir reiteradamente las decisiones con el único fin de cumplir requisitos establecidos, pero sin obtener jamás una decisión en cuanto al fondo de la cuestión.

2.11 El autor manifiesta que el mismo asunto no está sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

La denuncia

3.1 El autor alega que se ha violado su derecho a igual protección de la ley sin discriminación y su derecho a las debidas garantías procesales.

3.2 El autor afirma que ha sido víctima de una violación del artículo 26 del Pacto. Recuerda que sus padres y él mismo fueron víctimas de una violación de su derecho a igual protección de la ley sin discriminación, puesto que la ley se aplicó en forma desigual y la desigualdad era inherente a la propia ley, lo que no le permitía entablar una acción judicial por negligencia contra las autoridades. La reclamación por discriminación se debe a que las autoridades no emitieron una decisión sobre las solicitudes que habían presentado sus padres, a pesar de que cumplían los requisitos de forma y sustancia previstos en el Decreto N° 33/1945. El autor argumenta además que la legislación interna no le ofrece un recurso contra la inacción de las autoridades y que se le está privando de la oportunidad de hacer valer sus derechos. Aduce que las personas que han visto sus casos resueltos tienen un remedio disponible, mientras que él no lo tiene; dice que ello equivale a una discriminación contraria al artículo 26.

3.3 El autor sostiene que es víctima de una violación del párrafo 1 del artículo 14, puesto que la inacción de las autoridades con respecto a su solicitud para que se reanudara los procedimientos sobre ciudadanía equivale a que no tuvo derecho a ser oído "con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial", y que es víctima de dilaciones indebidas en los procedimientos administrativos.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 El 3 de febrero de 1999, el Estado parte formuló comentarios sobre la admisibilidad de la comunicación y, el 10 de agosto de 1999, presentó observaciones sobre el fondo de la cuestión. Aduce que los autores no han agotado los recursos internos y considera que sus reclamaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 14 y del artículo 26 carecen manifiestamente de justificación.

4.2 El Estado parte subraya que, tras la decisión del Tribunal Constitucional de 25 de septiembre de 1997, que avaló la queja del autor y ordenó a las autoridades que dejaran de abstenerse de actuar, la Oficina del Distrito de Jindřichův Hradec examinó la cuestión y emitió una decisión con fecha 6 de marzo de 1998. El Ministerio del Interior tomó una decisión sobre el recurso del autor el 17 de junio de 1998. El 5 de agosto de 1998, el autor apeló contra la decisión del Ministerio ante el Tribunal Superior de Praga. En la época en que el Estado parte remitió sus observaciones, esta acción judicial seguía pendiente y, por consiguiente, aún no se habían agotado los recursos internos. El Estado parte argumenta que la excepción a la aplicación de la norma sobre el agotamiento de los recursos internos, es decir cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente, no procede en el presente caso porque, habida cuenta de las decisiones mencionadas, y en vista de la complejidad del asunto y de las investigaciones necesarias, la tramitación de los recursos internos no se ha prolongado injustificadamente. Además, en lo relativo a la eficacia de estos recursos, el Estado parte sostiene que el autor no puede predecir el resultado de su acción judicial y que, en la práctica, si un tribunal llega a la conclusión de que la opinión jurídica de una autoridad administrativa es incorrecta, la decisión impugnada del Ministerio del Interior será revocada. El Estado parte subraya que, con arreglo al párrafo 3 del artículo 250 j del Código de Procedimiento Civil de la República Checa, una autoridad administrativa está obligada a cumplir la opinión jurídica del tribunal.

4.3 El Estado parte sostiene que la reclamación en virtud del artículo 26 del Pacto carece manifiestamente de sustento, porque el autor no la fundamentó ni ha presentado pruebas o hechos concretos para ilustrar un trato discriminatorio por alguno de los motivos enumerados en el artículo 26. Argumenta además que el autor no invocó la prohibición de la discriminación ni la igualdad de derechos ante los tribunales nacionales, de modo que no agotó los recursos internos en este sentido.

4.4 Por lo que se refiere a la presunta violación del párrafo 1 del artículo 14, el Estado parte admite que la alegación de un quebrantamiento del derecho a un juicio con las debidas garantías estaba justificada cuando el autor presentó su comunicación inicial. Sin embargo, aduce que, tras la decisión del Tribunal Constitucional de 25 de septiembre de 1997, la Oficina de Distrito emitió, el 6 de marzo de 1998, una decisión administrativa acorde con el fallo del Tribunal Constitucional, y que mediante esta decisión quedaba plenamente protegido el derecho del autor a un juicio con las debidas garantías. Remitiéndose a las fechas de las decisiones antes mencionadas, el Estado parte asevera además que no hubo dilaciones indebidas. Por consiguiente, considera que la reclamación en virtud del párrafo 1 del artículo 14, que figura en la comunicación, carece manifiestamente de fundamento. Enumera una serie de recursos a disposición de los autores cuando se aducen dilaciones indebidas. El autor podría haber presentado una queja ante el Ministerio del Interior o al Presidente del Tribunal Superior. También podría haber interpuesto un recurso constitucional. El Estado parte manifiesta que debe darse respuesta a una queja en un plazo de dos meses a partir de la fecha en que la reciba la entidad gubernamental competente para tramitarla, y recuerda que el autor no aprovechó estos recursos y, por lo tanto, no agotó los recursos internos.

Comentarios de los autores

5.1 Con fecha 19 de noviembre de 1999, 25 de junio de 2002, y 29 de enero, 25 de febrero, 16 y 22 de diciembre de 2004, los autores formularon comentarios sobre las observaciones del Estado parte e informaron al Comité sobre la situación en que se encontraban los procedimientos ante los tribunales checos. El autor reitera que la decisión de la Oficina de Distrito de 6 de marzo de 1998 fue adoptada con el propósito de cumplir, en cuanto a la forma, los requisitos estipulados en el fallo del Tribunal Constitucional de 25 de septiembre de 1997. Argumenta que, de manera arbitraria y contra su deseo expreso, las autoridades dieron otra interpretación a su solicitud para que se reanudaran los procedimientos sobre el mantenimiento de la ciudadanía, con el resultado de que se transformó en una solicitud de verificación de la ciudadanía, y se tramitó con arreglo a las leyes sobre ciudadanía vigentes en el Estado parte y no según el Decreto N° 33/1945, que era el de aplicación. El autor afirma que los órganos de apelación corroboraron esta decisión sin proceder a un nuevo examen y sin adoptar una decisión fundada. El hecho de que un organismo administrativo, de manera arbitraria y por iniciativa propia y sin dar aviso previo al solicitante, haya dado otra interpretación a la solicitud del autor sin tomar ninguna decisión con respecto a la solicitud inicial constituye, en opinión del autor, una violación de su derecho a las debidas garantías procesales y de su derecho a que se siga un proceso y se tome una decisión, derechos estos protegidos por el artículo 14.

5.2 Por lo que se refiere a la madre del autor, la Autoridad Municipal de Praga decidió, el 6 de enero de 1999, que "al fallecer, Josefa Czernin era ciudadana de la República de Checoslovaquia". El autor indica que, a diferencia de lo sucedido con la solicitud de su padre, las autoridades aceptaron sin problemas la solicitud de su madre, y ello pese a que había una cantidad mucho menor de pruebas para sustentarla. El autor sugiere que esta desigualdad de trato entre sus padres tal vez se explique por el hecho de que su padre era propietario de un número mucho mayor de bienes que su madre, y que la mayoría de esos bienes de su padre pertenecen ahora al Estado.

5.3 El 19 de octubre de 2000, el Tribunal Superior de Praga revocó la decisión del Ministerio del Interior de 17 de junio de 1998 y resolvió que el asunto debía decidirse sobre la base del Decreto N° 33/1945, que la decisión impugnada era ilegal, que contravenía el fallo jurídicamente vinculante del Tribunal Constitucional y que se habían quebrantado normas procesales fundamentales.

5.4 El asunto fue devuelto entonces al Ministerio del Interior para una segunda vista. El 31 de mayo de 2002, el Ministerio opinó que Eugen Czernin, miembro del grupo étnico alemán, no había aportado suficientes "razones exculpatorias", de conformidad con el Decreto N° 33/1945, y que "por lo tanto, había perdido la nacionalidad checoslovaca". El autor recurrió esta decisión, que fue confirmada por el Ministro del Interior el 1° de enero de 2003. A continuación, interpuso un recurso ante el Tribunal Municipal de Praga, que anuló esta decisión el 5 de mayo de 2004. En su fallo, el tribunal señaló que el Ministro, en lo que respecta a su decisión de 1° de enero de 2003, y el Ministerio, en lo relativo a su decisión de 31 de mayo de 2002, habían procedido "sin la argumentación necesaria", de manera arbitraria y sin tener en cuenta las pruebas aportadas por el padre del autor. El asunto fue devuelto para una tercera vista al Ministerio del Interior, que aún no se ha pronunciado al respecto.

5.5 Siempre que el autor presenta nuevos comentarios, confirma que las autoridades lo obligan a seguir, una y otra vez, las mismas etapas de apelación, en un proceso teóricamente interminable, que no están dispuestas a tramitar su asunto y que alargan a propósito los procedimientos. Invoca la excepción por prolongación injustificada a que se refiere el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar la reclamación que figura en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha reclamación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 El Comité ha comprobado que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional, a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.3 Con respecto al requisito del agotamiento de los recursos internos, el Comité señala que el Estado parte ha cuestionado la admisibilidad de la comunicación en términos generales. Observa asimismo que el caso del autor sigue pendiente ante el Ministerio del Interior, y que desde el fallo del Tribunal Constitucional de septiembre de 1997, por el que se ordenó al Ministerio que dejara de abstenerse de actuar, el Ministerio ha celebrado, en un período de cuatro años, dos audiencias sobre la cuestión planteada por el autor. Las dos decisiones emitidas al respecto por el Ministerio del Interior fueron anuladas por el Tribunal Superior de Praga y el Tribunal Municipal de la misma ciudad, respectivamente, y devueltas al mismo Ministerio para una nueva vista. Habida cuenta del incumplimiento por parte del Ministerio del Interior de las decisiones pertinentes del poder judicial, el Comité opina que el hecho de que el mismo órgano viera por tercera vez el asunto del autor no ofrecería a este una oportunidad razonable de obtener una reparación efectiva y, por consiguiente, no constituiría un recurso efectivo que el autor tendría que haber agotado a los efectos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.4 El Comité considera además que los procedimientos iniciados por el segundo autor y su difunto padre se han prolongado considerablemente, al abarcar un período de diez años, y cabe considerar, por lo tanto, que se han prolongado "injustificadamente" en el sentido del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. El Comité no estima que estas dilaciones sean atribuibles al segundo autor o a su difunto padre.

6.5 Por lo que se refiere a la alegación del Estado parte de que los autores no agotaron los recursos internos en relación con la reclamación del autor por el quebrantamiento de la prohibición de discriminación, el Comité recuerda que los autores no invocaron concretamente la cuestión de la discriminación ante los tribunales checos; por consiguiente, no han agotado los recursos internos al respecto. El Comité concluye que esta parte de la reclamación es inadmisibles con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.6 En lo que respecta a la alegación de que el autor fue víctima de una aplicación desigual de la ley en contravención del artículo 26, el Comité considera que puede plantear cuestiones en cuanto al fondo.

6.7 Con respecto a la reclamación de los autores de que son víctimas de una violación de su derecho a ser oídos con las debidas garantías con arreglo al párrafo 1 del artículo 14, el Comité señala que los autores no impugnan los procedimientos que se han seguido ante los tribunales, sino el incumplimiento de las decisiones de los tribunales por parte de las autoridades administrativas. El Comité recuerda que la noción de "determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil",

que figura en el párrafo 1 del artículo 14, se aplica a las diferencias relacionadas con el derecho de propiedad. Considera que, a efectos de admisibilidad, el autor ha fundamentado suficientemente su alegación de que la manera en que las autoridades administrativas checas dieron otra interpretación a su solicitud y a las leyes que cabría aplicar, la demora en la adopción de una decisión definitiva, así como el incumplimiento de las decisiones judiciales por parte de dichas autoridades, pueden plantear cuestiones comprendidas en el párrafo 1 del artículo 14, interpretado junto con el párrafo 3 del artículo 2. El Comité decide que esta alegación debe examinarse en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han presentado las partes, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 La cuestión principal que el Comité debe resolver es si las autoridades administrativas (la Oficina de Distrito en Jindřichův Hradec y el Ministerio del Interior) procedieron de modo tal que violaron el derecho de los autores, previsto en el párrafo 1 del artículo 14, a ser oídos con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, así como el derecho a interponer un recurso efectivo, conforme al párrafo 3 del artículo 2.

7.3 El Comité tiene en cuenta la afirmación de los autores en el sentido de que la Oficina de Distrito y el Ministerio del Interior, en sus decisiones de 6 de marzo y de 17 de junio de 1998, de manera arbitraria dieron otra interpretación a la solicitud del autor para que se reanudaran los procedimientos sobre mantenimiento de la ciudadanía y aplicaron las leyes sobre ciudadanía vigentes en el Estado parte, en lugar de lo previsto en el Decreto N° 33/1945 en el que se había basado la solicitud inicial. El Comité observa además que la decisión mencionada en segundo término fue anulada por el Tribunal Superior de Praga, que aun así la devolvió para una nueva vista. En su segunda evaluación del asunto, el Ministerio del Interior aplicó el Decreto N° 33/1945 y rechazó la solicitud.

7.4 El Comité se remite a su jurisprudencia de que la interpretación y la aplicación de la legislación interna son esencialmente cuestiones que incumben a los tribunales y a las autoridades del Estado parte interesado. Sin embargo, al presentar una reclamación con arreglo a la legislación interna, el individuo debe tener acceso a recursos efectivos, lo que entraña que las autoridades administrativas deben actuar de conformidad con las decisiones vinculantes de los tribunales nacionales, como lo admite el propio Estado parte. El Comité observa que tanto la decisión del Ministerio del Interior, de 31 de mayo de 2002, como también la confirmación de esa decisión por el Ministro con fecha 1° de enero de 2003, fueron anuladas por el Tribunal Municipal de Praga el 5 de mayo de 2004. De acuerdo con los

autores, este tribunal determinó que las autoridades habían adoptado las decisiones en cuestión sin la fundamentación necesaria y de manera arbitraria, y que no habían tenido en cuenta las pruebas sustantivas aportadas por los solicitantes, incluso por el padre del autor, Eugen Czernin. El Comité señala que el Estado parte no ha impugnado este aspecto de la versión de los autores.

7.5 El Comité observa además que los autores, desde que presentaron su solicitud para que se reanudaran los procedimientos en 1995, se han enfrentado reiteradamente a la frustración resultante de la negativa de las autoridades administrativas a aplicar las decisiones pertinentes de los tribunales. El Comité considera que la falta de acción de las autoridades administrativas y las demoras excesivas en la aplicación de las decisiones pertinentes de los tribunales constituyen violaciones del párrafo 1 del artículo 14, interpretado junto con el párrafo 3 del artículo 2 en que se prevé el derecho de interponer un recurso efectivo.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. En relación con la conclusión precedente, el Comité no considera necesario examinar la reclamación con arreglo al artículo 26 del Pacto.

9. A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de garantizar al autor un recurso efectivo, incluida la exigencia de que sus autoridades administrativas actúen de conformidad con las decisiones de los tribunales.

10. Teniendo en cuenta que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutivo cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen.

APÉNDICE

Voto particular de la Sra. Ruth Wedgwood, miembro del Comité

Europa Oriental vive en democracia desde hace más de una década. En ese período, se han presentado al Comité de Derechos Humanos algunos casos en que se pregunta si los refugiados de un ex régimen comunista tienen derecho a la restitución de sus bienes confiscados y, en caso afirmativo, en qué condiciones.

En cuatro dictámenes relativos a la República Checa, el Comité llegó a la conclusión de que el derecho a la propiedad privada, como tal, no está amparado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero que las condiciones para la restitución de los bienes no pueden ser injustamente discriminatorias.

En el primer caso de esta serie, *Simunek c. la República Checa*, N° 516/1992, el Comité invocó la norma de la "protección igual de la ley", reconocida por el artículo 26 del Pacto. El Comité sostuvo que un Estado no puede imponer condiciones arbitrarias para la restitución de bienes confiscados. En particular, estimó que el derecho a la restitución de bienes privados debía reconocerse incluso a las personas que ya no tenían la nacionalidad del país y habían dejado de ser residentes permanentes, por lo menos cuando el Estado parte, en virtud de su anterior régimen comunista, hubiera sido el responsable de la partida de los autores. Véase el dictamen del Comité, N° 516/1992, párr. 11.6.

El Comité ha seguido esos dictámenes en los casos ulteriores, entre ellos *Adam c. la República Checa*, N° 586/1994, *Blazek y otros c. la República Checa*, N° 857/1999, y *Des Fours Walderode c. la República Checa*, N° 747/1997.

El miembro del Comité Sr. Nisuke Ando señaló correctamente a título individual en el caso *Adam c. la República Checa*, N° 586/1994, que tradicionalmente el derecho internacional privado permite a los Estados limitar la propiedad de bienes inmuebles a sus ciudadanos. Sin embargo, cuando un régimen totalitario obliga a sus opositores políticos a marcharse, el caso presenta circunstancias especiales. Y nada indica que la República Checa, en relación con los nuevos adquirentes de bienes raíces, haya exigido la nacionalidad o la residencia permanente.

Sobre la base de estos antecedentes, el Comité debe considerar el caso *Czernin c. la República Checa*, N° 823/1998. En este caso, el Comité pidió aclaraciones al Estado parte, no porque hubiera denegado un trato igual, sino por una cuestión de procedimiento, al comprobar que las autoridades administrativas del Estado parte se habían "negado a ejecutar las decisiones pertinentes de los tribunales" de ese Estado en relación con la restitución de bienes.

El padre del autor, acompañado por su esposa, dejó Austria en diciembre de 1945, tras haber sido interrogado en la prisión por los servicios secretos soviéticos NKVD y GPU. En 1989, tras la caída del régimen comunista en la ex Checoslovaquia, el autor, como único heredero, pidió la restitución de los bienes de su padre y en 1995 trató de renovar las solicitudes de sus padres de que se les restituyera la ciudadanía checa. Desde esa época, el Tribunal Constitucional Checo, el Tribunal Superior de Praga y la Autoridad Municipal de Praga, respectivamente, sancionaron al Ministerio del Interior checo por no haber tomado medidas en relación con la solicitud del autor, haber invocado erróneamente una ley de ciudadanía de 1993 y no haber expuesto la "argumentación necesaria" en relación con la notoria posición antinazi de su padre (pidió el mantenimiento de

la ciudadanía checa en virtud del Decreto N° 33/1945 dictado después de la guerra por el Presidente checo Eduard Benes, en el caso de las personas de origen étnico alemán).

En un sentido, este caso es más sencillo que los anteriores, ya que la cuestión se refiere al proceso y no a los límites de las causas de fondo admisibles. Con todo, conviene observar que los tribunales de la República Checa, en definitiva, han tratado de conceder una reparación efectiva a los autores, en consideración de sus reclamaciones. Muchas democracias tienen órganos administrativos que son renuentes a llegar a ciertos resultados, y queda por determinar si existe algún recurso dentro del sistema en caso de que un organismo subordinado no tramite una reclamación de forma imparcial. No se puede adoptar como regla *per se* que tres rondas de procedimiento judicial en apelación equivalgan a demostrar que el solicitante ha sido privado del derecho a ser oído con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, especialmente porque en esta oportunidad los tribunales de apelación han actuado para sancionar al organismo administrativo de que se trata debido a las diversas ocasiones en que hizo caso omiso de las reclamaciones del autor. El Comité no ha indicado que el procedimiento

administrativo incumba plenamente al ámbito de aplicación del artículo 14.

Asimismo, el caso no tiene que ver con las circunstancias posteriores a la guerra en relación con el traslado obligatorio de la población alemana de los Sudetes, política emprendida después de la catastrófica aplicación abusiva de la idea de la libre determinación de los alemanes por parte del régimen nacional socialista. Si bien los traslados de poblaciones, aun como parte de un acuerdo de paz, no pueden ser aceptados fácilmente en el marco de la moderna legislación sobre derechos humanos, en la desgarrada Europa de la posguerra se llegó a una conclusión diferente. El autor no ha impugnado ni el Comité pone en tela de juicio la autoridad del Decreto presidencial de 1945, según el cual los alemanes étnicos de los Sudetes que desearan permanecer en Checoslovaquia debían demostrar que durante la guerra habían sido opositores al régimen fascista de Alemania. Una nueva democracia, con una economía emergente puede también tener dificultades prácticas para esclarecer las violaciones de la propiedad privada de bienes que se produjeron durante 50 años. En todos estos aspectos, el Estado parte debe actuar ajustándose al Pacto, pero el Comité también debe tener en cuenta sus límites.

Comunicación N° 829/1998

Presentada por: Roger Judge (representado por Eric Sutton)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Canadá

Declarada admisible: 17 de julio de 2002 (75° período de sesiones)

Fecha de aprobación del dictamen: 5 de agosto de 2003 (78° período de sesiones)

Asunto: Extradición a un país en el que el demandante corre peligro de ser ejecutado

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos – Falta de fundamentación de la reclamación – Revisión de los hechos y las pruebas

Cuestiones de fondo: Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes – Derecho a la vida – Derecho a que la sentencia dictada sea sometida a un tribunal superior – Recurso eficaz – Obligación de obtener garantías de que no se ejecutará la pena de muerte al regresar al país de origen

Artículos del Pacto: 2, párrafo 3; 6, párrafo 1; 7; 10; y 14

Artículos del Protocolo Facultativo: 2 y 3

Conclusión: Violación (artículo 6, párrafo 1, por sí solo y en conexión con el artículo 2, párrafo 3)

dounidense, detenido en el momento de la comunicación en Ste-Anne-des-Plaines, Quebec (Canadá) y expulsado a los Estados Unidos de América el mismo día de la comunicación, el 7 de agosto de 1998. Alega que es víctima de la violación por el Canadá de los artículos 6, 7, 10 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representado por un abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 15 de abril de 1987, el autor de la comunicación fue declarado culpable de dos cargos de homicidio premeditado y posesión del arma del crimen en la Sala de lo Penal de Filadelfia, Pensilvania. El 12 de junio de 1987 fue condenado a muerte, en la silla eléctrica, pero se fugó de la cárcel el 14 de junio de 1987 y huyó al Canadá¹.

1. El autor de la comunicación, de fecha 7 de agosto de 1998, es el Sr. Roger Judge, ciudadano esta-

¹ El autor señala que posteriormente el modo de ejecución se sustituyó por el de inyección letal.

2.2 El 13 de julio de 1988, el autor fue declarado culpable de dos robos en Vancouver (Canadá) y el 8 de agosto de 1988 fue condenado a diez años de prisión. El 1° de marzo de 1991 el autor presentó un recurso contra ambas condenas, que fue desestimado.

2.3 El 15 de junio de 1993, se ordenó la expulsión del autor del Canadá. La orden quedó condicionada, porque el autor había anunciado su intención de solicitar el estatuto de refugiado. El 8 de junio de 1994 el autor retiró esa solicitud y en ese momento se hizo efectiva la orden de expulsión.

2.4 El 26 de enero de 1995, por recomendación de los servicios penitenciarios del Canadá, su caso fue examinado por la Junta Nacional de Libertad Condicional, la cual ordenó su reclusión hasta que expirara su condena, es decir, el 8 de agosto de 1998².

2.5 El 10 de noviembre de 1997, el autor escribió al Ministro de Ciudadanía e Inmigración con objeto de solicitar la intervención ministerial para que se suspendiera la orden de expulsión contra él, hasta que se pidiera y recibiera, en su caso, una petición de extradición de las autoridades estadounidenses. De ser expulsado en virtud del Tratado de Extradición, el Canadá podría pedir a los Estados Unidos que le dieran garantías de que no sería ejecutado. En carta de 18 de febrero de 1998 el Ministro denegó su petición³.

2.6 El autor pidió autorización al Tribunal Federal del Canadá para iniciar una solicitud de examen judicial de la denegación del Ministro. En su solicitud, el autor pidió que se paralizara la ejecución de la orden de expulsión hasta su entrega para extradición y que se declarara que su detención en el Canadá y la expulsión a los Estados Unidos violaban sus derechos en virtud de la Carta del Canadá. La solicitud del autor fue denegada el 23 de junio de 1998. La denegación no se motivó y es inapelable.

2.7 El autor presentó ante el Tribunal Superior de Quebec, cuya jurisdicción es concurrente con la del Tribunal Federal del Canadá, la misma petición que

² Según explicó posteriormente el Estado parte, de conformidad con la Ley de la reclusión y la libertad condicional, en el Canadá todo preso tiene derecho a ser puesto en libertad después de haber cumplido las dos terceras partes de su condena (es decir, la fecha de puesta en libertad reglamentaria). Sin embargo, los servicios penitenciarios del país examinan cada caso, por medio de la Junta Nacional de Libertad Condicional, para determinar si, en caso de puesta en libertad en la fecha reglamentaria, hay motivos razonables para creer que el interesado cometerá un delito que pueda causar la muerte o un daño grave. La respuesta de los servicios penitenciarios del Canadá fue afirmativa en el caso del autor.

³ Como explicó posteriormente el Estado parte y probó en la documentación facilitada, el Ministro comunicó al autor que en los artículos 49 y 50 de la Ley de inmigración no existía ninguna disposición que permitiese demorar la expulsión hasta recibir una petición u orden de extradición. Sin embargo, si el Ministro de Justicia recibía una petición de extradición, la orden de expulsión se aplazaría de conformidad con el apartado a) del punto 1) del párrafo 50 de la Ley de inmigración. Jamás se recibió una petición de extradición.

había hecho al Tribunal Federal. El 6 de agosto de 1998, el Tribunal Superior declinó la jurisdicción en vista de que ya se había entablado el procedimiento en el Tribunal Federal, aunque sin éxito.

2.8 El autor alega que, si bien podía recurrirse contra el dictamen del Tribunal Superior de Quebec ante la Corte de Apelación, no podía considerarse un recurso útil, pues la cuestión se limitaría a la jurisdicción del tribunal y no al fondo del asunto.

La denuncia

3.1 El autor sostiene que el Canadá le impuso un sufrimiento mental que equivale a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, por haberlo tenido encarcelado durante diez años cerniéndose sobre él la certidumbre de la pena capital al cabo de su sentencia, y ello constituye una violación del artículo 7 del Pacto. El autor alega que ha sufrido el "síndrome de los condenados a muerte" mientras ha estado preso en el Canadá. El síndrome es un estado de angustia mental o psicológica y, según él, poco importa que no fuera a ser ejecutado en suelo canadiense. El autor afirma que el Estado parte no tuvo un objetivo condenatorio válido, puesto que estaba condenado a muerte en todo caso y, por lo tanto, su sentencia solo sirvió para prolongar la angustia de la reclusión mientras esperaba la expulsión y la ejecución. También sostiene que, a este respecto, no fue tratado humanamente ni con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, violándose así el artículo 10 del Pacto.

3.2 El autor afirma que, al tenerlo detenido durante diez años, pese a que lo aguardaba una ejecución cierta al cumplir su condena, y al proponer su expulsión a los Estados Unidos, el Canadá ha violado su derecho a la vida, en contravención del artículo 6 del Pacto.

3.3 El autor afirma además que, debido a su condición de fugitivo, se le negó la posibilidad de una plena apelación en los Estados Unidos en virtud de las leyes de Pensilvania, por lo que, al devolverlo a los Estados Unidos, el Canadá ha participado en una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. A este respecto, el autor declara que el juez cometió errores al dar instrucciones al jurado, lo que habría justificado la apelación contra el fallo de culpabilidad y su condena.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 El Estado parte sostiene que las alegaciones del autor son inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos, por no haberse planteado cuestiones en virtud del Pacto, por no haberse fundamentado las alegaciones y por incompatibilidad con el Pacto.

4.2 Sobre la cuestión de no haber agotado los recursos contra el encarcelamiento del autor en el Canadá, el Estado parte sostiene, en primer lugar, que el autor no formuló sus reclamaciones ante los tribunales competentes en el Canadá en su momento. Tanto durante la vista para sentencia en 1988 como en el recurso contra su sentencia de culpabilidad por robo, el

autor no alegó, como hace ahora, que una condena a diez años de prisión, en razón de sus sentencias de culpabilidad y su condena en los Estados Unidos, constituía un trato o pena cruel en violación del artículo 12 de la Carta de Derechos y Libertades del Canadá. Esos argumentos no se adujeron hasta 1998, cuando era inminente la expulsión del autor del Canadá.

4.3 En segundo lugar, el Estado parte sostiene que el autor no recurrió a la Sección de Apelación de la Junta Nacional de Libertad Condicional del Canadá ni impugnó ante los tribunales la decisión de dicha Junta de no ponerlo en libertad antes de expirar su condena ni los exámenes anuales de esa decisión. Si hubieran prosperado esas apelaciones, podría haber sido liberado antes de expirar su condena. El no haber presentado esos recursos contradice claramente la afirmación del autor de que el Canadá violó sus derechos en virtud del Pacto al mantenerlo encarcelado en el Canadá en lugar de expulsarlo a los Estados Unidos.

4.4 En tercer lugar, el Estado parte declara que, si el autor hubiera deseado ser expulsado a los Estados Unidos en lugar de seguir en prisión en el Canadá, también podría haber pedido al Departamento de Ciudadanía e Inmigración que interviniera ante la Junta Nacional de Libertad Condicional para que lo pusiera en libertad y lo expulsara a los Estados Unidos. También podría haber pedido ser trasladado a Pensilvania en virtud del Tratado de traslado de delincuentes entre el Canadá y los Estados Unidos de América relativo a la ejecución de las sentencias. Según el Estado parte, el hecho de que el autor no siguiera diligentemente esas vías hace dudar de la autenticidad de su afirmación de que deseaba ser expulsado a los Estados Unidos, donde había sido condenado a muerte.

4.5 Respecto de la cuestión de no haberse agotado los recursos por lo que hace a la solicitud del autor de que se suspendiera la orden de expulsión a los Estados Unidos, el Estado parte sostiene que el autor no recurrió contra el dictamen del Tribunal Superior de Quebec ante la Corte de Apelación. Contrariamente a la opinión del autor de que ese recurso no habría sido útil, pues se hubiera limitado a la jurisdicción del Tribunal sin entrar en el fondo del asunto, el Estado parte señala que la petición del autor se desestimó por razones tanto de forma como de fondo, por lo que la Corte de Apelación podría haber examinado el dictamen en cuanto al fondo.

4.6 El Estado parte sostiene igualmente que el autor no ha demostrado que su detención y subsiguiente expulsión a los Estados Unidos constituya una infracción de los artículos 6, 7 y 10 y del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. Si el Comité opina que esos artículos se aplican realmente al presente caso, el Estado parte afirma que el autor no ha fundamentado ninguna de esas afirmaciones a efectos de admisibilidad.

4.7 En cuanto a la supuesta violación de los artículos 7 y 10, el Estado parte aduce que el autor no ha citado ninguna fuente autorizada en apoyo de su afirmación de que el "síndrome de los condenados a muerte" puede aplicarse a un preso detenido en un Estado abolicionista por delitos cometidos en ese Estado, cuando esa persona

ha sido anteriormente condenada a la pena capital en otro Estado. El autor fue condenado a una pena de prisión por robos cometidos en el Canadá y no estuvo en el corredor de los condenados a muerte en el Canadá. Por lo tanto, el Estado parte alega que el "síndrome de los condenados a muerte" no se aplica en estas circunstancias y su argumentación en relación con los artículos 7 y 10 es improcedente.

4.8 En cuanto a la alegación del autor de que la condena no tenía un objetivo válido porque el autor había sido condenado a muerte en los Estados Unidos, el Estado parte sostiene que el principio condenatorio del castigo justo, la denuncia y la disuasión exige la imposición de una pena en el Canadá por delitos cometidos en ese país.

4.9 Según el Estado parte, si los fugitivos condenados a la pena de muerte no fueran perseguidos y sentenciados en el Canadá por delitos cometidos en el país, se podría fomentar toda clase de abusos. En primer lugar, crearía una justicia de trato desigual. Esos fugitivos serían inmunes a la persecución, en tanto que los no condenados a la pena de muerte serían perseguidos y condenados, aunque el delito cometido en el Canadá fuera el mismo en ambos casos. Ello incitaría además a esos fugitivos a cometer delitos porque en realidad no podrían ser perseguidos ni encarcelados. En definitiva, los fugitivos condenados a la pena de muerte por asesinato en los Estados Unidos tendrían carta blanca para cometer otros delitos en el Canadá.

4.10 Por lo demás, si el Comité opina que los hechos de este caso contravienen los artículos 7 y 10, el Estado parte alega que el autor no ha fundamentado una violación de esos artículos a fines de admisibilidad y sostiene que el Comité ha reiterado muchas veces que una larga permanencia en el corredor de los condenados a muerte no constituye una violación de los artículos 7 y 10, si no intervienen otras razones imperiosas⁴. El Estado parte declara que es necesario examinar los hechos y las circunstancias de cada caso y que en ocasiones anteriores el Comité ha tenido en cuenta los factores personales pertinentes del autor, las condiciones concretas de detención en el corredor de los condenados a muerte y si el método propuesto de ejecución es particularmente abominable. En este caso no se dan esas circunstancias. El Estado parte declara además, que, cuando la demora en espera de la ejecución es culpa del acusado, como cuando se fuga, no se puede permitir que el acusado saque provecho de esa demora. En este caso,

⁴ El Estado parte remite a los siguientes casos: *Pratt y Morgan c. Jamaica*, comunicaciones Nos. 210/1986 y 225/1987, *Barrett y Sutcliffe c. Jamaica*, comunicaciones Nos. 270/1988 y 271/1988), *Kindler c. el Canadá*, comunicación N° 470/1990, dictamen aprobado el 30 de julio de 1993, *Johnson c. Jamaica*, comunicación N° 588/1994 y *Francis c. Jamaica*, comunicación N° 606/1994.

la demora se debe a los propios actos delictivos del autor, a su fuga y a los robos que cometió en el Canadá⁵.

4.11 En cuanto a la supuesta violación del artículo 6, el Estado parte aduce que el autor no ha fundamentado su alegación de que *encarcelar* a una persona por delitos cometidos en ese Estado, aunque esa misma persona haya sido condenada a muerte en otro Estado, contraviene el artículo 6. El autor fue condenado en el Canadá por robos cometidos allí y no está condenado a la pena de muerte en ese país.

4.12 En cuanto a la supuesta violación del artículo 6 debido a la *expulsión* del autor del Canadá, el Estado parte afirma que el autor no ha fundamentado esa alegación y recuerda la opinión anterior del Comité de que "si un Estado parte toma una decisión respecto de una persona que esté bajo su jurisdicción y la consecuencia necesaria y previsible es una violación en otra jurisdicción de los derechos de esa persona en virtud del Pacto, el propio Estado parte puede estar infringiendo el Pacto"⁶. El Estado parte invoca también la jurisprudencia del Comité en el caso *Reid c. Jamaica*, en que se decidió que la exigencia del artículo 6 de que la pena de muerte se "imponga de conformidad con la ley" supone que se han observado las garantías de procedimiento estipuladas en el Pacto⁷. Según el Estado parte, si se han observado dichas garantías de procedimiento, no se ha violado el artículo 6. El Estado parte afirma que la única cuestión de debida garantía procesal planteada por el autor fue la menor posibilidad de apelación contra la declaración de culpabilidad y la condena, que permite la legislación de Pensilvania. A este respecto, sostiene que el autor no ha presentado pruebas de que se le haya privado de su derecho a la revisión por un tribunal superior, y se refiere, *mutatis mutandis*, a sus comunicaciones sobre el párrafo 5 del artículo 14, de que se trata más abajo.

4.13 En cuanto a la supuesta violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, el Estado parte aduce varios argumentos para demostrar que no se plantea ninguna cuestión en virtud de ese artículo. En primer lugar, sostiene que la denuncia del autor se basa en la legislación del Estado de Pensilvania en los Estados Unidos y no en la legislación canadiense. Por lo tanto, el autor no puede dirigirse, *prima facie*, contra el Canadá.

4.14 En segundo lugar, el Estado parte afirma que el derecho del autor a la revisión por un tribunal superior debe tratarse en virtud del artículo 6 y no separadamente en virtud del artículo 14. Asimismo, sostiene que, en vista de la interpretación que hace el Comité del párrafo 2 del artículo 6 en el sentido de que es necesario mantener las garantías procesales previstas en el Pacto, incluido el derecho a examen por el tribunal superior estipulado en el párrafo 5 del artículo 14, en la medida en que en este caso se plantea una infracción del artículo

6, ese derecho a revisión debe tratarse con arreglo al artículo 6 solamente.

4.15 En tercer lugar, el Estado parte aduce que la detención del autor en el Canadá y su expulsión no constituyen una infracción del artículo 14, pues el encarcelamiento del autor por robos cometidos en el Canadá no tuvo ninguna consecuencia necesaria ni previsible respecto de su derecho a que se revisaran en Pensilvania sus declaraciones de culpabilidad y su condena. También sostiene que la expulsión del autor no tuvo ninguna consecuencia necesaria ni previsible sobre su derecho de apelación, puesto que el autor había apelado ya en 1991, cuando estaba preso en el Canadá.

4.16 El Estado parte sostiene además que, si bien los derechos de un preso en los Estados Unidos pueden resultar afectados adversamente en caso de fuga, el autor no ha probado su alegación de que se haya violado su derecho a revisión por un tribunal superior. El Estado parte adjunta el fallo del Tribunal Supremo de Pensilvania sobre la apelación del autor y señala que el Tribunal Supremo de Pensilvania está obligado legalmente a revisar todas las penas de muerte, y en particular, la suficiencia de la prueba para justificar una condena por asesinato. Esa revisión reglamentaria se realizó el 22 de octubre de 1991 en el caso del autor, que estuvo representado por un abogado. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia y la condena. En cuanto a la alegación de que el juez cometió errores al dar instrucciones al jurado y de que esos errores no fueron examinados por el Tribunal Supremo, el Estado parte sostiene que, aun si el juez cometió errores, a la vista de las pruebas, aunque el jurado hubiese recibido las debidas instrucciones, no podría haber llegado a otra conclusión en el caso del autor.

4.17 El Estado parte sostiene igualmente que el autor dispone de otros dos recursos de revisión en los Estados Unidos. El primero es una petición a la Sala de lo Civil, en virtud de la Ley de recursos contra las condenas de Pensilvania, en la que pueden plantearse asuntos constitucionales. El Estado parte afirma que el autor había presentado ya una petición con arreglo a esa ley. El segundo es una petición de *hábeas corpus* en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Oriental de Pensilvania. Ese Tribunal está facultado para revocar los fallos de los tribunales del Estado de Pensilvania, si llega a la conclusión de que la condena se pronunció en violación de los derechos garantizados a los acusados de delitos en la legislación federal. Si el autor no obtiene un fallo favorable en ninguna de esas peticiones, puede recurrir a los tribunales superiores y, en última instancia, al Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

4.18 Además, el Estado parte declara que el autor podía haber presentado al Gobernador de Pensilvania una petición de clemencia o de conmutación de la pena por otra menos severa. La fuga anterior no impide que presente esa petición. Según el Estado parte, debido a todos los recursos de que dispone un preso en el corredor de los condenados a muerte, solo ha habido en Pensilvania dos ejecuciones en los últimos 30 años.

⁵ El Estado parte remite a los casos *Pratt y Morgan, supra*, *Wallen y Baptiste* (Nº 2) (1994), 45 W.I.R. 405, pág. 436 (*C.A., Trinidad y Tabago*).

⁶ *Kindler, supra*.

⁷ *Reid c. Jamaica*, comunicación Nº 250/1987.

4.19 Por último, en relación con la admisibilidad de la comunicación en su conjunto, el Estado parte aduce que es incompatible con las disposiciones del Pacto, en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo y del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto. Sostiene que las disposiciones del Pacto no se deben invocar para eludir la responsabilidad penal y que el autor no puede utilizar el Pacto en apoyo de su argumento de que no debería haber sido juzgado en el Canadá por los delitos que cometió allí. Además, el Pacto no debe ser utilizado por quienes, por sus propios actos delictivos, han renunciado voluntariamente a determinados derechos. El Estado parte sostiene también que las alegaciones del autor son contradictorias. Por un lado, aduce que la expulsión del autor del Canadá a los Estados Unidos viola el artículo 6 y el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto y, por otro, que con su detención se violan los artículos 7 y 10. Por consiguiente, se alega que el Canadá viola el Pacto tanto si lo expulsa como si no lo expulsa.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

5.1 En lo que respecta a la alegación de violación de los artículos 7 y 10, el Estado parte señala que, contrariamente a lo que se deduce de las afirmaciones del autor, el "síndrome de los condenados a muerte" no consiste únicamente en el estrés psicológico de los reclusos condenados a la pena capital, sino también en la existencia de otras condiciones, como la fijación periódica de fechas, seguida de suspensiones de la ejecución, los malos tratos físicos, la alimentación inadecuada y el aislamiento.

5.2 Con respecto a la petición del autor de que se aplase la expulsión hasta que el Canadá reciba una solicitud de extradición y de que se garantice que no se ejecutará la pena de muerte, el Estado parte aduce que los Estados Unidos no tienen ninguna obligación de solicitar la extradición de un fugitivo ni de dar esa garantía. No cabe esperar que el Gobierno del Canadá espere esa solicitud y esa garantía para devolver a fugitivos a los Estados Unidos. El peligro de que un fugitivo no sea castigado, la falta de autoridad para mantener detenido a ese fugitivo mientras espera una solicitud de extradición y la importancia de no servir de refugio a los acusados o culpables de asesinato, justifican la inexistencia de esa obligación. Además, el Ministro de Ciudadanía e Inmigración tiene también la obligación legal de ejecutar una orden de expulsión tan pronto como sea razonablemente posible.

5.3 En lo tocante a la supuesta violación del artículo 6 y a la alegación del autor de que se cometieron errores durante el juicio en Pensilvania, lo que habría servido de base para una apelación, el Estado parte declara que no corresponde al Comité examinar los hechos y las pruebas de un juicio, a menos que pueda demostrarse que este fue arbitrario o constituyó una denegación de justicia⁸. No se puede imponer al Estado parte la obligación de revisar procedimientos judiciales, sobre todo si tuvieron lugar en los Estados Unidos.

⁸ *McTaggart c. Jamaica*, comunicación N° 749/1997.

5.4 En lo que atañe a la alegación de violación del párrafo 5 del artículo 14, el Estado parte aduce que ese artículo no especifica el tipo de examen requerido y se refiere a los *Travaux Préparatoires* que, a su juicio, incluyen una amplia disposición que reconoce el principio del derecho a revisión, dejando al mismo tiempo que se determine el procedimiento de revisión con arreglo a los respectivos sistemas jurídicos⁹.

5.5 El Estado parte reitera que el caso del autor fue enteramente examinado por el Tribunal Supremo de Pensilvania. Sostiene que, si bien antes en ese Estado se consideraba que un procesado que se fugaba perdía su derecho a una plena revisión, el Tribunal Supremo de Pensilvania ha abandonado recientemente esa posición y sostiene ahora que se debe permitir que el fugitivo ejerza sus derechos después del juicio de la misma forma que lo habría hecho de no haberse fugado. El Estado parte aclara que ello depende de que el fugitivo regrese a tiempo para presentar mociones posteriores al juicio o un recurso. También señala que los plazos de presentación tienen excepciones que permiten la presentación tardía¹⁰.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

6.1 En relación con los argumentos del Estado parte de que no se agotaron los recursos internos por la detención del autor en el Canadá, el autor sostiene que no se ordenó su expulsión hasta 1993, casi cinco años después de la condena por robo. Se podría haber concedido al autor la libertad condicional para expulsarlo a los Estados Unidos, de modo que no podía saber, en 1988, que el Canadá decidiría mantenerlo encarcelado durante los diez años de su condena. Además, el autor no podía saber en 1988 que, aunque los Estados Unidos estaban dispuestos a solicitar la extradición, no lo harían, "porque esperar a que se expulse al autor a los Estados Unidos es menos problemático".

6.2 En cuanto a la cuestión de la apelación ante la Junta Nacional de Libertad Condicional, incluidas las apelaciones contra los exámenes anuales, el autor aduce que tales apelaciones habrían sido ineficaces pues, sobre la base de las pruebas, la Junta solo habría podido llegar a la conclusión de que, "si lo ponía en libertad", probablemente el autor causaría, entre otras cosas, grave daño a otra persona antes de expirar la sentencia. Sin embargo, como en realidad el autor no habría sido puesto en libertad al cumplir las dos terceras partes de su condena, sino que habría sido entregado a los servicios de inmigración para su expulsión, las autoridades penitenciarias no deberían haber sometido el caso del autor a la Junta de Libertad Condicional. Una vez admitido el caso, la Junta no se podía negar a pronun-

⁹ El Estado parte se refiere a M. Nowak, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas: comentarios sobre el Pacto, pág. 266 (Estrasburgo: Editado por N. P. Engel, 1993).

¹⁰ El Estado parte se refiere al caso *Commonwealth of Pennsylvania c. Deemer*, 705 A. 2d 627 (Pa. 1997).

ciarse sobre el riesgo de daño si se pusiera en libertad al autor.

6.3 En cuanto a la posibilidad de solicitar el traslado a los Estados Unidos con arreglo al Tratado sobre la extradición de delincuentes, el autor alega que es necesario el consentimiento de ambos Estados partes para ese traslado y que el Canadá jamás habría aceptado, en vista de su negativa a expulsarlo antes de que cumpliera totalmente la pena. Además, el autor aduce que no debería recaer en él la carga de presentar apelaciones, todas las cuales habrían sido inútiles, para acelerar su regreso a la jurisdicción donde había sido condenado a muerte.

6.4 En cuanto a una posible apelación respecto de la solicitud del autor al Tribunal Superior de Quebec de que se suspendiera la expulsión, el autor alega que esa decisión se comunicó oralmente el 6 de agosto de 1998, aproximadamente a las 20.00 horas. El Gobierno del Canadá expulsó al autor en las primeras horas del 7 de agosto de 1998, antes de que pudiera presentar un recurso. Por lo tanto, según el autor, la apelación hubiera sido superflua e inútil, porque el sujeto del procedimiento no se encontraba ya bajo jurisdicción canadiense.

6.5 Además, el autor reitera que el juez del Tribunal Superior renunció a la jurisdicción respecto de la expulsión, porque el Tribunal Federal había rehusado intervenir. El autor aduce que, aunque el juez entró en el fondo del asunto, no debería haberlo hecho porque había renunciado a la jurisdicción y que la apelación, si no hubiera sido superflua, se habría limitado a la renuncia de jurisdicción, sin entrar en si el autor había conseguido demostrar que se habían violado sus derechos en virtud de la Carta de Derechos y Libertades del Canadá.

6.6 El autor rebate el argumento del Estado parte sobre la incompatibilidad y declara que la teoría de que si los delitos del autor en el Canadá hubieran quedado impunes se habría establecido un precedente según el cual los condenados a muerte en un Estado pueden cometer delitos impunemente en otro Estado, es intrínsecamente errónea. Por el contrario, el autor aduce que, si los reclusos en el corredor de los condenados a muerte supieran que van a ser enjuiciados por delitos cometidos en el Canadá, eso los alentaría a cometer delitos allí para cumplir una pena de cárcel en ese país y prolongar su vida, o incluso a cometer asesinatos en el Canadá y aplazar la ejecución en los Estados Unidos indefinidamente. Si el autor hubiera "sido extraditado cuando se le detuvo en el Canadá en 1988, no habría tenido muchos argumentos que presentar".

6.7 El autor rebate la argumentación del Estado parte sobre el fondo del asunto. Confirma que no tiene pruebas válidas para alegar que la detención en el Canadá por delitos cometidos en ese país puede equivaler a la reclusión en el corredor de los condenados a muerte, pues no existen precedentes, pero alega que la angustia mental que caracteriza la reclusión en el corredor de los condenados a muerte comenzó con su

detención en el Canadá en 1988, y "solo terminará con su ejecución en los Estados Unidos".

6.8 En cuanto al argumento del Estado parte de que la decisión en la causa *Pratt y Morgan*¹¹ prueba que un preso no puede quejarse cuando la demora es culpa suya, por ejemplo cuando se "fuga", el autor aduce que se trata de una interpretación errónea. Admite que el período en que estuvo en libertad no se computa como parte de la demora, pero esta comenzó con la detención por las autoridades canadienses. Además, el autor afirma que no estuvo detenido en el Canadá por haber huido, sino por haber sido procesado y declarado culpable de robo.

6.9 En cuanto a la referencia del Estado parte a las condiciones de detención en la Dependencia de Trato Especial, el autor aduce que es la única instalación de máxima seguridad del Canadá, y que el autor estaba sometido a "condiciones de vida abominables". El autor también alega que la decisión de la Junta Nacional de Libertad Condicional de que el autor cumpliera los diez años de su condena y los subsiguientes exámenes anuales en que se mantuvo esa decisión constituyeron una especie de suspensión, aunque temporal, de su retorno a los Estados Unidos, donde sería ejecutado. A este respecto, el autor se refiere al debate de esta cuestión en *Pratt y Morgan* (Consejo Privado), durante el cual Lord Griffith comentó la angustia que padecen los presos condenados que pasan de la ejecución inminente a la suspensión.

6.10 El autor aduce que expulsarlo a una jurisdicción que limita su derecho de apelación viola el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto y sostiene que el artículo 6 del Pacto debe leerse conjuntamente con el párrafo 5 del artículo 14. Con respecto a la cuestión de la revisión del caso del autor por el Tribunal Supremo de Pensilvania, el autor mantiene que ese Tribunal se niega a recibir denuncias de errores judiciales. Por lo tanto, el Tribunal examinó las pruebas y decidió confirmar las sentencias de culpabilidad y las condenas. Están excluidas cuestiones como la corrección de las instrucciones dadas al jurado.

6.11 Aunque no pretende que el Comité examine el acta del juicio por asesinato, el autor se refiere también a los supuestos errores que tuvieron lugar durante ese juicio y que podrían haber modificado el resultado de la causa. Por ejemplo, el autor se refiere a una pregunta del jurado para aclarar la diferencia entre asesinato en primer grado y tercer grado y homicidio. No se respondió a la pregunta del jurado porque no se pudo localizar al abogado del autor. Cuando el abogado compareció al día siguiente, el jurado estaba listo para pronunciar su veredicto sin haber recibido respuesta a la solicitud de aclaración. Así, se pronunció un veredicto en asesinato en primer grado.

6.12 El autor alega que, si un mecanismo que permita un examen limitado puede considerarse aceptable en los casos en que se han cometido delitos no punibles con

¹¹ *Pratt y Morgan c. Jamaica, supra*.

pena de muerte, ello es totalmente inaceptable cuando está en juego la vida del acusado y cuando se priva a este del examen de toda alegación de error en el juicio.

6.13 En cuanto a la posibilidad de solicitar reparación en virtud de la Ley de recursos contra las condenas de Pensilvania, el autor confirma que trató de recurrir presentando tal petición después de ser expulsado a los Estados Unidos. Sin embargo, la petición fue desestimada el 21 de julio de 1999 y, sobre la base del caso anterior *Commonwealth c. Kindler*, se adujo que la condición de fugitivo del autor le impedía solicitar el recurso. El autor sostiene además que, como se desestimó su solicitud en virtud de dicha ley, no puede pedir el hábeas corpus federal, al habersele negado la posibilidad en virtud de la mencionada ley por no haberse respetado una norma del Estado.

6.14 En cuanto a la posibilidad de una petición al Gobernador de Pensilvania para solicitar la conmutación de su pena por la de cadena perpetua, el autor declara que el Gobernador es un político elegido, que no está facultado para emprender exámenes independientes y neutrales de las decisiones judiciales. Se sostiene que sus funciones a este respecto no se ajustan a lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 14 ni en el artículo 6 del Pacto.

Examen de la admisibilidad por el Comité

7.1 En su 75º período de sesiones el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación y comprobó que el mismo asunto no estaba sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

[7.2] En cuanto a la denuncia del autor sobre las condiciones de encarcelamiento en el Canadá, el Comité estimó que, a efectos de la admisibilidad, no estaba fundamentada.

[7.3] Sobre la cuestión de una supuesta violación de los artículos 7 y 10 del Pacto en relación con la detención del autor en el Canadá, con la perspectiva de la pena capital que lo esperaba en los Estados Unidos al terminar su pena de prisión en el Canadá, el Comité observó que el autor no estaba en el corredor de los condenados a muerte en el Canadá, sino cumpliendo una pena de diez años por robo. En consecuencia, el autor no había planteado un problema relacionado con los artículos 7 y 10 del Pacto a este respecto y esta parte de la comunicación era inadmisibles en relación con los artículos 2 y 3 del Protocolo Facultativo.

[7.4] En lo que atañe a la supuesta violación del artículo 6 por el *encarcelamiento* del autor en el Canadá por delitos cometidos allí, el Comité consideró que el autor no había fundamentado, a efectos de la admisibilidad, que se violase su derecho a la vida a causa de su *encarcelamiento* en el Canadá por delitos cometidos allí. Este aspecto de la comunicación se consideró inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

[7.5] El Estado parte había alegado que el autor no podía ampararse en el Protocolo Facultativo para denunciar su *expulsión a los Estados Unidos* porque no

había solicitado que se anulara la orden de expulsión del Tribunal Superior de Quebec a la Corte de Apelación y, por tanto, no había agotado todos los recursos internos. El Comité observó la respuesta del autor sobre esta cuestión, es decir, que la apelación habría sido vana, pues solo se habría tratado la cuestión de la competencia y no el fondo del asunto y que el Estado parte había expulsado al autor pocas horas después de la decisión del Tribunal Superior, por lo que toda tentativa de apelación contra esta decisión habría sido superflua. El Comité señaló que el Estado parte no había impugnado la rapidez con que se expulsó al autor tras la decisión del Tribunal Superior, por lo que, con independencia de que el autor pudiera haber apelado con respecto al fondo, el Comité entendió que no hubiera sido lógico esperar que el autor lo hiciera después de su expulsión, que era precisamente lo que, según se afirma, constituye una violación del Pacto. En consecuencia, el Comité no pudo aceptar el argumento del Estado parte de que esta parte de la comunicación era inadmisibles por no haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna.

[7.6] Por lo que respecta a la alegación del autor de que se violaron sus derechos en virtud del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto y de que el Canadá había contravenido por lo tanto el artículo 6 al expulsar al autor, el Comité observó que el autor, con arreglo a la ley de Pensilvania, tenía *derecho* a una plena apelación contra el fallo de culpabilidad y la condena. Además, el Comité observó que, de acuerdo con los documentos facilitados por las partes, aunque el alcance del recurso quedó limitado cuando el autor huyó, el fallo de culpabilidad y la condena del autor fueron revisados por el Tribunal Supremo de Pensilvania, que debe examinar todos los casos de pena capital. Según esos documentos, el autor estuvo representado por un abogado y el Tribunal examinó las pruebas y la legislación, así como los elementos requeridos para una condena por homicidio premeditado y la imposición de la pena capital. En estas circunstancias particulares, el Comité estimó que el autor no había fundamentado, a efectos de la admisibilidad, su alegación de que se había violado su derecho en virtud del párrafo 5 del artículo 14 y de que, por esa razón, su expulsión del Canadá supuso una violación, por parte de ese país, del artículo 6 del Pacto.

[7.7] El Comité, pese a su decisión de que la reclamación basada en el párrafo 5 del artículo 14 era inadmisibles, opinó que los hechos expuestos por el autor planteaban dos cuestiones a tenor del Pacto, que eran admisibles y se debían examinar en cuanto al fondo:

1) Puesto que el Canadá ha abolido la pena de muerte ¿violó el derecho a la vida del autor en virtud del artículo 6, su derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en virtud del artículo 7 o su derecho a un recurso efectivo en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto al expulsarlo a un Estado en el que estaba condenado a muerte, sin pedir garantías de que la condena no se ejecutaría?

2) El Estado parte ha admitido que el autor fue expulsado a los Estados Unidos antes de poder

ejercer su derecho a apelar contra el rechazo de su solicitud de suspensión de la expulsión ante la Corte de Apelación de Quebec. A causa de ello, el autor no pudo interponer ningún otro recurso efectivo de que pudiera haberse valido. Al expulsar al autor a un Estado en el que estaba condenado a muerte antes de que pudiera ejercer todos sus derechos para impugnar esa expulsión ¿violó el Estado parte el derecho del autor en virtud de los artículos 6, 7 y 2 del Pacto?

El Comité opinó que, dada la gravedad de estas cuestiones, las partes deberían tener la oportunidad de formular observaciones al respecto antes de que el Comité emitiera su dictamen en cuanto al fondo. Además, se pidió a las partes que facilitaran información sobre la actual situación procesal del autor en los Estados Unidos y sobre los posibles recursos de que podía valerse. Se pidió al Estado parte que, lo más pronto posible y en cualquier caso en el plazo de tres meses a contar de la fecha en que se transmitiera la decisión sobre la admisibilidad, complementara sus observaciones sobre el fondo en relación con las cuestiones y la solicitud de información mencionados más arriba. Toda declaración que se recibiera del Estado parte debía ser comunicada al autor, quien debería responder formulando sus observaciones en el plazo de dos meses.

Respuesta del Estado parte sobre el fondo, de conformidad con la petición del Comité

8.1 En una nota verbal de 15 de noviembre de 2002, el Estado parte respondió a las cuestiones planteadas por el Comité y a su solicitud de ampliar la información.

1. *Cuestión de si el Canadá ha violado el Pacto al no haber exigido garantías de que no se ejecutaría la pena capital*

8.2 El Estado parte hace referencia al párrafo 1 del artículo 6 en donde se proclama que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y se garantiza que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. Por lo que hace a la imposición de la pena capital, sostiene que el párrafo 2 del artículo 6 permite su aplicación en los países que no la hayan abolido, pero exige que se respeten las condiciones enumeradas en dicho artículo.

8.3 El artículo 6 no menciona expresamente la situación de una persona que haya sido extraditada o expulsada a otro Estado en el que esté expuesta a la pena de muerte. Sin embargo, el Estado parte señala que el Comité ha defendido que "si un Estado parte adopta una decisión relativa a una persona dentro de su jurisdicción y la consecuencia necesaria y previsible es que los derechos de esa persona conforme al Pacto serán violados en otra jurisdicción, el propio Estado parte puede incurrir en una violación del Pacto"¹². El Comité

¹² *Kindler c. el Canadá, supra, Ng c. el Canadá*, comunicación N° 469/1991, dictamen aprobado el 5 de noviembre de 1993, *Cox c. el Canadá*, comunicación N°

ha llegado por tanto a la conclusión de que el artículo 6 se aplica a la situación en la que un Estado parte pretende extraditar o expulsar a una persona a otro Estado donde le aguarda la pena de muerte.

8.4 El artículo 6 permite a los Estados partes extraditar o expulsar a una persona a un Estado donde le aguarda la pena capital siempre y cuando se cumplan las condiciones para la imposición de la pena de muerte enunciadas en dicho artículo. El Estado parte alega que el Comité, en el presente caso, no parece plantearse si la imposición de la pena capital en los Estados Unidos cumple los requisitos prescritos en el artículo 6¹³. El Comité se pregunta más bien si el Canadá ha violado el Pacto al no haber exigido garantías de que no se ejecutaría la pena capital contra el autor.

8.5 Según el Estado parte, el artículo 6 y la Observación general N° 14 del Comité sobre el artículo 6¹⁴ guardan silencio sobre la cuestión de la exigencia de garantías y no existe ninguna autoridad jurídica que apoye la propuesta de que los Estados abolicionistas deben exigir garantías por tratarse de una cuestión de derecho internacional. El Estado parte aduce que subsumir ese requisito en el artículo 6 equivaldría a apartarse de manera apreciable de las normas aceptadas de interpretación de los tratados, incluido el principio de que un tratado debe ser interpretado a la luz de la intención de los Estados partes reflejada en los términos del tratado¹⁵.

8.6 El Estado parte recuerda que el Comité ha examinado varias comunicaciones relativas a la extradición o expulsión de personas del Canadá a Estados donde las espera la pena de muerte. En ninguno de esos casos el Comité se planteó la cuestión de por qué no se habían pedido garantías. Además, el Estado parte observa que, en anteriores ocasiones, el Comité rechazó la propuesta de que un Estado abolicionista que hubiera

539/1993, dictamen aprobado el 31 de octubre de 1994, *G. T. c. Australia*, comunicación N° 706/1996, dictamen aprobado el 4 de noviembre de 1997.

¹³ Según el Estado parte, en lo tocante a las condiciones en que se aplica la pena de muerte en el Estado de Pensilvania, en el párrafo 7.7 de su decisión sobre la admisibilidad el Comité observó que el autor tenía derecho, en virtud de la ley de ese Estado, a una plena apelación contra el fallo de culpabilidad y la condena y a que estos fueran revisados por el Tribunal Supremo de Pensilvania. El Comité estimó que la alegación del autor, basada en el párrafo 5 del artículo 14, era inadmisibile.

¹⁴ HRI/GEN/1/Rev.6.

¹⁵ El Estado parte hace referencia al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que figura en el documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27 (1969), en el que se afirma que "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin". El artículo 31 exige que la fuente principal para interpretar el significado de una disposición de un tratado sea el sentido corriente de sus términos. A efectos de la interpretación de las disposiciones de un tratado, su contexto comprende cualquier acuerdo ulterior o práctica de los Estados partes que dé un sentido adicional a la disposición (párrafos 2 y 3 del artículo 31).

ratificado el Pacto tuviese necesariamente que denegar la extradición o hubiera de exigir garantías de que no se aplicaría la pena capital. En el caso *Kindler c. el Canadá*¹⁶, el Comité de Derechos Humanos se planteó la siguiente cuestión: "¿El hecho de que el Canadá hubiera abolido la pena de muerte... obligaba al Canadá a negar la extradición o a solicitar de los Estados Unidos... la garantía de que no se impondría al Sr. Kindler la pena de muerte?". El Estado parte toma nota de la declaración del Comité al respecto de que "no estima que los términos del artículo 6 del Pacto exijan necesariamente del Canadá que deniegue la extradición o exija garantías". El Comité ha reiterado esos puntos de vista en los dictámenes *Ng c. el Canadá*¹⁷ y *Cox c. el Canadá*¹⁸.

8.7 En cuanto al Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tiene por objeto abolir la pena de muerte y en el cual se exige a los Estados partes que adopten todas las medidas necesarias para abolir la pena capital en su jurisdicción, el Estado parte menciona la conclusión del Comité de que, para los Estados partes en el Segundo Protocolo Facultativo, las disposiciones de este han de considerarse como disposiciones suplementarias del Pacto y, en especial, el artículo 6¹⁹. Sostiene que el instrumento guarda silencio sobre la cuestión de la extradición o expulsión de una persona que se enfrente a la pena de muerte, incluida la exigencia de garantías. El Estado parte no se pronuncia sobre la posibilidad de interpretar que ese instrumento impone la obligación de exigir garantías, pero hace hincapié en que no es en la actualidad Parte en el Segundo Protocolo Facultativo. Así pues, sus actos solo pueden examinarse a la luz de las disposiciones del Pacto.

8.8 El Estado parte alega que, en la fecha de expulsión del autor, es decir, el 7 de agosto de 1998, no existía ningún requisito en la legislación interna en el sentido de que el Canadá tuviera que exigir garantías a los Estados Unidos de que no se le aplicaría la pena de muerte. Aunque el Tribunal Supremo del Canadá no se ha pronunciado al respecto en el contexto de la inmigración, sí ha abordado este tema en relación con la extradición y ha llegado a la conclusión, en los casos de *Kindler c. el Canadá (Ministerio de Justicia)*²⁰ y *Reference Re Ng Extradition*²¹, de que no violaba la Constitución canadiense²² el hecho de dotar al Ministro de facultades discrecionales en cuanto a la exigencia de garantías de que no se ejecutaría la pena de muerte ni la decisión de extraditar a Kindler y Ng sin pedir dichas garantías.

8.9 Alega, además, que la actuación de un Estado parte debe evaluarse a la luz de la legislación aplicable en el momento en que se produjo la supuesta violación

del tratado: en el momento de la expulsión del autor no existía ninguna norma de derecho internacional que obligara al Canadá a exigir garantías de que no se ejecutaría la pena de muerte que pesaba sobre el Sr. Roger Judge. Prueba de ello es, según sostiene, la interpretación del Pacto hecha por el Comité en *Kindler, Ng y Cox (supra)*. Además, en el Tratado Modelo de Extradición de las Naciones Unidas²³ no se enumera la falta de garantías de que no se ejecutará la pena de muerte entre los "motivos para denegar obligatoriamente la extradición", aunque sí figura entre los "motivos para denegar facultativamente la extradición". Por último, alega que el hecho de exigir a los Estados abolicionistas que pidan garantías en todos los casos en que expulsan a personas a países donde las espera la pena de muerte es una cuestión de política del Estado y no un requisito jurídico del Pacto.

8.10 Pasando a la cuestión de si la expulsión del autor a un Estado en el que le aguarda la pena de muerte sin exigir garantías de que esta no se ejecutará vulnera el artículo 7 del Pacto, el Estado parte afirma que el Comité ha mantenido que la extradición o expulsión cuando aguarda la pena de muerte, en el marco del párrafo 2 del artículo 6, no constituye de por sí una violación del artículo 7²⁴. Toma nota también de la conclusión del Comité de que pueden plantearse cuestiones en virtud del artículo 7 acerca de la pena de muerte que dependan de "los factores personales relativos al autor, de las condiciones específicas de detención en el corredor de los condenados a muerte y de si el método de ejecución propuesto es especialmente inhumano"²⁵.

8.11 El Estado parte aduce que, en el presente caso, el Comité ha rechazado, por considerarlas inadmisibles, todas las cuestiones relativas a los factores personales del autor, a las condiciones de detención en el corredor de los condenados a muerte o al método de ejecución. La única cuestión que se plantea es si el hecho de no haber exigido garantías de que no se aplicaría la pena de muerte constituye una violación de los derechos del autor reconocidos en el artículo 7. El Estado parte alega que, si la imposición de la pena de muerte, en el contexto del párrafo 2 del artículo 6, no constituye una violación del artículo 7, la no exigencia por parte de un Estado de garantías de que no se aplicará dicha pena de muerte no puede representar una violación del artículo 7. Sostener lo contrario significaría que la imposición de la pena de muerte, en el marco del párrafo 2 del artículo 6, por el Estado X no constituiría una tortura o un trato o pena cruel, inhumano o degradante, pero que un Estado que extradita a una persona al Estado X sin exigir garantías de que no se le aplicará la pena capital, a tenor de esas conclusiones, habría puesto a esa persona en un verdadero peligro de ser sometida a torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A juicio del Estado parte, ello constituye una

¹⁶ Véase *supra*.

¹⁷ Véase *supra*.

¹⁸ Véase *supra*.

¹⁹ *G. T. c. Australia, supra*.

²⁰ [1991] 2 S.C.R. 779.

²¹ [1991] 2 S.C.R. 858.

²² *Ibid.*, pág. 840.

²³ Documento A/RES/45/116 de las Naciones Unidas, aprobado el 14 de diciembre de 1990.

²⁴ *Kindler c. el Canadá*, véase *supra*.

²⁵ *Kindler c. el Canadá*, véase *supra*.

interpretación insostenible del artículo 7. Por esas razones, el Estado parte afirma que no ha violado el artículo 7 al haber expulsado al Sr. Roger Judge a los Estados Unidos sin recabar garantías.

8.12 El Estado parte sostiene que el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto impone a los Estados partes la obligación de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el Pacto hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo, que se sometan a las autoridades competentes las violaciones de esos derechos y que se apliquen las decisiones correspondientes. El Estado parte remite a sus exposiciones relativas a los artículos 6 y 7 y afirma, a la luz de esos argumentos, que no ha vulnerado los derechos o libertades reconocidos al autor en el Pacto. No se derivan, por consiguiente, en este caso obligaciones para el Canadá en virtud de los apartados a) y c) del párrafo 3 del artículo 2.

8.13 Además, el Estado parte mantiene que las personas que denuncian violaciones de sus derechos y libertades pueden someter estos asuntos a las autoridades judiciales competentes y, si fundamentan su caso, dispondrán de un recurso efectivo. En concreto, la cuestión de si era necesario exigir garantías de que no se aplicaría al autor la pena de muerte podría haberse planteado ante los tribunales del país²⁶.

2. *La expulsión del autor a un Estado en el que había sido condenado a la pena capital antes de que pudiera ejercer todos sus derechos a impugnar esa expulsión ¿constituye una violación de sus derechos con arreglo a lo previsto en los artículos 6, 7 y 2 del Pacto?*

8.14 El Estado parte se basa, *mutatis mutandis*, en sus anteriores comunicaciones en relación con la primera pregunta formulada por el Comité, sobre todo en su argumento de que el artículo 6 y la Observación general pertinente del Comité²⁷ guardan silencio sobre la cuestión de si un Estado tiene la obligación de permitir a cualquier persona ejercer todos sus derechos de apelación antes de expulsarla a otro Estado en el que ha sido condenada a la pena de muerte. No se ha encontrado ninguna fuente jurídica autorizada que respalde esta propuesta y el hecho de fundar esa exigencia en el artículo 6 supondría apartarse de manera significativa de las normas aceptadas de interpretación de los tratados. En opinión del Estado parte, el párrafo 4 del artículo 6 y

²⁶ El Estado parte hace referencia a la Carta de Derechos y Libertades del Canadá, s. 24 (1) que, de manera similar al Pacto, salvaguarda el derecho de los individuos a la vida, la libertad y la seguridad de su persona y el derecho a no verse privado de estos, salvo en aplicación de los principios de la justicia elemental (s. 7), así como el derecho a no verse sometido a ningún trato o pena cruel o inusitada (s. 12). Todo aquel que alegue que se han violado sus derechos o libertades puede acudir ante un tribunal competente para obtener la reparación que este considere justa y adecuada a las circunstancias.

²⁷ Véase *supra*.

el párrafo 5 del artículo 14 ofrecen unas salvaguardias importantes al Estado parte que trata de imponer la pena de muerte²⁸, pero no son aplicables a un Estado parte que expulsa o extradita a una persona a un Estado donde ha sido condenada a la pena capital.

8.15 El Estado parte explica que el artículo 48 de la Ley de inmigración²⁹ estipula que una orden de expulsión debe ser ejecutada tan pronto como sea razonablemente posible, a reserva de que se suspenda el procedimiento por orden judicial o por imperativo legal. Es decir que, si no se suspende su ejecución, la orden de expulsión es de obligado cumplimiento y el Ministro tiene que hacerla efectiva por ley tan pronto como sea razonablemente posible, no quedándole apenas margen de discreción a esos efectos. En el presente caso, el Estado parte sostiene que ninguna de las posibilidades legales de suspensión previstas en los artículos 49 y 50 de la Ley de inmigración eran aplicables al autor, por lo que los tribunales que revisaron la sentencia desestimaron su petición de que se dictara una orden de suspensión judicial.

8.16 El Estado parte aduce que la solicitud de autorización para presentar un recurso de revisión judicial contra la respuesta del Ministro de que no podía suspender la expulsión, a la que adjuntaba un memorando con un cúmulo de argumentos, fue estudiada por el Tribunal Federal y denegada. De manera análoga, el Tribunal Superior de Quebec desestimó la misma petición del autor, tanto por motivos de forma como de fondo. Ninguno de los dos tribunales halló razones suficientes para suspender la ejecución de la orden de expulsión. Si el Estado parte tuviera que suspender la ejecución de las órdenes de expulsión hasta que se agotasen todos los niveles de apelación, ello significaría que personas, como el autor, que han cometido hechos delictivos muy graves, permanecerían en el Canadá por períodos mucho más largos, lo que a su vez conllevaría demoras prolongadas de la expulsión sin garantía alguna de que los autores de delitos muy graves, como ocurre en este caso, pudieran seguir en prisión preventiva a lo largo de todo el proceso de apelación³⁰.

²⁸ En el presente caso, el Comité llegó a la conclusión de que la denuncia del autor de que se había producido una violación de su derecho a apelar, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, no ha quedado fundamentada a los efectos de la admisibilidad de la comunicación (véase párr. 7.7).

²⁹ Esta disposición ya ha sido derogada y sustituida por otra similar en la Ley de inmigración y protección de los refugiados.

³⁰ El Estado parte explica asimismo que, en virtud de la anterior Ley de inmigración y de la nueva Ley de inmigración y protección de los refugiados, el Ministro podría mostrarse favorable a la detención durante el proceso de apelación, partiendo de la base de que era muy probable que esa persona constituyera un peligro para el orden público o que seguramente no comparecería para ser expulsada. Un órgano decisorio independiente revisaría los motivos de su detención. Sin embargo, el Ministro no estaría en condiciones de garantizar que esa persona permanecerá detenida y, cuanto

8.17 En cuanto al argumento de que se ha producido una violación del artículo 7 en ese sentido, el Estado parte se basa, *mutatis mutandis*, en sus anteriores comunicaciones relativas a la primera cuestión formulada por el Comité. En especial, si la imposición de la pena de muerte, con arreglo al párrafo 2 del artículo 6, no vulnera el artículo 7, el hecho de que un Estado no conceda a una persona la posibilidad de ejercer todos los recursos judiciales antes de su expulsión al Estado que le ha impuesto la pena capital no puede constituir una violación de dicho artículo. El Estado parte aduce que lo decisivo es determinar si el Estado parte que ha impuesto la pena de muerte ha cumplido los requisitos estipulados en el artículo 6 y en otras disposiciones pertinentes del Pacto y no si el Estado parte que expulsa a una persona a un Estado donde ha sido condenada a la pena de muerte ha ofrecido a esa persona suficientes oportunidades de revisión judicial de la decisión de expulsión.

8.18 En cuanto al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte sostiene que no ha violado ninguno de los derechos del autor reconocidos en el Pacto, ya que dispuso de una suficiente revisión judicial de su orden de expulsión a los Estados Unidos antes de que esta se hiciera efectiva, incluso para determinar si la expulsión vulneraría sus derechos humanos.

8.19 Respecto de la situación actual del autor en los Estados Unidos, el Estado parte comunica que ha sido informado por la Oficina del Fiscal del Distrito de Filadelfia, Estado de Pensilvania, de que el autor se halla ahora recluido en un establecimiento penitenciario del Estado y que no se ha fijado fecha alguna para su ejecución.

8.20 El 23 de mayo de 2002, el Tribunal Supremo de Pensilvania denegó la solicitud del autor de que se le concediera un recurso contra la condena. El autor ha presentado recientemente una petición de hábeas corpus ante el Tribunal de Distrito Federal. En el caso de que la resolución del Tribunal de Distrito no sea favorable al autor, cabe apelar ante la Corte de Apelación Federal correspondiente al tercer circuito. Posteriormente tiene también la posibilidad de apelar ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Si se deniegan las apelaciones federales del autor, aún puede presentar una solicitud de clemencia ante el Gobernador del Estado. Además, el Estado parte reitera que, según el Estado de Pensilvania, desde la reintroducción de la pena de muerte en 1976 solo han sido ejecutadas tres personas.

8.21 Sin perjuicio de las comunicaciones anteriores, el Estado parte desea informar al Comité de las novedades que se han registrado en el país desde que se produjeron los hechos en cuestión. El 15 de febrero de 2001, el Tribunal Supremo del Canadá dictaminó, en *United States v. Burns*³¹, que el Gobierno debía exigir garantías, salvo en casos excepcionales, de que no se aplicaría la pena de muerte antes de extraditar a una persona a un

más largo fuera el período de detención, más probabilidades tendría de ser puesta en libertad.

³¹ Cita neutra 2001 SCC 7, [2001] S.C.J. N° 8.

Estado en el que se le fuera a aplicar la pena capital. El Estado parte comunica que el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración del Canadá está estudiando el posible efecto de esta decisión sobre la expulsión de inmigrantes.

Respuesta del autor sobre el fondo, de conformidad con la petición del Comité

9.1 Mediante carta de 24 de enero de 2003, el autor respondió a la petición de información formulada por el Comité y expuso sus comentarios sobre la comunicación del Estado parte. El autor sostiene que, al invocar la decisión de *Kindler c. el Canadá*³² para apoyar su argumento de que, en los asuntos de extradición o expulsión, un Estado abolicionista no infringe necesariamente lo dispuesto en el Pacto en el caso de que no exija garantías de que no se llevará a cabo la pena de muerte, el Estado parte ha hecho una interpretación errónea, no solo de los hechos del caso *Kindler*, sino de la repercusión de la decisión del Comité al respecto.

9.2 En primer lugar, el autor alega que, en el caso *Kindler*, lo que se ventilaba era si debía procederse a una extradición o a una expulsión. Recuerda la declaración del Comité de que se habría cometido una violación del Pacto "si la decisión de proceder a su extradición sin garantías se hubiera tomado de manera arbitraria o sumaria". Sin embargo, como el Ministro de Justicia examinó la argumentación del Sr. Kindler antes de ordenar su extradición sin recabar garantías, el Comité no pudo considerar que la decisión se tomó "de manera arbitraria o sumaria". En el presente caso, el objeto del examen es la expulsión, en la que no existen procedimientos jurídicos en virtud de los cuales pueda el deportado exigir garantías de que no se ejecutará la pena de muerte.

9.3 En segundo lugar, el autor reitera que presentó una petición a los tribunales canadienses con objeto de que declarasen que su devolución por el procedimiento de expulsión violaría sus derechos, contemplados en la Carta de Derechos y Libertades del Canadá, a fin de que suspendieran su expulsión del Canadá y "obligaran" a los Estados Unidos a solicitar su extradición, momento en el cual él se habría dirigido al Ministerio de Justicia para que exigiera garantías de que no se ejecutaría la pena de muerte. Como el Ministro de Justicia carece de esas facultades en el proceso de expulsión, el Estado parte pudo privar al autor de los mecanismos de protección previstos en el Tratado de Extradición y jamás se reexaminó la oportunidad de exigir garantías. El autor sostiene que los Estados Unidos estaban dispuestos a solicitar su extradición e incluye una carta de la Fiscalía del Distrito de Filadelfia, de 3 de febrero de 1994, que se adjuntó en el Canadá a su expediente, en la que se indica que se iban a iniciar, si fuera necesario, los procedimientos de extradición. La negativa del Ministro a exigir garantías podría haber sido entonces revisada en el sistema de tribunales internos. Al "soslayar" el proceso de extradición y

³² Véase *supra*.

devolver al autor a los Estados Unidos para que se enfrentara a la pena de muerte, el Estado parte ha violado, según el autor, sus derechos reconocidos en los artículos 6 y 7 y el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto ya que, a diferencia del caso *Kindler*, no se ha abordado el tema de las garantías.

9.4 En cuanto a la alegación de que el Estado parte ha violado sus derechos al expulsarlo antes de que él pudiera ejercerlos para impugnar la orden de expulsión, el autor mantiene que la interpretación que hace el Estado parte de sus obligaciones es excesivamente restrictiva y que los casos que llevan aparejada la pena de muerte exigen un examen especial. Al haberlo expulsado a las pocas horas de que el Tribunal Superior del Canadá adoptara su decisión (que le fue comunicada al final de la tarde), el Estado parte se aseguró de que las cuestiones de derechos civiles planteadas por el autor no pudieran ser objeto de ningún recurso de apelación.

9.5 El autor afirma que este enfoque restrictivo es contrario a lo dispuesto en la Observación general sobre el artículo 2 que dice "... El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción". Al expulsar al autor para asegurarse de que no pudiera aprovechar el derecho de apelación, el Estado parte no solo violó el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, sino también el espíritu de la mencionada observación general.

9.6 El autor aduce que, en virtud del artículo 48 de la Ley de inmigración, el Ministro dispone de un cierto margen discrecional y no estaba obligado a expulsarlo "inmediatamente". Además, en la jurisprudencia interna se reconoce que el Ministro tiene el deber de ejercer esas facultades discrecionales según las circunstancias de cada caso. Hace referencia al caso *Wang v. The Minister of Citizenship and Immigration*³³, en el que se sostuvo que "el margen de discreción que debe ejercerse se dedicará a determinar si debe o no inhibirse de su competencia a favor de otro proceso que pueda repercutir en que la orden de expulsión resulte inoperante o inaplicable, dado que el objeto de ese proceso consiste en establecer si la expulsión de esa persona la expondría a un riesgo de muerte o de cualquier otra sanción extrema". Según ese principio, el autor cree que no debería haber sido expulsado antes de haber tenido la oportunidad de presentar el recurso de apelación. Alega que si la expulsión no lo hubiera privado de su derecho a recurrir, su caso no habría salido del sistema judicial canadiense, puesto que el Tribunal Supremo del Canadá determinó en el caso *United States of America v. Burns*³⁴ que, salvo en casos excepcionales, deben exigirse garantías en todas las causas en que pudiera imponerse la pena de muerte y el autor se habría valido de esa circunstancia.

³³ [2001] FCT 148 (6 de marzo de 2001).

³⁴ Véase *supra*.

9.7 Respecto del argumento del Estado parte (párr. 8.13 *supra*) de que podía haberse planteado ante los tribunales del país la cuestión de si era necesario exigir garantías de que no se aplicaría la pena de muerte al Sr. Roger Judge, el autor sostiene que el Estado parte interpretó erróneamente su posición jurídica. Con sus actuaciones judiciales en el Canadá, lo que el autor pretendía era que se suspendiera la orden de expulsión para obligar a los Estados Unidos a solicitar la extradición y, solamente llegado a esa fase, podía haberse planteado la cuestión de las garantías.

9.8 Por lo que hace a la actual situación jurídica del autor, se pone en tela de juicio la afirmación de que no se ha fijado fecha para la ejecución. Se ha comunicado que el 22 de octubre de 2002, el Gobernador firmó la orden de ejecución, que está prevista para el 10 de diciembre de 2002 pero que ha sido suspendida hasta que se vean los recursos de hábeas corpus presentados ante el Tribunal de Distrito Federal.

Deliberaciones del Comité

10.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la comunicación tomando en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Pregunta 1. Puesto que el Canadá ha abolido la pena de muerte ¿violó el derecho a la vida del autor en virtud del artículo 6, su derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en virtud del artículo 7, o su derecho a un recurso efectivo en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto al expulsarlo a un Estado en que estaba condenado a muerte, sin pedir garantías de que la condena no se ejecutaría?

10.2 Al examinar las obligaciones del Canadá, como Estado parte que ha abolido la pena de muerte, en la expulsión de personas a otro país donde están condenadas a dicha pena, el Comité se refiere a su jurisprudencia anterior en el caso *Kindler c. el Canadá*³⁵, a saber, que no considera que la deportación de una persona de un país que haya abolido la pena capital a otro en el que esté condenada a muerte constituya de por sí una violación del artículo 6 del Pacto. El Comité basó su decisión en una interpretación del Pacto que hacía una lectura conjunta del párrafo 1 del artículo 6 y del párrafo 2 del mismo artículo, que no prohíbe la imposición de la pena de muerte por los delitos más graves, y consideró que, ya que el Canadá no había impuesto la pena de muerte sino que había extraditado al autor a los Estados Unidos, país que no había abolido dicha pena y donde podía imponérsele la pena capital, la extradición en sí no constituiría una violación por parte del Canadá a menos que hubiera un riesgo real de que se violasen en los Estados Unidos los derechos del autor en virtud del Pacto. En lo que respecta a las garantías, el Comité consideró que el texto del artículo 6 no exigía necesariamente que el Canadá rechazase la extradición o soli-

³⁵ Véase *supra*.

citase garantías, sino que debía al menos examinar una solicitud en este sentido.

10.3 Aunque reconoce que el Comité debería velar tanto por la compatibilidad como por la coherencia de su jurisprudencia, observa que puede haber situaciones excepcionales que requieran una revisión del ámbito de aplicación de los derechos protegidos en el Pacto, como cuando una supuesta violación atañe al más fundamental de los derechos —el derecho a la vida— y en particular si ha habido adelantos y cambios de hecho y de derecho en la opinión internacional con respecto a la cuestión planteada. El Comité es consciente de que la jurisprudencia mencionada anteriormente fue establecida hace unos diez años y que desde entonces ha habido un consenso internacional cada vez mayor a favor de la abolición de la pena de muerte y, en los Estados que la han mantenido, un consenso creciente para no ejecutarla. Cabe destacar que el Comité observa que, desde el caso *Kindler*, el propio Estado parte ha reconocido la necesidad de modificar su propia legislación nacional para garantizar la protección de los extraditados del Canadá condenados a muerte en el Estado receptor, en el caso *United States v. Burns*. En ese caso, el Tribunal Supremo del Canadá consideró que el Gobierno debía exigir garantías, salvo en casos excepcionales, de que no se aplicaría la pena de muerte antes de extraditar a un individuo a un Estado donde pudiera imponérsele la pena capital. Cabe señalar que, según esta sentencia, "otros países abolicionistas no extraditan en general sin garantías"³⁶. El Comité considera que el Pacto debería interpretarse como un instrumento vivo y los derechos protegidos en él deberían ejercerse en el contexto y a la luz de la situación actual.

10.4 Al examinar su aplicación del artículo 6, el Comité observa que, según requiere la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado debería interpretarse de buena fe y de conformidad con el sentido ordinario de los términos del tratado en el contexto de estos y a la luz de su objeto y finalidad. El párrafo 1 del artículo 6, que establece que "El derecho a la vida es inherente a la persona humana...", es un principio general: su objetivo es proteger la vida. Los Estados partes que han abolido la pena de muerte tienen una obligación, en virtud de este párrafo, de proteger la vida en cualquier circunstancia. Los párrafos 2 a 6 del artículo 6 se han incluido claramente para impedir una lectura del primer párrafo del artículo 6 que pudiera entenderse como una abolición de la pena de muerte en sí. Refuerzan esta interpretación las primeras palabras del párrafo 2 ("En los países que no hayan abolido la pena capital...") y el párrafo 6 ("Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital"). En efecto, los párrafos 2 a 6 tienen la doble función de prever una excepción al derecho a la vida respecto de la pena de muerte y limitar el alcance de esa excepción. Solo la pena de muerte dictada bajo ciertas circunstancias puede acogerse a esta excepción. Entre esas limitaciones está la que figura en las primeras

palabras del párrafo 2, a saber, que solo los Estados partes que "no hayan abolido la pena capital" pueden valerse de las excepciones previstas en los párrafos 2 a 6. Los países que *han* abolido la pena capital, tienen la obligación de no exponer a una persona al riesgo real de su aplicación. Así pues, no pueden devolver, por expulsión o extradición, a las personas de su jurisdicción si se puede prever razonablemente que serán condenadas a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutará.

10.5 El Comité reconoce que, al interpretar de este modo los párrafos 1 y 2 del artículo 6, se da diferente trato a los Estados abolicionistas y a los retencionistas, pero considera que ello es una consecuencia inevitable del propio texto de la disposición que, como se desprende claramente de los *Travaux Préparatoires*, trataba de dar cabida a opiniones muy divergentes sobre la pena de muerte, en un esfuerzo de los redactores de la disposición por hallar un compromiso. El Comité observa que, como se señalaba en los *Travaux*, por un lado, uno de los grandes principios del Pacto debía ser la abolición pero, por otro, en algunos países existía la pena capital y su abolición les crearía dificultades. Muchos delegados y órganos participantes en el proceso de redacción consideraban la pena de muerte como una "anomalía" o un "mal necesario". Parecería lógico, por lo tanto, interpretar el principio del párrafo 1 del artículo 6 en un sentido amplio, mientras que el párrafo 2, que trata de la pena de muerte, debería interpretarse de manera restrictiva.

10.6 Por estos motivos, el Comité considera que el Canadá, como Estado parte que ha abolido la pena capital, independientemente de que aún no haya ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto destinado a abolir la pena de muerte, violó el derecho del autor a la vida a tenor del párrafo 1 del artículo 6 al expulsarlo a los Estados Unidos, donde está condenado a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutaría. El Comité reconoce que no fue el Canadá quien impuso la pena de muerte al autor pero, al expulsarlo a un país donde estaba condenado a muerte, el Canadá aportó el eslabón decisivo a la cadena causal que haría posible la ejecución del autor.

10.7 Respecto del argumento del Estado parte de que debe evaluarse su actuación a la luz de la legislación aplicable cuando tuvo lugar la presunta violación del tratado, el Comité estima que la protección de los derechos humanos está evolucionando y que, en principio, el significado de los derechos enunciados en el Pacto debe interpretarse por referencia al momento en que se realizó el examen y no, como ha alegado el Estado parte, al momento en que tuvo lugar la supuesta violación. El Comité también señala que, antes de que se expulsara al autor a los Estados Unidos, la posición del Comité estaba evolucionando respecto de los Estados partes que hubieran abolido la pena capital (y fueran Partes en el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tiene por objeto abolir la pena capital), desde si se aplicaría dicha pena tras la expulsión a otro Estado, violándose con ello el Pacto, hasta si existía un autén-

³⁶ Véase *supra*.

tico peligro de que se ejecutara la pena capital propiamente dicha (comunicación N° 692/1996, *A. R. J. c. Australia*, dictamen aprobado el 28 de julio de 1997 y comunicación N° 706/1996, *G. T. c. Australia*, dictamen aprobado el 4 de noviembre de 1997). Además, la preocupación del Estado parte por la posible retroactividad implícita en el presente enfoque no guarda relación alguna con las distintas cuestiones que se han de estudiar en relación con la pregunta 2, *infra*.

Pregunta 2. El Estado parte admitió que el autor fue expulsado a los Estados Unidos antes de poder ejercer su derecho a recurrir contra el rechazo de su solicitud de suspensión de la expulsión ante la Corte de Apelación de Quebec. Por consiguiente, el autor no pudo interponer ningún otro recurso efectivo disponible. Al expulsar al autor a un Estado en el que estaba condenado a muerte antes de que pudiera ejercer todos sus derechos para impugnar esa expulsión ¿violó el Estado parte el derecho del autor en virtud de los artículos 6, 7 y el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto?

10.8 En cuanto a si el Estado parte violó los derechos del autor a tenor del artículo 6 y el párrafo 3 del artículo 2 al expulsarlo a los Estados Unidos, donde estaba condenado a muerte, antes de que pudiera ejercer su derecho a recurrir contra el rechazo de su solicitud de suspensión de expulsión ante la Corte de Apelación de Quebec, de modo que no pudo interponer ningún otro recurso efectivo disponible, el Comité observa que el Estado parte expulsó al autor de su jurisdicción horas después de la decisión del Tribunal Superior de Quebec, en lo que parece un intento por impedirle ejercer su derecho a recurrir ante la Corte de Apelación. Las comunicaciones presentadas al Comité no permiten determinar hasta qué punto la Corte de Apelación podría haber examinado el caso del autor, pero el Estado parte admite que, dado que la petición del autor se desestimó por razones de fondo y de procedimiento (véase el párrafo 4.5, *supra*), la Corte de Apelación podría haber reexaminado el dictamen en cuanto al fondo de la cuestión.

10.9 El Comité recuerda su decisión en el caso *A. R. J. c. Australia*³⁷, un caso de expulsión en el que consideró que no había habido violación del artículo 6 por parte del Estado que procedía a la devolución porque no podía preverse que fuera condenado a muerte y porque "los órganos judiciales y de inmigración que se han ocupado del caso han escuchado largas argumentaciones" sobre una posible violación del artículo 6. En el caso actual, el Comité considera que, al impedir al autor interponer un recurso al que tenía derecho en virtud de la legislación nacional, el Estado parte no había logrado demostrar que se había tenido debidamente en cuenta la alegación del autor según la cual su expulsión a un país donde le aguardaba la ejecución violaría su derecho a la vida. El Estado parte prevé un sistema de apelación destinado a salvaguardar los derechos de cualquier recurrente, incluidos los del

autor, y en particular el más fundamental de los derechos: el derecho a la vida. Teniendo en cuenta que el Estado parte ha abolido la pena capital, la decisión de expulsar al autor a un Estado en el que estaba condenado a muerte sin darle la oportunidad de interponer un recurso válido fue adoptada de modo arbitrario, en violación del artículo 6 y el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

10.10 Habiendo concluido que se ha violado el párrafo 1 del artículo 6 por sí solo y en conexión con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Comité no estima necesario examinar si esos mismos hechos representan una violación del artículo 7 del Pacto.

11. El Comité de Derechos Humanos, en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación por el Canadá del párrafo 1 del artículo 6 por sí solo y en conexión con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

12. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Comité concluye que el autor tiene derecho a un recurso apropiado, que comprendería la presentación de todas las alegaciones posibles al Estado receptor para impedir que se le aplicara la pena de muerte.

13. Teniendo presente que, por ser Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

Voto particular del miembro del Comité Sr. Nisuke Ando respecto de la decisión adoptada por el Comité el 17 de julio de 2002 sobre la admisibilidad de la comunicación N° 829/1998 (Judge c. el Canadá)

Lamento no poder compartir la conclusión del Comité contenida en el párrafo 7.8, en que se llama la atención tanto del autor como del Estado parte para que traten las dos cuestiones allí mencionadas que se refieren a los artículos 6, 7 y 2 del Pacto.

En su decisión sobre la admisibilidad de la comunicación, el Comité pone en claro que es inadmisibles en lo referente a los artículos 7, 10 (párr. 7.4) y 6 (párr. 7.5) y al párrafo 5 del artículo 14 (párr. 7.7) y, sin embargo, llega a la conclusión de que los hechos

³⁷ Véase *supra*.

expuestos por el autor plantean las dos cuestiones mencionadas. A mi leal saber y entender, en la presente comunicación tanto el autor como el Estado parte han presentado su caso teniendo presente la decisión adoptada por el Comité en el caso N° 470/1991 (*J. Kindler c. el Canadá*), porque en ambas comunicaciones los hechos son muy parecidos o casi idénticos. La argumentación del Comité en la presente comunicación también lo sugiere. En estas circunstancias, me parece ilógico que el Comité declare que la comunicación es inadmisibles en lo referente a los artículos 7, 10 y 6 y al párrafo 5 del artículo 14, por un lado, pero que plantea cuestiones con respecto a los artículos 6, 7 y 2, por el otro, a menos que puntualice de qué modo se han de resolver estas contradicciones manifiestas. No basta referirse únicamente a "la gravedad de estas cuestiones" (párr. 7.8). De ahí este voto particular.

Voto particular de la Sra. Christine Chanet respecto de la decisión adoptada por el Comité el 17 de julio de 2002 sobre la admisibilidad de la comunicación N° 829/1998 (Judge c. el Canadá)

Contrariamente a la posición que adoptó en el asunto *Kindler c. el Canadá*, en el presente caso el Comité aborda frontalmente la cuestión esencial: "Teniendo presente que el Canadá ha abolido la pena de muerte ¿ha violado el derecho del autor a la vida enunciado en el artículo 6 del Pacto al expulsarlo a un Estado en el que corría el riesgo de ser condenado a muerte sin asegurarse de que la pena no sería ejecutada?".

Yo no puedo menos de apoyar este enfoque, que yo había propuesto y deseado que se aplicara en el caso *Kindler*; tal era el punto de partida de mi opinión individual en este último caso.

Desde mi punto de vista, tal interrogación excluía una respuesta como la que ha aportado el Comité en el presente caso en relación con la violación por parte del Canadá del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

En efecto, la postura adoptada por el Comité a este respecto implica que este se considera competente para examinar la argumentación del autor sobre una eventual violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto como consecuencia del carácter irregular del procedimiento seguido respecto del autor en los Estados Unidos; este enfoque es idéntico al adoptado en el asunto *Kindler* (párrafo 3 del artículo 14).

En mi opinión, si el Comité puede declararse competente para evaluar un riesgo en el que está en juego la vida (pena de muerte) o la integridad física (tortura), más difícil le resulta basar un dictamen de violación en un Estado parte del Pacto en el no respeto por un Estado tercero de una disposición del Pacto.

Adoptar un enfoque contrario equivale a exigir de un Estado parte que pone en tela de juicio el respeto de los derechos humanos en sus relaciones con un Estado tercero que sea fiador de que el Estado tercero respetará todos los derechos garantizados por el Pacto en relación con la persona en cuestión.

¿Por qué no? Ciertamente, la garantía de los derechos humanos saldría ganando con ello, pero acto seguido se plantean problemas jurídicos y prácticos.

¿Qué es un Estado tercero? ¿Qué sucede en el caso de un Estado no parte en el Pacto? ¿Qué sucede en el caso de un Estado parte en el Pacto pero ajeno al procedimiento? La obligación del Estado parte en el Pacto en sus relaciones con los Estados terceros ¿abarca todos los derechos del Pacto o solamente algunos de ellos? ¿Podría un Estado adherido al Pacto formular una reserva para impedir la aplicación del Pacto en sus relaciones bilaterales con otro Estado?

Aparte de la complejidad de las respuestas a esas preguntas, la aplicación práctica de la solución "maximalista" es todavía más delicada.

En efecto, el Comité puede asegurarse de que el Estado parte no ha corrido unos riesgos que no ha calculado; puede pronunciarse eventualmente sobre las garantías obtenidas por el Estado parte con este fin, pero no podrá estar en condiciones de apreciar realmente si el Estado tercero ha violado los derechos garantizados por el Pacto, desde el momento en que ese Estado no es Parte en el procedimiento.

Por otro lado, a mi juicio, el Comité debería haber evitado pronunciarse en el presente caso sobre el párrafo 5 del artículo 14, y esperar la respuesta del Estado parte sobre la cuestión fundamental de la expulsión por un Estado abolicionista a un país donde la persona expulsada corre el peligro de que se le aplique la pena capital, ya que la cuestión del párrafo 5 del artículo 14 no se plantea en los mismos términos según que la respuesta a la primera cuestión sea positiva o negativa.

Si un Estado abolicionista no puede expulsar o extraditar a una persona a un Estado donde puede ser ejecutada, esa prohibición hace superflua la cuestión de si el procedimiento seguido en ese Estado es correcto.

En cambio, si el Comité mantiene su jurisprudencia del caso *Kindler* convendrá analizar en profundidad la cuestión de las obligaciones respecto del Pacto de un Estado parte en sus relaciones con un Estado tercero.

Voto particular (disidente) del miembro del Comité Sr. Hipólito Solari Yrigoyen respecto de la decisión adoptada por el Comité el 17 de julio de 2002 sobre la admisibilidad de la comunicación N° 829/1998 (Judge c. el Canadá)

Fundo a continuación mis opiniones disidentes en la presente comunicación:

El Comité entiende que el abogado del autor ha fundamentado debidamente a los fines de la admisibilidad su alegación de que el Estado parte ha violado su derecho a la vida en virtud del artículo 6 y del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto al expulsarlo a los Estados Unidos donde se encuentra condenado a muerte y que su reclamo se ajusta al Pacto. En consecuencia el Comité declara que este aspecto de la comunicación es

admisible y que debe ser considerada en cuanto al fondo.

En lo que respecta a la posible violación por el Canadá del artículo 6 del Pacto, por haber expulsado al autor que se encuentra condenado a la pena de muerte en los Estados Unidos, el Comité tiene en cuenta los criterios establecidos en su jurisprudencia anterior, es decir que cuando un Estado que ha abolido la pena de muerte y deporta a alguien a un país donde puede ser pasible de la aplicación de dicha pena, el Estado que así procede ha de asegurarse de que la persona no corra un riesgo real de la violación de sus derechos en virtud del artículo 6 del Pacto³⁸.

El Comité observa el argumento del Estado parte en la presente comunicación de que el autor disponía de otros recursos adicionales de revisión, como formular una petición a la Sala de lo Civil en virtud de la Ley de ayuda después de la condena de Pensilvania, una petición de hábeas corpus en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Oriental de Pensilvania, una petición de clemencia al Gobernador de Pensilvania y la apelación al Tribunal Superior de Pensilvania. El Comité observa también que la revisión automática de la condena al autor por el Tribunal Supremo de Pensilvania tuvo lugar en su ausencia, porque el mismo se encontraba en prisión en el Canadá. Si bien estuvo representado por un abogado, el mencionado Tribunal Supremo no efectuó una revisión completa del caso, ni revisó la suficiencia de las pruebas ni los posibles errores del juicio ni si la sentencia era adecuada. Esta clase de revisión no reúne los recaudos previstos en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, en el que se requiere una evaluación plena de las pruebas y de las incidencias del juicio. El Comité considera que tales limitaciones en un caso de pena de muerte equivalen a una negación de un juicio justo que no es compatible con el derecho protegido por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto y que la fuga del autor de los Estados Unidos para evitar la pena de muerte no exime al Canadá de sus obligaciones en virtud del Pacto. Por lo expuesto, el Comité considera que el Estado parte es responsable de la violación del artículo 6 del Pacto, como consecuencia de la violación del párrafo 5 del artículo 14 del mismo.

El Comité ha observado el argumento del Estado parte de que no podía ampararse en ninguna ley para mantener detenido al autor al expirar su condena, por lo que tenía que expulsarlo, y opina que esta respuesta es insatisfactoria por tres razones, a saber: 1) porque expulsó al autor a sabiendas de que no tendría derecho a apelar el fallo en un caso de pena capital; 2) porque lo hizo con una rapidez tal que no le permitió apelar contra la decisión de expulsarlo, y 3) porque en el presente caso el Canadá ha actuado por decisión unilateral y no puede invocar, por lo tanto, las obligaciones contraídas en virtud del Tratado de Extradición firmado con los

Estados Unidos, ya que este país no le ha solicitado en ningún momento tal extradición.

El Comité, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, entiende que el Canadá ha violado sus obligaciones en virtud del artículo 2 del Pacto de garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, porque cuando expulsó al autor a los Estados Unidos no tomó las precauciones necesarias para asegurarse de que se respetarían plenamente sus derechos con arreglo al artículo 6 y al párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

El Comité de Derechos Humanos pide al Estado parte que con urgencia haga todo lo posible para evitar la imposición de la pena de muerte o permitir la plena revisión de la condena y sentencia del autor. El Estado parte tiene la obligación de procurar que en el futuro no ocurran violaciones similares.

Teniendo en cuenta que, al firmar el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoció la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para dar efecto a su dictamen. Se pide también al Estado parte que publique el presente dictamen.

*Voto particular (concurrente) del miembro del Comité
Sr. Rajsoomer Lallah*

Comparto plenamente la revisión hecha por el Comité del criterio que adoptó en el caso *Kindler c. el Canadá* en relación con la interpretación correcta que se ha de dar al "derecho inherente a la vida" garantizado en el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto. Esta interpretación revisada se expone con claridad en los párrafos 10.4 y 10.5 del presente dictamen del Comité, no obstante lo cual deseo añadir tres observaciones.

En primer lugar, aunque es alentador observar, como lo hace el Comité en el párrafo 10.3 del presente dictamen, que hay un consenso internacional cada vez mayor a favor de la abolición de la pena de muerte, conviene recordar que el Comité incluso cuando consideraba su dictamen sobre el caso *Kindler* hace unos diez años, se encontraba muy dividido en cuanto a las obligaciones que asume un Estado parte en virtud del párrafo 1 del artículo 6 cuando tiene que decidir si expulsa a una persona de su territorio a otro Estado en el que dicha persona ha sido condenada a muerte. Nada menos que cinco miembros del Comité disintieron del dictamen de este, precisamente sobre la naturaleza, operatividad e interpretación del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto. Las razones que movieron a esos cinco miembros a discrepar se expusieron individualmente en opiniones individuales separadas que se adjuntan al

³⁸ Comunicaciones N° 692/1996, *A. R. J. c. Australia*; N° 706/1996, *T. c. Australia*; N° 470/1991, *Kindler c. el Canadá*; N° 469/1991, *Chitat Ng c. el Canadá* y N° 486/1992, *Cox c. el Canadá*.

presente voto particular bajo las letras A, B, C, D y E. En el caso de la opinión disidente E, solo se reproduce el hecho que parece más significativo (párrs. 19 a 25).

Mi segunda observación es que hay otras disposiciones del Pacto, en particular el párrafo 2 del artículo 5 y el artículo 26, que pueden ser pertinentes al interpretar el párrafo 1 del artículo 6, según se señala en algunas de las opiniones individuales.

También es alentador que el Tribunal Supremo del Canadá haya sostenido que, en casos semejantes, se

deben obtener garantías, como señala el Comité, con posibles excepciones. Me pregunto en qué medida se pueden contemplar conceptualmente tales excepciones dada la autonomía del párrafo 1 del artículo 6 y las posibles repercusiones del párrafo 2 del artículo 5 y también del artículo 26, que regula el comportamiento legislativo, ejecutivo y judicial de los Estados partes. Sin embargo, esta es una cuestión que el Comité deberá resolver llegado el caso.

Comunicación N° 836/1998

Presentada por: Kestutis Gelazauskas (representado por K. Stungys)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Lituania

Fecha de aprobación del dictamen: 17 de marzo de 2003

Asunto: Imposibilidad para un acusado de interponer un recurso de casación contra la sentencia o el veredicto dictados contra él

Cuestiones de procedimiento: Incompatibilidad *ratione materiae* con las disposiciones del Pacto

Cuestiones de fondo: Derecho a un juicio con las debidas garantías – Derecho a que la sentencia dictada sea sometida a un tribunal superior – Derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo

Artículos del Pacto: 14, párrafos 1, 3 g) y 5

Artículos del Protocolo Facultativo: 3 y 5, párrafo 2 a)

Conclusión: Violación (artículo 14, párrafo 5)

1. El autor de la comunicación, de fecha 14 de abril de 1997, es el Sr. Kestutis Gelazauskas, ciudadano de Lituania, que actualmente cumple una pena de 13 años de prisión en la penitenciaría N° 2 de Pravieniskes, en la República de Lituania. Afirma ser víctima de una violación por parte de Lituania del párrafo 1 del apartado g) del párrafo 3, y del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el Pacto). Está representado por un abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 4 de mayo de 1994, el autor fue condenado, junto con otro acusado, a 13 años de prisión por el asesinato del Sr. Michailas Litvinenka, ocurrido el 20 de marzo de 1993. Según la sentencia, la víctima fue asesinada en su domicilio por los dos acusados después de haber estado bebiendo juntos. La víctima fue hallada oculta en el sofá y, a juicio de los expertos forenses, había fallecido por una combinación de golpes en el cuerpo y de puñaladas en los ojos, el corazón y los

pulmones. El cuerpo de la víctima presentaba 27 lesiones y se había intentado amputarle una pierna. Varios testigos declararon que los acusados les habían dicho que entre los dos habían matado a la víctima. Ambos acusados fueron declarados culpables de los cargos formulados y condenados a penas de prisión de igual duración.

2.2 En cuatro ocasiones se presentaron solicitudes para interponer un recurso de casación en nombre del autor, pero en todas ellas se denegó la revisión de la causa. El 28 de septiembre de 1995, la madre del autor presentó una solicitud para interponer un recurso de casación¹. El mismo día, el abogado del autor presentó una solicitud similar, que fue rechazada por el Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 8 de diciembre de 1995. El 2 de abril de 1996, el abogado del autor presentó otra solicitud análoga, que también fue rechazada por el Presidente del Tribunal Supremo. Finalmente, el 15 de abril de 1996, el abogado del autor presentó una última solicitud para interponer un recurso de casación, que fue desestimada el 12 de junio de 1996.

La denuncia

3.1 El autor denuncia en primer lugar una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto por no haber tenido posibilidad de apelar contra la sentencia de 4 de mayo de 1994. En este caso, el tribunal de primera instancia era el Tribunal Supremo y, conforme a la legislación del Estado parte, sus sentencias son inapelables. Una sentencia como ésta puede ser revisada mediante un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, pero la revisión queda a la discreción de su Presidente o de la Sala de lo Penal de dicho Tribunal.

¹ El autor afirma que no ha recibido ninguna respuesta a su solicitud.

Todos los intentos de presentar una solicitud de este tipo han fracasado.

3.2 El autor denuncia también una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto porque la acusación supuestamente no pudo demostrar que el autor tuviera motivo e intención de cometer el delito y el tribunal no mencionó este extremo en la sentencia escrita. Según el autor, era pues ilícito condenarlo por homicidio premeditado². El autor afirma también que el fiscal no probó que existiera una relación causal entre los golpes presuntamente propinados por el autor y la muerte de la víctima, y sostiene que el tribunal no determinó la causa efectiva de la muerte. Por tanto, su proceso y condena serían injustos.

3.3 Por último, el autor denuncia una violación del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto porque, durante la investigación preliminar, fue obligado a admitir que había golpeado a la víctima dos veces. El autor declaró posteriormente que no había golpeado a la víctima, que había sido el otro acusado el que la había apuñalado y que él había ayudado al otro acusado a deshacerse del cadáver. El autor afirma que el investigador, el Sr. Degsnys, lo amenazó, golpeó y engañó para que confesara y que utilizó a la madre del autor, que mantenía una relación íntima con el investigador, para obtener esa confesión. Según el autor, el investigador engañó a su madre convenciéndola de que escribiera al autor y lo alentara a reconocer que había golpeado a la víctima, a fin de evitar la pena de muerte.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En exposiciones de fecha 21 de diciembre de 1998, el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación.

4.2 En cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, el Estado parte explica cuáles son las posibilidades de apelación en el procedimiento interno, porque el sistema fue reformado unos meses después de que el autor fuera condenado.

4.3 En el momento de dictarse la sentencia, estaba vigente en el Estado parte un sistema judicial de dos niveles: los tribunales locales y el Tribunal Supremo. Ambos podían funcionar como tribunales de primera instancia y, de conformidad con el Código de Procedimiento Penal entonces vigente, eran posibles dos tipos de apelación:

– Podía interponerse recurso de casación contra sentencias judiciales que no fueran todavía firmes ante el Tribunal Supremo en el plazo de siete días a partir de

² Conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1994, las "lesiones [infligidas a la víctima causaron un] dolor [intenso] y los acusados lo sabían. Los acusados [infligieron] las lesiones deliberadamente y porque querían hacerlo. Cometieron el delito con premeditación y sus actos son, por tanto, justamente calificados conforme al artículo 105 5) del [Código Penal] de la República de Lituania de asesinato premeditado cometido con ensañamiento".

la comunicación de la sentencia. Sin embargo, las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en primera instancia eran firmes e inapelables en casación.

– Las sentencias firmes de los tribunales locales y del Tribunal Supremo podían ser impugnadas mediante un recurso de reposición, que debía presentarse en el plazo de un año a partir de la fecha en que las sentencias fueran firmes. Tan solo el Presidente del Tribunal Supremo, el Fiscal General y sus adjuntos tenían derecho a interponer recurso de reposición. El condenado o su abogado solamente tenían derecho a solicitar a esas personas que interpusieran dicho recurso. Si así se hacía, el "Presidium" del Tribunal Supremo estudiaba el asunto y decidía si procedía desestimar la impugnación, desestimar la acusación penal y absolver al acusado, devolver el asunto a la primera instancia o adoptar otra decisión.

4.4 Ese procedimiento fue aplicable hasta el 1º de enero de 1995. Sin embargo, en el presente caso, ni el autor ni su abogado presentaron ninguna solicitud de que se interpusiera recurso de reposición después de que la sentencia del autor fuera firme.

4.5 El 1º de enero de 1995 entraron en vigor varias leyes nuevas que reformaron el procedimiento nacional:

– La Ley de 31 de mayo de 1994 ("la nueva Ley de tribunales"), que entró en vigor el 1º de enero de 1995, sustituyó el sistema judicial de dos niveles por otro de cuatro niveles (tribunales de distrito y de condado, Tribunal de Apelación y Tribunal Supremo);

– La Ley de 15 de junio de 1994, que entró en vigor el 1º de julio de 1994, dispuso la entrada en vigor de la nueva "Ley de tribunales" y determinó la competencia "transitoria" de los tribunales lituanos;

– La Ley de 17 de noviembre de 1994 preveía nuevos recursos de apelación contra las sentencias que todavía no fuesen firmes y recursos de casación contra las sentencias firmes.

4.6 Según la Ley de 15 de junio de 1994, el Tribunal Supremo examina los recursos de casación contra todas las decisiones adoptadas por él en primera instancia desde el 1º de enero de 1995. La persona condenada o su abogado tienen así el derecho de dirigirse al Presidente del Tribunal Supremo, a los presidentes de los tribunales de condado o a los presidentes de las salas de lo penal de esos tribunales para pedirles que interpongan recursos de casación ante el Tribunal Supremo. Según el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, el plazo para solicitar dicho recurso es de un año.

4.7 En el presente caso, el autor podría haber presentado una solicitud para interponer dicho recurso hasta el 4 de mayo de 1995, un año después de que la sentencia fuese firme, pero no lo hizo.

4.8 La solicitud del abogado del autor para interponer el recurso de casación se presentó el 28 de septiembre de 1995, cuando el plazo de un año había expirado ya. Por ello, el 8 de diciembre de 1995 el Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

decidió que, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 3 de la Ley de 15 de junio de 1994, no se justificaba la interposición del recurso. El mismo razonamiento se aplica a la solicitud presentada por el abogado el 2 de abril de 1996.

4.9 El Estado parte también desea subrayar que el autor tenía derecho a solicitar que le fuera concedido un nuevo plazo para interponer recurso de casación, derecho que no ejerció.

4.10 En conclusión, cuando se dictó sentencia el 4 de mayo de 1994, según el Código de Procedimiento Penal entonces vigente no había ninguna posibilidad de interponer recurso de casación. Sin embargo, entre la fecha en que fue firme la sentencia y el 1º de enero de 1995, el autor y su abogado tenían derecho a solicitar al Presidente del Tribunal Supremo, al Fiscal General o a sus adjuntos que presentaran un recurso de reposición. Además, entre el 1º de julio de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley de 15 de junio de 1994, y el 4 de mayo de 1995, el autor y su abogado tenían derecho a solicitar al Presidente del Tribunal Supremo, a los presidentes de los tribunales de condado o a los presidentes de la sala de lo penal de esos tribunales que interpusieran recurso de casación. El autor no aprovechó ninguna de esas posibilidades. Las solicitudes elevadas por el abogado del autor el 28 de septiembre de 1995 y el 2 de abril de 1996 al Presidente del Tribunal Supremo para que interpusiera recurso de casación se presentaron después de vencido el plazo de un año.

4.11 En lo que respecta al párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, el Estado parte señala que el Tribunal Supremo era la más alta instancia judicial del Estado en el momento en que se juzgó esta causa, pero que el derecho del autor a solicitar un recurso de reposición entre el 4 de mayo de 1994 y el 1º de enero de 1995 y a solicitar un recurso de casación entre el 1º de julio de 1994 y el 4 de mayo de 1995 debía considerarse como una posibilidad de reposición en el sentido de esa disposición.

4.12 Así pues, el autor no agotó los recursos internos y esta parte de la comunicación se debería declarar inadmisibles con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

4.13 El Estado parte, refiriéndose a varias disposiciones de su Constitución y del Código de Procedimiento Penal, recalca en primer lugar que, durante el enjuiciamiento del autor, estaban vigentes principios tales como la independencia del poder judicial, la igualdad ante la ley, el derecho a disponer de un abogado defensor o el carácter público del proceso, que satisfacían las exigencias del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

4.14 Con respecto a las demás circunstancias del caso, el Estado parte dice que no puede evaluar las pruebas de la causa penal ni determinar su peso en la complejidad de pruebas presentadas en el caso, ya que este es un derecho discrecional de los tribunales.

4.15 Así pues, el Estado parte opina que las denuncias referentes a una presunta violación del párrafo 1 del

artículo 14 del Pacto son incompatibles con la disposición del Pacto y que, por consiguiente, esta parte de la comunicación se debería declarar inadmisibles con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

4.16 El Estado parte señala a la atención del Comité las disposiciones de su Código de Procedimiento Penal según las cuales está prohibido obtener declaraciones del acusado o de otras personas que intervienen en una causa penal por medio de la violencia, la amenaza u otros métodos ilegales.

4.17 El Estado parte observa que, a pesar de que denuncia actos ilegales de este tipo, el autor no ha ejercido el derecho previsto en el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal de impugnar los actos ni las decisiones del interrogador, del investigador, del fiscal o del tribunal. Además, el autor podría haber declarado estos hechos al fiscal, quien entonces habría tenido el deber de realizar una investigación oficial.

4.18 El Estado parte señala también que, tras su testimonio durante el juicio, el autor no presentó al Tribunal una petición concreta acogiéndose al artículo 267 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, el Tribunal no se pronunció al respecto. Además, todas las declaraciones testimoniales del acusado durante el juicio tienen valor de prueba y son evaluadas por el Tribunal al tomar su decisión.

4.19 Así pues, el Estado parte opina que el autor no agotó los recursos internos a este respecto y que esta parte de la comunicación se debería declarar inadmisibles.

Comentarios del autor

5.1 En una comunicación de 30 de junio de 1999, el autor formuló sus comentarios sobre las observaciones del Estado parte.

5.2 Con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, el autor considera que el derecho de dirigirse al Presidente del Tribunal Supremo, al Fiscal General o a sus adjuntos para pedirles que presenten un recurso de reposición o de casación no constituye una revisión en el sentido del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, puesto que la presentación del recurso de reposición o casación es un derecho excepcional, que depende de la discreción de esas personas y no constituye una obligación.

5.3 La posibilidad de presentar un recurso de casación de conformidad con lo establecido en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto solo existe desde el 1º de enero de 1995.

5.4 Con respecto al plazo de un año para presentar un recurso de casación, que supuestamente había expirado en el presente caso, el autor sostiene que el plazo de un año previsto en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal solo podía aplicarse a los recursos de casación tendientes a agravar la situación del condenado. Conforme a esa disposición, "se permite interponer un recurso de casación contra una sentencia para

*aplicar una ley que castigue un delito más grave [...] o para otros fines que empeoren la situación del condenado [...]*³. Las solicitudes para presentar un recurso de casación de 28 de septiembre de 1995 y 2 de abril de 1996 se cursaron con el propósito de absolver al autor, o sea, para mejorar su situación. Por consiguiente, las solicitudes eran correctas y no podía aplicarse el plazo de un año.

5.5 El autor señala una contradicción evidente entre los argumentos del Estado parte y el contenido de las cartas por las que se rechazó el recurso de casación, y explica que la decisión de 8 de diciembre de 1995 por la que se desestimó la solicitud de interponer un recurso de casación, no se basó en el hecho de que se hubiera presentado fuera del plazo de un año, sino en que *"los motivos de su recurso de casación... son contrarios a las pruebas que se examinaron en el tribunal y se tuvieron en cuenta en la sentencia"*.

5.6 En cuanto a la segunda solicitud de que se presentase un recurso de casación, de 2 de abril de 1996, el Presidente del Tribunal Supremo escribió el 5 de abril de 1996 que la ley no establecía que el Tribunal Supremo fuera una instancia de casación, respecto de las sentencias pronunciadas por él. Agregó que los fallos del Tribunal Supremo eran firmes e inapelables, por lo que no era posible volver a juzgar el caso. El Presidente del Tribunal Supremo no mencionó el plazo de un año. Por consiguiente, la reclamación en virtud del párrafo 5 del artículo 14 está suficientemente justificada.

5.7 Con respecto a la afirmación de que se ha violado el párrafo 1 del artículo 14, el autor reitera que no se observaron los principios del procedimiento penal y que, por consiguiente, las conclusiones del Tribunal no corresponden al fondo de la cuestión.

5.8 Con respecto a la violación del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14, el autor reitera que confesó durante la investigación preliminar porque fue inducido a error por el investigador y porque fue tratado con violencia durante la investigación. En apoyo de esta afirmación, el autor se refiere a una carta escrita por el otro acusado a los padres del autor, al testimonio del Sr. Saulius Peldzius que estaba detenido con el autor y a grabaciones de una conversación entre el autor y el investigador. Además, el autor declara que presentó una queja contra el investigador al Fiscal General de Lituania los días 15 y 30 de mayo de 1996, y que el Fiscal General decidió el 12 de junio de 1996 no proceder a una investigación.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento,

debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2. En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.3 Con respecto a la presunta violación del párrafo 1 y del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14, el Comité observa que el autor afirma que la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1994 no refleja el fondo de la cuestión y que, en el curso de la investigación, se forzó al autor a confesar el asesinato por el que fue posteriormente condenado. A ese respecto, el Comité ha tomado nota de la declaración no fechada del otro acusado, así como del testimonio aportado el 15 de junio de 1995 por un compañero de celda del autor, el Sr. Saulius Peldzius.

6.4 Recordando que en general incumbe a los tribunales de los Estados partes, y no al Comité, evaluar los hechos en un caso determinado, el Comité observa que esas afirmaciones fueron hechas durante el juicio y examinadas por el Tribunal Supremo en su sentencia. Además, la información de que dispone el Comité y los argumentos expuestos por el autor no revelan que la evaluación de los hechos por los tribunales haya sido manifiestamente arbitraria o equivalga a una denegación de justicia. En consecuencia, el Comité opina que el autor no ha justificado su denuncia de violación del párrafo 1 y del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, y que dicha denuncia es inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.5 Con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, el Comité observa la posición del Estado parte de que esa parte de la comunicación debe ser declarada inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos. El Comité también observa que el autor ha intentado cuatro veces obtener un recurso de casación contra la decisión del Tribunal Supremo, pero que sus solicitudes fueron rechazadas o no recibieron respuesta. Puesto que las partes admiten que ya no existen recursos internos y que la denuncia del autor se basa en la presunta ausencia de la posibilidad de revisar el fallo de 4 de mayo de 1994, el Comité estima que procede examinar la admisibilidad de esta denuncia conjuntamente con su fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 En cuanto a la presentación de un recurso de reposición, el Comité observa que el Estado parte afirma que el autor, entre el 4 de mayo de 1994 y el 1º de enero de 1995, tuvo "derecho a dirigir al Presidente del Tribunal Supremo de Lituania, al Fiscal General o a sus adjuntos una solicitud para que se interpusiera un recurso de reposición", que esta posibilidad constituye un derecho de revisión en el sentido del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto y que el autor no ejerció ese derecho. El Comité observa también que, según el autor, la decisión de presentar un recurso de reposición es un

³ Traducción del autor.

derecho excepcional que depende de la discreción de la autoridad que recibe la solicitud y, por consiguiente, no constituye una obligación de revisar un caso decidido por el Tribunal Supremo en primera instancia.

7.2 En el presente caso, el Comité observa que, según está redactada la última oración de la sentencia de 4 de mayo de 1994, "el fallo es definitivo y no cabe presentar recurso de reposición ni de apelación". También observa que el Estado parte no impugna que la presentación de un recurso de reposición constituya un recurso extraordinario que depende de la facultad discrecional del Presidente del Tribunal Supremo, el Fiscal General o sus adjuntos. Por consiguiente, el Comité opina que en esas circunstancias dicha posibilidad no constituye un recurso que deba agotarse a los efectos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Pacto. Además, recordando su decisión en el caso N° 701/1996⁴, el Comité recuerda que el párrafo 5 del artículo 14 supone el derecho a una revisión de hecho y de derecho por un tribunal superior. El Comité considera que la solicitud de que se interponga un recurso de reposición no constituye el derecho a que el fallo y la condena de una persona sean revisados por un tribunal superior que se prevé en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

7.3 En cuanto a la presentación de un recurso de casación, el Comité observa la afirmación del Estado parte de que, entre el 1° de julio de 1994 y el 4 de mayo de 1995, el autor podía solicitar al Presidente del Tribunal Supremo, a los presidentes de los tribunales de condado o a los presidentes de la sala de lo penal de esos tribunales que interpusieran un recurso de casación a petición del autor, que esta posibilidad constituye un derecho a la revisión en el sentido del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto y que el autor no ejerció ese derecho en el plazo de un año a partir de la fecha en que fue firme la sentencia, es decir, el 4 de mayo de 1995, de conformidad con el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal del Estado parte. Por otro lado, el Comité observa también la afirmación del autor de que la decisión de presentar un recurso de casación, similar a la de presentar un recurso de reposición, constituye un derecho extraordinario que depende de la discreción de la autoridad que recibe la solicitud y no constituye, por tanto, una obligación de revisar un caso sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en primera instancia. El Comité observa además la afirmación del autor de que el plazo de un año mencionado por el Estado parte solo se refiere a los recursos de casación tendientes a empeorar la situación del acusado.

7.4 El Comité señala que el Estado parte no ha formulado ningún comentario sobre los argumentos del autor en relación con las prerrogativas del Presidente del Tribunal Supremo, los presidentes de los tribunales de condado y los presidentes de la sala de lo penal de esos tribunales en materia de presentación del recurso de casación y del plazo para presentar la solicitud perti-

nente. A este respecto, se refiere a dos cartas, transmitidas por el autor, de fechas 28 de diciembre de 1998 (del Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) y 5 de abril de 1996 (del Presidente del Tribunal Supremo), en las que se rechaza la solicitud de que se presente un recurso de casación debido a que "los motivos del recurso de casación [...] son contrarios a las pruebas, [que] se examinaron en el Tribunal y se tuvieron en cuenta en la sentencia" y que "[la legislación del Estado parte] no establece [que el Tribunal Supremo sea una instancia de casación con respecto a las sentencias [...] pronunciadas por él]. Las sentencias del [Tribunal Supremo] son firmes e inapelables", respectivamente. El Comité observa que en estas cartas no se hace alusión al plazo.

7.5 El Comité, teniendo en cuenta las observaciones del autor con respecto al carácter extraordinario y la índole discrecional de la presentación de un recurso de casación, la falta de respuesta del Estado parte al respecto y la forma y el contenido de las cartas por las que se rechazan las solicitudes de que se presente un recurso de casación, considera que los elementos de que dispone demuestran suficientemente que, en las circunstancias del caso, las solicitudes hechas por el autor para interponer un recurso de casación, incluso si se hubieran presentado antes del 4 de mayo de 1995 como sostiene el Estado parte, no constituyen un recurso que deba agotarse a los efectos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Pacto.

7.6 Además, el Comité, recordando su razonamiento expuesto en el párrafo 7.2 *supra*, opina que este recurso no constituye un derecho a la revisión en el sentido del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto porque el recurso de casación no se puede presentar a un tribunal de rango superior como exige la disposición mencionada.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

9. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a garantizar al autor de la comunicación un recurso efectivo, incluso la oportunidad de presentar una nueva apelación o, si esto ya no fuera posible, de estudiar la posibilidad de poner al autor en libertad. El Estado parte tiene asimismo la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas en el futuro.

10. Teniendo presente que, por ser Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutivo cuando se compruebe una violación, el Comité desea

⁴ *Cesario Gómez Vásquez c. España*, caso N° 701/1996, dictamen aprobado el 20 de julio de 2000, párr.11.1.

recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para

aplicar el presente dictamen. También pide al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 848/1999

Presentada por: Miguel Ángel Rodríguez Orejuela (representado por Pedro Pablo Camargo)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Colombia

Fecha de aprobación del dictamen: 23 de julio de 2002

Asunto: Actuaciones penales iniciadas ante autoridades competentes creadas con posterioridad al momento en que se cometieron los delitos en cuestión

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Juicio con las debidas garantías – Derecho a ser juzgado por un tribunal competente – Derecho a ser oído

Artículos del Pacto: 14

Artículo del Protocolo Facultativo: 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículo 14, párrafo 5)

1. El autor de la comunicación es el Sr. Miguel Ángel Rodríguez Orejuela, ciudadano colombiano, quien se encuentra preso en la Penitenciaría General de Colombia "La Picota" por un delito de tráfico de estupefacientes. Declara ser víctima de la violación por Colombia del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El autor está representado por abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor fue acusado, entre otras actividades, de un delito de tráfico de estupefacientes cometido el 13 de mayo de 1990. La Comisión de Fiscales de Santa Fe de Bogotá, establecida mediante Resolución de la Fiscalía General de la Nación, creada de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia de 1991¹, fue la encargada de instruir el proceso a partir de 1993 y de formular la acusación contra el autor.

2.2 Mediante sentencia del Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá de 21 de febrero de 1997, el autor fue condenado a 23 años de prisión y a una multa. El autor interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Tribunal Nacional. Dicho tribunal, mediante sentencia de 4 de julio de 1997, confirmó la sentencia condenatoria de primer grado, reduciendo la pena a 21 años de prisión y a una multa menor. La Corte

¹ Aprobada en virtud del Decreto N° 2700, de 30 de noviembre de 1991, entró en vigor el 1° de julio de 1992.

Suprema de Justicia de Colombia resolvió el recurso de casación interpuesto el 20 de octubre de 1997 confirmando la sentencia condenatoria el 18 de enero de 2001.

2.3 Tanto el Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá como el Tribunal Nacional fueron creados por el Decreto gubernativo de estado de sitio N° 2790, de 20 de noviembre de 1990 (Estatuto por la defensa de la justicia), e incorporados al nuevo Código de Procedimiento Penal promulgado en virtud del Decreto N° 2700, de 30 de noviembre de 1991, que entró en vigor el 1° de julio de 1992 y fue derogado por la Ley N° 600 de 2000, que se encuentra vigente. Su artículo 457 sobre trámite secreto de juzgamiento sin audiencia pública fue derogado por la Ley N° 504 de 1999. El artículo 9 del Decreto N° 2790 creó los jueces de orden público, a los que se atribuyó competencia para conocer de los delitos previstos por el "Estatuto de Estupefacientes"². Tal artículo fue convertido en legislación permanente mediante el Decreto N° 2271 de 1991. El mencionado Decreto N° 2790 retiró la competencia para conocer de delitos previstos en el Estatuto de Estupefacientes a los jueces penales y promiscuos del distrito, como jurisdicción especializada, y creó la jurisdicción de orden público, sin rostro o de excepción y que se convirtió en "justicia regional" secreta tras su entrada en vigor el 1° de julio de 1992.

La denuncia

3.1 El autor alega ser víctima de una violación del Pacto porque se le aplicaron *ex post facto* los Decretos N° 2790, de 20 de noviembre de 1990, y N° 2700, de 30 de noviembre de 1991. En particular alega una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto porque ni la Comisión de Fiscales de Santa Fe de Bogotá, que instruyó el proceso y dictó la resolución de acusación contra el autor, ni el Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, que dictó la sentencia contra el autor, ni el

² El presente artículo dispone que la competencia de los jueces de orden público comprenderá el conocimiento de las actuaciones y procesos en curso por los hechos punibles atribuidos a ellos en dicho artículo, cualquiera que sea la época en que hayan sido cometidos, y sus delitos conexos. También especifica que, en todo caso, la ley sustancial favorable, o la procesal de efectos sustanciales de la misma índole, tendrá prelación sobre la desfavorable.

Tribunal Nacional existían en el momento en el que se cometieron los hechos delictivos, es decir, el 13 de mayo de 1990. El autor defiende que dicha Comisión inició la investigación en 1993, y le acusó ante el Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá por el supuesto hecho delictivo de 13 de mayo de 1990. Este afirma que se trata por tanto de un órgano ad hoc o comisión especial al margen de la ley.

3.2 El autor sostiene que el juez competente para fallar este proceso hubiera sido el Juez Penal y Promiscuo del Circuito de Cali en categoría de juez especializado ya que eran los jueces competentes en materia de narcotráfico en la época en que se cometió el delito, pero, como este desapareció el 15 de julio de 1991, entonces la competencia hubiera recaído en el Juez Penal del Circuito de Cali, correspondiente a la jurisdicción ordinaria. En cuanto al tribunal competente para fallar en segunda instancia, por vía de apelación, hubiera sido el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. El autor afirma que se ha ignorado la garantía de un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, ya que ha sido juzgado por funcionarios de una institución creada con posterioridad al hecho. Asimismo alega la conculcación del derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y de la garantía establecida en el artículo 14 del Pacto a la igualdad de todas las personas ante los tribunales de justicia. Alega también que ha sido juzgado por un tribunal diferente al que le correspondía y que se le han aplicado las disposiciones restrictivas y de excepción posteriores a los hechos.

3.3 El autor afirma que fue privado del derecho a un juicio público, con audiencia pública, con asistencia obligatoria del defensor y del ministerio público, según lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, que entró a regir el 1º de julio de 1992, y recuerda la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en el caso *Elsa Cubas c. el Uruguay* y *Alberto Altesor c. el Uruguay*³, en los que concluyó que se había dado en ambos casos una violación del artículo 14, párrafo 1, del Pacto porque el juicio se había celebrado en ausencia de los acusados, a puerta cerrada y sin sentencia pública.

3.4 Según el autor, la sentencia del juzgado regional de 21 de febrero de 1997 demuestra que fue condenado en un proceso a puerta cerrada, sin su presencia, tramitado exclusivamente por escrito y sin una audiencia pública en la que hubiera podido confrontar a los testigos de cargo y rebatir pruebas en su contra. El autor nunca acudió al juzgado regional ni tuvo contacto personal con los jueces que lo condenaron, ni tampoco conoció a los jueces sin rostro del Tribunal Nacional que dictaron la sentencia en segunda instancia. Asimismo, mantiene que se le privó de la garantía de un juicio independiente e imparcial porque se presumió que era jefe de una supuesta organización criminal denominada "Cartel de Cali".

³ Ref. *Elsa Cubas c. el Uruguay*, dictamen N° 70/1980 de 1º de abril de 1982 y *Alberto Altesor c. el Uruguay*, dictamen N° 10/1977 de 23 de marzo de 1982.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo y comentarios del autor

4.1 En sus observaciones de fechas 8 de abril de 1999, 2 de mayo de 2000, 28 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002, el Estado parte hace referencia a los requisitos de admisibilidad de la comunicación y sostiene que el Sr. Miguel Ángel Rodríguez Orejuela no ha agotado los recursos internos, ya que, además de estar pendiente el recurso de casación⁴, existen otros recursos disponibles, tales como la acción de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, la cual es una acción autónoma que se produce fuera del proceso penal o, en casos extremos, la acción de tutela (amparo), que ha concedido la Corte Constitucional de forma excepcional frente a un perjuicio irremediable cuando no existe otro medio de defensa judicial.

4.2 En lo que se refiere al agotamiento de los recursos internos, el Estado parte considera que los plazos procesales contemplados en la legislación colombiana para un proceso penal no son plazos que, *prima facie*, exceden la razonabilidad, ni son arbitrarios ni impiden hacer efectivo el derecho a ser oído en un plazo razonable.

4.3 Con respecto al fondo, el Estado parte sostiene que en el año 1984 fue promulgada la Ley N° 2, en vista de la urgente necesidad de incorporar al sistema de administración de justicia normas adecuadas para hacer frente a nuevas modalidades de delincuencia, entre ellas las asociadas al narcotráfico. Dicha ley asignó competencias a los jueces especializados para conocer de dichos delitos. Posteriormente, mediante el Decreto N° 2790 de 1990, expedido al amparo de la Constitución Política de 1886, se atribuyó dicha competencia a los jueces de orden público. No obstante, debido a la reforma constitucional y a la nueva Constitución Política de 1991, se creó una comisión especial encargada de revisar la legislación vigente. Dicha comisión, al encontrar la mencionada legislación ajustada al nuevo orden constitucional, decidió incorporarla definitivamente a la legislación penal mediante el Decreto N° 2266 de 1991. Tal decreto asignó competencias a la justicia regional, conocida como justicia sin rostro, para conocer de los delitos de narcotráfico, entre los que se encontraba el cometido por el autor.

4.4 El Estado parte señala que, por mandato del artículo 250 del Ordenamiento Superior, se creó la Fiscalía General de la Nación, a la que se atribuyeron las funciones de instrucción e investigación de los hechos punibles cometidos en el territorio nacional. El propósito de dichas disposiciones, por lo que tiene que ver con actividades delictivas tales como las relacionadas con el narcotráfico, era el de asegurar una adecuada administración de justicia, entonces gravemente amenazada por situaciones como la corrupción y la intimidación de funcionarios. Igualmente sostiene que es una

⁴ Cuando el Estado parte envió sus observaciones de fechas 8 de abril de 1999 y 2 de mayo de 2000, el recurso de casación aún no se había decidido.

figura adaptada al ordenamiento constitucional, que ha sido utilizada por otros países en situaciones extremas como las que han vivido en tiempos recientes, sin que suponga una limitación de los principios y derechos procesales mencionados posteriormente.

4.5 Por lo tanto, alega el Estado parte, no pueden ser atendidas denuncias relativas a la violación de principios tales como el debido proceso o la legalidad, ya que los funcionarios judiciales han observado, a lo largo de todos los procesos judiciales promovidos en contra del autor, todas las normas sustantivas y procesales aplicables, en particular aquellas relativas a la debida defensa, la impugnación de las pruebas y la publicidad de las actuaciones procesales. El autor siempre estuvo representado por su abogado, conoció todas las pruebas, tuvo oportunidad de ejercer sus derechos de impugnación y tuvo oportunidad de recurrir las sentencias.

4.6 En cuanto a la alegación del autor sobre la no aplicación de la regla de la ley penal más favorable en el derecho procesal penal colombiano, el Estado parte considera que tal argumento está fuera del ámbito del Pacto y, por lo tanto, es inadmisibles.

5.1 En sus comentarios de 13 de diciembre de 1999, 21 de agosto de 2001 y 23 de abril de 2002, el autor responde al Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo, afirmando que con la sentencia de casación de 18 de enero de 2001 queda resuelto el problema del agotamiento de los recursos internos, pero insiste en el hecho de que la Corte Suprema de Justicia tardó 39 meses en resolver el recurso de casación, habiéndose producido de esta forma un retraso injustificado en la resolución de los recursos internos. Sobre la acción de revisión, el autor sostiene que esta no es procedente ya que es una acción autónoma y no un recurso de conformidad con el párrafo 2 b) del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Argumenta que en el derecho penal "no es lo mismo acción que recurso: la *actio* es un derecho abstracto de obrar procesal de carácter público para desatar la actividad jurisdiccional, entre tanto que el recurso es el medio de impugnación que se interpone contra una resolución en un proceso en curso. En el presente caso han sido agotados los recursos ordinarios y el extraordinario de casación que prevé la jurisdicción penal colombiana dentro del proceso y juicio penales, sin que quede ningún otro por agotar".

5.2 Asimismo, el autor sostiene que la acción de tutela o amparo, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, tampoco procedía, ya que la Corte Constitucional declaró inconstitucionales, mediante sentencia de 1º de octubre de 1992, los artículos que permitían ejercer esta acción contra sentencias y otras decisiones judiciales penales. Además, la acción de tutela solo procedería cuando el afectado no dispusiera de otros medios de defensa judicial, tales como la casación.

5.3 El autor se refiere al fallo del Consejo Superior de la Judicatura de 26 de abril de 2001 que concluye que la acción de tutela "es improcedente cuando el accionante dispone de otros medios de defensa judicial.

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que por su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado en la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales". Se comprende, en consecuencia, que, cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela pues, a tenor del artículo 86 de la Constitución Política, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección.

5.4 En lo que se refiere al fondo, el autor afirma que las precisiones del Estado parte sobre la justicia "sin rostro" y su creación por "necesidades de asegurar una cumplida administración de justicia frente a los devastadores efectos de la delincuencia organizada", así como la conversión de la legislación penal transitoria de estado de sitio a legislación permanente, no hacen más que confirmar que el Estado colombiano ha violado el artículo 14, párrafo 1, del Pacto, relativo al juicio por un tribunal competente, independiente e imparcial, las debidas garantías penales y la garantía de igualdad de todas las personas ante los tribunales de justicia.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de considerar las alegaciones que se hagan en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos deberá decidir si la comunicación es o no admisible a tenor del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 El Comité ha comprobado, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, que el mismo asunto no había sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.3 Con respecto a la exigencia del agotamiento de los recursos internos, el Comité observa que el Estado parte impugna la comunicación alegando la falta de agotamiento de los mismos y afirmando que, además del recurso de casación, existen otros recursos disponibles como son la acción de revisión y de tutela. Asimismo, señala las observaciones del Estado parte en las que especifica que la acción de tutela es una acción subsidiaria que se ha concedido únicamente en circunstancias excepcionales y que su protección es solo transitoria hasta que se pronuncie el juez de la causa. A tal efecto, teniendo en cuenta que en el caso concreto ha existido una decisión de la Corte Suprema de Justicia contra la cual no existe recurso alguno, el Comité considera que el Estado parte no ha demostrado que existan otros recursos de la jurisdicción interna que sean efectivos en el caso del Sr. Rodríguez Orejuela.

6.4 En consecuencia, el Comité determina, en virtud del inciso b) del párrafo 2 del artículo 5, que no hay obstáculos para declarar admisible la comunicación y procede al examen del fondo de la cuestión.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información facilitada por las Partes, según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 El autor alega la violación del artículo 14, párrafo 1, del Pacto al haber sido privado de ser juzgado por el tribunal que le hubiera correspondido en el momento de la comisión del supuesto delito, y haber sido acusado por fiscales y juzgado por jueces en primera y segunda instancia cuya jurisdicción se estableció con posterioridad a los hechos. A este respecto, el Comité señala las observaciones del Estado parte, en las que se explica que la creación de dicha ley se hizo para asegurar una adecuada administración de justicia, entonces amenazada. Asimismo, considera que el autor no ha demostrado en que manera la entrada en vigor de nuevas normas procesales y el hecho de que estas sean aplicables desde el mismo momento de su entrada en vigor constituyen en sí una violación del derecho a ser juzgado por un tribunal competente y del principio de igualdad de todas las personas ante los tribunales de justicia, contenidos en el artículo 14, párrafo 1.

7.3 El autor sostiene que los procedimientos que se iniciaron en su contra se llevaron a cabo solamente por escrito, excluyendo toda audiencia tanto oral como pública. El Comité señala que el Estado parte no ha refutado estas alegaciones sino que ha meramente indicado que los fallos fueron hechos públicos. También observa que para satisfacer los derechos de la defensa garantizados en el párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, especialmente sus disposiciones d) y e), todo juicio penal tiene que proporcionar al acusado el derecho a

una audiencia oral, en la cual se le permita comparecer en persona o ser representado por su abogado y donde pueda presentar pruebas e interrogar a los testigos. Teniendo en cuenta que el autor no tuvo tal audiencia durante los procedimientos que culminaron en el fallo condenatorio y la imposición de la pena, el Comité concluye que hubo violación del derecho del autor a un juicio justo de conformidad con el artículo 14 del Pacto.

7.4 En vista de su conclusión de que el derecho del autor a un juicio justo de conformidad con el artículo 14 del Pacto fue violado por las razones expresadas en el párrafo 7.3, el Comité estima que no es necesario considerar otros argumentos relativos a la violación de ese derecho.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dictamina que los hechos que se han expuesto constituyen una violación del artículo 14 del Pacto.

9. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a proporcionar al Sr. Miguel Ángel Rodríguez Orejuela un recurso efectivo.

10. Teniendo en cuenta que, al convertirse en parte del Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoció la competencia del Comité para determinar si hubo o no una violación del Pacto y que, con arreglo al artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y sujetas a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y la posibilidad de interponer un recurso efectivo y aplicable si se comprueba que hubo violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en el plazo de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité. El Estado parte deberá también publicar este dictamen.

Comunicación N° 854/1999

Presentada por: Manuel Wackenheim (representado por Serge Pautot)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Francia

Fecha de aprobación del dictamen: 15 de julio de 2002 (75° período de sesiones)

Asunto: Prohibición del "lanzamiento de enanos"

Cuestiones de procedimiento: Incompatibilidad *ratione materiae* – Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Discriminación por motivos de "otra condición" – Criterios de diferenciación razonables y objetivos

Artículos del Pacto: 2, párrafo 1; 5, párrafo 2; 17, párrafo 1; y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; 3; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Ausencia de violación

1. El autor de la comunicación es el Sr. Manuel Wackenheim, ciudadano francés, nacido el 12 de febrero de 1967 en Sarreguemines (Francia). El demandante afirma ser víctima de violaciones por Francia del párrafo 1 del artículo 2, del párrafo 2 del artículo 5, del párrafo 1 del artículo 9, del artículo 16, del párrafo 1 del artículo 17 y del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representado por un abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor, aquejado de enanismo, actuaba desde julio de 1991 en los espectáculos denominados "lanzamiento de enanos" presentados por la sociedad Fun-Productions. Con las debidas protecciones, era lanzado a corta distancia sobre un colchón neumático por ciertos clientes del establecimiento en el que se organizaba el espectáculo (discotecas).

2.2 El 27 de noviembre de 1991, el Ministro francés del Interior publicó una circular relativa a la policía de espectáculos, y en particular a la organización de espectáculos denominados lanzamiento de enanos. En ella se pedía a los prefectos que utilizaran sus facultades policiales para prescribir a los alcaldes una estricta vigilancia de los espectáculos organizados en su municipio. En la circular se precisaba que los lanzamientos de enanos debían prohibirse en virtud de, entre otras cosas, el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

2.3 El 30 de octubre de 1991, el autor solicitó en el tribunal administrativo de Versalles la anulación de un bando de 25 de octubre de 1991 por el que el alcalde de Morsang-sur-Orge había prohibido el espectáculo de lanzamiento de enanos previsto en una discoteca de su municipio. El tribunal administrativo anuló por

dictamen de 25 de febrero de 1992 el bando del alcalde, alegando que:

Considerando que de los documentos del expediente no se desprende que el espectáculo que se prohibió pudiera atentar contra el buen orden, la tranquilidad o la salubridad públicas en la ciudad de Morsang-sur-Orge; que la única circunstancia de que determinadas personalidades hayan expresado públicamente su desaprobación de la organización de tal espectáculo no podría hacer presagiar la alteración del orden público; que suponiendo incluso que ese espectáculo hubiera supuesto un atentado contra la dignidad humana y revestido un aspecto degradante, como sostiene el alcalde, la prohibición no podía decidirse legalmente en ausencia de circunstancias locales particulares; que, por lo tanto, el bando impugnado está tachado de abuso de poder (...).

2.4 El 24 de abril de 1992, el municipio de Morsang-sur-Orge, representado por su alcalde en funciones, recurrió el dictamen de 25 de febrero de 1992.

2.5 Por decisión de 27 de octubre de 1995, el Consejo de Estado anuló dicho dictamen aduciendo que, por un lado, el lanzamiento de enanos es una atracción que representa un atentado contra la dignidad de la persona humana, cuyo respeto es uno de los elementos del orden público, del que es garante la autoridad con facultades de policía municipal y, por otro lado, el respeto del principio de la libertad de trabajo y de comercio no es obstáculo para que esa autoridad prohíba una actividad que, aunque lícita, pueda perturbar el orden público. El Consejo de Estado precisó que esa atracción podía prohibirse incluso en ausencia de circunstancias locales particulares.

2.6 El 20 de marzo de 1992, el autor presentó otra solicitud para que se anulara el bando de 23 de enero de 1992 por el que el alcalde de Aix-en-Provence había prohibido el espectáculo de lanzamiento de enanos previsto en el territorio de su municipio. En su dictamen de 8 de octubre de 1992, el Tribunal Administrativo de Marsella anuló la decisión del alcalde porque esa actividad no constituía un atentado contra la dignidad humana. En su solicitud de 16 de diciembre de 1992, la ciudad de Aix-en-Provence, representada por su alcalde, recurrió el fallo. Por decisión de 27 de octubre de 1995, el Consejo de Estado anuló dicho fallo por los mismos motivos ya expuestos. A partir de esa fecha, la sociedad Fun-Productions decidió abandonar ese tipo de actividad. Pese a su deseo de continuar con ello, el autor se ha quedado desde entonces sin empleo por falta de organizador de espectáculos de lanzamiento de enanos.

La denuncia

3. El autor afirma que la prohibición de ejercer su trabajo ha tenido consecuencias negativas para su vida y representa un atentado contra su dignidad. Se declara víctima de una violación por parte de Francia de su derecho a la libertad, al trabajo, al respeto de la vida privada y a un nivel de vida adecuado, así como de un acto de discriminación. Precisa, por un lado, que en Francia no hay empleo para los enanos y, por otro, que su trabajo no constituye un atentado a la dignidad humana, pues la dignidad consiste en tener empleo. El autor invoca el párrafo 1 del artículo 2, el párrafo 2 del artículo 5¹, el párrafo 1 del artículo 9, el artículo 16², el párrafo 1 del artículo 17 y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Observaciones del Estado parte

4.1 En sus observaciones de 13 de julio de 1999, el Estado parte considera, en primer lugar, que las supuestas violaciones del párrafo 1 del artículo 9 y del artículo 16 deben descartarse de entrada en la medida en que esas alegaciones no guardan relación con los hechos de que se trata. Asimismo, precisa que la alegación relacionada con la violación del párrafo 1 del artículo 9 es sustancialmente idéntica a la relativa a la violación del artículo 5 del Convenio Europeo que el demandante sometió ya a la Comisión Europea³. Estima que esa alegación debe rechazarse por las mismas razones que las invocadas por dicha Comisión. Según el Estado parte, el demandante no ha sido, en efecto, objeto de ninguna privación de libertad. En cuanto a la alegación de violación del artículo 16 del Pacto, el Estado parte precisa que el demandante no expone ningún argumento para demostrar que la prohibición de espectáculos de lanzamiento de enanos representara un atentado contra su personalidad jurídica. Además, afirma que esas medidas de prohibición no entrañan atentado alguno a la personalidad jurídica del demandante, por lo que no ponen en duda, en absoluto, su calidad de sujeto de derecho. Por el contrario, según el Estado parte, reconocen al titular un derecho al respeto de su dignidad como ser humano y garantizan el efectivo disfrute de ese derecho.

¹ El demandante no expone ningún argumento sobre la supuesta violación de este artículo.

² El demandante no expone ningún argumento sobre la supuesta violación de este artículo.

³ De los documentos del expediente se desprende que, el 4 de febrero de 1994, el Sr. Manuel Wackenheim presentó a la Comisión Europea de Derechos Humanos su denuncia contra Francia. El 16 de octubre de 1996, la Comisión declaró inadmisibile la denuncia aduciendo, por un lado, que el demandante no había agotado los recursos de la jurisdicción interna en relación con las supuestas violaciones de los artículos 8 y 14 (supuesta discriminación en el ejercicio del derecho al trabajo) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y, por otro, que las alegaciones del demandante con respecto al párrafo 1 del artículo 5 y al artículo 14 del Convenio eran incompatibles *ratione materiae*.

4.2 En cuanto a la supuesta violación del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto, el Estado parte declara que el demandante no ha agotado los recursos de la jurisdicción interna. Estima que la comunicación del demandante se basa en los mismos hechos y procedimientos que los puestos en conocimiento de la Comisión Europea, y que la no invocación de la violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar ante las jurisdicciones nacionales tiene por consecuencia, también en este caso, la inadmisibilidad de la comunicación. A título subsidiario, en lo relativo al derecho del demandante al respeto de su vida privada, el Estado parte explica que la prohibición litigiosa no ha supuesto ninguna violación del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto. Según el Estado parte, en un primer momento, el derecho que hace valer el demandante —y que le permitiría ser "lanzado" públicamente y a título profesional— no corresponde a la esfera de su vida privada y familiar. Tampoco es seguro que corresponda al dominio de la vida privada. El Estado parte aduce que la práctica de lanzar enanos es una práctica pública y constituye para el demandante una verdadera actividad profesional. Por esas razones, llega a la conclusión de que no puede protegerse en razón de consideraciones relacionadas con el respeto debido a la vida privada. Corresponde más bien, como lo destaca la motivación del Consejo de Estado, a la libertad de trabajo o a la libertad de comercio e industria. Posteriormente, el Estado parte agrega que, incluso admitiendo, sobre la base de una concepción particularmente amplia de esa noción, que la posibilidad de ser "lanzado" profesionalmente correspondiera más bien al respeto de la vida privada del demandante, la limitación de ese derecho no sería contraria a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto. Según el Estado parte, dicha limitación se justifica efectivamente por consideraciones superiores relacionadas con el debido respeto a la dignidad de la persona. Se basa, pues, en un principio fundamental, por lo que no constituye ningún atentado ilegal ni arbitrario al derecho de las personas al respeto de su vida privada y familiar.

4.3 En cuanto a la supuesta violación del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte estima que las disposiciones de ese artículo son semejantes a las del artículo 14 del Convenio Europeo, y recuerda que la Comisión consideró que ese artículo, invocado por el demandante en su solicitud ante esa instancia, no era aplicable en el caso de que se trataba, pues el demandante no invocaba, por lo demás, el beneficio de ningún derecho protegido por el Convenio. El Estado parte aduce que lo mismo ocurre con la presente comunicación, pues el demandante tampoco demuestra que el derecho a ser lanzado profesionalmente, de que se vale, sea reconocido por el Pacto o corresponda a uno de los derechos que figuran en él. El Estado parte agrega que, suponiendo que el demandante piense hacer valer tales derechos, conviene recordar que la libertad de trabajo y la libertad de comercio e industria no figuran entre los derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4.4 En lo que respecta a la supuesta violación del artículo 26 del Pacto, el Estado parte destaca que el Consejo de Estado considera que la cláusula de no discriminación de ese artículo es equivalente a la que figura en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto y que, como en el caso de este último artículo, su ámbito de aplicación se limita a los derechos protegidos por el Pacto⁴. Esta interpretación lleva, según el Estado parte, a la conclusión ya expuesta en relación con la supuesta violación del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, de que el derecho de un enano a ser lanzado profesionalmente no corresponde a ninguno de los derechos protegidos por este, y que, por lo tanto, no se plantea la cuestión de la no discriminación. El Estado parte agrega que, si para los fines del razonamiento, se supone que la cláusula de no discriminación del artículo 26 del Pacto es válida para el conjunto de los derechos consagrados en este y en el orden jurídico interno, se plantea entonces la cuestión del carácter discriminatorio de la prohibición litigiosa. Asimismo, afirma que, indudablemente, esa prohibición no es discriminatoria. Por definición, solo se aplica a las personas aquejadas de enanismo, pues son las únicas a las que puede afectar la actividad prohibida, y la indignidad de esa actividad se deriva muy particularmente de las peculiaridades físicas de esas personas. Según el Estado parte, no se le puede reprochar que trate de manera distinta a los enanos de los demás, pues son dos categorías diferentes de personas, una de las cuales no puede resultar afectada por el fenómeno del "lanzamiento" por evidentes razones físicas. El Estado parte señala, además, que la cuestión de la indignidad de una actividad consistente en lanzar a personas de talla normal, es decir, no afectadas por un impedimento determinado, se plantearía en términos muy diferentes⁵. Así pues, concluye señalando que la diferencia de trato se basa en una diferencia objetiva de situación entre las personas aquejadas de enanismo y las demás, por lo que, habida cuenta del objetivo de preservación de la dignidad humana en que se basa, es legítima y, en todo caso, conforme al artículo 26 del Pacto.

4.5 En lo que respecta a la supuesta violación del párrafo 2 del artículo 5 del Pacto, el Estado parte declara que el demandante no ha expuesto ningún argumento para demostrar en qué sería contraria a las disposiciones mencionadas la prohibición de lanzar enanos. Según el Estado parte, es difícil percibir en qué habrían limitado indebidamente las autoridades nacionales, sobre la base del Pacto, el ejercicio de los derechos reconocidos en el derecho interno. El Estado parte menciona que tal vez el demandante considere que las autoridades han manifestado una concepción excesivamente amplia de la noción de dignidad humana, que le ha impedido gozar de sus derechos al trabajo y a ejercer la actividad que ha elegido libremente, y aduce que el derecho de la persona humana al respeto de su

⁴ Consejo de Estado, *Vve Doukoure*, dictamen emitido el 15 de abril de 1996, N° 176399.

⁵ Conclusiones del delegado del Gobierno Sr. Patrick Frydman, RTDH 1996, pág. 664.

dignidad no figura entre los derechos del Pacto, incluso si algunas de sus disposiciones se inspiran efectivamente en ese concepto, en particular las relativas a la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes. Por esta razón, el Estado parte llega a la conclusión de que no es aplicable en este caso el párrafo 2 del artículo 5 y agrega que, suponiendo que se acepta, por mera hipótesis, la posibilidad de aplicar ese artículo, no se habría infringido: la actuación de las autoridades no se debe a la voluntad de limitar abusivamente la libertad de trabajo y la libertad de comercio e industria invocando el respeto debido a la persona, sino que es un clásico ejemplo de actuación en el ámbito de la policía administrativa que consiste en conciliar el ejercicio de las libertades económicas con el deseo de hacer respetar el orden público, uno de cuyos elementos es la moral pública. El Estado parte precisa que la concepción adoptada en este caso no presenta ningún carácter excesivo porque, según ha señalado el delegado del Gobierno Sr. Frydman⁶ en sus conclusiones, por un lado el orden público abarca desde hace mucho consideraciones de moral pública y, por otro, sería inquietante que el principio fundamental del respeto debido a la persona humana fuera inferior a consideraciones materiales propias del demandante —por lo demás poco extendidas— con el consiguiente daño para el conjunto de la comunidad a la que pertenece.

4.6 Por todas estas razones, el Estado parte llega a la conclusión de que la comunicación debe rechazarse por carecer de fundamento en todas sus alegaciones.

Comentarios del abogado del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En sus comentarios de 19 de junio de 2000, el abogado del demandante considera que el Estado parte se escuda ante todo en dos dictámenes idénticos de 27 de octubre de 1995 del Consejo de Estado, que reconocen a los alcaldes el derecho de prohibir los espectáculos de lanzamientos de enanos en su municipio porque la dignidad humana es uno de los elementos del orden público, incluso en ausencia de circunstancias locales particulares y a pesar del acuerdo de la persona de que se trate. El abogado del autor recuerda los hechos objeto de la comunicación y, en particular, la anulación de los bandos municipales de prohibición de espectáculos por los tribunales administrativos, así como la circular del Ministro del Interior.

5.2 El abogado declara que las importantes decisiones adoptadas en el plano de los principios en el caso

⁶ El delegado del Gobierno no es un representante de la administración. Se trata, en efecto, de un miembro del grupo de formación de dictamen del Consejo de Estado, que ha de dar su opinión, con toda independencia, sobre las circunstancias de hecho del caso y las reglas de derecho aplicables, así como sobre las soluciones que requiere, según su conciencia, el litigio sometido a la jurisdicción. Esta definición dada por el propio Consejo de Estado en una de sus decisiones (CE Sec. 10 de julio de 1957, *Gervaise*, Leb. P.467) se ha recogido en el artículo L7 del Código de Justicia Administrativa.

del Sr. Wackenheim son decepcionantes. Señala que a la concepción clásica de la trilogía del orden público francés, el buen orden (la tranquilidad), la seguridad y la salubridad pública, viene a sumarse la moral pública, y el respeto de la dignidad humana forma parte de este cuarto elemento. Según el abogado, esa jurisprudencia, en los albores del siglo XXI, reactiva la noción de orden moral invocado en contra de una actividad tan marginal como inofensiva en comparación con numerosos comportamientos realmente violentos y agresivos que tolera actualmente la sociedad francesa. Agrega que se trata de la consagración de un nuevo poder de policía que puede abrir la puerta a todos los abusos, y plantea la cuestión de saber si el alcalde se va a erigir en censor de la moral pública y en protector de la dignidad humana. Se pregunta asimismo si los tribunales van a decidir sobre la felicidad de los ciudadanos. Según el abogado, hasta ahora el juez podía tomar en consideración la protección de la moral pública si ello tenía repercusiones en la tranquilidad pública. El abogado afirma que esa condición no se daba en el espectáculo de lanzamiento de enanos.

5.3 El abogado mantiene los elementos en que funda su denuncia y destaca que el trabajo es un elemento de la dignidad humana y que privar a un hombre de su trabajo equivale a privarle de parte de su dignidad.

Deliberaciones del Comité

6.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar las reclamaciones contenidas en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si esta es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 Aunque Francia haya hecho una reserva al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5, el Comité observa que el Estado parte no ha invocado esta reserva y que, en consecuencia, no hay obstáculo para el examen de la comunicación por parte del Comité.

6.3 En relación con las denuncias de violaciones del párrafo 1 del artículo 9 y del artículo 16 del Pacto, el Comité ha tomado nota de los argumentos del Estado parte sobre la incompatibilidad *ratione materiae* de esas alegaciones con las disposiciones del Pacto. Considera que los elementos presentados por el demandante no permiten invocar una violación de esas disposiciones para establecer su admisibilidad en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.4 En lo que respecta a las alegaciones del demandante sobre la violación del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto, el Comité observa que en ningún momento invocó el demandante ante las jurisdicciones nacionales la violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar. El demandante no ha agotado, pues, todos los recursos que habría podido utilizar. En consecuencia, el Comité declara ese aspecto de la comunicación inadmisibles con respecto al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.5 Con respecto a las supuestas violaciones del párrafo 2 del artículo 5 del Pacto, el Comité observa que dicho artículo 5 se refiere a los compromisos generales de los Estados partes y no puede ser invocado por un individuo como fundamento único de una comunicación con arreglo al Protocolo Facultativo. Sin embargo, esta conclusión no impide que el Comité tenga en cuenta el artículo 5 al interpretar y aplicar otras disposiciones del Pacto.

6.6 En lo que respecta a la denuncia del demandante de discriminación con arreglo al artículo 26 del Pacto, el Comité toma nota de la observación del Estado parte según la cual el Consejo de Estado considera que el ámbito de aplicación del artículo 26 se limita a los derechos protegidos por el Pacto. Sin embargo, el Comité desea recordar su jurisprudencia según la cual el artículo 26 no recoge simplemente la garantía enunciada ya en el artículo 2, sino que prevé por sí mismo un derecho autónomo. En otras palabras, la aplicación del principio de no discriminación enunciado en el artículo 26 no se limita a los derechos estipulados en el Pacto. Como el Estado parte no ha planteado otros argumentos contra la admisibilidad, el Comité declara admisible la comunicación en la medida en que parece suscitar cuestiones con respecto al artículo 26 del Pacto, y procede a examinar la denuncia en cuanto al fondo, conforme al párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información por escrito que le facilitaron las Partes, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 El Comité debe decidir si la prohibición por las autoridades de la actividad de lanzamiento de enanos constituye una discriminación en virtud del artículo 26 del Pacto, como afirma el autor.

7.3 El Comité recuerda su jurisprudencia según la cual no toda distinción entre las personas constituye necesariamente una discriminación prohibida por el artículo 26 del Pacto. Es discriminación cuando no obedece a razones objetivas y lógicas. El problema en este caso es saber si puede justificarse debidamente la distinción entre las personas a las que se refiere la prohibición pronunciada por el Estado parte y las personas a las que no se aplica la distinción.

7.4 La prohibición del lanzamiento establecida por el Estado parte en el presente caso se aplica únicamente a los enanos (como se describe en el párrafo 2.1). Sin embargo, el hecho de que la prohibición esté referida a estas personas con exclusión de las demás se debe a que son las únicas que pueden ser lanzadas. Por ello, la distinción entre las personas a las que se aplica la prohibición, a saber, a los enanos, y aquellas a las que no se aplica, a saber, las personas que no padecen enanismo, está basada en esa razón objetiva y no tiene finalidad discriminatoria. El Comité considera que el Estado parte

ha demostrado que, en este caso, la prohibición del lanzamiento de enanos tal y como la practica el autor no constituye una medida abusiva, sino necesaria para proteger el orden público, lo que suscita consideraciones relativas a la dignidad humana que son compatibles con los objetivos del Pacto. En consecuencia, el Comité concluye que la distinción entre el autor y las personas a las que no se aplica la prohibición establecida por el Estado parte descansa en motivos objetivos y razonables.

7.5 El Comité no ignora que existen otras actividades que no están prohibidas pero que podrían serlo eventualmente en base a motivos análogos a los que justifica la prohibición del lanzamiento de enanos. Sin embargo, opina que, teniendo en cuenta que la prohibi-

ción del lanzamiento de enanos se basa en criterio objetivos y razonables y que el autor no ha establecido que la medida tuviera una finalidad discriminatoria, el mero hecho de que puedan existir otras actividades susceptibles de prohibición no basta por sí mismo para conferir carácter discriminatorio a la prohibición del lanzamiento de enanos. Por estas razones, el Comité estima que, con el establecimiento de la mencionada prohibición, el Estado parte no ha violado los derechos del autor enunciados en el artículo 26 del Pacto.

7.6 El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí no revelan violación alguna del Pacto.

Comunicación N° 868/1999

Presentada por: Albert Wilson (representado por Gabriela Echeverría)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Filipinas

Fecha de aprobación del dictamen: 30 de octubre de 2003 (79° período de sesiones)

Asunto: Condena a muerte tras ser hallado culpable de maltrato de niños

Cuestiones de procedimiento: Recursos disponibles y eficaces – Examen de una demanda tras haberse concedido a la víctima el derecho a presentar un recurso – Falta de fundamentación de la reclamación – Inadmisibilidad *ratione materiae*

Cuestiones de fondo: Imposición preceptiva de la pena de muerte – Derecho a recibir un trato humano y respetuoso de la dignidad inherente a los reclusos – Condiciones de detención inhumanas – Separación entre los presos preventivos y los que cumplen condena – Estrés psicológico en el pabellón de los condenados a muerte – Derecho a ser informado, en el momento de la detención, de las razones que la motivan y los cargos que se imputan – Derecho a comparecer rápidamente ante un juez

Artículos del Pacto: 2, párrafos 2 y 3; 6; 7; 9; 10, párrafos 1 y 2; y 14, párrafos 1, 2, 3 y 6

Artículos del Protocolo Facultativo: 2 y 3

Conclusión: Violación (artículos 7; 9, párrafos 1, 2 y 3; y 10, párrafos 1 y 2)

1. El autor de la comunicación, presentada inicialmente el 15 de junio de 1999, es el Sr. Albert Wilson, nacional británico residente en Filipinas de 1990 a 2000 y posteriormente en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Afirma ser víctima de la violación por Filipinas de los párrafos 2 y 3 del artículo 2, de los

artículos 3, 6, 7 y 9, de los párrafos 1 y 2 del artículo 10 y de los párrafos 1, 2, 3 y 6 del artículo 14. Está representado por letrada.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 16 de septiembre de 1996, como resultado de una denuncia por violación presentada por el padre biológico de la hijastra de 12 años del autor, este fue detenido sin mandamiento y por la fuerza y trasladado a una comisaría de policía. No se le informó de sus derechos y, al no hablar el idioma local, no pudo saber los motivos de lo que sucedía. En la comisaría se le mantuvo en un calabozo que medía 1,20 m de ancho por 1,20 m de largo, junto con otros tres presos y, al segundo día, fue acusado de tentativa de violación de su hijastra. Entonces fue trasladado a la cárcel municipal de Valenzuela, donde el cargo se agravó al de violación. En esa prisión recibió palizas y malos tratos y fue encerrado en un "ataúd de hormigón". En esa celda cuadrada de 4,80 m de lado, con una entrada de aire de 15 cm situada a 3 m del suelo, había 40 presos. Un guardia borracho disparó contra un recluso y, en más de una ocasión, los guardias apuntaron una pistola a la cabeza del autor. Le golpearon los pies con la porra de uno de los guardias y otros reclusos le golpearon siguiendo órdenes de aquellos. También se le ordenó golpear a otros presos y le pegaban cuando se negaba a hacerlo. Se vio constantemente sometido a extorsión por otros reclusos, con el visto bueno y en algunas ocasiones siguiendo instrucciones directas de las autoridades carcelarias, y era golpeado cuando se negaba a pagar o a hacer lo que se le mandaba. No había agua corriente, las condiciones sanitarias eran insuficientes (una sola taza

de sanitario sin cisterna para todos los detenidos), no había posibilidades de recibir visitas y la comida estaba rigurosamente racionada. Tampoco se le mantuvo separado de los presos que cumplían condena.

2.2 Entre el 6 de noviembre de 1996 y el 15 de julio de 1998 fue juzgado por violación. Desde el principio sostuvo que la imputación era falsa y se declaró inocente. La madre y el hermano de la hijastra testificaron en apoyo del autor, diciendo que ambos estaban en casa en el momento del presunto hecho y que este no podría haber sucedido sin su conocimiento. El médico forense de la policía que examinó a la muchacha dentro de las 24 horas siguientes al presunto suceso determinó condiciones internas y externas que, según el autor, eran "completamente incompatibles" con la presunta violación. Las pruebas médicas aportadas durante el juicio también contradecían la imputación y, según el autor, demostraban de hecho que las cosas no podían haber sucedido según se decía. También se aportó el testimonio de otras varias personas que afirmaron que la violación había sido una historia inventada por el padre de la hijastra a fin de extorsionar al autor.

2.3 El 30 de septiembre de 1998 el autor fue declarado culpable de violación y condenado a muerte y al pago de una indemnización de 50.000 pesos por el Tribunal Regional de Valenzuela. Según el autor, la condena se fundó exclusivamente en el testimonio de la muchacha, quien admitió haber mentado cuando lo acusó por primera vez de tentativa de violación, y en el testimonio que dio durante el juicio se apreciaron numerosas contradicciones.

2.4 El autor fue entonces internado en el pabellón de los condenados a la pena capital en la cárcel de Muntinlupa, donde un millar de condenados a muerte residían en tres habitaciones. Los reclusos extranjeros se veían continuamente sometidos a extorsión por otros reclusos, con el consentimiento de las autoridades de la cárcel y a veces siguiendo sus instrucciones. El autor alude a informaciones publicadas en la prensa, según las cuales la prisión estaba dominada por bandas y funcionarios corruptos, a cuya merced se vio el autor todo el tiempo que estuvo encarcelado en el pabellón de los condenados a muerte. Varios funcionarios penitenciarios de alta graduación fueron condenados por extorsionar a los presos y en las celdas se hallaron grandes cantidades de armas. Se apremió y torturó al autor para que diera dinero a las bandas y a los funcionarios. No había guardias ni en la habitación colectiva ni en las celdas, que estaban ocupadas por 200 reclusos y nunca se cerraban con llave. Se había retirado al autor su dinero y efectos personales en el camino de la cárcel y durante tres semanas no recibió visitas, por lo que no contaba con artículos de primera necesidad, como jabón o ropa de cama. La comida consistía en arroz cocido sin lavar y otros alimentos inadecuados. Las instalaciones sanitarias consistían en dos tazas de inodoro sin cisterna, en un espacio que constituía a la vez la ducha colectiva de 200 personas.

2.5 El autor tuvo que pagar por un espacio cuadrado de 2,40 m de lado en el que dormía, y mantener econó-

micamente a los otros ocho que estaban con él. Se le obligó a dormir junto con personas trastornadas por las drogas, mientras que otras le impedían dormir de manera deliberada y constante. Fue tatuado por la fuerza de manera indeleble con la marca de una banda. Se tumbaba a los reclusos sobre un banco a la vista de todos y se les azotaba con palos en los muslos, o de alguna otra forma se les "daba una lección". El autor dice que vivió constantemente aterrorizado viéndose al borde de la muerte y de la depresión suicida, observando cómo seis reclusos salían de allí para ser ejecutados, mientras que otros cinco fallecían de muerte violenta. Temiendo la muerte tras un juicio "brutalmente injusto y parcial", padeció de graves trastornos físicos y psicológicos y se sintió "totalmente desvalido y sin esperanza". A consecuencia de todo, ello está "en la ruina económica y, en muchos aspectos, emocional".

2.6 El 21 de diciembre de 1999, es decir, después de la presentación de la comunicación con arreglo al Protocolo Facultativo, el Tribunal Supremo, examinando la causa de oficio, revocó la condena, fallando que se fundaba en imputaciones "indignas de crédito" y ordenó la inmediata puesta en libertad del autor. El Procurador General había presentado al Tribunal un escrito en el que recomendaba la absolución, fundándose en que las contradicciones del testimonio de los testigos y las pruebas médicas que demostraban lo contrario justificaban la conclusión de que no se había demostrado la culpabilidad del autor más allá de toda duda razonable.

2.7 El 22 de diciembre de 1999, al ser liberado del pabellón de los condenados a muerte, la Oficina de Inmigración dejó sin efecto una orden de suspensión de salida, a condición de que el autor pagara honorarios y multas que se elevaban a 22.740 pesos por haberse quedado más tiempo de lo que autorizaba su visado de turista. La orden comprendía la totalidad de su período de detención y, de no pagar, no se le permitiría salir del país para ir al Reino Unido. La decisión fue confirmada al resultar infructuosos un recurso interpuesto por el Embajador del Reino Unido en Filipinas y otras gestiones de ese país ante la Oficina de Inmigración y el Tribunal Supremo, a fin de recobrar esa cantidad.

2.8 A su vuelta al Reino Unido, el autor pidió una indemnización de conformidad con la Ley N° 7309 de la República de Filipinas, por la que se creó una Junta de reclamaciones dentro del Departamento de Justicia para las víctimas de encarcelamiento y detención ilegales, que se encarga de calcular el valor mensual de las indemnizaciones. Después de indagar, el 21 de febrero de 2001 se le informó que el 1° de enero del mismo año se le habían concedido 14.000 pesos, pero que debería pedir el pago en persona en Filipinas. El 12 de marzo de 2001, el autor escribió a la Junta de reclamaciones para pedir que se revisara el importe fundándose en que, según el baremo legal, los 40 meses en la cárcel deberían arrojar la cantidad de 40.000 pesos. El 23 de abril de 2001 se le comunicó que el importe reclamado "dependía de la disponibilidad de fondos" y que el responsable del infortunio del autor era el denunciante que

lo acusó de violación. No se recibió otra aclaración sobre la discrepancia en la suma concedida.

2.9 El 9 de agosto de 2001, tras solicitar un visado de turista para visitar a su familia, se informó al autor de que, como resultado de haber permanecido más tiempo de lo que autorizaba su visado de turista y al haber sido declarado culpable de delito contra la moral, estaba fichado en una lista de la Oficina de Inmigración. Cuando preguntó por qué la condena debía surtir tales efectos después de haber sido revocada, se le informó de que para conseguir una autorización de viaje tendría que reclamarla ante la Oficina de Inmigración en Filipinas.

2.10. El autor también trató de entablar acción civil, fundándose en que el recurso administrativo de indemnización expuesto anteriormente no tendría en cuenta todo el sufrimiento físico y psicológico padecido. No tenía derecho a recibir asistencia jurídica en Filipinas, y desde fuera del país tampoco podía conseguir asistencia letrada de oficio.

La denuncia

3.1 El autor denuncia la violación de los artículos 6 y 7 por la imposición obligatoria de la pena capital, conforme al artículo 11 de la Ley de la República N° 7659, por la violación de una menor con la que el delincuente tenía una relación de parentesco¹. Tal delito no resulta necesariamente "de los más graves", ya que no entraña muerte y las circunstancias de la comisión pueden variar enormemente. Por los mismos motivos, la imposición de la pena capital obligatoria no guarda proporción con la gravedad del presunto delito y es contraria al artículo 7. También es desproporcionada e inhumana porque no permite tener en cuenta las circunstancias atenuantes del delito en sí y del delincuente.

3.2 El autor afirma que el tiempo que pasó en el pabellón de los condenados a muerte constituye una violación del artículo 7, en particular a la luz de los numerosos vicios de procedimiento que se observaron en el juicio. Sostiene que en este caso existe violación del artículo 7, debido al juicio que careció claramente de las debidas garantías y al veredicto patentemente erróneo que dieron lugar a que el autor padeciera desvalimiento y ansiedad al verse condenado injustamente, lo que se vio agravado por las condiciones y el trato específicos a que fue sometido en el pabellón mencionado.

3.3 En lo que se refiere al artículo 9, el autor afirma que su detención inicial se produjo sin mandamiento y contraviniendo la ley nacional por la que se rigen las detenciones. Cuando fue detenido tampoco se le informó de los motivos en un idioma que pudiera

¹ El artículo 11 de la Ley de la República N° 7659 dice que: "... se impondrá también la pena de muerte si el delito de violación se comete con una de las siguientes circunstancias: 1. Si la víctima es menor de 18 años y el autor es progenitor, ascendiente, padrastro, tutor...".

entender ni se le hizo comparecer rápidamente ante el juez.

3.4 En cuanto a la denuncia de violación de los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 14, el autor afirma, en primer lugar, que su juicio careció de las debidas garantías. Sostiene que en casos en que pueden aflorar emociones, como es la violación de menores, un juez único no es siempre inmune a las presiones que pueden pesar en su independencia e imparcialidad y no debería poder imponer la pena de muerte; antes bien, en causas en que pueda imponerse la pena capital debería resolver un juez con un jurado o un tribunal formado por varios magistrados. Se afirma que el juez que intervino se vio sujeto a "enormes presiones" de la población local, que llenó la sala de audiencias y anhelaba la condena del autor. Según este, a algunas de esas personas se las trajo de otros lugares.

3.5 En segundo lugar, el autor afirma que el análisis que se hizo en el juicio fue manifiestamente erróneo y violaba su derecho a la presunción de inocencia, al señalarse que la defensa del autor consistente en negar que tuvo lugar el acto imputado "no puede prevalecer sobre la afirmación positiva de la víctima menor". A la luz de la índole irreversible de la pena capital, el autor afirma que en ese tipo de juicio deben observarse rigurosamente todas las normas internacionales. Refiriéndose a las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte establecidas por las Naciones Unidas, el autor señala que la condena a la pena capital debe fundarse "en pruebas claras y concluyentes que no permitan otra explicación posible de los hechos".

3.6 Conforme al párrafo 6 del artículo 14, el autor observa que, en particular a la luz del procedimiento de indemnización previsto en el derecho nacional, el Estado parte tenía la obligación de indemnizarle justa y adecuadamente por error judicial. En el presente caso, la indemnización se cifró en una cuarta parte de la suma a que tenía derecho según los baremos y, además, se dejaba sin efecto al exigir el pago de multas y tasas de inmigración. En una queja conexas por violación del párrafo 3 del artículo 2, el autor afirma que, en lugar de ser indemnizado debidamente por las violaciones de sus derechos, se le obligó a pagar por el tiempo en que se le tuvo preso injustamente y se le sigue manteniendo en una lista de extranjeros indeseables, a pesar de haber quedado absuelto de todos los cargos que se formularon contra él. Esto viola su derecho a un recurso eficaz, infringe el principio de la cosa juzgada al imponerle un castigo más y quebranta sus derechos familiares.

3.7 En cuanto a las cuestiones de admisibilidad, el autor afirma que no ha presentado la denuncia ante otro procedimiento internacional y que, en cuanto a las condiciones de detención en la cárcel, intentó sin éxito denunciar el trato recibido y las condiciones de detención. Ese recurso era inefectivo, ya que el autor solo tenía acceso a las personas causantes de los incidentes señalados.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y al fondo

4.1 Por escrito de 5 de agosto de 2002, el Estado parte impugnó la comunicación en cuanto a la admisibilidad y al fondo de la causa y sostuvo que el autor tenía a su alcance numerosos recursos judiciales, cuasi judiciales y administrativos. Conforme al artículo 32 del Código Civil, todo funcionario público o particular incurre en responsabilidad por el quebrantamiento de los derechos y libertades de otros, incluido el derecho a no sufrir detención arbitraria ni castigos crueles, así como otros derechos. El autor también podría haber presentado denuncia por daños debidos al enjuiciamiento malicioso o haber incoado un procedimiento por presunto quebrantamiento del Código Penal revisado en lo que atañe a los delitos contra la libertad y la seguridad o contra el honor. También podría haber presentado denuncia ante la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas, pero no lo hizo. La decisión del Tribunal Supremo de revocar la sentencia del tribunal inferior, resultado del examen de oficio de las causas en que puede imponerse la pena de muerte, demuestra que el ordenamiento jurídico ofrece garantías procesales y recursos adecuados.

4.2 En cuanto a la denuncia con respecto al artículo 7, el Estado parte afirma que no puede responder adecuadamente a todas las imputaciones que se hacen, ya que para ello habría que practicar otras investigaciones. En cualquier caso, el autor debería haber presentado su denuncia ante una instancia adecuada, como la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas.

4.3 Con respecto a la denuncia basada en el artículo 14, el Estado parte afirma que la causa fue juzgada por un tribunal competente, que el autor pudo presentar pruebas y testigos y contrainterrogar a los testigos de la parte contraria, así como examinar las pruebas presentadas por estos, y que ejerció (con éxito) el derecho de apelación. Tampoco hay nada que haga pensar que el juez falló fundándose en otra cosa que la ponderación de buena fe de las pruebas.

4.4 En cuanto al importe insuficiente de la indemnización abonada, el Estado parte señala que el 24 de agosto de 2001 la Junta de Reclamaciones concedió al autor una suma adicional de 26.000 pesos, con lo que la indemnización ascendió al total de los 40.000 pesos reclamados. Aunque se informó al autor de que había un cheque a su disposición, él no lo ha recogido todavía, por lo que ha caducado, aunque puede expedirse otro sin inconveniente. En cuanto a la afirmación de que al autor se le denegaron los recursos civiles, el Estado parte señala que la Junta de Reclamaciones le aconsejó que se dirigiera a un abogado en ejercicio, pero que no ha recurrido por la vía judicial.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 Por carta de 6 de abril de 2002, el autor responde a otros aspectos de las observaciones del Estado parte.

Con respecto a la cuestión del juicio imparcial, señala que incluso el Procurador General consideró que la acusación presentada contra él adolecía de graves vicios y que, por tanto, especialmente en los casos de condena a muerte, la "opinión sincera" del juez, emitida de buena fe, no bastaba para legitimar una condena injusta. En la decisión del Tribunal Supremo se afirma claramente que en el proceso no se respetaron lo que, a juicio del autor, son las normas mínimas establecidas en el artículo 14. El autor afirma que el juez sentenciador adoptó un criterio basado en prejuicios contra él debido a su sexo, ignoró el dictamen pericial para aplicar su propio criterio y no respetó la presunción de inocencia.

5.2 Además, se rechazó la solicitud del autor de excluir del juicio a los medios de comunicación y se otorgó pleno acceso a la prensa incluso antes de la comparecencia. En Filipinas existen muchos casos en que la policía ha hecho desfilar a los sospechosos ante los medios de comunicación, y en este caso la presencia de estos medios desde el momento en que el autor compareció por primera vez ante un fiscal atentó contra la imparcialidad del juicio. Durante este, la Sala estaba llena a rebosar de personas pertenecientes a "organizaciones de defensa del niño, feministas y de lucha contra el delito" que presionaban para que fuera condenado. El acceso del público y de los medios de comunicación aumenta el riesgo de un proceso parcial en los casos que conllevan una fuerte carga emocional.

5.3 El autor también alega, en referencia a la decisión del Comité en el caso *Mbenge c. el Zaire*², que la violación de sus derechos emanados del artículo 14 condujo a la imposición de la pena de muerte contra las disposiciones del Pacto, y constituye por tanto una violación del artículo 6. El autor argumenta también, en referencia a la decisión del caso *Johnson c. Jamaica*³, que, como la imposición de la pena de muerte fue en violación del Pacto, la reclusión resultante, especialmente a la luz de las condiciones y el trato sufridos, constituyó una pena cruel e inhumana, contraria al artículo 7.

5.4 El autor, en referencia a la Observación general del Comité sobre el artículo 6, afirma que generalmente la reintroducción de la pena de muerte en un Estado parte es contraria al objeto y finalidad del Pacto y viola el artículo 6 en sus párrafos 1 a 3. En todo caso, la forma en que Filipinas ha vuelto a introducir la pena de muerte viola el párrafo 2 del artículo 6, así como la obligación, que figura en el párrafo 2 del artículo 2, de hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. La Ley N° 7659 de la República, que prevé la pena de muerte para 46 delitos (en 23 de los cuales la imposición de esta pena es obligatoria), está viciada y no permite la protección de algunos derechos reconocidos en el Pacto.

² Caso N° 16/1977, dictamen aprobado el 25 de marzo de 1983.

³ Caso N° 592/1994, dictamen aprobado el 20 de octubre de 1998.

5.5 En el momento del juicio contra el autor, el procedimiento penal aplicable establecía que la acusación de violación debía ser presentada por la víctima, sus padres o su tutor, que no hubieran perdonado expresamente al agresor. El autor afirma que imponer taxativamente pena de muerte por un delito que el Estado ni siquiera puede perseguir de oficio constituye una invitación permanente a la extorsión: se inventa una acusación y se pide dinero por un perdón rápido. Durante el juicio el autor afirmó repetidas veces que el demandante había pedido 25.000 dólares de los Estados Unidos a cambio de una "declaración jurada de retiro de la acusación". El sufrimiento del autor es consecuencia directa de que el Estado no garantice la aplicación de los procedimientos y salvaguardias legales más estrictos en los casos de condena a muerte en general y, en particular, en su caso.

5.6 En cuanto a la descripción de las condiciones de detención sufridas antes de la condena en la prisión de Valenzuela, el autor remite a la jurisprudencia del Comité, que ha considerado invariablemente que un trato similar era inhumano y violaba los artículos 7 y 10⁴. Las condiciones de la prisión de Valenzuela, que se hallan bien documentadas en los informes de Amnistía Internacional y en los medios de comunicación, están muy por debajo de lo que exige el Pacto a todos los Estados partes, independientemente de su situación presupuestaria. También afirma que hubo una violación específica del párrafo 2 del artículo 10 porque no lo separaron de los presos ya condenados.

5.7 El autor afirma que no existe obligación de denunciar o quejarse de las condiciones de detención cuando hacerlo podría exponerle a malos tratos⁵ y presenta copias de tres cartas que *de hecho* escribió a la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas en 1997, y que le valieron una paliza y el encierro en su celda durante varios días. En 1999, mientras se encontraba en el pabellón de los condenados a muerte, se informó al Departamento de Justicia de las amenazas proferidas contra la vida del autor y se le pidió que adoptara medidas para protegerlo. La respuesta fue una grave amenaza contra su vida, ya que uno de los guardias le apoyó una pistola en la cabeza (cuando ya había presenciado cómo disparaban a otro de los internos). El autor afirma que la incapacidad del Estado parte para responder a estas denuncias en sus observaciones únicamente pone de relieve la falta de un "mecanismo de control" interno y eficaz, así como la necesidad de que

⁴ El autor remite, como ejemplo, a los casos N° 33/1978, *Carballal c. el Uruguay*, dictamen aprobado el 27 de marzo de 1981; N° 25/1978, *Massiotti c. el Uruguay*, dictamen aprobado el 26 de julio de 1982; N° 115/1982, *Marais c. Madagascar*, dictamen aprobado el 1° de abril de 1985; N° 63/1979, *Antonaccio c. el Uruguay*, dictamen aprobado el 28 de octubre de 1971; N° 74/1989, *Estrella c. el Uruguay*, dictamen aprobado el 29 de marzo de 1983; N° 115/1981, *Wight c. Madagascar*, dictamen aprobado el 1° de abril de 1985; y N° 242/1987, *Tshisekedi c. el Zaire*, dictamen aprobado el 2 de noviembre de 1989.

⁵ El autor se refiere al caso N° 594/1992, *Philip c. Jamaica*, dictamen aprobado el 20 de octubre de 1998.

se investiguen las violaciones del artículo 7 de que fue objeto y se le indemnice por ellas.

5.8 En cuanto a las condiciones de detención en el pabellón de los condenados a muerte, se afirma que provocaron un grave daño adicional a la salud mental del autor y constituyeron una violación separada del artículo 7. El autor padeció una ansiedad extrema y grandes sufrimientos como consecuencia de la detención, y en una evaluación psiquiátrica general se consideró que estaba "muy deprimido y sufría un grave y antiguo [estrés postraumático] que podía dar lugar a un comportamiento grave y súbito de autodestrucción". El autor remite a la jurisprudencia del Comité de que, en principio, la tensión psicológica derivada de la condena no viola el artículo 7, que "la situación podría ser distinta en los casos en que se pide la pena capital"⁶ y que "cada caso debe examinarse a la luz de sus propias circunstancias, teniendo presente la imputabilidad al Estado parte de... las condiciones concretas de reclusión en una determinada penitenciaría y los efectos psicológicos sobre la persona de que se trate"⁷.

5.9 En este caso, la condena del autor y las condiciones de detención estaban lejos de cumplir las normas mínimas y eran claramente imputables al Estado parte. Además, los internos del pabellón de los condenados a muerte en situación de apelación no estaban separados de aquellos cuyas condenas eran firmes. Durante la detención del autor se ejecutó a seis presos (tres condenados por violación). En uno de los casos, un fallo en las comunicaciones impidió que el indulto presidencial evitase una ejecución. En otro, tres presos fueron ejecutados a pesar de la solicitud del Comité de Derechos Humanos de que se aplicaran medidas de protección provisionales⁸. Estos hechos, que tuvieron lugar mientras el autor estaba en el pabellón de los condenados a muerte, aumentaron su ansiedad y su sensación de impotencia, con efectos perjudiciales para su salud mental, por lo que violaron el artículo 7.

5.10 En cuanto a la afirmación del Estado parte a propósito de la existencia de recursos adecuados, el autor responde que el sistema carece de recursos efectivos para los acusados reclusos y que la decisión del Tribunal Supremo representa únicamente una reparación parcial, ya que no prevé ninguna reparación por las violaciones de su derecho a no ser sometido, por ejemplo, a torturas ni a una detención injusta. La decisión del Tribunal Supremo no puede considerarse en sí como una forma de compensación, ya que únicamente acabó con una violación inminente de su derecho a la vida, por la que no habría sido posible ninguna reparación. El Tribunal no ordenó indemnización alguna, ni el reembolso de las costas procesales ni tampoco una reparación ni una investigación. El autor sigue sin obtener reparación por los daños y sufrimientos

⁶ Casos Nos. 210/1986 y 225/1987, *Pratt & Morgan c. Jamaica*, dictamen aprobado el 6 de abril de 1989.

⁷ Caso N° 606/1994, *Francis c. Jamaica*, dictamen aprobado el 25 de julio de 1995.

⁸ Caso N° 869/1999, *Piandiong y otros c. Filipinas*, dictamen aprobado el 19 de octubre de 2000.

tos psicológicos padecidos, así como por los daños sufridos en su reputación y en su modo de vida, incluida la estigmatización como violador de niños/pedófilo en el Reino Unido.

5.11 Lejos de recibir una reparación adecuada por la violación de sus derechos, el autor fue doblemente castigado al ser obligado a pagar las tasas de inmigración y serle prohibida la entrada en Filipinas, cuestiones ambas que posteriormente siguieron sin resolverse a pesar de las peticiones dirigidas a las autoridades del país. La prohibición de entrada también impide al autor hacer un uso efectivo de todos los recursos disponibles en Filipinas, aun cuando fueran adecuados, cosa que el autor niega. En particular, los recursos civiles que invoca el Estado parte ni "están abiertos" ni son "efectivos" si no puede entrar en el país, y por tanto no hay necesidad de agotarlos.

5.12 En todo caso, según el autor, la legislación interna del Estado parte niega los recursos en su caso. La Constitución exige el consentimiento del Estado para procesar al propio Estado⁹, que no lo ha dado expresa ni implícitamente en este caso. Según la legislación, el Estado únicamente es responsable por la conducta ilícita de los "agentes especiales" (es decir, personas a las que se ha encargado especialmente la realización de una tarea concreta). Los funcionarios públicos que actúan dentro de sus atribuciones son personalmente responsables de los daños que puedan haber causado (pero pueden invocar la inmunidad si la demanda afecta a los bienes, derechos o intereses del Estado). Por tanto, el Estado no es responsable de los actos ilegales que sean *ultra vires* y hayan sido cometidos en violación de los derechos y libertades de un particular¹⁰. Por consiguiente, el autor afirma que la vía civil no ofrece recursos para obtener reparación adecuada por los daños causados y que el Estado parte no ha adoptado medidas adecuadas de indemnización, especialmente por los daños resultantes de la violación de los derechos fundamentales protegidos por los artículos 6, 7 y 14. Por tanto, ha violado su obligación de proporcionar recursos efectivos, consagrada en el párrafo 3 del artículo 2.

5.13 Por último, el autor afirma que los pretendidos recursos no judiciales no son efectivos por el carácter sumamente grave de las violaciones y son inapropiados en términos de cuantía. En primer lugar, el hecho de que como afirma el Estado parte, no exista constancia de las denuncias presentadas por el autor ante la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas, pone de relieve la ineficacia e inadecuación de este mecanismo, sobre todo en lo que se refiere a la protección de los derechos recogidos en los artículos 6 y 7 del Pacto. En todo caso, la Comisión se limita a otorgar una asistencia financiera, más que una indemnización, y este recurso no judicial y no reparador no puede considerarse efectivo ni adecuado para las violaciones de los artículos 6 y 7.

5.14 En segundo lugar, el mecanismo de compensación administrativa que otorga al autor algún tipo de

indemnización no puede considerarse sustituto de un recurso judicial civil. El Comité ha observado que "los recursos de carácter puramente administrativo no pueden considerarse recursos efectivos y adecuados a tenor del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto en caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos"¹¹; por el contrario, es necesario acudir a los tribunales. En todo caso, la indemnización que se otorga es insuficiente con respecto a lo previsto en el párrafo 6 del artículo 14, y la imposibilidad de entrar en el país hace que el recurso no sea efectivo en la práctica. Aun cuando la cantidad de 40.000 pesos otorgada era la máxima permitida, se trata de una cantidad simbólica, incluso si se tienen en cuenta las diferencias entre los niveles de indemnización de los distintos países. Tras deducir los gastos de inmigración que le cobraron, le quedaron al autor aproximadamente 18.260 pesos (343 dólares de los Estados Unidos).

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar la queja contenida en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha queja es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 En cuanto al agotamiento de los recursos internos, el Estado parte afirma que el autor podía presentar una reclamación ante la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas y una demanda civil ante los tribunales. El Comité observa que, en realidad, el autor presentó una reclamación ante la Comisión mientras se encontraba en prisión, pero no recibió respuesta, y que la Comisión está autorizada a conceder más una "asistencia financiera" que una indemnización. Observa también que no puede ejercerse una acción civil contra el Estado sin su consentimiento y que, en virtud de la legislación interna, existen amplias limitaciones a la capacidad de obtener un fallo contra funcionarios del Estado. Considerando estos elementos contra el telón de fondo de la prohibición impuesta al autor de entrar en Filipinas, el Comité considera que el Estado parte no ha demostrado que los recursos a que se ha hecho referencia estén disponibles o sean efectivos, y que por tanto nada obsta, en virtud de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, a que examine la comunicación.

6.3 El Estado parte sugiere que la decisión del Tribunal Supremo y la subsiguiente indemnización plantean problemas de admisibilidad con respecto a una parte o la totalidad de las reclamaciones del autor. El Comité observa que, en este caso, la comunicación se presentó inicialmente mucho antes del fallo del Tribunal Supremo. En los casos en que una violación del Pacto se soluciona a nivel interno antes de la presentación de una comunicación, el Comité puede considerar que la

⁹ Artículo XVI, sec. 3.

¹⁰ C Sangco: *Philippine Law on Torts and Damages* (1994).

¹¹ Caso N° 563/1993, *Bautista Arellana c. Colombia*, dictamen aprobado el 27 de octubre de 1995.

comunicación es inadmisibles por motivos de, por ejemplo, la falta de la condición de "víctima" o la ausencia de una "queja". Sin embargo, cuando la presunta reparación se produce después de la presentación de la comunicación, el Comité puede, a pesar de todo, examinar si se produjo violación del Pacto y proceder luego a evaluar la suficiencia de la reparación ofrecida. (Véase, por ejemplo, el caso *Dergachev c. Belarús*.)¹² De ello se sigue que el Comité examine los hechos que el Estado parte califica de reparación, considerándolos pertinentes para resolver el fondo de una comunicación y la adecuación de la reparación ofrecida al autor por la violación de sus derechos emanados del Pacto, y no como obstáculo para la admisibilidad de las quejas ya presentadas.

6.4 En lo que respecta a la reclamación basada en los párrafos 1 y 3 del artículo 14 del Pacto con referencia a la parcialidad del juicio, el Comité observa que las alegaciones no están corroboradas por hechos o argumentos pertinentes. Contra lo que parece indicar el autor, el Tribunal Supremo no concluyó que el juicio contra el autor adoleciera de parcialidad, sino que anuló la condena tras reexaminar las pruebas. Así pues, esta parte de la comunicación es inadmisibles de acuerdo con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.5 En cuanto a las reclamaciones formuladas por el autor en virtud del párrafo 2 del artículo 14 del Pacto con respecto a la presunción de inocencia, el Comité observa que los hechos ocurridos después del momento en que el autor dejó de hallarse enfrentado a una acusación de carácter penal escapan al ámbito del párrafo 2 del artículo 14. Esta reclamación es por ende inadmisibles *ratione materiae* a tenor del artículo 3 del Protocolo Facultativo.

6.6 En lo que respecta a la reclamación basada en el párrafo 6 del artículo 14 del Pacto, el Comité observa que la condena del autor fue anulada en el marco del procedimiento ordinario de reexamen por una instancia superior, no a la luz de un hecho nuevo o de conocimiento de un hecho sobrevenido. En tales circunstancias, la reclamación queda fuera del ámbito del párrafo 6 del artículo 14 y, según el artículo 3 del Protocolo Facultativo, es inadmisibles *ratione materiae*.

6.7 En ausencia de otros obstáculos para la admisibilidad, el Comité considera que las restantes reclamaciones del autor están suficientemente fundamentadas a efectos de la admisibilidad y procede al examen del fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación tomando en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, conforme al párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 En lo que respecta a la reclamación del autor sobre la imposición de la pena de muerte y, en especial, la imposición de condena capital por un delito al que, de acuerdo con la ley del Estado parte promulgada con posterioridad a la supresión de la pena capital del Código Penal, correspondía taxativamente la pena capital sin que el tribunal sentenciador pudiera tomar en consideración las circunstancias concretas del delito y del acusado, el Comité observa que el autor ya no está condenado a la pena capital, pues su condena y, por tanto, la imposición de la pena de muerte, fue anulada por el Tribunal Supremo a fines de diciembre de 1999, después de que el autor pasara casi 15 meses de reclusión tras ser condenado a muerte. En estas circunstancias, el Comité considera apropiado examinar las demás cuestiones referentes a la pena capital en el contexto de las reclamaciones del autor al amparo del artículo 7 del Pacto, en lugar de abordarlas por separado en el marco del artículo 6.

7.3 En cuanto a la reclamación del autor basada en los artículos 7 y 10 acerca del trato y las condiciones de detención, tanto antes como después de la condena, el Comité observa que el Estado parte, en vez de responder a las alegaciones específicas formuladas, ha indicado que es preciso seguir investigando. Por consiguiente, en estas circunstancias el Comité está obligado a tener debidamente en cuenta las alegaciones del autor, que son detalladas y pormenorizadas, y considera que las condiciones de detención descritas, así como el comportamiento violento y abusivo tanto de algunos guardias penitenciarios como de otros internos, que al parecer era aceptado por las autoridades penitenciarias, constituyen graves violaciones del derecho del autor, como preso, a ser tratado con humanidad y respeto a la dignidad inherente a su persona, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 10. Como al menos algunos de los actos de violencia contra el autor fueron cometidos por los guardias de prisión, por instigación suya o con su consentimiento, también hubo una violación del artículo 7. Hay asimismo una violación específica del párrafo 2 del artículo 10, por no haber separado al autor, antes del juicio, de los presos ya condenados.

7.4 Por lo que toca a la reclamación relativa al sufrimiento psicológico y la angustia resultantes de la condena a la pena capital, el Comité observa que los problemas psicológicos del autor se vieron exacerbados por este trato en el curso y en las condiciones de su detención, con el correspondiente daño infligido a largo plazo suficientemente documentado. En vista de que estos factores agravantes constituyen otras tantas razones imperiosas que se agregan al mero hecho del tiempo pasado por el autor en reclusión condenado a muerte¹³, el Comité llega a la conclusión de que el sufrimiento del autor en situación de condenado a muerte constituye una violación añadida del artículo 7. Ninguna de estas violaciones fue reparada por la decisión del Tribunal Supremo de anular la condena a muerte del

¹² Caso N° 921/2000, dictamen aprobado el 2 de abril de 2002, párr. 8.

¹³ Caso N° 588/1994, *Johnson c. Jamaica*, dictamen aprobado el 22 de marzo de 1996; caso N° 606/1994, *Francis c. Jamaica*, dictamen aprobado el 25 de junio de 1995.

autor después de que este hubiera pasado casi 15 meses recluido bajo condena a la pena capital.

7.5 En cuanto a la reclamación del autor basada en el artículo 9, el Comité observa que el Estado parte no ha refutado las afirmaciones del autor en cuanto a los hechos. Por tanto, debe darse el debido peso a la información presentada por este. El Comité llega a la conclusión de que el autor no fue informado, en el momento de su detención, de los motivos de la misma ni fue informado prontamente de las acusaciones presentadas contra él; que el autor fue detenido sin mandamiento y, por tanto, en violación de la legislación interna; y que después de la detención no se le hizo comparecer prontamente ante un juez. Por consiguiente, hubo violación de los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 9 del Pacto.

8. El Comité de Derechos Humanos, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, opina que los hechos apreciados por el Comité ponen de manifiesto una violación por parte de Filipinas del artículo 7, de los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 9, y de los párrafos 1 y 2 del artículo 10 del Pacto.

9. A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor una reparación efectiva. Con respecto a las violaciones del artículo 9, el Estado parte debería indemnizar al autor. En cuanto a las violaciones de los artículos 7 y 10 durante la detención y, sobre todo, después de la condena a la pena capital, el Comité observa que la indemnización proporcionada por el Estado parte en virtud de su legislación

interna no se refería a estas violaciones y que la reparación debida al autor debería tener suficientemente en cuenta tanto la gravedad de las violaciones, como el daño causado al autor. En este contexto, el Comité recuerda que el Estado parte está obligado a llevar a cabo una investigación a fondo e imparcial de los hechos alegados durante la detención del autor, y a deducir las consecuencias penales y disciplinarias apropiadas para los responsables. En cuanto a la imposición de las tasas de inmigración y la denegación de un visado, el Comité opina que, a fin de subsanar las violaciones del Pacto, el Estado parte debería reembolsar al autor las cantidades que le reclamó. Toda indemnización en metálico pagadera al autor por el Estado parte debería ser abonada a aquél en el lugar que él mismo determine, sea dentro del territorio del Estado parte o sea en otro país. El Estado parte tiene también la obligación de evitar que se produzcan violaciones similares en el futuro.

10. Teniendo presente que, al adquirir la condición de Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoció la competencia del Comité para determinar si ha habido violación del Pacto y que, de conformidad con el artículo 2 de este, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto de poder interponer recurso efectivo y ejecutorio si se demuestra que se ha producido una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en el plazo de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para aplicar su dictamen. Se pide además al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 875/1999

Presentada por: Jan Filipovich (representado por abogado)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Lituania

Fecha de aprobación del dictamen: 4 de agosto de 2002

Asunto: Duración injustificada de las actuaciones penales previas a la condena (cuatro años y cuatro meses)

Cuestiones de procedimiento: Grado de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Dilación indebida – Condena dentro de los márgenes de la pena fijada en una ley anterior

Artículos del Pacto: 14, párrafos 1 y 3 c); y 15, párrafo 1

Artículo del Protocolo Facultativo: 2

Conclusión: Dictamen (violación del artículo 14, párrafo 3 c))

1. El autor de la comunicación, de fecha 25 de enero de 1997, es el Sr. Jan Filipovich, ciudadano lituano condenado por homicidio premeditado. Alega ser víctima de una violación por parte de Lituania del párrafo 1 y del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, y del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto. Lo representa un abogado. El Pacto y el Protocolo entraron en vigor para Lituania el 20 de febrero de 1992.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 3 de septiembre de 1991, el autor y el Sr. N. Zhuk tuvieron una pelea, como resultado de la cual el Sr. Zhuk quedó inconsciente y fue trasladado al hospital, donde no fue operado hasta el 5 de septiembre;

falleció ese mismo día. Según el autor, las causas de su muerte fueron un traumatismo producido en la cavidad abdominal y una peritonitis provocada por el retraso en su operación.

2.2 La instrucción se inició en septiembre de 1991. El autor fue condenado el 16 de enero de 1996 por el Tribunal de Distrito de Vilna por homicidio premeditado¹. El autor apeló la decisión ante ese mismo tribunal, que desestimó la apelación el 13 de marzo de 1996. El 2 de mayo de 1996, la Sala Penal de la Corte Suprema lituana rechazó el recurso de casación interpuesto por el autor. Posteriormente, el 1º de julio de 1996, tanto el Vicepresidente de la Corte Suprema como el Procurador General de Lituania se negaron a pedir la revisión de la causa.

La denuncia

3.1 El autor alega ser víctima de una violación del derecho a un juicio justo, previsto en el párrafo 1 del artículo 14, porque ni la instrucción ni la fase oral del juicio fueron imparciales, al no haberse concedido importancia al resultado de una investigación llevada a cabo por una comisión creada para determinar la razón del retraso en la operación quirúrgica y el error de diagnóstico. Suponiendo que la versión de los hechos resultante de la investigación fuese correcta, señala el autor, el único cargo posible habría sido de lesiones corporales graves y no de homicidio premeditado.

3.2 El autor alega una violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, porque, a pesar de que la investigación se inició en septiembre de 1991, no fue sentenciado hasta el 16 de enero de 1996 y la decisión final solo se adoptó el 2 de mayo de 1996, es decir, cuatro años y ocho meses después del inicio del proceso, lo que para el autor constituye una dilación indebida.

3.3 El autor alega que hubo una violación del párrafo 1 del artículo 15, porque la pena impuesta fue más grave que la que se debería haber impuesto en el momento en que se cometió el delito. Según el autor, en 1991 la pena fijada por el artículo 104 del Código Penal lituano para el homicidio premeditado era de 3 a 12 años de privación de libertad. Sin embargo, él fue condenado en virtud del nuevo artículo 104 del Código Penal, que prevé de 5 a 12 años de privación de libertad, y se le impuso una pena de 6 años. Asimismo, alega el autor que el tribunal nunca puntualizó ni en su sentencia ni en decisiones posteriores que él había sido condenado de acuerdo con la versión del artículo 104 del Código Penal vigente a partir del 10 de junio de 1993².

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

a) Presunta violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto

4.1 En relación con el párrafo 1 del artículo 14, el Estado parte recuerda la jurisprudencia del Comité y, en particular, el dictamen de 28 de septiembre de 1999 relativo a la comunicación N° 710/1996 (*Hankle c. Jamaica*) y el dictamen de 9 de abril de 1981 relativo a la comunicación N° 58/1979 (*Maroufidou c. Suecia*) en los que se establece que, por lo general, incumbe a los tribunales nacionales analizar los hechos y las pruebas en cada caso, a menos que se pueda determinar que la evaluación ha sido manifiestamente parcial, arbitraria o equivalente a una denegación de justicia.

4.2 El Estado parte argumenta que los tribunales lituanos, tanto el de primera instancia como el de apelación, así como la Corte Suprema, se refirieron de manera explícita a las conclusiones de la comisión de investigación. En particular, la Corte Suprema sostuvo que el Tribunal de Primera Instancia había investigado exhaustivamente todas las circunstancias materiales del caso y había evaluado adecuadamente las pruebas, según los requisitos establecidos en los artículos 18 y 76 del Código de Procedimiento Penal³. Asimismo, la Corte Suprema revisó la tipificación del hecho según la legislación nacional y determinó que el hecho había sido correctamente calificado de homicidio premeditado en el sentido del artículo 104 del Código Penal lituano.

4.3 En la causa no queda de manifiesto, pues, ninguna irregularidad que permita concluir que haya existido una evaluación inadecuada de las pruebas o una denegación de justicia durante el procesamiento del autor. En consecuencia, esta parte de la comunicación debe declararse inadmisibles en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo, por ser incompatible con las disposiciones del Pacto.

b) Presunta violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto

4.4 Según el Estado parte, el autor basó sus alegaciones únicamente en la duración del proceso sin dar ningún otro argumento para fundamentar su denuncia. La mera duración del proceso no puede conllevar una violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, ya que el Pacto enuncia explícitamente el derecho a ser

¹ Artículo 104 del Código Penal.

² El nuevo Código Penal entró en vigor en junio de 1993.

³ El artículo 18 del Código de Procedimiento Penal establece que el tribunal, el fiscal, el investigador y el interrogador tomarán todas las medidas previstas en la ley para investigar de manera detenida y exhaustiva todas las circunstancias del caso, y determinarán las circunstancias agravantes o atenuantes, e inculpatorias o exculpatorias. El artículo 76 del Código de Procedimiento Penal establece que el tribunal, el fiscal, el investigador y el interrogador evaluarán las pruebas según su propia convicción y basándose en un examen detenido y exhaustivo de todas las circunstancias del caso, de acuerdo con la ley y la ética judicial.

juzgado sin dilaciones indebidas. Asimismo, el autor, además de fundamentar su denuncia, debe no solo indicar la duración exacta del proceso, sino referirse también a los retrasos imputables al Estado parte y proporcionar pruebas concretas.

4.5 Adicionalmente, el Estado parte alega que los cálculos del autor con respecto a la duración del proceso no son correctos. En concreto, el período pertinente no se inició en septiembre de 1991 sino el 20 de febrero de 1992, fecha de entrada en vigor del Pacto y el Protocolo Facultativo para Lituania.

4.6 En vista de que el autor no ha proporcionado información sobre las dilaciones indebidas en el proceso penal, el Estado parte sostiene que el autor no ha fundamentado su demanda, por lo que esta parte de la comunicación debe declararse inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

c) Presunta violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto

4.7 El Estado parte cuestiona el argumento del autor de que la ausencia de referencia explícita a la versión pertinente del artículo 104 del Código Penal en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia supone una violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto. Recuerda que la legalidad de la sentencia fue revisada por la Corte Suprema de Lituania, que rechazó los argumentos del autor de que el Tribunal de Primera Instancia había impuesto una pena errónea, sobre la base de que la pena se había impuesto de conformidad con el artículo 39 del Código Penal⁴. Este artículo respeta el principio de que la ley que estipule penas más graves no puede tener carácter retroactivo. Por tanto, la Corte Suprema, al reconocer la legalidad de la pena impuesta de conformidad con el artículo 39, confirmó la conformidad de esta pena con el principio de irretroactividad que figura en el artículo 7 del Código Penal.

4.8 El Estado parte aclara que la Corte Suprema también se cercioró de que no existieran otras razones por las que la pena impuesta pudiera haberse considerado más grave que la que podría haberse impuesto legítimamente por este tipo de delito en las circunstancias específicas del caso. En el caso del autor, existió la circunstancia agravante de su estado de ebriedad y no hubo circunstancias atenuantes. El artículo 104 del Código Penal en vigor cuando el autor cometió el delito preveía una privación de libertad de 3 a 12 años. El autor fue condenado a una pena de seis años, que queda dentro de los márgenes fijados en dicho artículo.

4.9 En vista de que la Corte Suprema consideró que la pena impuesta al autor era conforme al artículo 39 del Código Penal lituano y recordando la jurisprudencia del

⁴ El artículo 39 del Código establece de manera explícita que el tribunal en cuestión deberá aplicar la pena dentro de los márgenes prescritos por el artículo, especificando la responsabilidad por el delito cometido. Asimismo, el tribunal deberá tomar en cuenta la naturaleza y gravedad del delito, así como las circunstancias agravantes o atenuantes.

Comité de que, por lo general, incumbe a los tribunales nacionales analizar los hechos y las pruebas en cada caso, el Estado parte sostiene que la pena aplicada se ajusta a la prohibición de imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, como se señala en el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En sus comentarios de 20 de agosto de 2000, el autor argumenta que durante todo el proceso sus derechos a defenderse y a ser oído por un tribunal fueron meramente formales, lo que se refleja claramente en la decisión del tribunal.

5.2 La condena del autor pronunciada el 16 de enero de 1996 por el Tribunal de Distrito de Vilna se basó en que el único motivo de la muerte del Sr. Zhuk habían sido los golpes en la cabeza y en el estómago que le había dado el autor. Según este, el tribunal adoptó estas conclusiones sin tener una prueba seria y sin haber examinado la prueba principal⁵, ya que en el informe forense se señalaba que la causa de la muerte del Sr. Zhuk había sido un traumatismo de estómago que había provocado una peritonitis. Asimismo, en dicho informe médico se establecía que el Sr. Zhuk había sido operado demasiado tarde, que las lesiones que le habían causado la muerte se habían diagnosticado solo 30 horas después de la llegada al hospital y que el médico, que sospechaba que podían existir lesiones en el estómago, no había tomado las medidas necesarias para dar un diagnóstico definitivo de modo que el Sr. Zhuk pudiera ser operado inmediatamente.

5.3 En lo que se refiere al apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, el autor coincide con el Estado parte en que la duración del juicio debe empezar a contarse desde la fecha de entrada en vigor del Pacto, es decir, el 20 de febrero de 1992, pero incluso en ese caso, el tiempo transcurrido sería excesivamente largo, ya que desde la fecha de entrada en vigor del Pacto hasta el 2 de mayo de 1996 transcurrieron cuatro años y dos meses.

5.4 Teniendo en cuenta que las pruebas fueron recogidas en las etapas iniciales de la investigación y que el informe médico forense se preparó el 6 de septiembre de 1991 y el 1º de diciembre de 1992, la única razón de un proceso tan largo fue el retraso injustificado de los investigadores en hacer comparecer al autor ante el tribunal.

5.5 Por último, el autor se refiere al párrafo 1 del artículo 15 del Pacto y reitera que debería haber sido juzgado de acuerdo con las leyes vigentes en el momento en que se cometió el delito, pues en realidad

⁵ Según el autor, un examen médico forense es obligatorio en los procesos penales en virtud del párrafo 1 del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, y constituye una de las principales pruebas (párrafo 2 del artículo 74 y párrafo 3 del artículo 85).

los hechos por los que fue juzgado no estaban tipificados como delito en la ley que regía cuando fueron cometidos. El Tribunal de Distrito de Vilna que conoció de la causa consideró que la calificación del delito se encuadraba dentro del artículo 104 del Código Penal (homicidio premeditado) sin tener en cuenta la existencia en ese momento del párrafo 2 del artículo 111 que se refería al delito de lesiones corporales graves con resultado de muerte. Asimismo, el autor sostiene que la pena aplicable a un delito de ese tipo era más grave que la que habría sido aplicable en el momento de la comisión del delito, y manifiesta su desacuerdo con la observación del Estado parte de que la Corte Suprema, en su decisión de 2 de mayo de 1996, confirmó que la pena se había aplicado de acuerdo con la ley en vigor en el momento de la comisión del delito.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, deberá decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional. También se ha cerciorado de que la víctima ha agotado los recursos de la jurisdicción interna a los efectos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. El Comité toma igualmente nota de que el Estado parte no ha cuestionado la admisibilidad de la comunicación a tenor de los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.3 En cuanto a las alegaciones del autor con respecto a la violación del párrafo 1 del artículo 14, el Comité recuerda que incumbe en general a los tribunales de los Estados partes, y no al Comité, evaluar los hechos en cada caso. El Comité toma nota de las alegaciones del Estado parte de que todas las pruebas fueron examinadas por la Corte Suprema. Además, la información de que dispone el Comité y los argumentos expuestos por el autor no revelan que la evaluación de los hechos por los tribunales haya sido manifiestamente arbitraria o equivalente a una denegación de justicia. En consecuencia, el Comité considera que la denuncia es inadmisibles por falta de fundamento con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.4 Con respecto a las alegaciones del autor relacionadas con el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, y el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto, el Comité considera que dichas alegaciones se han fundamentado suficientemente a los fines de la admisibilidad. En consecuencia, examinará esta parte de la comunicación en cuanto al fondo a la luz de la información proporci-

nada por las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 En cuanto a las alegaciones del autor de que el juicio tuvo una duración desmedida, ya que la investigación se inició en septiembre de 1991 y el Tribunal de Primera Instancia lo condenó el 1º de enero de 1996, el Comité toma nota de los argumentos del Estado parte de que la duración del proceso debería calcularse desde la entrada en vigor del Pacto y el Protocolo para Lituania, el 20 de febrero de 1992. Sin embargo, el Comité observa que, si bien la instrucción se inició con anterioridad a la entrada en vigor, las actuaciones continuaron hasta 1996. Asimismo, el Comité toma nota de que el Estado parte no ha explicado por qué transcurrieron cuatro años y cuatro meses desde el inicio de la instrucción hasta la condena en primera instancia. Considerando que la investigación concluyó, según la información con la que cuenta el Comité, tras el informe de la junta médica forense, y que la complejidad del caso no era tal como para justificar un retraso de cuatro años y cuatro meses, o de tres años y dos meses después de la emisión del informe médico forense, el Comité concluye que existió una violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14.

7.2 En lo que se refiere a las alegaciones del autor de que fue condenado a una pena más grave que la que se le debería haber impuesto en el momento en que se cometió el delito, el Comité toma nota de las alegaciones del autor de que en ninguna de las sentencias dictadas contra él se especificó qué versión del artículo 104 del Código Penal se había aplicado para imponerle seis años de pena privativa de libertad. Ahora bien, el Comité también observa que la pena de seis años impuesta al autor entra holgadamente en el margen fijado por la ley anterior (3 a 12 años) y que el Estado parte se ha referido a la existencia de determinadas circunstancias agravantes. En estas circunstancias y basándose en los antecedentes que se le han presentado, el Comité no puede concluir que la pena impuesta al autor no sea conforme a la ley que estaba en vigor en el momento en que se cometió el delito. En consecuencia no existió violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.

9. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a garantizar al autor de la comunicación un recurso efectivo, e incluso una indemnización. El Estado parte tiene asimismo la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas en el futuro.

10. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si se ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 de este, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos

en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en de un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide también al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 879/1999

Presentada por: George Howard (representado por el abogado, Peter Hutchins, de Hutchins, Soroka & Dionne)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Canadá

Fecha de aprobación del dictamen: 26 de julio de 2005

Asunto: Derecho de un grupo indígena a practicar su cultura tradicional y disfrutar de ella

Cuestiones de procedimiento: Falta de agotamiento de los recursos internos – Falta de autorización para actuar – Condición de "víctima"

Cuestiones de fondo: Derecho de los grupos indígenas a disfrutar de su propia cultura

Artículos del Pacto: 2, párrafo 27; y 27

Artículos del Protocolo Facultativo: 1; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Ausencia de violación

1. El autor de la comunicación, de fecha 9 de octubre de 1998, es el Sr. George Howard, nacido el 5 de junio de 1946 y miembro de la Primera Nación Hiawatha, reconocida por la ley del Estado parte como pueblo aborigen del Canadá. Afirma ser víctima de una violación por parte del Canadá de sus derechos en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 27 del Pacto. Está representado por un abogado. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Canadá el 19 de agosto de 1976.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 La comunidad del autor forma parte de las Primeras Naciones Mississaugas, que, al igual que otras, eran partes en los tratados concertados con la Corona, en particular un tratado (el "Tratado Williams de 1923") que se refería, entre otras cosas, a los derechos de caza y pesca de los indígenas. Dicho tratado preveía, a cambio de una compensación de 500.000 dólares, que las Primeras Naciones Mississaugas "cedan, liberen, entreguen y abandonen" sus intereses sobre las tierras específicamente descritas y además "todos los derechos, títulos, intereses, pretensiones, demandas y privilegios de dichos indios sobre todas las demás tierras situadas en la provincia de Ontario que hayan tenido, tengan actualmente o pretendan tener, con la excepción de las

reservas que Su Majestad el Rey ha separado para ellos"¹.

2.2 El 18 de enero de 1985, el autor pescó algunos peces en un río cercano a la reserva de su Primera Nación, pero fuera de esta. Fue condenado el pago de una multa en un juicio sumario en el Tribunal Provincial de Ontario por pesca ilegal en tiempo de veda. El Tribunal rechazó el argumento de la existencia de un derecho constitucional de pesca, basado en la protección que otorga el artículo 35 de la Ley constitucional de 1982, relativo a "los derechos aborígenes existentes y los derechos adquiridos por tratados de los pueblos aborígenes del Canadá". El Tribunal alegó que los antepasados del autor que pertenecían a las Primeras Naciones habían cedido los derechos de pesca en los Tratados de 1923 y que, a partir de entonces, dejaron de existir dichos derechos. El 9 de marzo de 1987, el Tribunal de Distrito de Ontario rechazó la apelación del autor.

2.3 El 13 de marzo de 1992, el Tribunal de Apelación de Ontario rechazó la apelación del autor contra la decisión del Tribunal de Distrito, alegando que el Tratado de 1923 había anulado los derechos de pesca que poseía anteriormente la Primera Nación del autor, y que los representantes de la Primera Nación conocían y comprendían el Tratado y sus condiciones. El 12 de mayo de 1994, el Tribunal Supremo rechazó la nueva apelación del autor afirmando que en "condiciones claras" las Primeras Naciones habían cedido todos los derechos especiales de pesca que aún tenían.

2.4 En 1990 el Tribunal Supremo del Canadá sostuvo en otro caso que "los derechos existentes" tal como se entienden en el artículo 35 de la Constitución

¹ En el párrafo 1 del preámbulo del tratado se establece que, considerando que la mencionada tribu mississauga ha reivindicado determinados derechos en las tierras de la provincia de Ontario descritas anteriormente, relativos a la pesca y a la caza, incluso mediante trampas, de los que Su Majestad, por conducto de sus comisionados mencionados, desea obtener la cesión [...].

se garantizaban cuando existían pruebas de la continuidad en el ejercicio de un derecho, incluso aunque fuese poco frecuente en algunos casos, a menos que se demostrara que la Corona tenía la intención clara y evidente de anular ese derecho². Más tarde, el Gobierno de Ontario se comprometió a negociar lo antes posible acuerdos con el pueblo indígena sobre la cuestión de la caza, incluso mediante trampas, la pesca y la recolección.

2.5 El 7 de marzo de 1995, el Gobierno de Ontario y las Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams firmaron los llamados "Acuerdos de conservación de los recursos comunitarios de caza y pesca", que permitían ejercer ciertos derechos de caza y pesca. En virtud de esos acuerdos, que eran renovables anualmente, se permitía a las Primeras Naciones la caza y la pesca fuera de la reserva para su sustento y con fines ceremoniales y espirituales, y el trueque en especie.

2.6 El 30 de agosto de 1995, el recién elegido Gobierno de Ontario ejerció su derecho a denunciar esos acuerdos, deseando "actuar de conformidad con" la decisión del Tribunal Supremo en el caso del autor.

2.7 En septiembre de 1995, las Primeras Naciones afectadas por la decisión de denunciar los acuerdos presentaron demandas de interdicto provisional y permanente contra el Gobierno de Ontario. El Tribunal de Ontario desestimó las peticiones afirmando que el Gobierno había ejercido correctamente el derecho que le otorgaban los acuerdos a denunciarlos con un aviso previo de 30 días. El autor sostiene que el Tribunal dejó "bien claro" que todo otro proceso se fallaría en contra de los demandantes y que, por consiguiente, era inútil iniciar otras acciones costosas.

2.8 El 16 de enero de 1997, el Tribunal Supremo rechazó una petición del autor de que se reabriera su caso. El autor mencionaba los cambios que se habían producido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, para que un intento claro de anular los derechos de pesca fuese válido tenía que ir acompañado de una renuncia al derecho de la propiedad de la tierra³, lo que justificaba un nuevo examen del caso.

La denuncia

3.1 En general, el autor denuncia que a él y a todos los demás miembros de su Primera Nación se les priva de la posibilidad de ejercer individual y colectivamente sus derechos aborígenes a la pesca, lo que amenaza su supervivencia cultural, espiritual y social. Sostiene que la caza, incluso mediante trampas, la pesca y la recolección son elementos esenciales de su cultura y que la denegación del derecho a practicarlas pone en peligro la transmisión de la cultura a otras personas y a las generaciones futuras.

3.2 El autor considera, en particular, que el fallo del Tribunal Supremo en su caso es incompatible con el

artículo 27 del Pacto. Refiriéndose a la Observación general N° 23 del Comité, afirma que el Gobierno federal del Canadá ha incumplido su deber de adoptar medidas positivas de protección al no intervenir a su favor en los procesos judiciales. En ellos no se hizo mención de las disposiciones del Pacto o de otras normas internacionales aplicables, ni se las tuvo en cuenta. Además, ese fallo ha supuesto la denegación del disfrute de elementos esenciales de la cultura, el bienestar espiritual, la salud, la supervivencia y el desarrollo social, y la educación de los niños. El autor dice que los Tratados Williams son los únicos tratados que no protegen los derechos de los indígenas a la caza y a la pesca, sino que más bien tienen el objetivo expreso de anularlos, y que el fallo del Tribunal Supremo en este caso es una anomalía en su jurisprudencia. Refiriéndose a la decisión del Comité en el caso *Kitok c. Suecia*⁴, el autor sostiene que, lejos de ser necesarias "para la visibilidad y el bienestar de la minoría en su conjunto", esas restricciones ponen en peligro la propia supervivencia cultural y espiritual de la minoría.

3.3 El autor sostiene que la denuncia unilateral de los Acuerdos de conservación de los recursos comunitarios de caza y pesca viola el artículo 27 del Pacto. Afirma que dicho artículo impone "una obligación de restablecer a un nivel adecuado los derechos fundamentales de los que depende la supervivencia cultural y espiritual de las Primeras Naciones para garantizar su supervivencia y el desarrollo de su cultura mediante la supervivencia y el desarrollo de los derechos de cada uno de sus miembros". Aunque esos acuerdos proporcionaban cierto alivio, su carácter contractual y la facilidad que otorgaban para denunciarlos unilateralmente no ofrecían medidas adecuadas de protección al autor ni a la precaria cultura de la minoría a la que pertenece.

3.4 El autor denuncia también la violación del artículo 27 y del párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, puesto que los gobiernos federal y provincial solo están dispuestos a considerar la posibilidad de ofrecer compensaciones monetarias por la pérdida de los derechos aborígenes en lugar de restablecer esos derechos. El pago de dinero no es una de las medidas positivas de protección que se consideran prescritas en virtud del párrafo 2 del artículo 2.

3.5 El autor agrega que su denuncia, tal como se ha descrito anteriormente, debe interpretarse a la luz del párrafo 2 del artículo 1 del Pacto, ya que la condición de "pueblos" de las Primeras Naciones está reconocida en el plano nacional. Sostiene que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del Pacto, el Estado parte no puede sostener que las Primeras Naciones no tienen esa condición en el derecho internacional, ya que la legislación interna se la ha concedido.

3.6 Habida cuenta de lo que antecede, el autor pide al Comité que inste al Estado parte a que emplee medios efectivos para que se apliquen las medidas apropiadas a fin de que, mediante la elaboración de un nuevo tratado,

² *R. c. Sparrow* [1990] 1 SCR 1075 (SCC).

³ *R. c. Adams* [1996] 3 SCR 101 (SCC).

⁴ Caso N° 197/1985, dictamen aprobado el 27 de julio de 1988.

se reconozca y garantice el ejercicio de sus derechos de caza, incluso mediante trampas, pesca y recolección.

3.7 El autor afirma que el mismo asunto no ha sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

Exposición del autor por videocinta

4. En su comunicación inicial de 9 de octubre de 1998 el autor, refiriéndose a la tradición oral de las Primeras Naciones Mississaugas, pidió al Comité que, además de los escritos presentados por las partes, tuviera en cuenta las pruebas orales reproducidas en una videocinta que contenía una entrevista en la que el autor y otros dos miembros de las Primeras Naciones Mississauga se referían a la importancia de la pesca para su identidad, cultura y forma de vida. El 12 de enero de 2000 el Comité, por conducto del Relator Especial para nuevas comunicaciones, decidió no aceptar como prueba la videocinta, remitiéndose a la disposición del Protocolo Facultativo según la cual únicamente se tiene en cuenta la información facilitada por escrito (párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo). En una carta fechada el 7 de febrero de 2000, el autor proporcionó al Comité una transcripción del testimonio en cuestión grabado en videocinta. El Comité expresa su agradecimiento por la voluntad demostrada por el autor de ayudar al Comité presentando la transcripción.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y comentarios del autor

5.1 En su exposición de 28 de julio de 2000, el Estado parte sostiene que la comunicación es inadmisibles porque no se han agotado los recursos internos, y señala que las leyes actuales regulan, pero no prohíben, las actividades de caza y pesca. Los reglamentos, que tratan de los requisitos para la concesión de licencias, de los límites fijados para las capturas y la caza, y de las restricciones estacionales, están destinados a promover los objetivos de conservación, seguridad y prácticas de caza éticas. El autor, como cualquier otra persona, puede practicar sus actividades tradicionales dentro de esos límites.

5.2 El Estado parte señala que las Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams tienen pendiente actualmente una demanda ante el Tribunal Federal en la que se alega un incumplimiento de la obligación fiduciaria por parte del Gobierno federal y del Gobierno de Ontario. Entre otras cosas, solicitan una solución jurídica que restablezca sus derechos de caza y pesca fuera de las reservas. Las partes han suspendido de común acuerdo esta acción mientras prosiguen las negociaciones.

5.3 El Estado parte observa, además, que las Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams no aprovecharon la posibilidad de impugnar la denuncia de los Acuerdos de conservación de los recursos comunitarios de caza y pesca. Si bien la demanda inicial fue desestimada por vicio de procedi-

miento, el Tribunal indicó claramente que podían haber presentado una nueva demanda, pero no lo hicieron. El Estado parte señala que, aunque el autor sostiene que "no habría tenido sentido" hacerlo, el Comité ha mantenido siempre el criterio de que dudar de la eficacia de los recursos no es razón suficiente para no agotarlos.

5.4 En tercer lugar, el Estado parte observa que, para resolver el conflicto en las negociaciones con el Gobierno federal, las Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams habrían tenido la posibilidad de solicitar la asistencia de la Comisión de Reclamaciones Indias, que es un órgano consultivo independiente. Esta posibilidad no se aprovechó.

6.1 En su exposición de 21 de diciembre de 2000, el autor rechaza las observaciones del Estado parte diciendo que se han agotado los recursos internos, ya que el fallo vinculante del Tribunal Supremo en su causa confirmó la anulación de sus derechos aborígenes.

6.2 El autor sostiene que el proceso entablado actualmente ante el Tribunal Federal plantea diversas cuestiones y no puede garantizarle la solución que reclama, ya que versa sobre el incumplimiento de la obligación fiduciaria y no sobre el restablecimiento de los derechos aborígenes de caza y pesca, y (en su forma actual) se propone obtener una declaración pertinente que prevea "una reparación en cumplimiento de la obligación de la Corona de establecer reservas, o bien el pago de la correspondiente indemnización sustitutoria". De cualquier modo, el Tribunal Federal está obligado a seguir el fallo del Tribunal Supremo en la medida en que sostiene que los Tratados Williams anularon los derechos aborígenes en cuestión. El autor observa que, aunque el proceso en el Tribunal Federal puede servir para que su comunidad adquiera más tierras y reciba una compensación justa por la cesión de 1923, no restablecerá los derechos de caza y pesca, ya que el fallo del Tribunal Supremo sostiene que esos derechos se extinguieron en aquella ocasión.

6.3 En cuanto al procedimiento incoado para impugnar la denuncia de los Acuerdos de conservación de los recursos comunitarios de caza y pesca, el autor afirma que el resultado de las actuaciones ulteriores es "claramente predecible". El juez declaró que, vistos los hechos del caso, no hay razón alguna para conceder una reparación declarativa o suspensiva. El autor se refiere a la jurisprudencia del Comité⁵ y señala que, en su caso, el Tribunal Supremo ya había resuelto sustancialmente la misma cuestión y que, por consiguiente, no había necesidad de recurrir a un nuevo pleito. Además, el Tribunal Supremo había rechazado su solicitud de revisión del fallo, el cual, por consiguiente, sigue siendo vinculante para las instancias inferiores.

6.4 Con respecto a la propuesta del Estado parte de que prosigan las negociaciones, el autor arguye que estas no son "recursos" en el sentido del Protocolo Facultativo, y que en ningún momento el Estado parte

⁵ *Lovelace c. el Canadá*, caso N° 24/1977, dictamen aprobado el 19 de septiembre de 1979.

ha dado a entender que se restablecerían efectivamente los derechos de caza y pesca. El 16 de mayo de 2000, se informó a las Primeras Naciones de que las negociaciones no se reanudarían sin la presencia del Gobierno de Ontario en calidad de parte. Además, la Comisión de Reclamaciones Indias es un órgano asesor cuyas recomendaciones no son vinculantes para el Gobierno federal. Por otro lado, la Comisión solo puede facilitar la solución de determinados tipos de conflicto, y el Gobierno federal ya ha decidido que la cuestión del restablecimiento de los derechos de caza y pesca no es uno de ellos.

Exposiciones ulteriores de las partes

7.1 En su exposición de 12 de julio de 2001, el Estado parte respondió a los comentarios del autor diciendo que, aunque este afirma que no actúa como representante de las Primeras Naciones firmantes de los Tratados Williams, sino por cuenta propia, lo hace claramente en nombre de ellas⁶ y solicita una reparación colectiva.

7.2 En lo referente al proceso en el Tribunal Federal, el Estado parte arguye que es muy significativo que las Primeras Naciones soliciten una reparación por incumplimiento de la obligación fiduciaria dimanante de la cesión de sus derechos aborígenes, en particular de los derechos de caza y pesca. Aunque actualmente solicitan una indemnización, anteriormente reclamaban una solución consistente en el restablecimiento de los derechos y, por propia iniciativa, modificaron sus pretensiones para omitir ese aspecto. El Estado parte señala que estaría dispuesto a buscar una solución consistente en restablecer los derechos de caza y pesca en la jurisdicción provincial apropiada. Efectivamente, las Primeras Naciones han entablado una acción ante el Tribunal Superior de Justicia de Ontario.

7.3 El Estado parte señala que el fallo del Tribunal Supremo en el caso del autor se limitó esencialmente a la cuestión práctica de si tenía derecho a pescar en la zona en la que se le sorprendió pescando, lo cual dio lugar a la acusación. En el fallo no se abordaron cuestiones relativas al incumplimiento de obligaciones fiduciarias ni las soluciones disponibles en caso de incumplimiento; por consiguiente, esas cuestiones siguen sin resolverse en los tribunales.

7.4 El 5 de septiembre de 2001, el autor volvió a responder sosteniendo que cumple todas las condiciones de admisibilidad: en particular, es víctima a los efectos del artículo 1 del Protocolo Facultativo, ya que el fallo del Tribunal Supremo le ha negado la posibilidad de practicar la pesca como miembro de una "minoría" en el sentido del artículo 27 del Pacto. Refiriéndose a casos anteriores sobre los que se ha pronunciado el Comité⁷,

⁶ El Estado parte facilita documentación consistente en una solicitud de financiación para la labor de identificación en relación con la "Petición a las Naciones Unidas" como parte de un plan de trabajo de las Primeras Naciones.

⁷ *Davidson c. el Canadá*, caso N° 359/1989, dictamen aprobado el 31 de marzo de 1993, y *Länsman c. Finlandia*,

afirma que no viene al caso que la reparación que solicita en virtud del Protocolo Facultativo pueda beneficiar a otras personas de su comunidad: él denuncia violaciones concretas de sus derechos en virtud del Pacto. Por último, ha agotado todos los recursos *jurídicos* de que dispone. Sostiene que sería injusto privarlo de su derecho a presentar al Comité una petición individual basada en el Pacto por el mero hecho de que la Primera Nación a la que pertenece, junto con otras Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams, esté solicitando otras reparaciones ante los tribunales canadienses con arreglo a la legislación nacional.

7.5 El autor afirma que, teniendo presente la actual legislación canadiense, los tribunales no pueden restablecer los derechos aborígenes anulados⁸. Todos los tribunales, incluido el Tribunal Supremo del Canadá, están obligados solamente por el reconocimiento constitucional de 1982 de los derechos aborígenes "existentes". Sostiene que carece de importancia que el Tribunal Supremo no abordara en su caso la cuestión del incumplimiento de la obligación fiduciaria; aunque lo hubiera hecho, el resultado habría sido el mismo. De igual forma, en lo referente a una actuación ulterior relativa a la denuncia de los Acuerdos de conservación de los recursos comunitarios de caza y pesca, los tribunales estarían vinculados por el fallo del Tribunal Supremo, según el cual no existe ningún derecho aborígen en el caso del autor.

7.6 El 15 de enero de 2003, el Estado parte presentó otras exposiciones en las que ponía en duda que la legislación actual hiciera imposible el restablecimiento de los derechos anulados. Al referirse al fallo del Tribunal Supremo citado a este respecto, señala que el Tribunal *no* se pronunció sobre cuáles serían, en su caso, las obligaciones fiduciarias de la Corona frente a la Primera Nación en el proceso de cesión/anulación de los derechos de la esta, ni sobre si había habido un incumplimiento de alguna obligación, como tampoco sobre cuáles eran, de ser así, los recursos disponibles. Pero estas son precisamente las cuestiones que se plantean, tanto en los procesos pendientes en el Tribunal Federal entablados por las Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams como en las acciones incoadas ante el Tribunal Superior de Justicia de Ontario.

7.7 El Estado parte afirma, además, que el Gobierno federal no se ha negado a negociar con las Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams los derechos de caza, incluida la caza con trampas, pesca y recolección. El Gobierno federal considera sin embargo que el restablecimiento de esos derechos exigiría la participación del Gobierno del Estado de Ontario, ya que solo Ontario posee jurisdicción constitucional sobre las tierras de la Corona en la provincia y sobre el derecho a la caza, la pesca y la recolección en ellas. El Gobierno de Ontario está examinando las reivindicacio-

caso N° 671/1995, dictamen aprobado el 30 de octubre de 1996.

⁸ El autor se refiere a *Ontario (Fiscal General) c. Bear Island Foundation* [1991] 2 SCR 570 (SCC).

nes de las Primeras Naciones y todavía no se ha pronunciado sobre si procede aceptar la petición de negociar.

Decisión del Comité sobre la admisibilidad

8.1 En su 77º período de sesiones, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación.

8.2 En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

8.3 En cuanto al argumento del Estado parte de que el autor actúa en nombre de terceros, el Comité observó que el autor afirmaba que, a causa del fallo del Tribunal Supremo en el que se confirma la sentencia condenatoria por pesca ilegal, era personalmente víctima, en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo, de una violación de los derechos que le otorga el Pacto. En cuanto a la posición de los terceros, el Comité recordó su jurisprudencia, según la cual nada impide en principio que un grupo de personas que se declaran igualmente afectadas presenten colectivamente una comunicación sobre la presunta violación de sus derechos⁹. Ahora bien, en la medida en que podría considerarse en este caso que la comunicación se ha presentado en nombre de otras personas o grupo de personas, el Comité observó que el autor no había presentado la autorización de esas personas ni otro argumento que probara que podía representar a otras personas ante el Comité sin su autorización. Por consiguiente, el Comité consideró que la comunicación era inadmisibles con arreglo al artículo 1 del Protocolo Facultativo, en la medida en que podría entenderse que había sido presentada en nombre de otras personas y no del propio autor.

8.4 En lo referente a los argumentos del Estado parte de que las negociaciones en curso podrían ser un recurso efectivo, el Comité hizo referencia a su jurisprudencia según la cual los recursos que deben agotarse a los efectos del Protocolo Facultativo son principalmente los recursos judiciales. En general, no puede considerarse que las negociaciones entabladas sobre la base, entre otras cosas, de consideraciones extrajudiciales, como factores de carácter político, sean de naturaleza análoga a esos recursos. Aun cuando esas negociaciones se consideraran un recurso adicional efectivo que debiera agotarse en determinadas circunstancias¹⁰, el Comité recordó, en relación con el artículo 50 del Pacto, que el Estado parte es responsable, a los efectos del Pacto, de los actos de las autoridades tanto provinciales como federales. Dado que hasta la fecha las autoridades provinciales no han decidido si aceptan la petición de las Primeras Naciones de que se abran negociaciones, el Comité consideraría en cualquier caso que este recurso

se ha prolongado injustificadamente. Por consiguiente, teniendo en cuenta el estado de las negociaciones, el Comité no estimó por ningún concepto que, en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, quedara excluida su competencia para examinar la comunicación.

8.5 Lo mismo se aplica al argumento de que existen demandas pendientes ante el Tribunal Federal y el Tribunal Superior de Justicia de Ontario. Aparte de que esas demandas han sido interpuestas por las Primeras Naciones y no por el autor, y de que su resultado no habría influido en absoluto en la sentencia dictada contra el autor en 1985 por pesca ilegal, el Comité consideró que, en la medida en que el autor pudiera beneficiarse individualmente de ese recurso, su tramitación se había prolongado injustificadamente por lo que a él respecta. Así pues, el Comité estaba convencido de que el autor, al llevar su caso ante el Tribunal Supremo, agotó los recursos internos respecto de los derechos aborígenes de pesca que reclama y que son parte integrante de su cultura.

8.6 Por lo tanto, el 1º de abril de 2003 el Comité decidió que la comunicación era admisible en la medida en que el autor estaba privado, bajo sanción penal, de la posibilidad de ejercer individualmente y junto con otros miembros de su comunidad aborígen sus derechos de pesca aborígenes que son parte integrante de su cultura.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

9.1 En exposición de fecha 23 de marzo de 2004, el Estado parte presenta sus comentarios sobre el fondo de la comunicación. Refuta las alegaciones del autor de que, en su caso, se han violado el párrafo 2 del artículo 2 y el artículo 27 del Pacto y dice que el autor puede disfrutar, individualmente y junto con otros miembros de la Primera Nación Hiawatha, de los elementos de su cultura relacionados con la pesca.

9.2 El Estado parte recuerda que en el Tratado Williams de 1923 la Primera Nación a la que pertenece el autor acordó ceder sus derechos aborígenes de pesca, a excepción de un derecho previsto en el Tratado a pescar en las reservas establecidas para ellos. El Tribunal de Ontario ha determinado que el derecho de pesca previsto en el Tratado abarca las aguas adyacentes a las reservas, y el Gobierno ha interpretado que esa extensión es de 100 yardas medidas desde las orillas en que termina la reserva. En esas aguas, los miembros de la Primera Nación Hiawatha no están sujetos a las restricciones de pesca habituales de Ontario, como las temporadas de veda y los límites de capturas, y tienen derecho a pescar durante todo el año con fines alimentarios, ceremoniales y sociales. En este contexto, el Estado parte señala que ni el autor ni la Primera Nación Hiawatha dependen de la pesca para su subsistencia. Se dice que la principal fuente de ingresos de los miembros de la Primera Nación Hiawatha (de los que 184 viven en la reserva y 232 fuera de ella) es el turismo y que la pesca deportiva es una importante atracción turística de la región. Se considera que la pesca del lago Rice, a

⁹ Véase *Ominayak y otros c. el Canadá*, caso Nº 167/1984, dictamen aprobado el 26 de marzo de 1990, párr. 32.1.

¹⁰ Véase *Jonassen y otros c. Noruega*, caso Nº 942/2000, decisión aprobada el 25 de octubre de 2002.

cuyas orillas vive la Primera Nación Hiawatha, es una de las más abundantes de la región.

9.3 El Estado parte también afirma que, además, el autor puede obtener una licencia de pesca deportiva que le permita pescar de mayo a noviembre en los lagos y ríos de la región de los lagos Kawartha, situada en los alrededores de la reserva de la Primera Nación Hiawatha. Las pocas restricciones impuestas a la pesca se centran en determinadas especies y su finalidad es garantizar que se tenga debidamente en cuenta la vulnerabilidad particular de cada especie y que todas las personas que explotan ese recurso, incluidos el autor y otros miembros de la Primera Nación Hiawatha, resulten beneficiadas. Las restricciones se refieren al tipo de especies que se pueden pescar, la época en que se puede pescar cada especie y la cantidad que se puede pescar¹¹. En las aguas que bordean la reserva Hiawatha la pesca está vedada del 16 de noviembre hasta finales de abril con fines de conservación, pero el autor puede pescar la mayoría de las especies de enero a marzo y de mayo a diciembre en otros lagos y ríos más lejanos.

9.4 Por lo tanto, el Estado parte aduce que, dado que el autor puede pescar durante todo el año, compartir las capturas con su familia y enseñar a pescar a sus hijos y nietos, no se le ha negado su derecho a disfrutar de los derechos de pesca pertenecientes a su cultura. Asimismo, dice que la afirmación del autor de que en la temporada en que se le permite pescar no hay pesca suficiente no concuerda con el hecho de que puede pescar en el río Otanabee, colindante con la reserva de la Primera Nación Hiawatha y a poca distancia corriente abajo del lugar en que estaba pescando el 18 de enero de 1985, ni concuerda tampoco con estudios de poblaciones de peces y con las declaraciones públicas efectuadas por la Primera Nación Hiawatha para atraer el turismo. El autor también puede pescar legalmente en la temporada de invierno, cuando la pesca está vedada en las aguas próximas a la reserva Hiawatha.

9.5 Por lo que respecta al argumento del autor de que la decisión del Tribunal Supremo en su caso es incompatible con las obligaciones del Estado parte en virtud del artículo 27 del Pacto, el Estado parte recuerda las cuestiones y los argumentos presentados a los tribunales y las decisiones de estos. El autor fue acusado de pescar ilegalmente durante un período de veda porque había capturado algunos lucios en el río Otanabee, cerca, pero fuera, de la reserva de la Primera Nación Hiawatha. En el juicio celebrado en el Tribunal Provincial de Ontario, el autor se declaró inocente y alegó que, en tanto que miembro de la Primera Nación Hiawatha, tenía derecho a pescar, que ese derecho no fue anulado por el Tratado Williams de 1923 y que éste no debería ser abolido por el Reglamento de Pesca. El juez, al que se le proporcionaron cientos de páginas de pruebas documentales, llegó

¹¹ El Estado parte señala que, con una licencia de pesca deportiva de residente, el autor puede pescar y quedarse diariamente 6 abadejos, 6 percas de negra, 6 lucios, 5 truchas o salmones, 1 masquinongy, 25 coregonos blancos y un número ilimitado de percas canadienses, crapet, carpas y bagres.

a la conclusión de que las tierras en las que supuestamente se cometió el delito fueron de hecho cedidas por el Tratado de 1923, y que esa cesión incluía cualquier derecho especial en relación con la pesca. En relación con el recurso interpuesto ante el Tribunal de Distrito de Ontario, el juez dictaminó que no podía llegar a la conclusión de que se engañara a los indios en la época del Tratado de 1923, y que el artículo 35 de la Constitución de 1982, que reconoció y confirmó la existencia de los derechos aborígenes derivados de los tratados que asisten a los pueblos aborígenes del Canadá, no creó nuevos derechos ni restableció los que se habían cedido. La cuestión fundamental que se examinó en el Tribunal de Apelación de Ontario fue determinar si en el Tratado Williams de 1923 se habían cedido los derechos de los miembros de la Primera Nación Hiawatha a pescar en el río Otanabee. El autor mantuvo que el Tratado no debería interpretarse en el sentido de que anulaba los derechos, porque, si no, habría que pensar que la Banda del lago Rice (como se llamaba en la época a la Primera Nación Hiawatha) no tenía suficiente conocimiento y comprensión de los términos del Tratado para obligarse por él. El Tribunal determinó que el texto del Tratado de 1923 mostraba claramente y sin ambigüedad que la Banda cedía sus derechos de pesca en Ontario cuando firmó ese Tratado, y concluyó que la Corona había cumplido su responsabilidad de determinar si los representantes de la Banda conocían y comprendían el Tratado y sus condiciones. En el recurso al Tribunal Supremo, la cuestión fundamental que se examinó fue la de determinar si los firmantes del Tratado Williams de 1923 habían cedido sus derechos de pesca derivados de los tratados. Tras examinar detenidamente la evaluación de las pruebas por instancias inferiores, el Tribunal Supremo refrendó sus conclusiones y determinó que el contexto histórico no proporcionaba ninguna base para llegar a la conclusión de que los términos del Tratado de 1923 fueran ambiguos o no hubieran sido entendidos por los firmantes hiawathas. En este contexto, el Tribunal señaló que los hiawathas que firmaron el tratado eran empresarios, y uno de ellos funcionario público, y que todos ellos eran personas instruidas y participaban activamente en la economía y la sociedad de su provincia.

9.6 El Estado parte aduce que el intento del autor de cuestionar las conclusiones de hecho de los tribunales contradice el principio del Comité de que corresponde a los tribunales de los Estados partes, y no al Comité, evaluar los hechos y las pruebas de un caso concreto. El Estado parte se refiere también a la afirmación del autor de que la decisión del Tribunal Supremo en su caso cambió radicalmente la idea que los miembros de la Primera Nación Hiawatha tenían desde hace mucho tiempo de que después de 1923 mantenían su derecho aborigen a pescar y que no estaban sujetos al Reglamento de Pesca de Ontario. Según el Estado parte, durante las audiencias del tribunal no se aportó ninguna prueba que justificara esa afirmación sino que, de hecho, las pruebas presentadas indicaban lo contrario.

9.7 Por último, el Estado parte sostiene que el artículo 27 debe permitir que una minoría decida

acordar una limitación de sus derechos a mantener sus medios de subsistencia tradicionales en un territorio determinado a cambio de otros derechos y beneficios. Eso fue lo que hizo la Primera Nación Hiawatha en 1923 y, a juicio del Estado parte, el artículo 27 no permite 80 años más tarde que el autor anule esa decisión de su comunidad. Asimismo, señala que durante los procedimientos judiciales el autor no expuso ningún argumento relativo a las obligaciones internacionales del Canadá, en particular las dimanantes del artículo 27 del Pacto.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

10.1 El 30 de agosto de 2004, el autor presenta sus comentarios sobre las observaciones del Estado parte y reitera que los Tratados Williams son los únicos tratados del Canadá que no protegen los derechos aborígenes a la caza, incluso mediante trampas, la pesca y la recolección, sino que más bien se considera que han anulado expresamente esos derechos. Por consiguiente, el autor alega que no disfruta de la misma situación especial jurídica y constitucional que los miembros de los otros pueblos aborígenes del Canadá que gozan de derechos aborígenes o adquiridos por tratados. El autor considera que la compensación económica por la cesión de esos derechos no sustituye a las medidas necesarias de protección de la cultura de las minorías en el sentido del artículo 27 del Pacto.

10.2 El autor mantiene que, en tanto que miembro de un grupo minoritario, tiene derecho a la protección de las actividades económicas que constituyan un elemento esencial de su cultura¹². El ejercicio de los derechos culturales por miembros de comunidades indígenas está estrechamente relacionado con el territorio y la utilización de sus recursos¹³. El autor señala que el Estado parte no niega que la pesca sea un elemento fundamental de la cultura de la minoría a la que pertenece, sino que se centra en su afirmación de que el autor puede ejercer ese derecho de pesca. Sin embargo, el autor afirma que el Estado parte no determina si el derecho cultural de pesca que él puede ejercer es un derecho distinto que se suma a cualquier privilegio legal de pesca del que puedan disfrutar todas las personas, indígenas y no indígenas, mediante el pago de una licencia al Gobierno.

10.3 El autor cuestiona también que el Estado parte se centre únicamente en la pesca y dice que esa interpretación se basa en una lectura excesivamente limitada de la decisión del Comité sobre la admisibilidad. Según el autor, su comunicación incluye también sus derechos a la caza, incluso mediante trampas, y a la recolección, dado que esos derechos también son partes integrantes de su cultura, cuyo ejercicio le es denegado.

¹² *Kitok c. Suecia*, comunicación N° 197/1985, dictamen aprobado el 27 de julio de 1998, CCPR/C/33/D/197/1985.

¹³ Véase la Observación general N° 23 del Comité de Derechos Humanos. Derecho de las minorías a disfrutar, profesar y practicar su propia cultura, 1994.

10.4 El autor subraya que la base de su comunicación es la importancia cultural y social del derecho a la pesca, la caza, incluso mediante trampas, y la recolección, y no su aspecto económico. El hecho de que los miembros de la Primera Nación Hiawatha participen en la economía general del Canadá no puede ni debe reducir la importancia de sus tradiciones culturales y sociales y sus formas de vida.

10.5 Refiriéndose al tamaño de la reserva de la Primera Nación Hiawatha (790,4 ha) y a la reserva que comparte con otras dos Primeras Naciones (varias islas), el autor dice que no es razonable afirmar que puede ejercer de manera significativa junto con los miembros de su comunidad sus derechos inherentes a la pesca y la caza en los límites de las reservas y en las aguas adyacentes. Esos derechos carecen de sentido si no hay tierra suficiente donde ejercerlos. En este contexto, el autor reitera que, excepto las Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams, todas las otras Primeras Naciones del Canadá que han concluido tratados con la Corona han visto reconocidos sus derechos de caza, pesca y recolección en todos sus territorios tradicionales, mucho más allá de los límites de sus reservas.

10.6 Por lo que se refiere al argumento del Estado parte de que el autor puede pescar mediante una licencia de pesca deportiva, este dice que en su caso la pesca *no* es un deporte. A su juicio, la reglamentación en materia de pesca deportiva está concebida para fomentar ese tipo de pesca e indica claramente que toda actividad pesquera se practica como un privilegio y no como un derecho. La norma general es la prohibición de esas actividades, excepto en los casos previstos en la reglamentación y con sujeción a un régimen de licencias. La reglamentación establece excepciones a la norma general para los titulares de licencias emitidas de conformidad con el reglamento relativo a las licencias de pesca comunal aborígen, pero el autor afirma que se le ha denegado este beneficio a raíz de la decisión del Tribunal de que el Tratado Williams había anulado sus derechos aborígenes.

10.7 El autor observa que, al equiparar sus actividades pesqueras con las de quienes practican la pesca deportiva, el Estado parte considera que su acceso a la pesca es un privilegio y no un derecho. Por lo tanto, no se concede prioridad a sus actividades pesqueras respecto de las de esos otros pescadores y esas actividades pueden ser unilateralmente restringidas por el Estado sin ninguna obligación de consultar al autor o a los dirigentes de su Primera Nación. Según el autor, ese trato es contrario al que se concede a otros aborígenes del Canadá, en cuyo caso la Ley constitucional de 1982 prevé que los derechos aborígenes y los derechos adquiridos por tratados tienen prioridad sobre todos los otros usos que no obedezcan a fines de conservación.

10.8 El autor sostiene que el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas positivas para proteger sus derechos de pesca y caza, y que permitirle pescar en el marco de la reglamentación de pesca deportiva no es una medida positiva de protección, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Pacto.

10.9 El autor alega, además, que se le prohíbe pescar en el territorio tradicional de la Primera Nación Hiawatha desde el 16 de noviembre hasta finales de abril de cada año. A su juicio, el argumento del Estado parte de que puede pescar en lagos y ríos más alejados de la reserva Hiawatha no tiene en cuenta el concepto de territorio aborígen, ya que esos lagos no se encuentran en el territorio tradicional de la Primera Nación Hiawatha. Alega también que la reglamentación concede prioridad a la pesca con caña y restringe los métodos tradicionales de pesca (red de agallas, arpones, trampas con peces como cebo, red de playa, cedazos, etc.). La consecuencia es que muchas de las especies que tradicionalmente capturan los mississaugas no pueden ser pescadas con redes y trampas tradicionales. El autor también señala que no puede practicar la pesca en el hielo en las zonas de pesca tradicionales de su Primera Nación. Hace referencia a una sentencia del Tribunal Supremo (*R. c. Sparrow*, 1990) en la que el tribunal dictaminó que prohibir a los pueblos aborígenes el ejercicio de sus derechos aborígenes con métodos tradicionales constituye una violación de esos derechos, ya que es imposible distinguir claramente entre el derecho a pescar y el método de pesca. Por último, el autor sostiene que el límite de capturas impuesto por el Reglamento de Pesca le obliga de hecho a pescar únicamente para su consumo personal.

10.10 Por las razones citadas, el autor sostiene que se han violado los derechos que le asisten en virtud del artículo 27 y del párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, y pide al Comité que inste al Estado parte a adoptar medidas efectivas para aplicar las disposiciones necesarias a fin de reconocer y garantizar mediante un tratado el ejercicio de los derechos constitucionalmente protegidos a la caza, incluso con trampas, la pesca y la recolección.

*Exposiciones ulteriores de las partes*¹⁴

11.1 En su exposición de 15 de diciembre de 2004, el Estado parte se refiere a la afirmación del autor según la cual la decisión del Comité sobre la admisibilidad abarca los derechos de caza, incluso mediante trampas, y de recolección. Asimismo, sostiene que el texto de la decisión sobre la admisibilidad es claro y que la cuestión planteada ante el Comité se refiere únicamente a los "derechos de pesca que son parte integral" de la cultura del autor. Si el autor no está de acuerdo con esta limitación, puede solicitar al Comité que revise su decisión, en cuyo caso el Estado parte se reserva el derecho de hacer exposiciones ulteriores sobre esta cuestión.

11.2 El Estado parte también sostiene que el Tratado Williams de 1923 se negoció a petición de las propias Primeras Naciones que deseaban que se reconocieran los derechos que reivindicaban en los territorios de caza tradicionales de Ontario situados al norte del paralelo

45. Después de estudiar las reivindicaciones, se concertaron estos tratados en virtud de los cuales las Primeras Naciones renunciaron a sus derechos sobre los territorios en Ontario a cambio de una compensación. La Banda del lago Rice conocía el proceso de elaboración de los tratados y, como tuvo en cuenta el Tribunal de Apelación en el caso del autor, las actas de la reunión del Consejo de la Banda indican que el proyecto de tratado fue leído, interpretado y explicado antes de ser aprobado por unanimidad.

11.3 Con respecto a las alegaciones del autor acerca de las restricciones sobre las especies que puede pescar y sobre los métodos que puede utilizar, el Estado parte sostiene que estas alegaciones con arreglo al artículo 27 debían haberse planteado antes, y señala a este respecto que la comunicación inicial del autor se centró en las restricciones estacionales de sus posibilidades de pescar y planteó otros argumentos relativos a sus posibilidades de transmitir sus conocimientos a sus hijos, participar en su comunidad y practicar la pesca de subsistencia. El autor no formuló alegaciones con respecto a la imposición de limitaciones que le impidiesen pescar especies cuya captura forma parte de la tradición o utilizar métodos tradicionales y, por consiguiente, al Estado parte no se le pidió que hiciese exposiciones con respecto a la admisibilidad y el fondo de alegaciones relativas a esas cuestiones. El Estado parte señala también que las pruebas presentadas por el autor con respecto a estas alegaciones son muy generales y no se refieren concretamente a la Primera Nación Hiawatha, y pone en tela de juicio su fiabilidad. Por estas razones, pide al Comité que no examine estas alegaciones.

11.4 Con respecto a la afirmación del autor de que el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas positivas para proteger sus derechos de pesca y que no lo ha hecho, el Estado parte señala que el autor disfrutaba del derecho, adquirido en virtud de un tratado y protegido por la Constitución, de pescar dentro de la reserva de su Nación y en las aguas adyacentes. Los derechos de pesca del autor adquiridos en virtud de los tratados también se protegen en la reserva que la Primera Nación a la que pertenece el autor comparte con los mississaugas del lago Curve y de la isla Scugog (reserva del Trent N° 36A). El Estado parte señala que la reserva compartida está formada por más de 100 islas distribuidas en 12 lagos y ríos en la región de las Kawarthas y que las aguas adyacentes a estas islas proporcionan considerables oportunidades de pesca para el autor y los miembros de la Primera Nación Hiawatha. En estas aguas el autor puede pescar en cualquier época del año utilizando las técnicas tradicionales de su comunidad. El Estado parte sostiene que la protección constitucional mencionada constituye una medida positiva.

11.5 El Estado parte explica asimismo que, en virtud de los principales tratados del Canadá sobre cesión de tierras, incluidos los Tratados Williams, se redefinieron y reformularon los anteriores derechos aborígenes de caza y pesca. Los términos varían según la finalidad de cada tratado y la situación de las partes. El Estado parte sostiene que en los tratados relativos a zonas alejadas con población dispersa y escaso desarrollo urbano se

¹⁴ El Comité recibió una nueva exposición del Estado parte, de 2 de junio de 2005. No obstante, el Comité estimó que esa exposición no contenía nuevos elementos.

protege la práctica de la pesca y la caza de animales silvestres para la subsistencia en una medida apropiada a ese contexto. Ahora bien, los Tratados Williams se referían a tierras situadas muy cerca de centros urbanos y no se concibieron con objeto de proteger esos derechos para garantizar la subsistencia.

11.6 Con respecto a la argumentación del autor en el sentido de que la concesión de una licencia de pesca deportiva representa un mero privilegio y no el reconocimiento de un derecho, el Estado parte observa que en el artículo 27 no se establece que la práctica de una actividad cultural deba ser protegida como un derecho¹⁵ y considera que la concesión de una licencia no constituye de por sí una violación del artículo 27. También explica que el titular de una licencia de pesca recreativa en Ontario puede adoptar la decisión de pescar no con fines recreativos sino con fines alimentarios, sociales, educativos o ceremoniales.

11.7 El Estado parte impugna la alegación del autor de que la limitación de las capturas que establece el reglamento únicamente le permite pescar para su consumo personal. Explica que no existen límites para el número de peces que el autor puede pescar en las aguas de las reservas y en las aguas adyacentes y que durante el período sin restricciones puede pescar en las aguas situadas fuera de esa zona una cantidad ilimitada de percas canadienses y pececillos, y que cada día puede pescar 6 abadejos, 6 lubinas, 6 lucios, 5 truchas o salmones, 1 masquinangy y 25 coregonos blancos. Por consiguiente, el Estado parte concluye que carece de fundamento afirmar que el autor solo puede pescar para su consumo personal. También señala que el autor no ha presentado prueba alguna con respecto a las necesidades de su familia ampliada y a las causas de que no sea posible satisfacerlas.

11.8 El Estado parte también impugna la afirmación del autor según la cual entre el 16 de noviembre y finales de abril de cada año se le prohíbe pescar en el territorio tradicional de la Primera Nación Hiawatha y reitera que el autor puede pescar todo el año en las aguas del lago Rice y en el río Otanabee adyacente a la reserva de la Primera Nación Hiawatha, así como en las aguas adyacentes a las islas situadas en la reserva de las aguas del Trent. Con una licencia de pesca recreativa también puede pescar en el lago Scugog en enero y febrero, así como en los lagos y ríos de los sectores de pesca vecinos. A este respecto, el Estado parte señala que el autor no ha presentado pruebas que respalden su afirmación de que estas aguas están situadas fuera del territorio y las zonas de pesca tradicionales de la Nación Hiawatha. Según el Estado parte, las pruebas indican, por el contrario, que las siete Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams comparten su territorio tradicional.

11.9 Por último, el Estado parte reitera que las peticiones del autor relativas a la formulación de conclusiones y la determinación de recursos que se refieran a otras

¹⁵ El Estado parte se refiere a las observaciones del Comité sobre la comunicación N° 197/1985, *Kitok c. Suecia*, CCPR/C/33/D/197/1985, párr. 9.8.

personas no están abarcadas en la decisión sobre la admisibilidad del presente caso, y recuerda que la Primera Nación Hiawatha y las otras Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams están en nombre de sus miembros en pleno litigio con la Corona, ya que han interpuesto un recurso judicial por una supuesta violación de las obligaciones fiduciarias de la Corona con respecto a la cesión de algunos derechos de caza y pesca, incluso mediante trampas, en el marco de los Tratados Williams. Por consiguiente, no sería apropiado que el autor solicitase en nombre de las Primeras Naciones que se formularan conclusiones y determinaran recursos teniendo en cuenta que, de hecho, estas no han recurrido al Comité y que esas conclusiones se adelantarían a los resultados de los procedimientos nacionales incoados por las Primeras Naciones que son partes en los Tratados Williams. En caso de que, en contra de lo que sostiene el Estado parte, el Comité concluyera que se han violado los derechos que le asisten al autor con arreglo al artículo 27 en lo que se refiere a la pesca, el Estado parte cuenta con mecanismos legislativos y reglamentarios que permitirían ampliar las oportunidades de pesca para el autor y su comunidad.

11.10 En su respuesta a la exposición ulterior del Estado parte, el autor, en una exposición de fecha 5 de abril de 2005, sostiene que, pese a ser numerosas, las islas situadas en la reserva compartida de las aguas del Trent son muy pequeñas y que muchas de ellas no son más que montones de rocas peladas donde las posibilidades de pesca son insignificantes. Se afirma que el tamaño medio de las islas es de 1,68 acres o 0,68 ha.

11.11 El autor reitera además que la comparación con los tratados modernos es oportuna y permite comprobar que, a pesar del desarrollo urbano y económico y del hecho de que algunas personas aborígenes no dependan de actividades tradicionales para su subsistencia, todos los tratados, salvo los Tratados Williams, reconocen y protegen los derechos y la práctica de la caza y la pesca, incluso con trampas, en una parte razonable del territorio tradicional de las comunidades indígenas.

11.12 En respuesta a la afirmación del Estado parte de que el autor no ha presentado pruebas de que el lago Scugog y otros lagos y ríos de los sectores de pesca vecinos están situados fuera de la zona de pesca de la Primera Nación Hiawatha, el autor hace referencia a un mapa en el que se indican los territorios de caza de la familia mississauga con arreglo a la descripción de estos territorios que se efectuó durante la declaración prestada ante los comisionados de los Tratados Williams en 1923. Según el autor, el mapa muestra que el territorio de caza tradicional de la Nación Hiawatha estaba situado cerca del lago Rice y no abarcaba el lago Scugog.

11.13 El autor también se refiere a la declaración del Estado parte en el sentido de que el Tratado Williams fue negociado correctamente con la Primera Nación del autor y sostiene que solo hubo un día de audiencia en la comunidad sin que se permitiera la participación del asesor letrado de las comunidades. No se prestó atención al significado cultural y religioso de la pesca para los mississaugas y se anularon casi todos los derechos

tradicionales de pesca no comercial. En consecuencia, el autor reitera el argumento de que el Estado parte no ha aplicado los Tratados Williams de una manera que garantice que el autor pueda disfrutar de su cultura.

11.14 En respuesta al argumento del Estado parte de que el artículo 27 no establece que una actividad cultural deba ser protegida como un derecho, el autor sostiene que su situación es distinta de la del autor en el caso al que ha hecho referencia el Estado parte. En ese caso, el Comité concluyó que la legislación que afectaba a los derechos del autor tenía una justificación razonable y objetiva y era necesaria para la viabilidad y el bienestar de la minoría en su conjunto. No puede decirse lo mismo de las disposiciones del Reglamento de Pesca aplicadas al autor en el presente caso.

11.15 El autor rechaza el argumento del Estado parte de que habría formulado nuevas alegaciones al plantear la cuestión de los métodos de pesca, porque sería artificioso distinguir entre su derecho a pescar y la manera concreta en que ejerce ese derecho. Hace hincapié en que no se trata de una nueva alegación sino de la misma que había planteado con arreglo al artículo 27 antes de que el Comité adoptara su decisión sobre la admisibilidad.

11.16 El autor rechaza el argumento del Estado parte de que estaría solicitando un recurso inapropiado y declara que no hubo negociaciones sustantivas entre las Primeras Naciones y Ontario, sino solo reuniones preparatorias. Sostiene asimismo que durante estas reuniones se acordó que el hecho de que se celebrasen esas conversaciones no debía interpretarse o presentarse como un reconocimiento de hecho, de derecho o de otra índole, de algo que pudiera menoscabar la posición de las partes en la presente comunicación, y afirma, por consiguiente, que el Estado parte ha quebrantado dicho acuerdo. El autor reitera que el único recurso suficiente es la negociación de buena fe y oportuna de un acuerdo que asegure a largo plazo que el autor pueda disfrutar de su cultura y que los instrumentos más idóneos para lograr ese resultado en el ámbito de la legislación nacional canadiense son los derechos protegidos por tratados.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

12.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación tomando en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

12.2 En relación con el alcance de la decisión sobre la admisibilidad en el presente caso, el Comité observa que en el momento en que se adoptó dicha decisión el autor no había presentado elementos que sustentaran su alegación relativa al derecho de caza, incluso mediante trampas, y de recolección o al agotamiento de los recursos internos pertinentes. Observa asimismo que las alegaciones del autor relativas a la prohibición de la utilización de métodos de pesca tradicionales y a las limitaciones del volumen de las capturas se formularon con posterioridad a declararse admisible la comunicación. El Comité considera que nada habría impedido

que el autor las formulara, en caso de haberlo deseado, oportunamente, es decir, en el momento de presentar su comunicación. Puesto que al Estado parte no se le pidió que hiciese exposiciones sobre la admisibilidad de esos aspectos de la alegación del autor y los recursos internos que este ha agotado solo se refieren a su condena por pescar fuera de temporada, estos aspectos de la alegación del autor no están abarcados en la decisión del Comité sobre la admisibilidad y, por consiguiente, el Comité no examinará estas cuestiones.

12.3 Tanto el autor como el Estado parte han hecho frecuentes referencias al Tratado Williams de 1923, concertado entre la Corona y la Primera Nación Hiawatha, los cuales, de acuerdo con los tribunales del Estado parte, anularon los derechos de la Nación del autor a pescar fuera de sus reservas y sus aguas adyacentes. Sin embargo, no corresponde al Comité determinar este asunto.

12.4 El Comité observa que es indudable que el autor pertenece a una minoría que goza de la protección del artículo 27 del Pacto y que, por consiguiente, le asiste el derecho, junto con los demás miembros de su comunidad, de disfrutar de su propia cultura. Es indiscutible que la pesca es parte integrante de la cultura del autor.

12.5 La cuestión que el Comité tiene ante sí, determinada por su decisión sobre la admisibilidad, consiste, por lo tanto, en establecer si el Reglamento de Pesca de Ontario aplicado al autor por los tribunales lo ha privado, en violación del artículo 27 del Pacto, de la posibilidad de ejercer, en forma individual o junto con otros miembros del grupo al que pertenece, sus derechos de pesca tradicionales que son parte integrante de su cultura.

12.6 El Estado parte ha expuesto que el autor tiene derecho a pescar durante todo el año en las reservas de su Nación y en zonas adyacentes, y que, mediante una licencia de pesca, también puede pescar en otras zonas de la región donde la pesca pueda practicarse durante los períodos en que está vedada en la zona que rodea a las reservas. El autor ha sostenido que en las reservas y en las zonas adyacentes no hay suficientes peces para que pueda ejercer ese derecho y que los otros lugares indicados por el Estado parte no pertenecen a las zonas de pesca tradicionales de su Nación. Además, ha sostenido que la pesca con licencia representa un privilegio, mientras que él reivindica la pesca como un derecho propio.

12.7 Refiriéndose a su jurisprudencia anterior, el Comité considera que los Estados partes en el Pacto pueden reglamentar actividades que constituyen un elemento esencial de la cultura de una minoría, siempre que esa reglamentación no represente una denegación *de facto* de este derecho¹⁶. Por consiguiente, el Comité

¹⁶ Véase *Kitok c. Suecia*, comunicación N° 197/1985, dictamen aprobado el 27 de julio de 1988, CCPR/C/33/D/197/1985 y *Ländsmann c. Finlandia*, comunicación N° 511/1992, dictamen aprobado el 26 de octubre de 1994, CCPR/C/52/D/511/1992, y comunicación N° 671/1995, dictamen aprobado el 30 de octubre de 1996, CCPR/C/58/D/671/1995.

debe rechazar el argumento del autor de que el requisito de obtener una licencia de pesca representa de por sí una vulneración de los derechos que le asisten con arreglo al artículo 27.

12.8 El Comité observa que las pruebas y los argumentos presentados por el Estado parte indican que el autor tiene la posibilidad de pescar, ya sea en las reservas y zonas adyacentes, en virtud de un derecho protegido por un tratado, ya fuera de las reservas, mediante la obtención de una licencia. La cuestión de si este derecho es suficiente para que el autor disfrute de este elemento de su cultura junto con los otros miembros de su comunidad depende de una serie de consideraciones fácticas.

12.9 El Comité observa que el Estado parte y el autor han expresado opiniones diferentes acerca del posible volumen de pesca en las reservas y zonas adyacentes. El Estado parte ha presentado datos estadísticos detallados para demostrar que en las aguas de las reservas y zonas adyacentes hay suficiente cantidad de peces para que el autor pueda ejercer su derecho a pescar, mientras que el autor ha afirmado que no es así. Las partes tampoco están de acuerdo acerca de la extensión de las zonas de pesca tradicionales de la Primera Nación Hiawatha.

12.10 A este respecto, el Comité señala que estas cuestiones de hecho no se han planteado ante los tribu-

nales nacionales del Estado parte. Recuerda que la evaluación de los hechos y de las pruebas incumbe fundamentalmente a los tribunales nacionales de un Estado parte y que, al no disponer de esa evaluación en el presente caso, tropieza con grandes dificultades para desempeñar su función.

12.11 El Comité considera que no está en condiciones de extraer conclusiones independientes sobre las circunstancias concretas en que el autor puede ejercer su derecho a pescar y sobre las consecuencias para su derecho a disfrutar de su propia cultura. Si bien comprende las preocupaciones del autor, en particular teniendo presente el tamaño relativamente pequeño de las reservas en cuestión y las limitaciones impuestas a la pesca fuera de las reservas, y sin perjuicio de las negociaciones que puedan celebrarse, o del procedimiento judicial que pueda promoverse, entre las Primeras Naciones de los Tratados Williams y el Gobierno, el Comité considera que la información que tiene ante sí no es suficiente para justificar la conclusión de que se trata de una violación del artículo 27 de Pacto.

13. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, considera que los hechos que tiene ante sí no indican una violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Comunicación N° 886/1999

Presentada por: Natalia Schedko (representada por abogada)

Presunta víctima: La autora y su hijo Anton Bondarenko (fallecido)

Estado parte: Belarús

Fecha de aprobación del dictamen: 3 de abril de 2003

Asunto: Denegación de información a los familiares por las autoridades del Estado acerca de la fecha de ejecución y del lugar de sepultura de una persona ejecutada

Cuestiones de procedimiento: Grado de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Derecho a la vida – Juicio con las debidas garantías – Trato inhumano/Tortura

Artículos del Pacto: 6, 7 y 14

Artículo del Protocolo Facultativo: 2

Conclusión: Violación (artículo 7)

1.1 La autora de la comunicación es la Sra. Natalia Schedko, ciudadana de Belarús. Actúa en nombre propio y de su difunto hijo, el Sr. Anton Bondarenko, también ciudadano de Belarús, que en el momento de la presentación de la comunicación, el 11 de enero de 1999, se hallaba en el pabellón de los condenados a muerte porque había sido declarado culpable de asesi-

nato y condenado a la pena capital. La autora afirma que su hijo es víctima de la violación por la República de Belarús¹ de los artículos 6 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los documentos que presenta ponen de manifiesto que en la comunicación se plantean también cuestiones relacionadas con el artículo 7 del Pacto. La autora está representada por abogada.

1.2 El 28 de octubre de 1999, de conformidad con el artículo 86 de su reglamento, el Comité de Derechos Humanos, actuando por intermedio de su Relator Especial para nuevas comunicaciones, pidió al Estado parte que no ejecutara la pena de muerte impuesta al Sr. Bondarenko mientras el Comité estuviera examinando su caso. Como de la comunicación presentada por el Estado parte el 12 de enero de 2000 se desprende que el Sr. Bondarenko había sido ejecutado en una fecha no determinada, el Comité formuló preguntas concretas a la

¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor para el Estado parte el 23 de marzo de 1976 y el Protocolo Facultativo el 30 de diciembre de 1992.

autora y al Estado parte². Las respuestas demostraron que el Sr. Bondarenko había sido ejecutado en julio de 1999³, es decir, antes de la fecha de registro de la comunicación por el Comité.

1.3 El Comité señala con preocupación que en el momento en que estuvo en condiciones de presentar su solicitud con arreglo al artículo 86 de su reglamento, la sentencia de muerte había sido ya ejecutada. El Comité entiende que los casos susceptibles de ser objeto de la solicitud a que se refiere el mencionado artículo 86 del reglamento deben ser procesados con la celeridad necesaria para que dicha solicitud sea aceptada, y velará por que así sea.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 El Sr. Bondarenko fue acusado de asesinato y de otros delitos, declarado culpable y condenado el 22 de junio de 1998 por el Tribunal Regional de Minsk a morir fusilado por un pelotón de ejecución. Este fallo fue confirmado por el Tribunal Supremo el 21 de agosto de 1998. Según la determinación de los hechos realizada por los tribunales, el Sr. Bondarenko irrumpió en un domicilio privado el 25 de julio de 1997 en compañía de un menor llamado Voskoboynikov y obligó a los propietarios a punta de navaja a abrir su caja fuerte. Después de coger los objetos valiosos que allí se encontraban, el Sr. Voskoboynikov dijo al Sr. Bondarenko que uno de los ocupantes de la casa, el Sr. Kourilenkov, los iba a denunciar y propuso al Sr. Bondarenko que lo matara. Bondarenko clavó dos veces una navaja en el cuello del Sr. Kourilenkov y luego paró. El Sr. Voskoboynikov continuó clavando su propia navaja en el cuello y en el cuerpo del Sr. Kourilenkov. La abuela del Sr. Kourilenkov, la Sra. Martinenko, fue asesinada también cuando abrió la puerta principal; el Sr. Voskoboynikov la tiró por la escalera del sótano y luego la apuñaló varias veces.

2.2 Según la autora, las pruebas forenses revelaron que el Sr. Kourilenkov murió a causa de múltiples heridas en el cuello y en el cuerpo que le perforaron la vena yugular izquierda y la laringe, con una abundante hemorragia externa y un choque traumático agudo. A juicio de la autora, en el proceso quedó demostrado que

² El Comité solicitó la siguiente información el 11 de julio de 2002:

- a) Al Estado parte:
 1. "¿Cuándo tuvo lugar la ejecución?
 2. ¿En qué momento tuvo conocimiento el Estado parte de la existencia de la comunicación?"
- b) A la autora:
 1. "¿En qué fecha se ejecutó la pena capital?"
 2. ¿Informó usted al Estado parte de la presentación de la comunicación al Comité de Derechos Humanos antes de que este registrara el caso?"

³ Según la autora, su hijo fue ejecutado el 24 de julio de 1999; el Estado parte da la fecha de 16 de julio de 1999.

el Sr. Bondarenko había apuñalado al Sr. Kourilenkov solo dos veces, lo cual, según ella, no pudo haberle causado la muerte. Por lo que respecta al asesinato de la Sra. Martinenko, la autora considera que había pruebas irrefutables de que el Sr. Bondarenko no era culpable. Al parecer, el Sr. Voskoboynikov había confesado el 24 de agosto de 1998 que había mentado durante la investigación del caso y ante el tribunal y acusado en falso al Sr. Bondarenko. Anteriormente se había negado a revelar dónde se hallaba el arma homicida —su navaja, con la que había cometido ambos asesinatos— pero luego dijo dónde estaba escondida, de forma que se podía reabrir el caso e iniciar una nueva investigación.

2.3 La autora afirma que el Presidente del Tribunal Supremo se negó incluso a incluir el cuchillo en el sumario, diciendo que no constituía una prueba suficiente en apoyo de la alegación de que el Sr. Bondarenko no había participado en los asesinatos. Así pues, según se afirma, el tribunal se negó a incorporar en el sumario la prueba en defensa del hijo de la autora que podía atenuar su culpabilidad y probar que no había tenido una parte activa en los asesinatos.

La denuncia

3.1 La autora sostiene que los tribunales del país no tenían pruebas claras e inequívocas que demostraran que su hijo era culpable de los asesinatos. En su opinión, el Presidente del Tribunal Supremo hizo caso omiso del testimonio del coacusado de su hijo (dado después del juicio) y se negó a incluir una prueba que habría atenuado la culpabilidad de su hijo. Dice esto para subrayar las ideas preconcebidas que tenía el tribunal en contra de su hijo, razón por la cual no se le puede considerar independiente e imparcial. A su parecer, ello constituye una violación de los artículos 6 y 14 del Pacto.

3.2 Del sumario se desprende también que la comunicación puede plantear cuestiones a tenor del artículo 7 del Pacto, aunque la autora no ha invocado directamente esas disposiciones por habersele denegado información acerca de la fecha de ejecución de su hijo y del lugar donde está enterrado.

3.3 Por último, la comunicación parece plantear cuestiones en relación con el cumplimiento por el Estado parte de su obligación en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto, pues se afirma que ejecutó al hijo de la autora antes de que el Comité registrara la comunicación pero después de que ella informara al abogado, a la administración penitenciaria y al Tribunal Supremo de que había presentado la comunicación.

Observaciones del Estado parte

4.1 En una nota de 12 de enero de 2000, el Estado parte expuso sus observaciones y recordó que el 22 de junio de 1998 el Sr. Bondarenko había sido juzgado y declarado culpable por el Tribunal Regional de Minsk de todos los delitos tipificados en los artículos 89, 90,

96 y 100 del Código Penal de la República de Belarús⁴. Fue condenado a muerte y a la confiscación de sus bienes. En el mismo juicio, el Sr. Voskoboynikov fue condenado por los mismos cargos a diez años de cárcel y la confiscación de sus bienes⁵.

4.2 Según el Estado parte, las pruebas demostraron claramente que el Sr. Bondarenko y el Sr. Voskoboynikov eran culpables de ataque a mano armada y del homicidio con circunstancias agravantes de la Sra. Martinenko y del Sr. Kourilenkov.

4.3 También según el Estado parte, aunque el Sr. Voskoboynikov negó su participación en los asesinatos, las pruebas demostraron su culpabilidad. Los investigadores y los tribunales estaban convencidos de que el Sr. Bondarenko y el Sr. Voskoboynikov habían perpetrado juntos los asesinatos de la Sra. Martinenko y el Sr. Kourilenkov y de que ambos habían apuñalado a las víctimas. Por consiguiente, la declaración del Sr. Voskoboynikov de que había mentido durante la investigación y el juicio y de que había acusado en falso al Sr. Bondarenko no tiene fundamento.

4.4 El Estado parte afirma que la calificación por los tribunales de los actos del Sr. Bondarenko y del Sr. Voskoboynikov fue correcta. Después de considerar la naturaleza de los delitos cometidos por el Sr. Bondarenko, el gran peligro que representaba para la población y sus móviles y métodos, así como la información previa que daba una impresión negativa de la personalidad del acusado, el tribunal llegó a la conclusión de que el Sr. Bondarenko constituía una amenaza especial para la sociedad y le impuso la pena de muerte.

4.5 Según el Estado parte, todos los aspectos del caso fueron estudiados minuciosamente durante la investigación preliminar y el procedimiento judicial. Por consiguiente, no hay razón para impugnar las sentencias.

4.6 El Estado parte concluye con la información de que la sentencia del Sr. Bondarenko se ha ejecutado, aunque no indica en qué fecha.

Comentarios de la autora

5.1 En sus comentarios de fecha 29 de enero de 2001, la abogada hace referencia a los argumentos del Estado parte, según los cuales los tribunales habían calificado correctamente los actos del Sr. Bondarenko y del Sr. Voskoboynikov, y la investigación y los tribunales habían determinado que asesinaron juntos a la Sra. Martinenko y al Sr. Kourilenkov. No obstante, indica que las pruebas forenses demostraron que el Sr. Kourilenkov había fallecido de múltiples heridas en el cuello y en el cuerpo, en la mejilla izquierda y en la laringe, complicadas con una hemorragia masiva y un choque traumático agudo. Los tribunales llegaron a la

conclusión de que el Sr. Bondarenko había apuñalado dos veces al Sr. Kourilenkov, lo cual, a juicio de la abogada, no fue ni pudo haber sido la causa de su muerte.

5.2 La abogada recuerda que el Sr. Voskoboynikov había confesado que actuó solo cuando mató a la Sra. Martinenko. La navaja utilizada para cometer los asesinatos no figuró en el sumario.

5.3 Por consiguiente, la abogada concluye que la sentencia de muerte impuesta al Sr. Bondarenko violaba el artículo 6 del Pacto. De todos modos, la sentencia ha sido ejecutada.

Observaciones adicionales de la autora y del Estado parte

6.1 El Comité envió una carta a las partes el 11 de julio de 2002 pidiéndoles que facilitaran información sobre la ejecución de la sentencia de muerte⁶ y el 24 de julio de 2002 la abogada presentó las siguientes observaciones. Afirma que, según la autora, se entregó a esta un certificado de defunción fechado el 26 de julio de 1999 en el que se decía que su hijo había sido ejecutado el 24 de julio de 1999⁷. La abogada declara además que en Belarús las sentencias de muerte se ejecutan en secreto. Ni el preso condenado ni su familia son informados de la fecha de la ejecución⁸. Todos los condenados a la pena capital son trasladados al Centro Penitenciario N° 1 de Minsk (SIZO-1), donde son recluidos en "celdas de la muerte" separadas y reciben ropa (a rayas) diferente de la que usan los demás presos.

6.2 La abogada indica que las ejecuciones tienen lugar en una zona especial y que las llevan a cabo soldados elegidos del "Comité para la ejecución de la sentencia". La ejecución se realiza por disparo de pistola. El director del centro entrega la pistola al verdugo. Después de la ejecución, un médico levanta un acta, en presencia de un fiscal y un representante de la administración penitenciaria, en la que se certifica el fallecimiento.

6.3 La abogada indica además que el cadáver de los presos ejecutados es trasladado de noche a uno de los cementerios de Minsk, donde un grupo de soldados lo entierra sin dejar signos reconocibles del nombre del preso ni del lugar exacto de su sepultura.

⁶ Véase la nota 2.

⁷ Véase la nota 3.

⁸ La autora presenta una copia del artículo 175 del Código de Ejecución de Penas de Belarús. En él se establece, en particular, que las sentencias de muerte se ejecutan por fusilamiento. En la ejecución se hallan presentes un fiscal, un representante de la prisión donde esta tiene lugar y un médico. En casos excepcionales, con el permiso del fiscal, puede permitirse la presencia de otras personas. El médico certifica la muerte y se levanta un acta a tal efecto. La administración de la prisión está obligada a informar al tribunal que dictó la sentencia y ese tribunal informa a uno de los familiares del ejecutado. No se entrega el cuerpo del ejecutado para que sea enterrado ni se comunica a la familia o a los parientes el lugar en que ha sido enterrado.

⁴ Sin embargo, el Estado parte no facilitó el texto de los artículos en cuestión.

⁵ El Tribunal tomó en consideración el hecho de que el Sr. Voskoboynikov era menor de edad en el momento del crimen.

6.4 Asimismo afirma que, una vez que se informa de la ejecución al tribunal que ha pronunciado la sentencia de muerte, este lo comunica a un miembro de la familia del preso ejecutado. A continuación, el registro civil de la localidad expide a la familia un certificado de defunción en el que se hace constar como causa del fallecimiento la sentencia judicial.

6.5 La abogada afirma, sin dar más detalles, que la Sra. Schedko había informado al abogado de su hijo, al Tribunal Supremo y a las autoridades penitenciarias de que había presentado una comunicación al Comité de Derechos Humanos antes de la ejecución de su hijo.

7.1 El 12 de septiembre de 2002, el Estado parte respondió a la petición del Comité⁹ de que le indicara la fecha de la ejecución del hijo de la autora y el momento exacto en que el Estado parte había tenido conocimiento de la existencia de la comunicación. El Estado parte afirma que el Sr. Bondarenko fue ejecutado el 16 de julio de 1999 tras el fallo del Tribunal Regional de Minsk de 22 de junio de 1998. Subraya que la Nota de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos relativa al registro de la comunicación estaba fechada el 28 de octubre de 1999, o sea, que la ejecución había tenido lugar tres meses antes de que el Estado parte fuese informado del registro de la comunicación en virtud del Protocolo Facultativo.

7.2 El Estado parte no ha presentado más observaciones en relación con las alegaciones de la autora.

Deliberaciones del Comité

Presunta violación del Protocolo Facultativo

8. La autora ha alegado que el Estado parte no respetó las obligaciones que había contraído en virtud del Protocolo Facultativo, al ejecutar a su hijo a pesar de que se había enviado una comunicación al Comité y de que la autora había informado de esta medida al abogado de su hijo, a la administración penitenciaria y al Tribunal Supremo, antes de la ejecución de su hijo y del registro oficial de su comunicación en virtud del Protocolo Facultativo. El Estado parte no refuta explícitamente la afirmación de la autora y se limita a decir que tuvo conocimiento del registro de la denuncia de la autora en virtud del Protocolo Facultativo por la nota verbal de 28 de octubre de 1999, es decir, tres meses después de la ejecución. En su jurisprudencia anterior, el Comité había abordado la cuestión de los Estados partes que incumplen las obligaciones que han contraído en virtud del Protocolo Facultativo al ejecutar a una persona que ha presentado una comunicación al Comité, no solo porque el Comité pide explícitamente que se adopten medidas provisionales de protección, sino también por el carácter irreversible de la pena capital. Sin embargo, en las circunstancias de la presente comunicación y habida cuenta del hecho de que la decisión

⁹ Véase la nota 2.

sobre el primer caso en que el Comité estableció la existencia de una violación del Protocolo Facultativo por la ejecución de una persona cuyo caso estaba pendiente ante el Comité¹⁰ se tomó y publicó después de la ejecución del Sr. Bondarenko, el Comité no puede considerar responsable al Estado parte de una violación del Protocolo Facultativo por la ejecución del Sr. Bondarenko después de presentada la comunicación, pero antes de su registro¹¹.

Decisión sobre la admisibilidad

9.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

9.2 El Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento internacional y que se han agotado los recursos de la jurisdicción interna. Por consiguiente, se han cumplido las condiciones establecidas en los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.3 El Comité ha observado las alegaciones de la autora según las cuales los tribunales no tenían pruebas claras, convincentes e inequívocas de que su hijo era culpable de los asesinatos, y el Presidente del Tribunal Supremo hizo caso omiso del testimonio dado por el coautor después del juicio y se negó a incluir una prueba que podía haber atenuado la culpabilidad de su hijo. A juicio de la autora, ello muestra de forma concluyente que el tribunal se había hecho previamente una idea sobre la culpabilidad de su hijo, lo que pone en evidencia la falta de independencia e imparcialidad de los tribunales, en violación de los artículos 6 y 14 del Pacto. Así pues, esas alegaciones ponen en entredicho la evaluación de los hechos y de las pruebas por los tribunales del Estado parte. El Comité recuerda que, en general, incumbe a los tribunales de los Estados partes en el Pacto el examen de los hechos y las pruebas en cada caso particular, a menos que se demuestre que la evaluación de las pruebas fue a todas luces arbitraria o equivalió a una denegación de justicia, o que el tribunal incumplió de algún otro modo su obligación de independencia e imparcialidad. La información que tiene ante sí el Comité no contiene pruebas que permitan afirmar que las decisiones del Tribunal Regional de Minsk y del Tribunal Supremo adolecieran de tales defectos, ni siquiera a efectos de admisibilidad. Esta parte de la comunicación es, por lo tanto, inadmisibles en tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

¹⁰ Comunicación N° 869/1999, *Piandiong y otros c. Filipinas*.

¹¹ Comunicaciones Nos. 839/1998, 840/1998 y 841/1998, *Mansaraj y otros c. Sierra Leona, Gborie y otros c. Sierra Leona, y Sesay y otros c. Sierra Leona*, párrs. 5.1 y ss.; comunicación N° 869/1999, *Piandiong y otros c. Filipinas*, párrs. 5.1 y ss.

9.4 El Comité estima que la restante alegación de la autora, a saber, que las autoridades no informaron a la familia del preso condenado, ni a través de este ni directamente, de la fecha de la ejecución y que no la informaron a ella del lugar exacto en donde había sido enterrado su hijo, y que ello constituye una violación del Pacto, es admisible en la medida en que parece plantear una cuestión en virtud del artículo 7 del Pacto.

9.5 Por consiguiente, el Comité declara que la comunicación es admisible en la medida expresada en el párrafo 9.4 y procede a examinar esta alegación en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

10.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, como se dispone en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

10.2 El Comité observa que no se ha refutado la denuncia de la autora de que no se informó a su familia de la fecha, la hora o el lugar de la ejecución de su hijo, ni del lugar exacto en que fue enterrado. Ante la falta de refutación de la denuncia por el Estado parte y de toda otra información pertinente del Estado parte sobre la práctica de la ejecución de la pena de muerte, debe darse la debida importancia a las alegaciones de la autora. El Comité entiende la angustia permanente y el estrés psicológico que, como madre del condenado, ha sufrido la autora debido a la incertidumbre persistente sobre las circunstancias que condujeron a su ejecución y sobre la ubicación de su sepultura. El secreto total que rodea la fecha de la ejecución y el lugar del entierro y la negativa a entregar el cadáver para que sea posible sepultarlo tiene por efecto intimidar o castigar a las familias dejándolas deliberadamente en un estado de

incertidumbre y aflicción mental. El Comité considera que el hecho de que las autoridades no informaran inicialmente a la autora de la fecha prevista para la ejecución de su hijo y el hecho de que persistieran en no informarla sobre el lugar en que había sido sepultado equivalen a un trato inhumano de la autora, que viola el artículo 7 del Pacto.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

12. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a garantizar a la autora de la comunicación un recurso efectivo, incluida la información sobre el lugar donde está enterrado su hijo y una indemnización por la angustia sufrida. El Estado parte tiene asimismo la obligación de evitar que se cometan violaciones análogas en el futuro.

13. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutivo cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se ruega además al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 900/1999

Presentada por: Sr. C. [Se ha omitido el nombre] (representado por Nicholas Poynder)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Australia

Fecha de aprobación del dictamen: 28 de octubre de 2002 (76° período de sesiones)

Asunto: Deportación del denunciante a un país donde corre peligro de ser sometido a torturas

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos – Recurso disponible y eficaz

Cuestiones de fondo: Detención arbitraria – Imposibilidad de recurrir la legalidad de la detención – Falta de tratamiento de trastorno mental – Trato cruel, inhumano y degradante

Artículos del Pacto: 7 y 9, interpretados conjuntamente con el artículo 2, párrafo 1

Artículos del Protocolo Facultativo y del Reglamento: 5, párrafo 2 b) del Protocolo Facultativo y artículo 86 del Reglamento

Conclusión: Violación (artículos 7 y 9, párrafos 1 y 4)

1.1 El autor de la comunicación, presentada inicialmente el 23 de noviembre de 1999, es el Sr. C.¹, iraní nacido el 15 de enero de 1960, que está internado en la prisión de Port Phillip en Melbourne. Afirma ser víctima de la violación por Australia de los artículos 7 y 9², interpretados conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Está representado por letrado.

1.2 Tras la presentación de la comunicación al Comité de Derechos Humanos el 23 de noviembre de 1999, el 2 de diciembre de 1999 se transmitió una petición de medidas provisionales en virtud del artículo 86 del Reglamento del Comité para que el Estado parte suspendiese la orden de deportación del autor mientras el Comité examinaba su caso.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor, que tiene familiares cercanos en Australia³ pero no en el Irán, estuvo legalmente en Australia del 2 de febrero al 8 de agosto de 1990 y se fue luego del país. El 22 de julio de 1992, volvió a Australia con un visado de turista pero sin boleto de regreso y fue detenido por las autoridades de inmigración como extranjero sin permiso de entrada en virtud del (entonces) artículo 89 de la Ley de migración de 1958 en espera de su expulsión (la primera detención).

¹ Se omite el nombre.

² En la primera página de su comunicación, el autor cita el artículo 10, pero su argumentación (véase el párrafo 3.3) se centra en el artículo 9 y el Comité procede, pues, al examen de la comunicación sobre esta base.

³ La madre del autor, su hermano y su cuñada viven en Australia. Su padre ha muerto. Otro hermano vive en el Canadá.

a) Primera solicitud de la condición de refugiado y actuaciones subsiguientes

2.2 El 23 de julio de 1992, pidió la condición de refugiado por el temor fundado de persecución religiosa en el Irán, ya que es un cristiano asirio. El 8 de septiembre de 1992, un representante del Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales denegó la petición. El 26 de mayo de 1993, el Comité que determina la condición de refugiado confirmó la denegación y el autor interpuso recurso contra esa denegación ante el Tribunal Federal⁴.

b) Solicitud de liberación provisional presentada al Ministro y actuaciones subsiguientes

2.3 Entretanto, en junio de 1993 el autor solicitó al Ministro de Inmigración su liberación provisional hasta que el Tribunal Federal se pronunciase sobre su solicitud de la condición de refugiado. El 23 de agosto de 1993, el representante del Ministro rechazó la solicitud y observó que, con arreglo al artículo 89 de la Ley de migración, no era posible liberar a una persona a menos que se la expulsase de Australia o se le concediese un permiso de entrada. El 10 de noviembre de 1993, el Tribunal Federal denegó la solicitud del autor de revisión judicial de la decisión ministerial y confirmó que, en virtud del artículo 89 de la Ley de migración, no existían facultades discrecionales, ni expresamente ni implícitamente, para la excarcelación de alguien detenido en aplicación de ese artículo. El 15 de junio de 1994, el pleno del Tribunal Federal desestimó otro recurso de apelación del autor y rechazó, entre otras cosas, el argumento de que el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto favorecía una interpretación del artículo 89 que solo permitía un período mínimo de detención y facultaba implícitamente, cuando fuese necesario, para conceder la liberación mientras se examinaba la solicitud de la condición de refugiado.

c) Liberación por motivos de salud mental y segunda solicitud de la condición de refugiado

2.4 El 18 de agosto de 1993, el autor fue sometido a un examen psicológico⁵. La evaluación se debió a la preocupación por su salud mental y física a raíz de un

⁴ En la documentación no queda claro si el Tribunal Federal llegó a juzgar el recurso de apelación del autor por el rechazo de su primera solicitud de la condición de refugiado.

⁵ Informe psicológico de la psicóloga forense Elizabeth Warren de fecha 19 de agosto de 1993.

encarcelamiento prolongado. El autor, que había intentado suicidarse electrocutándose, volvió a intentarlo y mostraba un grado muy alto de depresión. Se le recetaron tranquilizantes en agosto de 1992 y desde marzo hasta junio de 1993. La psicóloga, que observó un fuerte temblor, consideró que su paranoia no era imprevisible. Le pareció que mostraba muchas muestras de los efectos de haber pasado 12 meses en prisión y dictaminó que tenía una marcada tendencia suicida y constituía un grave peligro para sí mismo. El autor no podía aceptar que su familia lo visitara, pues en el centro había desarrollado un sentimiento de persecución y consideraba que se hablaba en voz alta para herirle. La psicóloga consideró que, si estuviese, en libertad podría recuperar la cordura.

2.5 El 15 de febrero de 1994, se volvió a evaluar el estado psiquiátrico cada vez más grave del autor⁶. El experto recomendó una nueva evaluación psiquiátrica y un tratamiento urgente, que sería poco probable que surtiera efecto si permanecía detenido. El autor necesitaba un respiro de las condiciones [de detención] con urgencia y se debía hacer cuanto antes una evaluación de las disposiciones externas convenientes para evitar el riesgo de automutilación o alteración del comportamiento que existía si no se adoptaban medidas urgentes. El 18 de junio de 1994, a petición del personal del centro de detención, el mismo experto volvió a hacerle un reconocimiento⁷. Dictaminó un importante empeoramiento, con un sentimiento más agudo de ser observado y perseguido y convicciones muy precisas debidas a las alucinaciones. Como en la evaluación anterior, la depresión era importante y el experto consideró que el estado del autor había empeorado y tenía evidentes alucinaciones, además de síntomas de depresión. A todas luces, necesitaba medicación antipsicótica y, más tarde, posiblemente antidepressivos. Como su condición se debía principalmente al estrés prolongado del encarcelamiento, el experto recomendó la excarcelación y el tratamiento fuera de la cárcel. Advirtió, sin embargo, que no había ninguna garantía de que su sintomatología mejorase rápidamente aunque se le liberase y que necesitaría tratamiento psiquiátrico después de la liberación para observar el proceso de recuperación.

2.6 El 10 de agosto de 1994, con arreglo al artículo 11 de la Ley de migración, el autor fue excarcelado y puesto al cuidado de su familia por sus necesidades especiales de salud (mental). En ese momento, el autor tenía alucinaciones y estaba sometido a tratamiento

⁶ Informe psiquiátrico confidencial del Dr. Patrick McGorry MB BS, PhD, MRCP(UK), FRANZCP, de fecha 4 de marzo de 1994. En resumen, el examen del estado mental demostró que era un hombre muy angustiado que tomaba tranquilizantes, con trastornos de conducta y manía persecutoria, y evidentes fallos de memoria y concentración. Estaba en un estado de tensión por ansiedad y disforia. Al experto le pareció que el autor padecía de una mezcla de ansiedad y depresión, y diagnosticó un importante estado depresivo con graves síntomas de ansiedad. No se podía excluir la posibilidad de alucinaciones.

⁷ Informe psiquiátrico confidencial del Dr. Patrick McGorry de fecha 27 de junio de 1994.

psiquiátrico. El 29 de agosto de 1994, el autor volvió a solicitar la condición de refugiado, que le fue concedida el 8 de febrero de 1995 habida cuenta de sus experiencias en el Irán como cristiano asirio, así como de la situación cada vez peor de esa minoría religiosa en el Irán. Asimismo, se dio importancia al marcado empeoramiento de su estado psicológico durante su prolongada detención y al diagnóstico de alucinaciones, psicosis paranoica y depresión, que requerían cuidados farmacoterapéuticos y psicoterapia, lo que contribuiría a una reacción adversa de las autoridades iraníes y a una reacción extrema de parte del autor. El 16 de marzo de 1995, le fue otorgado el visado de protección correspondiente en reconocimiento de su condición de refugiado.

d) *Incidentes delictivos y proceso penal subsiguiente*

2.7 El 20 de mayo de 1995, el autor, en situación de alucinación mental y armado de varios cuchillos, irrumpió en el domicilio de una amiga y pariente política, la Sra. A., y se escondió en una alacena. El 17 de agosto de 1995, se declaró culpable de los cargos de encontrarse ilícitamente en el lugar y de causar daños a la propiedad intencionadamente, y se dictó una pena no privativa de libertad, que debía cumplir dentro de la comunidad, más tratamiento psiquiátrico. El 1º de noviembre de 1995, el autor volvió al domicilio de la Sra. A., donde causó daños a la propiedad y amenazó con darle muerte, y fue detenido. El 18 de enero de 1996, el autor volvió a amenazar por teléfono con matar a la Sra. A. y volvió a ser detenido y privado de libertad. A consecuencia de estos dos incidentes, el 10 de mayo de 1996 el autor fue condenado en el Tribunal del condado de Victoria por robo agravado con allanamiento de morada y amenazas de muerte, y fue condenado acumulativamente a una pena de tres años y medio de cárcel (con 18 meses de prisión firme). El autor no apeló contra la sentencia.

e) *Orden de deportación y actuaciones subsiguientes a favor de su revisión*

2.8 El 16 de diciembre de 1996, el autor fue entrevistado por un representante del Ministro con miras a su posible deportación por ser extranjero, llevar en Australia menos de diez años, haber cometido un delito y haber sido condenado a por lo menos un año de prisión. El 21 de octubre de 1996, se le hizo una evaluación psiquiátrica a petición del representante del Ministro⁸. La evaluación, en que se señalaba que no mostraba indicios previos de enfermedad y que adquirió el sentimiento de persecución morboso estando detenido, concluyó que prácticamente no había duda de la relación directa entre el delito que había dado lugar a su reclusión y el sentimiento de persecución que le animaba a causa de su enfermedad [esquizofrenia con tendencias paranoicas]. Se dictaminó que, gracias al

⁸ Informe psiquiátrico del Dr. Douglas R. Bell, psiquiatra principal del Departamento de Servicios Humanos.

tratamiento, existía un riesgo menor de que volviese a realizar actos debidos a su enfermedad, pero seguía necesitando vigilancia psiquiátrica atenta. El 24 de enero de 1997 se le sometió a otra evaluación psiquiátrica, en la que se llegó a conclusiones parecidas⁹. El 8 de abril de 1997, el Ministro ordenó la deportación del autor por este motivo.

2.9 El 24 de abril de 1997, el autor apeló contra la orden de deportación ante el Tribunal Administrativo de Apelación. El 28 de julio de 1997¹⁰ y el 1º de agosto de 1997¹¹, el autor fue sometido a nuevas evaluaciones psiquiátricas. El 26 de septiembre de 1997, el Tribunal Administrativo de Apelación desestimó el recurso del autor, aunque al parecer aceptaba que su enfermedad mental se debía a su prolongada detención por las autoridades de inmigración¹². El 11 de noviembre de 1997, el psiquiatra que había atendido al autor durante el cumplimiento de su pena intervino *motu proprio* en

⁹ Informe psiquiátrico confidencial, de 29 de enero de 1997, del Profesor Patrick McGorry, Centro de Salud Mental de Jóvenes. El médico dictaminó que antes de su detención no había indicios de ninguna enfermedad psiquiátrica y que el estrés producido por sus experiencias en el centro de detención y la incertidumbre acerca de su futuro, que era muy grande por la duración de su detención, habían provocado un cuadro de grave psicosis. No habría desarrollado este grave trastorno psiquiátrico si no hubiese sido objeto de una detención prolongada y de duración indefinida por mucho tiempo. Había tenido que vérselas con el sistema de justicia penal simplemente a consecuencia de una enfermedad psiquiátrica que le causaba alucinaciones que provocaban su comportamiento. Gracias a una medicación apropiada, su estado mental había mejorado mucho.

¹⁰ Informe psiquiátrico, de fecha 5 de agosto de 1997, de la Dra. Elizabeth Warren, del Consultorio Psicológico Healey y Warren. En el informe se señalaba la disposición a seguir el tratamiento indicado y se llegaba a la conclusión de que, entre otras cosas, a medida que se prolongaba la detención, el estado mental de este hombre iba de la ansiedad, la depresión, las tendencias suicidas y la suspicacia a una franca psicosis y a alucinaciones.

¹¹ Informe psiquiátrico confidencial, de 5 de agosto de 1997, del Profesor Patrick McGorry, Universidad de Melbourne. Si bien parecía que, gracias al tratamiento, el autor mostraba un grado de riesgo mínimo y aceptable, se reiteraba que su trauma y morbilidad se habían originado por su prisión prolongada y, en ese momento, indeterminada... que era la causa fundamental de su grave enfermedad mental actual. Esto era así, sobre todo, porque al parecer no había antecedentes familiares de trastorno mental ni ninguna otra causa aparente de vulnerabilidad a este trastorno. El 17 de diciembre de 1998, el mismo experto presentó otro informe en que decía, por ejemplo, que su enfermedad original se debió a su detención inicial después de llegar a Australia.

¹² El Tribunal decidió que había pruebas incontrovertibles de que el estrés y la ansiedad de la detención y la incertidumbre acerca de su futuro habían dado lugar a una grave psicosis. Durante el prolongado período de su detención por las autoridades de inmigración, su salud mental había empeorado mucho. No había indicios de enfermedad mental antes de su detención por las autoridades de inmigración. Pasó más de dos años detenido y solo fue liberado, al parecer, debido a su mala salud mental. *C. c. el Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos.*

favor de este ante el Ministro¹³. El 29 de julio de 1998, fue aceptado el recurso que el autor había interpuesto ante el Tribunal Federal de Australia fundándose en que su trastorno mental y sus circunstancias personales no se habían tomado en cuenta debidamente cuando se evaluó si el delito cometido por el autor al amenazar de muerte era un "delito particularmente grave" que, con arreglo al artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (la Convención), podía justificar su devolución. En consecuencia, el caso fue remitido al Tribunal Administrativo de Apelación. En marzo de 1998, se comenzó a administrar al autor una droga especial (Clorazil), que le produjo una mejoría espectacular.

2.10 El 26 de octubre de 1998, el Tribunal Administrativo, integrado por nuevos funcionarios, volvió a confirmar la decisión de deportarlo tras celebrar otras vistas. El Tribunal decidió que, si bien en el Irán podría volver a tener alucinaciones, que dado su origen étnico y su religión podrían resultar en su pérdida de la libertad, ello no ocurriría "a causa de" su raza o religión. Por consiguiente, la Convención no le era aplicable. Asimismo decidió que, aunque el autor estaba bajo control mientras tomaba el medicamento apropiado¹⁴, pensaba que no estaba enfermo y que existían verdaderas posibilidades de que dejase de tomarlo. Si bien estimó que no era seguro que el autor pudiese conseguir Clorazil en el Irán, no llegó a ninguna conclusión con respecto a la calidad de los servicios de salud en el Irán. No obstante, consideró que existía un grave riesgo de que el autor no procurase obtener un tratamiento apropiado en general, y en particular Clorazil, sin lo cual volvería a tener alucinaciones psicóticas. Consideró que no había pruebas de que el autor seguiría siendo atendido en el Irán si dejaba de tomar su medicación y que las posibilidades de recaída eran mayores en el Irán que en Australia. No llegó a ninguna conclusión acerca de las causas de la enfermedad mental del autor.

2.11 El 23 de noviembre de 1998, el autor volvió a apelar contra la decisión del Tribunal Administrativo ante el Tribunal Federal. El 4 de diciembre de 1998, se concedió al autor la libertad vigilada por su condena

¹³ El psiquiatra Barrie Kenny declaró que la opinión consensuada de quienes habían trabajado con este hombre era que el propio período de detención podía haber dado lugar a las alucinaciones que evidentemente había tenido. (Esta afirmación se basa en la ausencia total de sintomatología previa, el hecho de que en el Irán fue un buen contable y que, cuando se controlan sus alucinaciones, se desenvuelve y actúa muy bien).

¹⁴ Sobre este particular, el Tribunal quedó convencido de que el motivo para que el autor ya no tuviese alucinaciones y pensase con más claridad acerca del lugar que ocupaban en su vida personas como su víctima, había sido el tratamiento con la droga Clorazil y que la posibilidad de que volviera a cometer un delito y poner con ello en peligro a la comunidad era mínimo mientras se le administrara Clorazil; el medicamento Clorazil había dado resultado.

penal en condiciones estrictas¹⁵, pero permaneció detenido por las autoridades de inmigración mientras se examinaba el recurso contra la decisión del Tribunal Administrativo. El 15 de enero de 1999, el Tribunal Federal, en una vista expedita, volvió a aceptar que él recurriese contra la decisión del Tribunal Administrativo y decidió que este Tribunal había interpretado mal la protección que otorgaba el artículo 33 de la Convención¹⁶ y, además, que nuevamente había dejado de considerar como era debido la circunstancia atenuante que constituía el estado mental del autor en el momento de cometer los delitos. El Tribunal remitió el caso al Tribunal Administrativo de Apelación para que celebrara una vista urgente y, por consiguiente, denegó la petición adjunta del autor de excarcelación provisional. El 5 de febrero de 1999, el Ministro recurrió contra la decisión del Tribunal Federal ante el pleno de dicho Tribunal (el pleno), que, el 20 de julio de 1999, aceptó el recurso del Ministro contra el fallo de 15 de febrero de 1999 por considerar que las conclusiones del Tribunal Administrativo en un caso sumamente difícil, aunque discutibles, habían sido posibles gracias a las pruebas y en ellas se habían equilibrado bien los elementos enfrentados¹⁷. El Tribunal señaló que en Australia existe un medicamento [Clorazil] que permite combatir su enfermedad, pero que

¹⁵ El autor hubiera podido ser puesto en libertad condicional en julio de 1997, pero la Junta aplazó su decisión debido a los trámites de deportación iniciados por el Ministro. La Junta de Libertad Vigilada dispuso de un informe psiquiátrico, de fecha 16 de marzo de 1998, que había solicitado al psiquiatra Barrie Kenny, en que se decía, por ejemplo, que el hecho de que se hubiese llegado a ese estado psicótico en detención sin historial previo era un fuerte indicio de que la condición psicótica bien hubiera podido ser provocada por la experiencia de detención prolongada.

¹⁶ Sobre esta cuestión el Tribunal decidió: "Habida cuenta de las conclusiones del Tribunal Administrativo de Apelación sobre lo que podría ocurrir al solicitante al volver al Irán y su conclusión de que la reanudación de la condición psicótica probablemente atraería sobre él la atención de las autoridades y, además, habida cuenta de que por su origen étnico y su religión tal vez pierda su libertad, dictaminó que la conclusión del Tribunal Administrativo de que el autor no está protegido por el párrafo 1 del artículo 33 de la Convención es tan irracional que ningún tribunal razonable podría llegar a ella. El Tribunal Administrativo expuso las circunstancias en que el autor, si fuese devuelto al Irán, podría atraer por estar enfermo la atención de las autoridades y ser encarcelado, en parte debido a que dichas autoridades descubrirían que es un cristiano asirio. Es absurdo que el Tribunal Administrativo sostenga que la libertad del autor no se vería amenazada por su raza y su religión. Por supuesto, el motivo de la persecución tal vez fuese su estado mental pero, cuando existe la probabilidad de persecución debida en parte a un motivo basado en la Convención, poco importa que lo que haya dado lugar a la persecución sea algo ajeno al motivo fundado en esta". *C. c. el Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales*.

¹⁷ El Tribunal aceptó, sin embargo, que la enfermedad del autor se debió a su detención mientras se examinaba su solicitud de un visado de protección. La solicitud fue finalmente decidida en su favor. La enfermedad era un factor importante que llevó al autor a cometer los delitos en que se fundamentaba la posibilidad de su deportación. *Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales c. C.*

dicho medicamento probablemente no estará disponible en el Irán. Por consiguiente, la decisión tenía el efecto de no revocar la orden de deportación. El 5 de agosto de 1999, el autor pidió al Tribunal Supremo autorización especial para recurrir contra la decisión del pleno, solicitud que fue denegada el 11 de febrero de 2000.

f) *Solicitudes al Ministro y actuaciones subsiguientes*

2.12 El 19 de enero de 1999, a raíz de la segunda decisión del Tribunal Federal en favor del autor y en contra del Tribunal Administrativo, y luego en febrero y marzo, el autor pidió al Ministro la revocación de la orden de deportación y el fin de su detención por las autoridades de inmigración, apoyándose en un conjunto importante de opiniones médicas.

2.13 El 11 y el 18 de marzo de 1999, el Ministro decidió que no daría la orden de excarcelación del autor y que este permanecería detenido. El 29 de marzo de 1999, el autor pidió al Tribunal Federal que se sometiera a examen judicial la decisión del Ministro. El 8 de abril de 1999, el autor solicitó una excarcelación provisional mientras el Tribunal Federal adoptaba su decisión sobre la solicitud principal de 29 marzo. El 20 de abril de 1999, el Tribunal Federal rechazó la solicitud del autor de revisión de la decisión del Ministro de mantenerle en detención. El Tribunal consideró que, aunque cabía dudar seriamente de que el Ministro pudiese haber tenido en cuenta una consideración que no venía al caso cuando adoptó su decisión, la prudencia aconsejaba denegar la orden habida cuenta de la inminencia del recurso ante el pleno de la decisión del Tribunal Administrativo de Apelación. El 19 de mayo de 1999, el Ministro dio sus razones para rechazar la puesta en libertad del autor. Consideró, en parte basándose en las decisiones del Tribunal Administrativo de Apelación que habían sido declaradas nulas en instancia de apelación, que la posibilidad de reincidencia del autor era sumamente elevada y concluyó que el autor constituía un peligro permanente para la comunidad y para su víctima. El 15 de octubre de 1999, el Ministro dio respuesta a las solicitudes de 6 y 22 de septiembre de 1999, y de 15 de octubre de 1999, de revocación de la orden de deportación y/o excarcelación provisional en espera de la solución definitiva de su caso. Rechazó la solicitud de excarcelación provisional y declaró que iba a seguir evaluando la petición de revocación de la orden de deportación. En diciembre de 2000, el Ministro se negó a liberar al autor tras nuevas peticiones para que intercediera¹⁸.

La denuncia

3.1 El autor sostiene que se han violado sus derechos con arreglo al artículo 7 de dos formas. En primer lugar,

¹⁸ No está claro si esta fue, o incluía, una decisión sobre la petición de revocación de la orden de deportación que aún estaba pendiente de examen desde que el Ministro aplazó esta cuestión el 15 de octubre de 1999.

fue detenido de tal modo y por tanto tiempo (desde su llegada el 22 de julio de 1992 hasta el 10 de agosto de 1994) que contrajo una enfermedad mental que antes no tenía. Las pruebas médicas concluyen de forma unánime que su grave enfermedad psiquiátrica se debe a su encarcelamiento prolongado¹⁹, y esto ha sido aceptado por el Tribunal Administrativo de Apelación y las instancias judiciales. El autor aduce que inicialmente fue detenido sin ninguna prueba de un peligro de huida o de otro peligro para la comunidad. Hubiera podido ser liberado en las condiciones habituales de fianza o a condición de permanecer en un domicilio fijo o personarse. El autor también alega que su detención actual quebranta el artículo 7²⁰.

3.2 En segundo lugar, el autor afirma que Australia violó el artículo 7, puesto que su proyectada deportación al Irán lo expondría a un peligro real de violación por este país de sus derechos reconocidos en el Pacto, por lo menos el artículo 7 y posiblemente también el artículo 9. Se remite a este respecto a la jurisprudencia del Comité de que, si un Estado parte hace salir a una persona de su jurisdicción y la consecuencia necesaria y previsible es una violación en otra jurisdicción de los derechos de esa persona reconocidos en el Pacto, el propio Estado parte puede cometer una violación del Pacto²¹. Considera que, según el representante del Ministro, el autor tenía motivos para temer la persecución en el Irán por su religión y porque su estado mental podría atraer sobre él la atención de las autoridades, lo que podría conducir a su privación de libertad de una forma que constituyese persecución. En vez de ser desestimado en actuaciones subsiguientes, en realidad el Tribunal Administrativo de Apelación confirmó este punto de vista. Además, el autor aduce que la conducta habitual del Irán apoya la conclusión de que estará expuesto a la violación de sus derechos reconocidos en el Pacto si es deportado²².

3.3 El autor afirma asimismo que su prolongada detención en Australia desde su llegada viola los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del Pacto, pues fue detenido al llegar, con arreglo a las disposiciones obligatorias

¹⁹ Véanse las notas 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 y 15.

²⁰ Este punto se aclara en su exposición posterior (final) de 21 de septiembre de 2001. Véanse los párrafos 5.3 (con la nota 57), 6.3 y 6.5 a 6.8.

²¹ *A. R. J. c. Australia* (Nº 692/1996) y *T. c. Australia* (Nº 706/1996), junto con la Observación general Nº 20 sobre el artículo 7.

²² A este respecto, el autor suministra informes de fecha 14 de diciembre de 1994, 1º de agosto de 1997 y 19 de noviembre de 1999, del Dr. Colin Rubinstein, profesor titular de política del Oriente Medio (Universidad de Monash) y miembro de la Comisión de Asuntos Étnicos de Victoria, en que se enumeran la discriminación real y efectiva de los cristianos, la intimidación efectiva, la campaña más encarnecida desde 1979 contra la pequeña minoría cristiana con el asesinato del clero y la detención de apóstatas, y una erradicación gradual de las iglesias existentes con pretextos legales. La situación de las minorías, entre ellas los cristianos, está claramente empeorando con rapidez. Por consiguiente, es muy probable que el autor se vea confrontado a actos de venganza y persecución real si es devuelto.

(que no facultativas) del (entonces) artículo 89 de la Ley de migración. Esas disposiciones no comprenden la revisión de la detención ni por vía judicial ni por la vía administrativa. El autor considera que su caso está comprendido dentro de los principios sentados por el Comité en sus dictámenes *A. c. Australia*²³, en que sostuvo que la detención, incluso de un inmigrante ilegal, que no fue revisada periódicamente ni se justificaba de ninguna otra forma en el caso particular, violaba el párrafo 1 del artículo 9, y que la falta de una revisión judicial verdadera que incluyese la posibilidad de excarcelación violaba el párrafo 4 del artículo 9. El autor hace hincapié en que, como en el caso de *A*, su prolongada detención no estuvo justificada y que la legislación en vigor tenía el mismo efecto de privarlo de la capacidad de presentar una solicitud efectiva de revisión judicial de la detención. Por estas violaciones del artículo 9, el autor pide indemnización adecuada por su detención con arreglo al párrafo 3 del artículo 2. También alega que su detención actual viola el artículo 9²⁴.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 Mediante comunicación de 1º de marzo de 2001, el Estado respondió acerca de la admisibilidad y el fondo de las denuncias del autor.

4.2 En cuanto a la admisibilidad de las denuncias a tenor del artículo 7, el Estado parte alega que la mayor parte son inadmisibles. Con respecto a la primera denuncia, es decir, que la detención prolongada viola el artículo 7, el Estado parte considera que es infundada, que rebasa el alcance del artículo 7 y que no se han agotado los recursos internos. El autor no ha presentado prueba alguna de hechos o prácticas llevados a cabo por el Estado parte que excedan de la condición de una mera detención y que habrían hecho que tal detención fuese especialmente dura o reprensible. La única prueba es que al autor se le declaró una esquizofrenia con tendencias paranoides durante su detención, pero no se ha presentado prueba alguna de que su enfermedad mental fuera causada por el sometimiento a malos tratos del tipo prohibido por el artículo 7. En segundo lugar, como la queja es en realidad más un ataque contra la detención en sí del autor que contra un trato reprensible o un aspecto reprensible de la detención, no cae dentro del ámbito del artículo 7, como decidió anteriormente el Comité. En tercer lugar, el Estado parte considera que el autor no ha agotado los recursos internos. Podría presentar una queja a la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, que presenta informes en el Parlamento, o al Ombudsman del Commonwealth, que puede recomendar reparaciones, incluida una indemnización.

²³ Nº 560/1993.

²⁴ Esto se aclara en su exposición posterior (final) de 21 de septiembre de 2001. Aunque la denuncia inicial parece limitarse al período inicial de detención, las principales exposiciones del Estado parte también se refieren a la segunda detención desde la perspectiva del artículo 9 (véanse especialmente los párrafos 4.22 a 4.24 y 4.32 a 4.35).

4.3 En relación con la parte de la segunda porción de la denuncia a tenor del artículo 7 en la que se invoca la responsabilidad del Estado parte por la eventual violación en el Irán de los derechos del autor protegidos por el artículo 9, el Estado parte alega que escapa al alcance del artículo 7 y afirma que la prohibición de la devolución conforme al artículo 7 se limita a los casos en que existe peligro de tortura o de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta prohibición no se aplica a las violaciones del artículo 9, puesto que la detención en sí no constituye una violación del artículo 7²⁵. Además, el Comité nunca ha afirmado que el artículo 9 entrañe una obligación comparable de no devolución. El Estado parte interpreta *A. R. J. c. Australia*²⁶ en relación con el planteamiento de que las garantías procesales escapan al ámbito de la prohibición relativa a la no devolución, y alega que, por analogía, tampoco entrarían en esa prohibición las posibles violaciones del artículo 9.

4.4 Con respecto a la admisibilidad de las denuncias hechas con arreglo al artículo 9, el Estado parte no impugna la admisibilidad de la denuncia a tenor del párrafo 1 del artículo 9, pero considera que la denuncia hecha con arreglo al párrafo 4 del artículo 9 es inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos y por ausencia de fundamento. Asimismo, alega que el período inicial de detención del autor fue considerado y declarado legal, tanto por un juez único, como, en apelación, por el pleno del Tribunal Federal. Durante su detención inicial o subsiguiente, el autor no solicitó en ningún momento el hábeas corpus ni invocó la competencia de primera instancia del Tribunal Supremo para obtener un mandato judicial u otro recurso. El Estado parte recuerda que la existencia de meras dudas acerca de la eficacia de los recursos no exime al demandante de intentarlos²⁷. También afirma que la denuncia del autor no es más que una alegación de que no disponía de ningún otro recurso que pudiese intentar para que se le dejase libre, ya sea administrativamente o por decisión de un tribunal. El autor no ha presentado prueba alguna de cómo se ha violado el párrafo 4 del artículo 9 y, como ya se ha afirmado, impugnó de hecho la legalidad de su detención en varias ocasiones. En consecuencia, la denuncia es infundada.

4.5 En cuanto al fondo de las denuncias, el Estado parte considera que todas ellas son infundadas.

4.6 En relación con la primera parte de la denuncia a tenor del artículo 7 (relativa a la detención del autor), el Estado parte señala que, si bien el Comité no ha establecido distinciones inequívocas entre los elementos del artículo 7, sí ha establecido categorías generales. Observa que la tortura tiene que ver con el sometimiento deliberado a tratos destinados a causar sufrimientos de gran intensidad y crueldad para lograr determinado propósito²⁸. Los tratos o penas crueles o

inhumanos se refieren a actos (principalmente durante la detención) que deben alcanzar cierto nivel mínimo de gravedad, pero que no constituyen tortura²⁹. Por tratos o penas "degradantes" se entiende el nivel de violación "más leve" del artículo 7, en que la intensidad del sufrimiento es menos importante que el grado de humillación o denigración de la víctima³⁰.

4.7 En consecuencia, es evidente que, si bien unas condiciones de detención especialmente duras pueden constituir una violación del artículo 7 (independientemente de que el sufrimiento sea físico o psicológico), la detención, por sí sola, no es una violación de ese artículo. En *Vuolanne c. Finlandia* el Comité expresó la opinión de que "para que el castigo sea degradante, la humillación debe exceder determinado nivel y, en todo caso, entrañar otros elementos que vayan más allá del simple hecho de ser privado de libertad"³¹. Asimismo, el Comité ha expresado sistemáticamente la opinión de que incluso los períodos de detención prolongados en la galería de los condenados a muerte no constituyen una violación del artículo 7³². Para que la detención constituya una violación de dicho artículo, debe haber algún elemento censurable en el trato de los detenidos.

Civil and Political Rights, Clarendon Press, Oxford; Nowak (1993), UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, Engel, Kehl. Así, entre los actos que el Comité ha considerado anteriormente como actos de tortura se incluyen las palizas sistemáticas, las descargas eléctricas, la inmersión en una mezcla de agua, sangre y desechos humanos, quemaduras, y la simulación de ejecuciones o amputaciones. (*Grille Motta c. el Uruguay* N° 11/1977; *Burgos c. el Uruguay* N° 52/1979; *Sendic c. el Uruguay* N° 63/1979; *Ángel Estrella c. el Uruguay* N° 74/1980; *Herrera Rubio c. Colombia* N° 161/1983; y *Lafuente c. Bolivia* N° 176/1984.)

²⁹ Se ha concluido que existía violación en las siguientes categorías de situaciones: agresiones directas, condiciones de detención especialmente duras, la reclusión prolongada en celda solitaria y una atención médica y psiquiátrica inadecuada de los detenidos, como, por ejemplo, la imposición de severos castigos corporales (amputación, castración, esterilización, privación de la vista, etc.), palizas sistemáticas, descargas eléctricas, quemaduras, la suspensión prolongada con cadenas por las manos o los pies, la obligación de permanecer de pie durante períodos prolongados, amenazas, la sujeción con ataduras y con los ojos vendados, la exposición al frío, la limitación de los alimentos, la reclusión en régimen de incomunicación, así como la aplicación en circunstancias agravantes de la pena de muerte. Véase *Carballal c. el Uruguay* N° 33/1978; *Massiotti c. el Uruguay* N° 25/1978; *Bequiu c. el Uruguay* N° 88/1981; *Cariboni c. el Uruguay* N° 159/1983; y *Portorreal c. la República Dominicana* N° 188/1984.

³⁰ Entre los actos de esa índole se incluyen prácticas de detención arbitraria con la intención de humillar a los presos o hacer que se sientan inseguros (por ejemplo, reclusión frecuente en régimen de incomunicación, exposición al frío y reubicación frecuente en nuevas celdas): *Conteris c. el Uruguay* N° 139/1983; y la suspensión por unas esposas de reclusas desnudas: *Isoriano de Bouton c. el Uruguay* N° 37/1978 y *Arzuaga Gilbao c. el Uruguay* N° 147/1983.

³¹ *Op. cit.*, en 9.2.

³² *Graham c. Jamaica* N° 461/991; *Kindler c. el Canadá* N° 470/1991; *Johnson c. Jamaica* N° 588/994; *Chaplin c. Jamaica* N° 596/1994.

²⁵ *Vuolanne c. Finlandia*, N° 265/1987.

²⁶ *Op. cit.*

²⁷ *N. S. c. el Canadá* N° 29/1978.

²⁸ McGoldrick, G (1991), *The Human Rights Committee: Its role in the development of the International Covenant on*

4.8 Al evaluar las condiciones generales de detención de los inmigrantes a la luz de estas normas, el Estado parte hace hincapié en que, para garantizar el bienestar de todos los inmigrantes detenidos, ha instituido Normas para la Detención de Inmigrantes que rigen las condiciones de vida de los detenidos en sus centros de detención y en las que se especifica el carácter particular de los servicios que se exigen en el entorno donde permanecen detenidos los inmigrantes. En estas normas se abordan la protección de la vida privada de los detenidos; la atención de la salud y la seguridad; las actividades espirituales, sociales, educativas y de esparcimiento; los servicios de interpretación; y la capacitación del personal del centro de detención en materia de diversidad cultural y otros temas afines. El Estado parte afirma que las condiciones en el Centro de Detención de las Autoridades de Inmigración (MIDC) son humanitarias y garantizan la comodidad de los residentes mientras esperan la respuesta a sus solicitudes de visado.

4.9 Por lo que respecta a la situación particular del autor, en ningún momento durante su detención presentó queja alguna al Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales, al Ombudsman del Commonwealth, a la Comisión de Derechos Humanos y de Igualdad de Oportunidades o al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, no obstante haberse informado adecuadamente de las posibilidades de hacerlo. El autor recibió en todo momento un trato humanitario en el MIDC, y el personal del Centro asignó una prioridad especial a su integridad física y mental y a su bienestar, muy por encima del nivel ordinario de atención. Por ejemplo, a raíz de sus quejas por el nivel de ruido, el personal del Centro redujo el volumen del sistema de anuncios y redujo el número de veces que se usaba el sistema durante el día. Además, cuando se quejó de que no podía dormir a causa del ruido en la zona de los dormitorios, se buscó una solución para que pudiese dormir mejor. Asimismo, antes de su excarcelación y de que se le entregase a su familia, el personal del Centro dispuso que se le llevase a ver a sus familiares quincenalmente para comer con ellos y escapar a la rutina del Centro. Por último, el 10 de agosto de 1994 el autor fue confiado de manera permanente a la atención de su familia cuando se estimó que su condición psicológica justificaba esa medida. Además, en todo momento se le prestó atención médica adecuada y profesional.

4.10 En relación con la evolución de la esquizofrenia paranoide del autor, el Estado parte afirma que existen textos convincentes que indican que hay predisposición genética a la esquizofrenia³³. Así pues, aunque es muy

³³ Davidson, G. C. y Neale, J. M. (1994), *Abnormal Psychology* (sexta edición), John Wiley & Sons, Brisbane; Gottesman, I. I., McGuffin, P. y Farmer, A. E. (1987), Clinical genetics as "clues" to the real genetics of schizophrenia, *Schizophrenia Bulletin*, 13, 23 a 47; Dworking, R. H., Lenzenwenger, M. F. y Moldin, S. O. (1987), Genetics and the phenomenology of schizophrenia. En P. D. Harvey y E. F. Walker (eds.), *Positive and negative symptoms of psychosis*,

lamentable que los síntomas esquizofrénicos del autor se manifestaran durante su detención, lo más probable es que haya tenido una predisposición a contraer esa enfermedad, y el desarrollo de esta no es necesariamente reflejo de las condiciones en las que estuvo detenido. Reconociendo que toda privación de libertad puede causar cierta tensión psicológica, esa tensión emocional no constituye un trato cruel, inhumano o degradante (y, desde luego, no constituye un castigo). En todo caso, las pruebas médicas indican que el desarrollo de la esquizofrenia no está vinculado a la experiencia de un importante factor estresante.

4.11 En relación con la segunda parte de las reclamaciones en virtud del artículo 7 (relativa a la futura violación de sus derechos en el Irán en caso de deportación), el Estado parte acepta que tiene una obligación limitada de no exponer al autor a la violación de sus derechos con arreglo al Pacto devolviéndolo al Irán³⁴, pero afirma que esta obligación no se aplica a todos los derechos enunciados en el Pacto y que se limita solamente a los derechos más fundamentales relacionados con la integridad física y psíquica de la persona³⁵. Según la jurisprudencia del Comité, el Estado parte entiende que esta obligación solo se ha examinado en relación con el peligro de ejecución (art. 6)³⁶ y de tortura (art. 7) en caso de que el autor regresara al Irán, y, en consecuencia, reconoce que esta obligación se limita a estos dos derechos con arreglo a los artículos 6 y 7. En relación con el artículo 7, la prohibición debe guardar claramente relación con el fondo del artículo y, por lo tanto, solo puede abarcar el peligro de tortura y, posiblemente, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El Estado parte considera que el propio Comité ha afirmado que la prohibición con arreglo al artículo 7 no se aplica, por ejemplo, a las debidas garantías procesales con arreglo al artículo 14³⁷. Añade que es una práctica bien establecida que el riesgo de una violación del artículo 7 debe ser real en el sentido de que ese riesgo debe ser consecuencia necesaria y previsible del regreso del interesado³⁸.

4.12 En este caso, el Estado parte rechaza la alegación del autor de que la consecuencia necesaria y previsible de su devolución al Irán será la tortura o los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por tres razones.

Elrbaum Hillsdale, N. J.; Gottesman, I. I. y Shields, J. (1972), *Schizophrenia and genetics: A twin study vantage point*, Academic Press, Nueva York; Rosenthal, D. (1970), *Genetic theory and abnormal behaviour*, McGraw-Hill, Nueva York; y Fischer, M. (1971), Psychosis in the off-spring of schizophrenic monozygotic twins and their normal co-twins, *British Journal of Psychiatry*, 118, 43 a 52.

³⁴ Observación general N° 20 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10 de abril de 1992, párr. 9.

³⁵ *A. R. J. c. Australia* N° 692/1996.

³⁶ *Kindler c. el Canadá, op. cit., Cox c. el Canadá* N° 539/1993; Observación general N° 20 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de abril de 1992.

³⁷ *Op. cit.*

³⁸ *Ibid.*

4.13 En primer lugar, el reconocimiento de la condición de refugiado del autor se basó en muchas consideraciones distintas del riesgo de una violación del artículo 7. El Estado parte afirma que el reconocimiento de la condición de refugiado se basó en que podría ser víctima de "persecución" en caso de regresar, y aduce que por "persecución" puede entenderse un acoso persistente por las autoridades o con el conocimiento de estas³⁹. El significado fundamental de "persecución" incluye, desde luego, la privación de la vida o de la libertad física, pero también abarca acosos como la denegación del acceso al empleo, al ejercicio de las profesiones o a la educación y la limitación de las libertades reconocidas tradicionalmente en una sociedad democrática, como la libertad de expresión, de reunión, de culto o de circulación⁴⁰. En el momento de conceder la solicitud del autor, se tuvieron en cuenta factores como la discriminación en el empleo, la educación y la vivienda, las dificultades con las que tropezaba para practicar su religión y el deterioro a la sazón de la situación de los derechos humanos en el Irán. Así pues, la persecución es un concepto mucho más amplio que el recogido en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el reconocimiento de la condición de refugiado no debe conducir al Comité a la conclusión de que una consecuencia necesaria y previsible del regreso del autor al Irán es que sea víctima de violaciones del artículo 7.

4.14 En segundo lugar, el Estado parte afirma que en los informes del doctor C. Rubinstein sobre la situación de los derechos humanos en el Irán⁴¹, en los que se basa el autor, se tergiversan los hechos. Alega que la situación de los derechos humanos en el Irán ha mejorado mucho en los últimos años después de la elección de un Presidente y un Gobierno reformistas y se remite a la declaración de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de abril de 2000 en la que se celebra el informe del Representante Especial de la Comisión sobre el mejoramiento de la situación de los derechos humanos en el Irán⁴². Existen indicaciones de que las relaciones entre el Gobierno del Irán y los cristianos asirios están mejorando considerablemente⁴³.

³⁹ Hathaway, J. C. (1991), *The law of refugee status*, Butterworths, Toronto; Goodwin-Gill, G. S. (1996), *The refugee in international law* (segunda edición), Clarendon Paperbacks, Oxford.

⁴⁰ Goodwin-Gill, G. S. (1996), *The refugee in international law* (segunda edición), Clarendon Paperbacks, Oxford.

⁴¹ Véase la nota 22.

⁴² E/CN.4/2000/35.

⁴³ El Estado parte cita la visita del Presidente Khatami a una iglesia asiria el día 17 de septiembre de 2000, en la que destacó que deseaba obrar para "allanar las diferencias y trabajar para que todos los iraníes, musulmanes o no musulmanes, puedan vivir juntos y gozar de las satisfacciones de una vida decente y honorable" (IRNA, 17 de septiembre de 2000), los recientes elogios de un arzobispo iraní a funcionarios del país por salvaguardar las libertades religiosas de las minorías étnicas (IRNA, 30 de julio de 2000) y el hecho de que en 1998 el Presidente Khatami fue invitado de honor en la conferencia anual de la Alianza Universal Asiria.

4.15 El Estado parte alega que, según parece, la injerencia oficial en las actividades religiosas cristianas se limita a las confesiones cristianas que practican el proselitismo y a los musulmanes que abandonan el islam para hacerse cristianos, y afirma que los cristianos asirios no buscan activamente las conversiones y, de hecho, tienden a desalentar a los musulmanes de que se conviertan a su fe. Según información proporcionada por la Misión del Estado parte en el Irán, esto significa que son objeto de una observación y un acoso mucho menores que los miembros de otras confesiones cristianas y minoritarias. Hasta donde tiene conocimiento el Gobierno del Estado parte, las detenciones, agresiones y matanzas de cristianos a que se hace referencia en los informes del doctor Rubinstein representan incidentes aislados y no guardan relación con los asirios, sino más bien con los cristianos evangélicos y los apóstatas.

4.16 La Misión del Estado parte en el Irán ha informado además de que los cristianos asirios, si respetan las leyes del país, pueden llevar una vida normal sin que nadie los moleste. Desde hace ya cierto tiempo han dejado de ser blanco de discriminación por parte del Gobierno del Irán. Además, se desprende claramente de la información proporcionada por el Estado parte que los cristianos asirios nunca han sido sometidos al mismo grado de acoso que otras religiones minoritarias, ya que se les ha permitido en general desplegar sus actividades religiosas sin injerencia alguna. Todo parece indicar también que últimamente los cristianos asirios han podido reforzar su situación política. El Presidente Khatami se ha reunido concretamente con el representante cristiano asirio del Majlis (Parlamento), Sr. Shamshoon Maqsdpour, quien también ha podido introducir modificaciones en la legislación iraní para eliminar toda discriminación reglamentaria en el empleo de cristianos.

4.17 El Estado parte entiende asimismo que en 1999 la Comisión Islámica de Derechos Humanos, afiliada al poder judicial iraní, dio una mejora de los derechos de las minorías religiosas en el Irán. Este esfuerzo debe considerarse conjuntamente con la firme decisión adoptada recientemente por el Gobierno del Irán de promover el respeto por el imperio de la ley, lo que incluye la eliminación de las detenciones y encarcelamientos arbitrarios y la armonización del sistema jurídico y penitenciario con las normas internacionales⁴⁴.

4.18 Sin embargo, el Estado parte reconoce que el autor y su familia fueron objeto de cierto acoso por parte de los *pasdahs* (jóvenes justicieros) en el Irán. En una ocasión, el autor fue detenido por *pasdahs*, interrogado en relación con el contenido de ciertas casetes que llevaba en su vehículo y puesto en libertad 48 horas después, tras recibir algunos golpes en el rostro. En otra ocasión, su familia fue detenida por *pasdahs* durante unas 24 horas por haber servido bebidas alcohólicas en una fiesta. Luego los dejaron irse sin causarles ningún daño físico. El Estado parte afirma que estos aconteci-

⁴⁴ E/CN.4/2000/35.

mientos ocurrieron hace ya algunos años y que nada parece indicar que los *pasdahs* hayan querido acosar específicamente al autor o a su familia. Estos dos incidentes no representan una persecución personal contra el autor, que no es un cristiano asirio conspicuo.

4.19 El Gobierno de Australia afirma que la situación real del cristiano asirio en el Irán es mucho más favorable de lo que describe el doctor Rubinstein. En la mayoría de los casos, los cristianos asirios pueden practicar su religión y llevar una vida normal sin acoso por parte de las autoridades iraníes. Aunque todavía pueden ser objeto de cierta discriminación en la esfera de la vivienda, la educación y el empleo, se observan fuertes indicios de que el Gobierno del Irán se está esforzando cada vez más para allanar las diferencias con los cristianos asirios en concreto, y para mejorar la situación de los derechos humanos en el Irán en general.

4.20 En tercer lugar, en relación con los posibles efectos de la condición psiquiátrica del autor, el Estado parte entiende, por lo que le informa su Misión en el Irán, que las autoridades médicas iraníes tienen un buen dominio de las enfermedades mentales, que en el Irán puede dispensarse una atención apropiada y amplia, tanto en el hogar como en hospitales, a las personas que padecen de enfermedades mentales (incluida la esquizofrenia paranoide). Además, en los trámites de admisión en los hospitales no se pide al paciente que señale a qué religión pertenece y nada parece indicar que exista alguna limitación al pleno acceso de los cristianos asirios a los servicios psiquiátricos. Que el Estado parte sepa, no hay precedente alguno de personas detenidas arbitrariamente o víctimas de las violaciones enunciadas en el artículo 7 solo porque padezcan una enfermedad mental.

4.21 El Estado parte afirma que ha adoptado todas las medidas posibles para inculcar al autor la naturaleza de su condición y para animarlo a que se siga sometiendo a tratamiento, y que le proporcionará toda la documentación médica necesaria para que siga recibiendo atención médica una vez que regrese al Irán. La afirmación de que no se sometería a tratamiento médico al regresar a ese país es una conjetura y el autor ha cooperado siempre durante su tratamiento en Australia. Así pues, no puede afirmarse con seguridad alguna que una consecuencia necesaria de su regreso al Irán sea la suspensión del tratamiento. Aun cuando decidiese suspenderlo, no se derivaría necesariamente de ello un comportamiento tal que la expulsara a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El carácter de la esquizofrenia paranoide conlleva que todo incidente de comportamiento violento o extraño esté directamente vinculado con los delirios del paciente. Por lo tanto, los esquizofrénicos paranoides no presentan un comportamiento general y sistemáticamente agresivo o anormal. Todo comportamiento de esa índole se limita al objeto de sus ideas delirantes. En el caso del autor, dicho comportamiento se ha limitado a personas muy concretas y sus antecedentes no revelan un historial de comportamiento generalmente agresivo o histérico frente a los funcionarios o en las audiencias oficiales. Por lo tanto, el Estado parte no considera que, como

consecuencia necesaria del regreso del autor al Irán, este sería objeto de una reacción adversa por parte de las autoridades iraníes.

4.22 En relación con las reclamaciones del autor en virtud del artículo 9, el Estado parte también las considera infundadas. Aclara desde un principio que la "detención inicial" se prolongó, en cumplimiento de la ley, desde el momento de su detención al llegar al país hasta la expedición del visado de protección en marzo de 1995, aún cuando en la práctica se le confió excepcionalmente al cuidado de su familia en agosto de 1994, ya que normalmente las personas permanecen legalmente detenidas hasta su expulsión o la concesión del permiso para permanecer en Australia. En cuanto a la "detención actual" en espera de la ejecución de una orden de deportación, dicha detención no es preceptiva y el Ministro puede disponer la libertad del detenido si lo juzga conveniente.

4.23 En relación con la denuncia con arreglo al párrafo 1 del artículo 9, el Estado parte alega que la prohibición de la privación de libertad no es absoluta⁴⁵. Si bien una detención debe ser lícita en el ordenamiento jurídico interno, se afirma que, para establecer el elemento ulterior de arbitrariedad en un determinado caso, es fundamental determinar si las circunstancias en las que se detuvo a la persona fueron siempre "razonables" y "necesarias" o de lo contrario arbitrarias, en el sentido de que la detención fue inapropiada, injusta o impredecible. El Estado parte hace hincapié en que la jurisprudencia del Comité no sugiere que la detención de recién llegados sin autorización o la detención durante un período especialmente prolongado han de considerarse arbitrarias de por sí⁴⁶, sino más bien que el factor determinante no es la duración de la detención sino que los motivos de la detención sean razonables, necesarios, proporcionados, apropiados y justificables en el caso de que se trate.

4.24 En el caso de que se trata, el Estado parte afirma que la detención del autor fue y es lícita, y razonable y necesaria en todas las circunstancias. En consecuencia, sobre la base de los hechos se la puede distinguir claramente del caso de *A. c. Australia*.

4.25 En cuanto a la detención inicial, fue legal con arreglo al artículo 89 de la Ley de migración de 1958. La detención fue confirmada judicialmente dos veces. Con respecto a la arbitrariedad, tanto las disposiciones de la Ley de migración con arreglo a las cuales se detuvo al autor, como las circunstancias particulares de su caso, justificaron su detención necesaria y razonable.

⁴⁵ Esto se confirma en los trabajos preparatorios de redacción del párrafo 1 del artículo 9, que indican que los redactores consideraron explícitamente la detención de extranjeros para el control de la inmigración como una excepción a la norma general de que ninguna persona será privada de su libertad.

⁴⁶ En *A. c. Australia, op. cit.*, el período de detención de los inmigrantes fue un factor para calificar la detención de arbitraria, pues "la detención no debe prolongarse más allá del período del que el Estado pueda aportar una justificación".

4.26 El Estado parte subraya que la detención obligatoria de los inmigrantes es una medida excepcional reservada principalmente para quienes llegan a Australia sin autorización⁴⁷. Es necesario verificar que las personas que ingresan en Australia tienen derecho a hacerlo y velar por que se mantenga la integridad del sistema de migración. La detención de los recién llegados no autorizados permite asegurarse de que no ingresan en Australia antes de que se hayan evaluado debidamente sus alegaciones para determinar si se justifica su ingreso. También ofrece a los funcionarios un acceso efectivo a dichas personas para investigar y tramitar sus alegaciones sin demora y para que, si estas resultan injustificadas, puedan expulsarlas lo antes posible. El Estado parte alega que la detención de los recién llegados no autorizados es coherente con los derechos fundamentales de la soberanía, incluido el derecho de los Estados a controlar el ingreso de personas en su territorio. Como el Estado parte no tiene un sistema de tarjetas de identidad u otros documentos para el acceso a los servicios sociales, resulta más difícil detectar, vigilar y capturar a los inmigrantes ilegales en la comunidad que en los países donde sí existe un sistema de esa índole⁴⁸.

4.27 La experiencia del Estado parte es que, si no se controla rigurosamente la detención, es muy probable que los inmigrantes huyan, convirtiéndose en prófugos dentro de la comunidad. En algunos casos, también han huido algunos recién llegados no autorizados que habían sido alojados en albergues no cercados para inmigrantes, con la obligación de presentarse periódicamente a las autoridades. Asimismo había sido difícil lograr la cooperación de las comunidades étnicas locales para localizar a esas personas⁴⁹. Así pues, existía la sospecha razonable de que si no se detenía a las personas sino que se les concedía la libertad provisional en la comunidad, estas se sentirían muy tentadas de no respetar las condiciones de su libertad y de desaparecer en la comunidad. El Estado parte repite que todas las solicitudes de ingreso o estadía se examinan a fondo caso por caso y que, en consecuencia, su política de detener a los recién llegados no autorizados es razonable⁵⁰, proporcionada y necesaria en todas las circunstancias. Por lo tanto, las disposiciones con arreglo a las que se detuvo al autor, que imponían la detención obligatoria, no fueron arbitrarias, sino justificables y proporcionadas por las razones expuestas.

4.28 Además, los factores particulares de la detención del autor indican también que no hubo arbitrariedad. Llegó al país con un visado de visitante pero sin billete de avión de regreso, y cuando se le interrogó en el aero-

puerto se detectaron varias declaraciones falsas en su solicitud de visado. Entre estas figura la afirmación de que sus padres vivían en el Irán, cuando en realidad su padre había fallecido y su madre vivía en Australia, donde había solicitado que se le reconociese la condición de refugiada. También dijo que disponía de 5.000 dólares para el viaje, pero llegó sin dinero y mintió en la entrevista a este respecto. Había comprado un billete de ida y vuelta para obtener el visado, pero lo había devuelto contra reembolso una vez concedido este. Por ello, podía sospecharse razonablemente que, si se le permitía ingresar en Australia, pasaría a ser un inmigrante ilegal. En consecuencia, fue necesario detenerlo para evitar que huyera de la justicia, y la detención no fue desproporcionada respecto de los fines deseados, ni imprevisible, puesto que las disposiciones de detención pertinentes llevaban vigentes cierto tiempo y estaban publicadas.

4.29 El Estado parte también considera que existían otras razones para mantener al autor detenido, en espera de la tramitación de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. No se preveía que la tramitación de la solicitud se prolongara indebidamente de modo que se justificase su puesta en libertad. La tramitación y los recursos interpuestos fueron abordados expeditivamente por la primera instancia decisoria y el órgano de examen, y el autor permaneció detenido poco más de dos años. La solicitud original fue tramitada en menos de dos meses, y el primer examen de la decisión tardó unas seis semanas. El plazo total entre la presentación de la primera solicitud el 23 de julio de 1992 y la conclusión de la tramitación inicial y los diversos procesos administrativos de examen de la primera solicitud de otorgamiento de la condición de refugiado fue inferior a un año.

4.30 El Estado parte alega que, una vez que se hizo evidente que la prolongación de la detención no favorecería el tratamiento de la enfermedad mental del autor, se confió a este al cuidado de su familia. Así pues, si bien la detención era preceptiva, no fue arbitraria, y la política en la que se basaban las disposiciones de detención era lo suficientemente flexible para autorizar la libertad del detenido en circunstancias excepcionales. Por lo tanto, no puede afirmarse que no existieran los fundamentos para que pudiese solicitar su puesta en libertad, ya sea administrativa o judicialmente.

4.31 El Estado parte discrepa del dictamen del Comité en *A. c. Australia* y señala que existen algunas diferencias de hecho con ese caso. En primer lugar, el período de detención ha sido considerablemente menor (unos 26 meses y no 4 años). En segundo lugar, el plazo necesario para tramitar la solicitud inicial fue considerablemente menor (menos de 6 semanas contra 77 semanas). En tercer lugar, en este caso, no hay nada que sugiera que el período y las condiciones de detención impidieran al autor el acceso a un abogado o las visitas familiares. Por último, se le permitió salir de los lugares habituales de detención para confiarlo al cuidado y la custodia de sus familiares en ejercicio de las facultades discrecionales del poder ejecutivo.

⁴⁷ Respuesta del Gobierno de Australia, en el párrafo 5, al dictamen del Comité en *A. c. Australia*.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Comunicación del Gobierno de Australia en cuanto al fondo en el caso de *A. c. Australia*.

⁵⁰ El Tribunal Supremo también ha determinado que las disposiciones en materia de detención obligatoria son razonables en relación con el ordenamiento constitucional interno: *Lim c. el Ministerio de Inmigración y Asuntos Étnicos* (1992) 176 CLR 1.

4.32 En cuanto a la detención actual, se ha mantenido al autor legalmente detenido en un centro de detención para inmigrantes conforme a los artículos 253 y 254 de la Ley de migración de 1958, puesto que se le concedió la libertad condicional en relación con su sentencia de cárcel el 4 de diciembre de 1998. Lejos de ser arbitraria, es necesaria y razonable en todas las circunstancias y proporcionada al fin deseado, a saber, evitar que huya de la justicia mientras se tramita su deportación y proteger a la comunidad australiana. Una vez agotados los recursos, el Estado parte aplazó la deportación en atención a la solicitud del Comité con arreglo al artículo 86 en espera de la conclusión del caso. Además, el Estado parte afirma que es razonable sospechar que el autor violaría las condiciones de su libertad condicional y que huiría de la justicia en caso de ser puesto en libertad.

4.33 El Estado parte señala que su Ministro de Inmigración examinó personalmente la justificación de la detención continua del autor en varias ocasiones, y su decisión de 11 de marzo de 1999 de no conceder la libertad al autor fue examinada por el Tribunal Federal, que la estimó justificada. Las razones de la decisión del Ministro indican claramente que esta no fue arbitraria. Todos los factores pertinentes fueron tenidos en cuenta para llegar a la decisión de no conceder la libertad al autor, sobre la base de que era muy probable que este incurriera en una nueva violación y de que representaba un peligro permanente para la comunidad y en particular para su víctima, la Sra. A.

4.34 En relación con la denuncia en virtud del párrafo 4 del artículo 9, el Estado parte señala que el interesado debe poder impugnar la legalidad de la detención, y rechaza la sugerencia del Comité en *A. c. Australia* de que la "legalidad" en esta disposición no se limitaba al cumplimiento de la legislación interna y que debía ser compatible con el párrafo 1 del artículo 9 y las demás disposiciones del Pacto. Alega que no hay nada en las condiciones o la estructura del Pacto, ni en los trabajos preparatorios o en las observaciones generales del Comité, que apoye esa opinión.

4.35 El Estado parte señala los diversos mecanismos previstos en su legislación para impugnar la legalidad de la detención⁵¹ y dice que el autor pudo acogerse a ellos en todo momento. Repite que, en relación con la primera detención, el autor nunca solicitó directamente ante los tribunales su revisión, sino que solicitó al Ministro que le concediese la libertad provisional en espera del resultado de su apelación de la denegación del otorgamiento de la condición de refugiado. El tribunal confirmó dos veces el rechazo de la solicitud por el Ministro. En cuanto a la detención actual, aunque pretendía que se le concediese la libertad provisional, en ningún momento ha impugnado directamente la legalidad

⁵¹ El artículo 75 v) de la Constitución y el procedimiento de hábeas corpus. Recuerda el examen de la justificación de la detención por parte del Tribunal Supremo, para llegar a la conclusión de que las disposiciones análogas de internamiento preceptivo fueron constitucionales en el caso *Lim c. el Ministerio de Inmigración, op. cit.*

de su detención. Por lo que toca a la detención actual, el Estado parte señala que el autor ha intentado varias veces, sin éxito, que el Ministro y el Tribunal Federal le concediesen la libertad. El hecho de que los tribunales no fallaran en favor del autor no es prueba de una violación del párrafo 4 del artículo 9. En todo caso, no procuró aprovechar los medios de que disponía para impugnar directamente la detención. El Estado parte se remite al caso *Stephens c. Jamaica*⁵² en relación con la hipótesis de que el no aprovechamiento de un recurso disponible de, por ejemplo, hábeas corpus no es prueba de una violación del párrafo 4 del artículo 9.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En una exposición de 16 de mayo de 2001, el autor respondió a las afirmaciones del Estado parte.

5.2 En cuanto a la afirmación del Estado parte sobre los recursos internos disponibles, el autor señala la jurisprudencia del Comité según la cual debe entenderse que esos recursos son recursos judiciales, especialmente en los casos de violación grave de los derechos humanos⁵³, como la detención arbitraria y prolongada. En todo caso, no existe obligación de valerse de recursos que no son aplicables ni efectivos⁵⁴ y ni la presentación de una reclamación ante la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades ni la de una queja ante el Ombudsman tienen como consecuencia una orden vinculante para el Estado⁵⁵. En cuanto a la posibilidad de presentar un recurso de hábeas corpus ante el Tribunal Supremo, sería inútil dado que este ha confirmado la validez de las leyes de detención obligatoria⁵⁶.

5.3 En respuesta a la afirmación del Estado parte de que no existen pruebas de que una violación del artículo 7 provocó la enfermedad mental del autor, el autor se refiere a la serie de evaluaciones psiquiátricas que se le hicieron durante un largo período de tiempo, que se presentaron con la comunicación, junto con un nuevo reconocimiento. En todas ellas se establece un nexo de causalidad específico entre la detención y la enfermedad psiquiátrica⁵⁷. El autor critica al Estado parte por afirmar

⁵² N° 373/1989.

⁵³ *R. T. c. Francia*, N° 262/1987, y *Vicente c. Colombia*, N° 612/1995.

⁵⁴ *Ellis c. Jamaica*, N° 276/1988.

⁵⁵ El autor cita el rechazo por el poder ejecutivo de dos informes recientes de la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades en los que se consideraba que algunos aspectos de la política de asilo del Estado parte violaban las normas internacionales.

⁵⁶ *Lim c. Australia, op. cit.*

⁵⁷ Véase la nota 17 con respecto a las evaluaciones originales. En el informe psiquiátrico adicional, de fecha 7 de mayo de 2001, el Profesor adjunto Harry Minas, del Centro de Salud Mental Internacional, consideraba que, aunque los factores genéticos son importantes cuando existe una predisposición al desarrollo de este tipo de enfermedad, muy a menudo se da el caso de que la aparición de la enfermedad se debe a demasiado estrés. El estrés de la detención prolongada

en cambio, basándose en obras generales sobre psiquiatría, que la enfermedad mental del autor se debió a su predisposición y no a la detención prolongada, e invita al Comité a preferir las evaluaciones hechas al propio autor. Asimismo, sostiene que la afirmación del Estado parte sobre las condiciones de vida en el centro de detención de las autoridades de inmigración no es pertinente, porque la reclamación por violación del artículo 7 se refiere a la detención del autor durante un período prolongado, a sabiendas de que se estaba produciendo un grave trauma psicológico. Al menos desde el 19 de agosto de 1993, las autoridades del Estado parte estaban enteradas de la existencia de ese trauma y el hecho de mantener detenido al autor a pesar de todo constituye el "elemento censurable" mencionado en el artículo 7.

5.4 En cuanto a la pretensión de violación del artículo 7 en caso de devolución al Irán, el autor observa que estaba claro que la forma de persecución en que pensaba la representante del Ministro el 8 de febrero de 1995 cuando otorgó el estatuto de refugiado estaba relacionada con los derechos enunciados en el artículo 7⁵⁸. Le pareció que había una posibilidad real de que fuese privado de libertad en condiciones que constituyeran persecución en virtud de la Convención [sobre los Refugiados], lo que, según el autor, claramente trasciende de la detención propiamente dicha. El autor también rechaza la suposición del Estado parte de que en el Irán la situación ha mejorado hasta el punto de que no exista un peligro previsible de violación de sus derechos. El informe del Representante Especial a que ha hecho referencia el Estado parte no es ni mucho menos concluyente en lo relativo al mejoramiento de la situación de los derechos humanos, puesto que se indica que en el Irán todavía queda mucho por hacer en materia de derechos humanos y que es necesario hacer más esfuerzos al respecto. Además, en el informe subsiguiente del Representante Especial se consideraba que las minorías seguían "olvidadas" y que "queda[ba] un largo camino por recorrer para lograr un enfoque más receptivo de los intereses de las minorías, tanto étnicas como religiosas"⁵⁹. El autor afirma también que las pruebas psicológicas contradicen la afirmación del Estado parte de que, en caso de devolución, no dejaría de tomar sus medicamentos o, en caso de que lo hiciera, no reaccionaría de una manera que pudiera ocasionarle dificultades con las autoridades del Irán. El autor señala que no se sabe si podrá conseguir sus medicamentos en el Irán.

5.5 En cuanto a la reclamación en virtud del artículo 9, el autor afirma que en *A. c. Australia* se estableció de manera concluyente que la política de la detención obli-

y del alargamiento del proceso judicial, junto a la incertidumbre sobre su suerte, bastaría para provocar esta enfermedad en una persona con la predisposición correspondiente. Se consideraba que el autor estaba en ese momento clínicamente sano desde hacía por lo menos dos años, quizás tres.

⁵⁸ Véase el párrafo 2.6.

⁵⁹ E/CN.4/2001/39.

gatoria violaba lo dispuesto en los párrafos 1 y 4 del artículo 9 y que en el presente caso se debería adoptar la misma postura, porque no es distinto desde el punto de vista de los hechos. El autor vino claramente para pedir asilo, y lo hizo a las 24 horas de su llegada. Es descabellado sugerir que su detención inicial durante dos años se justificaba por las declaraciones falsas sobre el paradero de sus padres y los fondos que poseía. Durante ese período no se hizo un examen administrativo de la detención y los intentos de lograr una revisión judicial fracasaron porque no hay facultad que permita la liberación. Fue excarcelado el 10 de agosto de 1994 debido al empeoramiento de su estado psicológico, después de dos años de detención sin posibilidad de revisión, como demuestra la inutilidad de las solicitudes anteriores al Tribunal Federal para que examinara la decisión de mantenerlo detenido. La prolongación de la detención no se justifica, porque en tres informes psiquiátricos de marzo de 2000 (presentados al Ministro) se indicaba que la puesta en libertad del autor no crearía ningún peligro, que había que considerar que ya no representaba un riesgo importante para nadie y que no constituía un riesgo ni para su anterior víctima ni para la comunidad en Australia⁶⁰. El autor también presenta otro informe psiquiátrico de fecha 7 de mayo 2001 en que se consideraba que estuvo curado totalmente durante varios años y no constituía ninguna amenaza para la comunidad, ni en particular ni en general⁶¹.

Otros comentarios del Estado parte y del autor

6.1 En una exposición de 16 de agosto de 2001, el Estado parte reitera determinados argumentos anteriores y aduce otros nuevos. En cuanto a la admisibilidad, el Estado parte rechaza la interpretación que hace el autor del caso *R. T. c. Francia*⁶² de que solo hay que agotar los recursos judiciales, porque la decisión se refiere a los recursos judiciales "ante todo". Del requisito de agotamiento de los recursos no se excluyen otros recursos administrativos⁶³ y no se excluye pues, por ejemplo, la presentación de quejas a la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades. Análogamente, según el Estado parte, en el caso *Vincente c. Colombia*⁶⁴ solo se excluyen los recursos administrativos que no sean eficaces. El Estado parte afirma asimismo que el Comité prescindió del recurso interpuesto en *Ellis c. Jamaica*⁶⁵ (solicitud de gracia en un caso de pena capital) por ser ineficaz y no por ser inaplicable, como afirma el autor. En este caso, por el contrario, el Estado parte afirma que sus recursos administrativos son efectivos, que el autor no hizo uso de

⁶⁰ Informes del Profesor McGorry, de 17 de marzo de 2000, del Dr. Kenny, de 7 de marzo de 2000, y del Dr. Kulkarni, de 10 de marzo de 2000.

⁶¹ Profesor adjunto Harry Minas, Centro de Salud Mental Internacional, 7 de mayo de 2001 (véase la nota 57).

⁶² *Op. cit.*

⁶³ En *Maille c. Francia* (Nº 689/1996) se consideró que la comunicación no era admisible porque no se habían agotado los recursos administrativos.

⁶⁴ *Op. cit.*

⁶⁵ *Op. cit.*

ellos y que no se han cumplido por tanto los requisitos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.2 En respuesta a la afirmación del autor de que había un elemento censurable adicional según el artículo 7 por cuanto no lo pusieron en libertad a pesar de conocer el daño psicológico causado por la detención prolongada, el Estado parte señala que, de hecho, el Ministro fue quien ordenó su libertad porque consideró que los cuidados de su familia serían benéficos para su salud mental.

6.3 El Estado parte también pensó que la reclamación original en virtud del artículo 7 se refería únicamente a la detención inicial, pero le parece que los comentarios posteriores del autor (y la referencia al informe psiquiátrico del 7 de mayo de 2001 en el que se evalúa el estado actual del autor) constituyen una nueva alegación con respecto a la detención *actual*. El Estado parte responde que no hay nada que indique que la detención actual sea especialmente dura o censurable de modo que constituya una violación del artículo 7. Observa que en el informe de 7 de mayo de 2001 se declaró que la salud mental del autor era buena y no se proporcionaba ninguna prueba de actos o prácticas que pudieran indicar que la detención actual, en sí o por las condiciones en que se aplicaba, planteara problemas en virtud del artículo 7. Toda afirmación de que la detención actual esté causando un perjuicio psicológico al autor y, por tanto, violando el artículo 7, es inadmisibles y se debería desestimar por infundada o inadmisibles *ratione materiae*.

6.4 Por último, en lo que respecta a la reclamación basada en el artículo 9 referente a la primera detención, el Estado parte rechaza como incorrecta la referencia del autor a que en el caso *A. c. Australia* "se estableció de manera concluyente que la política de detención obligatoria de Australia violaba los párrafos 1 y 4 del artículo 9". En vez de comentar esta política en abstracto, se consideró que la "arbitrariedad" vendría determinada por la existencia de una justificación apropiada de la detención prolongada en las circunstancias particulares del caso. De hecho, se afirmó que *no* era en sí arbitrario detener a las personas que solicitaban asilo.

6.5 En su exposición de 21 de septiembre de 2001, el autor respondió a las afirmaciones adicionales del Estado parte, aclarando también que las denuncias a tenor de los artículos 7 y 9 guardan relación, tanto con la detención actual, como con la inicial. En lo referente a la admisibilidad, sostiene que los recursos administrativos a que ha aludido el Estado parte no son recursos "efectivos y aplicables" y, como toda decisión del Gobierno de adoptar medidas en respuesta a una recomendación de cualquier órgano tiene un carácter puramente ejecutivo y discrecional, no se debería exigir su agotamiento⁶⁶.

⁶⁶ El autor vuelve a citar el caso *Ellis c. Jamaica*, *op. cit.*

6.6 En cuanto al fondo, el autor rechaza el argumento del Estado parte de que, como en el informe de 21 de mayo de 2001 se afirma que el autor goza de buena salud, no se puede decir que la detención prolongada le haya causado daños psicológicos. El autor observa que el objeto del informe era determinar si su enfermedad anterior le hizo cometer los delitos por los que ha de ser deportado y si ahora supone una amenaza para alguien. Al primero de estos puntos se respondía afirmativamente y al segundo negativamente. En cualquier caso, dado que el Estado parte admite el buen estado de salud actual del autor, no hay motivos para prolongar su detención ni para deportarlo.

6.7 El autor prosigue diciendo que solo el hecho de no saber si van a ponerlo en libertad ni cuándo, ni si van a deportarlo ni cuándo, constituye una violación del artículo 7. Es un trato o pena particularmente cruel, porque ya ha cumplido su condena y porque anteriormente padeció un trastorno psiquiátrico durante la detención por las autoridades de inmigración debido a que no sabía si iban a ponerlo en libertad o a deportarlo, ni cuándo iban hacerlo.

6.8 El autor concluye, a la vista de la jurisprudencia internacional, que la detención obligatoria de los no nacionales para su expulsión, sin justificación individual, es casi unánimemente considerada una violación del derecho a no ser detenido arbitraria o ilegalmente⁶⁷.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

7.1 Antes de examinar las reclamaciones contenidas en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

7.2 El Comité ha comprobado que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.3 En cuanto al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, el Comité toma nota del argumento del Estado parte de que el autor no ha utilizado determinados recursos administrativos (el Ombudsman del Commonwealth o la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades), pero observa que una

⁶⁷ En el caso *Dougoz c. Grecia* (petición 40907/98, dictamen de 6 de marzo de 2001), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que las condiciones de detención de un solicitante de asilo, incluida la excesiva duración del período de detención, constituían trato inhumano y degradante. También consideró que la detención era arbitraria y que no había ningún recurso efectivo disponible por el que se pudiera impugnar la legalidad de la detención. Análogamente, en el caso *Saasi c. el Secretario de Estado (Departamento del Interior)* (Tribunal Supremo del Reino Unido, dictamen de 7 de septiembre de 2001), se consideró que la detención obligatoria de los solicitantes de asilo sin justificación en cada caso era arbitraria.

decisión de esos órganos, aunque hubiese sido favorable al autor, habría constituido una recomendación sin efectos vinculantes, de modo que el poder ejecutivo habría tenido la libertad de hacer caso omiso de ella. Por tanto, estos recursos no se pueden considerar efectivos como tales con arreglo al Protocolo Facultativo.

7.4 En cuanto a la reclamación relativa al primer período de detención, el Comité observa que la legislación con arreglo a la cual se detuvo al autor prevé la detención obligatoria hasta que se conceda un permiso o se expulse a la persona. Como han confirmado los tribunales, en este caso particular no quedaban posibilidades de excarcelación. El Comité observa que los tribunales solo pueden determinar formalmente que la persona es de hecho un extranjero en situación ilegal al que se aplica este artículo, lo cual no puede rebatirse en este caso; no pueden en cambio entrar en el fondo para determinar si existen motivos que justifiquen la detención en las circunstancias del caso. Por tanto, por ministerio de la ley, se extingue la revisión judicial de fondo que podría ofrecer un recurso. Esta conclusión no se altera por la disposición excepcional del artículo 11 de la ley que permite adoptar disposiciones alternativas o de guarda (en el caso del autor, la de su familia) aunque se mantiene oficialmente la detención. Además, el Comité observa que el Tribunal Supremo ha confirmado la constitucionalidad de los regímenes obligatorios en base a los factores de política que alegó el Estado parte⁶⁸. De ahí que el Estado parte no haya demostrado que hubiera recursos internos disponibles, que el autor pudo haber agotado, por su reclamación acerca del período inicial de detención y esta reclamación es pues admisible.

7.5 En cuanto a la reclamación relativa a la proyectada deportación del autor al Irán, el Comité observa que, al rechazar el Tribunal Supremo la autorización para apelar, el autor ha agotado todos los recursos internos disponibles para esta reclamación, que por consiguiente es admisible.

7.6 En cuanto a los argumentos adicionales del Estado parte de que la reclamación referente al primer período de detención y la proyectada deportación del autor carecen de fundamento, el Comité opina, basándose en el material que tiene ante sí, que el autor ha justificado como es debido, a efectos de admisibilidad, que estos hechos suscitan cuestiones discutibles en relación con el Pacto.

7.7 En cuanto a la reclamación relativa al segundo período de detención (detención en espera de deportación), el Comité observa que, a diferencia de la detención obligada en la frontera, es facultad del Ministro ordenar que se detenga a una persona en espera de su deportación. Observa también que una decisión de este tipo, así como toda denegación posterior de la petición de liberación por parte del Ministro se puede impugnar por el procedimiento de revisión judicial. Este procedimiento puede dar lugar a la revocación de la decisión de detener (o de mantener en detención) si esta

es manifiestamente irrazonable, si no se habían tenido en cuenta factores pertinentes, si se habían tenido en cuenta factores no pertinentes o si la decisión fue ilícita por alguna otra razón. El Comité observa que el Tribunal Federal sostuvo, en su decisión de 20 de abril de 1999 sobre la solicitud urgente del autor de libertad provisional en espera de la vista de su solicitud de 29 de marzo de 1999 contra la decisión del Ministro de no ponerlo en libertad, que se había de juzgar la cuestión grave de si el Ministro había tenido en cuenta un factor no pertinente, pero que en vista de la inminencia de la apelación ante el pleno del Tribunal en los trámites de deportación, lo más prudente era no ponerlo en libertad.

7.8 El Comité observa que el autor no ha presentado información sobre si había mantenido su solicitud de revisión de 29 de marzo de 1999 contra la decisión del Ministro (y si no lo había hecho, por qué) o había aceptado la invitación del Tribunal de volver a solicitar la puesta en libertad después de que el pleno se pronunciase en apelación. El autor tampoco ha explicado el hecho de que, al parecer, no inició un procedimiento de revisión de las decisiones posteriores del Ministro de no liberarle tomadas el 15 de octubre de 1999 y en diciembre de 2000. En estas circunstancias, el autor no ha agotado los recursos de la jurisdicción interna con respecto a ninguna de las cuestiones planteadas durante el segundo período de detención, por lo que sus reclamaciones en virtud de los artículos 7 y 9 en relación con ese período son inadmisibles en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

8.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

8.2 En cuanto a la reclamación relativa al primer período de detención formulada en virtud del párrafo 1 del artículo 9, el Comité recuerda su jurisprudencia de que, para evitar que se la califique de arbitraria, la detención no se debe prolongar más allá del período en relación con el cual el Estado parte pueda aportar una justificación adecuada⁶⁹. En este caso, la detención del autor como extranjero sin permiso de entrada proseguía, con carácter obligatorio, hasta su expulsión o la concesión de un permiso. Aunque el Estado parte alega motivos especiales para justificar la detención individual (véanse los párrafos 4.28 y ss.), el Comité observa que el Estado parte no ha demostrado que esas razones justifiquen la detención continua del autor con el paso del tiempo y en las circunstancias del caso. En particular, el Estado parte no ha demostrado que, dadas las circunstancias especiales del autor, no hubiera medios menos drásticos de alcanzar el mismo objetivo, es decir, la aplicación de la política de inmigración del Estado parte, como son la imposición de la obligación de presentarse a las autoridades competentes, el depósito de

⁶⁸ *Lim c. Australia* (1992) 176 CLR 1 (HCA).

⁶⁹ *A. c. Australia, op. cit.*, párr. 9.4.

fianza u otras condiciones que tuviesen en cuenta el deterioro del estado del autor. En estas circunstancias, cualesquiera fuesen las razones para la detención inicial, la continuación de la detención por las autoridades de inmigración durante más de dos años sin justificación individual y sin posibilidad alguna de examen judicial en cuanto al fondo fue, a juicio del Comité, arbitraria y constituyó una violación del párrafo 1 del artículo 9.

8.3 En cuanto a la otra pretensión del autor de violación del párrafo 4 del artículo 9 en relación con este período de detención, el Comité remite a su examen anterior de la admisibilidad en el presente documento y observa que la revisión judicial disponible para el autor se limitaba a una evaluación formal de la cuestión (generalmente obvia) de si se trataba de un "extranjero" sin permiso de entrada. El Comité observa que, como de hecho dictaminó el propio pleno del Tribunal en su decisión de 15 de junio de 1994, los tribunales no tenían la facultad discrecional de examinar la detención del autor en cuanto al fondo y justificar que prosiguiera. El Comité considera que la imposibilidad de impugnar judicialmente una detención que era o había acabado siendo contraria al párrafo 1 del artículo 9 constituye una violación del párrafo 4 del artículo 9.

8.4 En cuanto a las alegaciones del autor de que su primer período de detención constituyó una violación del artículo 7, el Comité observa que las pruebas psiquiátricas proporcionadas por los exámenes realizados al autor durante un período prolongado, que fueron aceptadas por los tribunales del Estado parte, demostraban de un modo esencialmente unánime que el trastorno psiquiátrico del autor apareció como consecuencia de un período prolongado de detención por las autoridades de inmigración. El Comité observa que el Estado parte sabía, al menos desde agosto de 1992 cuando se le recetaron tranquilizantes, que el autor tenía problemas psiquiátricos. En efecto, en agosto de 1993 era evidente que la prolongación de la detención del autor era perjudicial para su cordura. A pesar de las evaluaciones cada vez más completas del estado del autor realizadas en febrero y junio de 1994 (y de un intento de suicidio), hasta agosto de 1994 el Ministro no ejerció su potestad excepcional de ordenar su liberación por razones médicas (mientras legalmente permanecía detenido). Como demostró lo ocurrido después, en ese momento la enfermedad del autor era tan grave ya que iba a tener consecuencias irreversibles. A juicio del Comité, la detención continua del autor cuando el Estado parte tenía conocimiento de su estado mental y no tomó las medidas necesarias para impedir que ese estado se deteriorara constituye una violación de sus derechos en virtud del artículo 7 del Pacto.

8.5 En cuanto al argumento del autor de que su deportación constituiría una violación del artículo 7, el Comité atribuye importancia al hecho de que se concedió inicialmente al autor el estatuto de refugiado sobre la base de su fundado temor de persecución por ser cristiano asirio y por las consecuencias probables de una recaída en su enfermedad. A juicio del Comité, el Estado parte no ha demostrado que las circunstancias actuales en el Estado al que se le deportaría son tales

que no se justifica ya la concesión de la condición de refugiado. El Comité observa también que el Tribunal Administrativo de Apelación, cuya decisión fue confirmada en apelación, admitió que era poco probable que se pudiese obtener en el Irán el único medicamento eficaz (Clorazil) y el tratamiento necesario, y estimó que no se podía echar la culpa al autor por su enfermedad mental, que se manifestó por primera vez durante su estancia en Australia. En estas circunstancias, es decir, cuando el Estado parte ha reconocido su obligación de proteger al autor, el Comité considera que la deportación del autor a un país donde no es probable que reciba el tratamiento necesario para una enfermedad debida, en todo o en parte, a la violación por el Estado parte de los derechos del autor equivaldría a una violación del artículo 7 del Pacto.

9. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se han expuesto ponen de manifiesto la violación del artículo 7 y de los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del Pacto.

10. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo. Respecto a la violación de los artículos 7 y 9 durante el primer período de detención del autor, el Estado parte debería pagar a este una indemnización adecuada. En cuanto a su proyectada deportación, el Estado parte debería abstenerse de deportar al autor al Irán. El Estado parte tiene la obligación de evitar en el futuro violaciones análogas.

11. Teniendo en cuenta que, al pasar a ser Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si se ha producido una violación del Pacto y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, dentro del plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para dar efecto a su dictamen. Se pide también al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

Voto particular del miembro del Comité Sr. Nigel Rodley

Estoy de acuerdo con las conclusiones del Comité acerca de la violación del párrafo 1 del artículo 9 y del artículo 7. Sin embargo, después de concluir que había una violación del párrafo 1 del artículo 9, el Comité concluyó también innecesariamente que había violación del párrafo 4 del artículo 9, utilizando términos que tienden a interpretar una violación del párrafo 1 del artículo 9 como "ilegal" *ipso jure* en el sentido del párrafo 4 del artículo 9. En ello el Comité utilizó la brecha que había abierto en *A. c. Australia* (Nº 560/1993).

A mi juicio, esa brecha es demasiado amplia y el texto del Pacto no la justifica. En el párrafo 1 del artículo 9, el término "arbitraria" supone ciertamente ilegalidad. La noción misma de arbitrariedad y los trabajos preparatorios no dejan lugar a dudas, pero no llevo a entender cómo puede ser también cierto lo contrario. Tampoco hay nada en los trabajos preparatorios que lo justifiquen. Sin embargo, este es el criterio adoptado en *A. c. Australia*, y al parecer, confirmado por el Comité en el caso presente.

La dificultad que encuentro en este criterio adoptado por el Comité no significa que opine necesariamente que el párrafo 4 del artículo 9 no sea nunca aplicable cuando una persona esté detenida por un Estado parte, siempre que se respete la legalidad. Podría, por ejemplo, imaginar que la tortura de un detenido podría justificar la necesidad de apelar a un recurso que impugnara la legalidad continua de la detención.

El argumento que defiende es sencillamente que no era necesario abordar esta cuestión en el caso actual, especialmente en vista de que la ausencia de la posibilidad de revisión judicial de la detención forma parte del razonamiento del Comité, cuando este concluye que existe violación del párrafo 1 del artículo 9.

Voto particular del miembro del Comité Sr. David Kretzmer

El Comité ha estimado que la falta de toda posibilidad de reexamen judicial en cuanto al fondo es uno de los factores que se han de tener en cuenta para concluir que la detención continua del autor era arbitraria, en violación de los derechos del autor enunciados en el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto. Al igual que mi colega Nigel Rodley, opino que en estas circunstancias no era necesario examinar la cuestión de si la falta de dicho examen entrañaba además una violación del párrafo 4 del artículo 9.

Voto particular (parcialmente disidente) de los miembros del Comité Sr. Nisuke Ando, Sr. Eckart Klein y Sr. Maxwell Yalden

Aunque estamos de acuerdo con la conclusión del Comité de que se han violado los párrafos 1 y 4 del

artículo 9, no estamos convencidos de que el Estado parte haya violado también el artículo 7 del Pacto.

El Comité llegó a la conclusión de que se había violado el artículo 7 por dos razones. La primera se expone en el párrafo 8.4 del dictamen del Comité y se basa en una evaluación de la detención prolongada del autor después de que se observara que "la prolongación de la detención del autor era perjudicial para su cordura". Nos cuesta trabajo seguir este razonamiento. Aunque es cierto que la salud mental del autor se deterioraba continuamente hasta que se le liberó y se le confió a su familia el 10 de agosto de 1994, no podemos concluir que se haya violado el artículo 7, porque esa conclusión ampliaría el alcance de este artículo excesivamente, al aducir que el conflicto entre la detención continua del autor y su salud mental solo se podía resolver con su liberación y que el Estado parte, si no lo liberaba, estaría violando dicha disposición. Las circunstancias del caso demuestran que el autor era objeto de una evaluación psicológica y se hallaba bajo observación permanente. El hecho de que el Estado parte no ordenase su liberación de inmediato y solo decidiese hacerlo sobre la base de un informe psiquiátrico fechado en junio de 1994, en el que se recomendaba inequívocamente la liberación del autor y el tratamiento fuera de la cárcel (véase el párrafo 2.5), no se puede considerar, a nuestro juicio, equivalente a una violación del artículo 7 del Pacto.

Sostenemos asimismo que la segunda razón en que fundó el Comité su conclusión de una violación del artículo 7 (párr. 8.5) no es válida. El razonamiento del Comité se funda en la evaluación de diversos argumentos, ninguno de los cuales es convincente, tomados por separado o colectivamente. No nos parece que el Estado parte no haya justificado su conclusión de que el autor, como cristiano asirio, no sería perseguido si se le deportase al Irán. Nos referimos a este respecto a los párrafos 4.13 a 4.19 del dictamen del Comité. En cuanto al argumento de que el autor no recibiría un tratamiento médico eficaz en el Irán, nos referimos a las afirmaciones del Estado parte que figuran en los párrafos 4.20 y 4.21 del dictamen del Comité. No entendemos cómo se puede prescindir tan a la ligera de estos detallados argumentos y pronunciarse por la violación del artículo 7 como ha hecho la mayoría.

Comunicación N° 909/2000

Presentada por: Victor Ivan Majuwana Kankanamge

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Sri Lanka

Fecha de aprobación del dictamen: 27 de julio de 2004

Asunto: Repetidas acusaciones a un periodista debidas a sus publicaciones

Cuestiones de procedimiento: Violación persistente – Grado de fundamentación de la reclamación – Existencia de recursos eficaces que deben ser agotados

Cuestiones de fondo: Dilación indebida – Derecho a la libertad de expresión – Restricciones necesarias para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de terceros

Artículos del Pacto: 2, párrafo 3; 3; 14, párrafo 3 c); 19; y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 1; 2; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículos 14, párrafo 3 c); y 19, párrafo 3, interpretado conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3)

1.1 El autor de la comunicación, de fecha 17 de diciembre de 1999, es el Sr. Victor Ivan Majuwana Kankanamge, ciudadano de Sri Lanka nacido el 26 de junio de 1949, que afirma haber sido víctima de la violación por Sri Lanka del párrafo 3 del artículo 2 y de los artículos 3, 19 y 26 del Pacto. Al parecer, en la comunicación también se plantean cuestiones al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14. El autor está representado por un abogado.

1.2 El Pacto y el Protocolo Facultativo del Pacto entraron en vigor para el Estado parte el 11 de junio de 1980 y el 3 de enero de 1998 respectivamente. Sri Lanka también formuló una declaración según la cual el Gobierno de la República Socialista Democrática de Sri Lanka, con arreglo al artículo 1 del Protocolo Facultativo, reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar comunicaciones de personas que se hallen bajo la jurisdicción de la República Socialista Democrática de Sri Lanka y que aleguen ser víctimas de una violación, por ella, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto como resultado de actos, omisiones, hechos o acontecimientos posteriores a la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el Estado parte, o bien de una decisión relativa a actos, omisiones, hechos o acontecimientos posteriores a esa fecha. La República Socialista Democrática de Sri Lanka también da por supuesto que el Comité no examinará ninguna comunicación de personas a menos que se haya cerciorado de que la misma cuestión no está siendo examinada o no ha sido examinada en virtud de otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

1.3 El 17 de abril de 2000, el Comité, por conducto del Relator Especial para nuevas comunicaciones, decidió separar el examen en cuanto a la admisibilidad del examen en cuanto al fondo de la cuestión.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor es periodista y director del periódico *Ravaya*. Desde 1993 ha sido acusado varias veces por presunta difamación de ministros y altos funcionarios de la policía y otros organismos en artículos e informes publicados en dicho periódico. Afirma que esas acusaciones fueron transmitidas de forma indiscriminada y arbitraria por el Fiscal General al Tribunal Superior de Sri Lanka sin una evaluación apropiada de los hechos, según lo exige la legislación de Sri Lanka, y que tenían por objeto hostigarlo. A raíz de esas causas, el autor ha sido víctima de intimidación, se ha restringido su libertad de expresión y se ha obstaculizado la publicación de su periódico.

2.2 En el momento en que se presentó la comunicación había tres causas pendientes contra el autor ante el Tribunal Superior (N° 7962/96, de 26 de junio de 1996; N° 8650/97, de 31 de marzo de 1997; y N° 9128/97, de 30 de septiembre de 1997).

2.3 El 16 de febrero de 1998, el autor presentó un recurso ante el Tribunal Supremo solicitando una orden que anulara esas acusaciones, sobre la base de que constituían violaciones del párrafo 1 del artículo 12 y del apartado a) del párrafo 1 del artículo 14 de la Constitución de Sri Lanka, que garantizan la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, así como el derecho a la libertad de expresión. En el mismo recurso, el autor pedía al Tribunal que dictara una orden cautelar de suspensión de las acusaciones en espera de una decisión final sobre su petición. En su decisión de 3 de abril de 1998, el Tribunal Supremo decidió que el autor no había justificado debidamente que las acusaciones eran discriminatorias, arbitrarias o irrazonables y le negó la autorización para defender su solicitud.

La denuncia

3.1 El autor afirma que, al transmitir al Tribunal Superior las acusaciones de difamación, el Fiscal General no ejerció sus facultades discrecionales de conformidad con las normas reglamentarias (que requieren que se evalúen debidamente los hechos en los casos de enjuiciamiento por difamación) y que, por lo tanto, ejerció sus facultades en forma arbitraria. Por consiguiente, el Fiscal General violó el derecho del autor a la libertad de expresión que le reconoce el artículo 19 del

Pacto, así como su derecho a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley, garantizado en el artículo 26 del Pacto.

3.2 El autor también afirma que se violaron los derechos que le reconoce el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto porque el Tribunal Supremo se negó a concederle autorización para defender su solicitud de anulación de las acusaciones, privándolo así de un recurso efectivo.

3.3 Por último, el autor afirma que hubo una violación del artículo 3, pero no ofrece ninguna explicación de esa afirmación.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 El 17 de marzo de 2000, el Estado parte formuló observaciones sobre la admisibilidad de la comunicación solamente, según la autorización que había recibido del Relator Especial para las comunicaciones en virtud del párrafo 3 del artículo 91 del reglamento del Comité.

4.2 El Estado parte considera que la comunicación es inadmisibles porque está relacionada con hechos ocurridos antes de que entrara en vigor el Protocolo Facultativo para Sri Lanka, es decir, el 3 de enero de 1998. Además, al ratificar el Protocolo, Sri Lanka presentó una reserva según la cual el Estado parte reconocía la competencia del Comité para examinar comunicaciones de autores que afirmaran ser víctimas de una violación del Pacto solo como consecuencia de acciones, omisiones, hechos o acontecimientos posteriores al 3 de enero de 1998. El Estado parte afirma que, puesto que las presuntas violaciones del Pacto tienen que ver con acusaciones formuladas por el Fiscal General antes de esa fecha, la reserva abarca las alegaciones, por lo que estas son inadmisibles.

4.3 El Estado parte afirma que el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto no corrobora la alegación del autor de que hubo violación, dado que, en virtud de esa disposición, el ejercicio de los derechos protegidos entraña deberes y responsabilidades especiales y puede estar sujeto a restricciones fijadas por la ley y necesarias para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de terceros.

4.4 El Estado parte alega que el autor no ha agotado todos los recursos internos disponibles, como la presentación de comunicaciones al Fiscal General en relación con las acusaciones o una queja ante el Comisionado Parlamentario para la Administración (Ombudsman) o ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

4.5 Por último, el Estado parte considera que el autor no puede invocar la jurisdicción del Comité con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, porque no ha probado que se haya violado alguno de los derechos enunciados en este respecto de los cuales no se dispone de recursos en virtud de la Constitución de Sri Lanka.

Comentarios del autor

5.1 El 16 de junio de 2000, el autor respondió a las observaciones del Estado parte. En cuanto a la compe-

tencia del Comité *ratione temporis* y la reserva del Estado parte sobre la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, recuerda la Observación general N° 24 del Comité de Derechos Humanos según la cual "el Comité ha insistido en su competencia, incluso ante tales declaraciones u observaciones, cuando los hechos o actos ocurridos antes de entrar en vigor el primer Protocolo Facultativo han continuado surtiendo efecto sobre los derechos de una víctima con posterioridad a esa fecha". Afirma que las violaciones que alegó no han cesado, de modo que el Comité es competente *ratione temporis*.

5.2 Refiriéndose al párrafo 13 de la Observación general N° 24, el autor alega también que incluso los actos o acontecimientos ocurridos antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte deberían admitirse siempre que hubieran ocurrido después de la entrada en vigor del Pacto para el Estado parte.

5.3 Con respecto al argumento del Estado parte de que debería rechazarse la denuncia por ser inadmisibles, ya que son aplicables las restricciones del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, el autor replica que no es una objeción a la admisibilidad, sino que se refiere al fondo de la comunicación.

5.4 En relación con la cuestión del agotamiento de los recursos internos, el autor declara que el Tribunal Supremo es la única autoridad competente para conocer de las violaciones de los derechos fundamentales provocadas por actos ejecutivos o administrativos. Con respecto a la presentación de comunicaciones al Fiscal General, el autor señala que no existe ninguna disposición legal para la presentación de esas comunicaciones una vez incoada la acusación. En cualquier caso, esas observaciones no habrían sido eficaces, por cuanto las causas eran obra del propio Fiscal General. En cuanto a la posibilidad de presentar una queja al Ombudsman o a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el autor hace hincapié en que esos órganos son nombrados por el Presidente de Sri Lanka y que solo tienen poderes de mediación, conciliación y recomendación, pero no para hacer cumplir sus recomendaciones. Solo el Tribunal Supremo está facultado para adoptar medidas en relación con su denuncia y otorgar una reparación efectiva.

5.5 En cuanto al argumento del Estado parte sobre el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor alega que un Estado parte no puede invocar su legislación interna para incumplir las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto.

Decisión sobre la admisibilidad

6.1 En su 72° período de sesiones, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación. Tras comprobar que la misma cuestión no se estaba examinando ni había sido examinada en virtud de otro procedimiento de investigación o arreglo internacional, el Comité examinó los hechos que se le habían expuesto.

6.2 El Comité observó que el Estado parte impugnaba su competencia *ratione temporis* porque, al

adherirse al Protocolo Facultativo, Sri Lanka había formulado una declaración limitando la competencia del Comité a los acontecimientos ocurridos después de la entrada en vigor del Protocolo. A este respecto, el Comité consideró que las presuntas violaciones habían continuado, ya que habían ocurrido no solamente en el momento en que se habían formulado las acusaciones, sino que continuaban mientras no hubiera una decisión del Tribunal que conociese de las acusaciones. Las consecuencias de estas acusaciones continuaban para el autor y, de hecho, constituían nuevas presuntas violaciones mientras se mantuvieran.

6.3 En cuanto a la afirmación del Estado parte de que la comunicación era inadmisibles porque el autor no había agotado los recursos internos, el Comité recordó que el Tribunal Supremo era la más alta instancia judicial del país y que toda solicitud que se le presentara constituía el último recurso de la jurisdicción interna. El Estado parte no había demostrado, a la luz de un fallo contrario del Tribunal Supremo, que la presentación de comunicaciones al Fiscal General o de quejas al Ombudsman o a la Comisión Nacional de Derechos Humanos constituyera un recurso efectivo. Por consiguiente, el Comité estimó que el autor había cumplido el requisito del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo y el 6 de julio de 2001 declaró admisible la comunicación.

6.4 El 6 de julio de 2001, el Comité declaró admisible la comunicación. Aunque resolvió específicamente que las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 3 del artículo 2 y del artículo 19 se debían examinar en cuanto al fondo, dejó abierta la posibilidad de que se examinaran las otras alegaciones del autor al amparo del artículo 3, el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 y el artículo 26.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

7.1 El 4 de abril de 2002, el Estado parte formuló observaciones sobre el fondo de la comunicación.

7.2 El Estado parte señala que las acusaciones impugnadas por el autor en su solicitud ante el Tribunal Supremo se habían notificado durante el mandato de dos ex Fiscales Generales. Asimismo, formula las siguientes observaciones sobre algunos aspectos de las acusaciones en cuestión:

Con respecto al acta de acusación N° 6774/94, de 26 de julio de 1994, basada en un artículo escrito sobre el Director de Ferrocarriles de Sri Lanka, el Estado parte señala que la acusación se había retirado y no podía ser impugnada ante el Tribunal Supremo, porque había sido formulada por un Fiscal General distinto del que estaba en funciones en el momento de presentarse la solicitud ante el Tribunal Supremo.

Con respecto al acta de acusación N° 7962/96, de 26 de junio de 1996, relativa a un artículo sobre el Ministro de Pesca, el Estado

parte señala que la información en que se basó el artículo fue objeto de una investigación oficial que, según lo alegado, confirmó la veracidad de esa información. Esta nunca se presentó al Fiscal General y aún podría transmitirse para lograr que se retirara la acusación.

Con respecto al acta de acusación N° 9128/97, de 30 de septiembre de 1997, relativa a un artículo sobre el Inspector General de Policía y a las presuntas deficiencias de una investigación penal en un caso concreto, el Estado parte sostiene que la acusación actuó correctamente, en aras del interés superior de la justicia y respetando los procedimientos legales pertinentes.

7.3 El Estado parte señala que, además de las denuncias por las que sí se incoaron causas penales, entre 1992 y 1997 se presentaron nueve denuncias por difamación contra el autor en relación con las cuales el Fiscal General dispuso que *no* se instruyera sumario.

7.4 El Estado parte subraya que el delito de difamación, tipificado en el artículo 479 del Código Penal, puede enjuiciarse sumariamente ante un tribunal de primera instancia o ante el Tribunal Superior, pero que ni la víctima ni ninguna otra persona pueden entablar un proceso por ese delito sin la aprobación del Fiscal General. Además, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 393 del Código de Procedimiento Penal, en el caso de ese delito el Fiscal General tiene derecho a presentar un acta de acusación ante el Tribunal Superior o decidir que se sustancien actuaciones no sumarias ante el tribunal de primera instancia, "habida cuenta de la naturaleza del delito o cualquier otra circunstancia". Por consiguiente, el Fiscal General tiene facultades discrecionales en virtud de esa disposición.

7.5 El Estado parte considera que en el caso examinado el Fiscal General se ajustó a la ley y ejerció sus funciones "sin temor ni favoritismo", imparcialmente y en aras del interés superior de la justicia.

7.6 En cuanto a la jurisdicción del Tribunal Supremo, el Estado parte recuerda que la autorización para plantear una presunta violación de derechos fundamentales es concedida por al menos dos jueces y que el autor tuvo la oportunidad de justificar las presuntas violaciones denunciadas. El Tribunal Supremo, tras analizar exhaustivamente las facultades discrecionales del Fiscal General y examinar la documentación que se le había presentado sobre las numerosas denuncias formuladas contra el autor, opinó que las acusaciones contra el autor no eran arbitrarias ni constituían un hostigamiento continuo o un intento de obstaculizar el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. En este sentido, tuvo en consideración cuatro causas abiertas anteriormente contra el autor y concluyó que no suponían hostigamiento, pues se habían retirado o desestimado las acusaciones y no había indicios de conducta impropia por parte de la acusación. Además, en ese mismo período, el Fiscal General dispuso no tomar medidas en relación con otras nueve denuncias mencionadas en el párrafo 7.3 *supra*.

8.1 En una comunicación de fecha 17 de junio de 2002, el autor sostiene que el Estado parte eludió el tema principal de su denuncia y no explicó por qué el Fiscal General había decidido formular directamente cargos ante el Tribunal Superior. A su juicio, la esencia de la denuncia es que en 1980 el Gobierno del Estado parte empezó a favorecer a los funcionarios importantes enjuiciando por difamación directamente ante el Tribunal Superior a los que criticaban sus actos (la difamación era un delito menor, del que normalmente conocían los jueces de primera instancia). En el caso del autor, el Tribunal Supremo admitió que las facultades discrecionales del Fiscal General no eran absolutas o ilimitadas, pero no convocó al Fiscal General para que explicara por qué había enviado esas actas de acusación al Tribunal Superior. El Tribunal Supremo examinó detenidamente las tres actas de acusación impugnadas y sumariamente negó al autor la autorización para defender su solicitud, lo que lo privó de la oportunidad de probar la violación de los derechos a la igualdad y a la libertad de expresión. El autor considera que el Tribunal Supremo pasó por alto que los medios de información ejercen su libertad de expresión con la confianza de la opinión pública y que los jefes de gobierno y los funcionarios públicos son susceptibles de una mayor fiscalización.

8.2 El autor considera también que, en sus comentarios sobre el fondo, el Estado parte no explicó por qué creía que el Fiscal General había actuado "sin temor ni favoritismo", en aras del interés superior de la justicia y por qué se había preferido un encausamiento directo a una indagación no sumaria.

8.3 El autor considera igualmente que, al examinar los cargos de difamación, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

- Normalmente conocen del delito los tribunales de primera instancia;
- La aprobación del Fiscal General es obligatoria para iniciar acciones por difamación ante un tribunal de primera instancia;
- El delito puede ser objeto de compromiso cuando es juzgado por un tribunal de primera instancia, pero no por el Tribunal Superior; y
- La toma de impresiones digitales solo se hace tras una condena en el tribunal de primera instancia, mientras que en el Tribunal Superior se hace al notificar la acusación; al autor se le tomaron las huellas dactilares en cada una de las causas abiertas contra él.

8.4 Por último, el autor sostiene que los nueve casos mencionados por el Estado parte en los que el Fiscal General se negó a entablar una acción no constituyen un argumento en apoyo de la imparcialidad del Fiscal General, ya que los denunciados en esos otros casos no eran personas influyentes o eran personas que se oponían al Gobierno.

8.5 El 25 de junio de 2004, el abogado del autor notificó que se habían retirado las acusaciones pendientes.

Nuevo examen de la admisibilidad y examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le proporcionaron las partes, según se dispone en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. El Comité considera que el autor no ha facilitado ninguna información que respalde su alegación de que se ha violado el artículo 3 y, en consecuencia, declara inadmisibles esta parte de la comunicación por carecer de justificación al amparo del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

9.2 En primer lugar, el Comité observa en cuanto al fondo que, según la documentación presentada por las partes, los días 26 de junio de 1996, 31 de marzo de 1997 y 30 de septiembre de 1997 se formularon sendas acusaciones contra el autor. En el momento en que las partes presentaron sus comunicaciones finales, el Tribunal Superior aún no se había pronunciado respecto de ninguna de esas acusaciones. Por consiguiente, las acusaciones estuvieron pendientes durante varios años después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo. Al no haber presentado el Estado parte explicación alguna que justificara los retrasos en el procedimiento y a pesar de que el autor no los ha alegado en su comunicación inicial, el Comité, en consonancia con su jurisprudencia anterior, opina que las actuaciones han sido irrazonablemente prolongadas, por lo que violan el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.

9.3 En cuanto a la alegación del autor de que las causas pendientes contra él ante el Tribunal Superior constituyen una violación del artículo 19 del Pacto, el Comité ha tomado nota de los argumentos del Estado parte de que, al formular las acusaciones, el Fiscal General ejerció la facultad que tenía en virtud del párrafo 7 del artículo 393 del Código de Procedimiento Penal "sin temor ni favoritismo", imparcialmente y en aras del interés superior de la justicia.

9.4 En lo que respecta a la violación del artículo 19, el Comité considera que las acusaciones contra el Sr. Kankanamge, relacionadas todas con artículos de periódico en los que presuntamente difamó a altos funcionarios del Estado parte, conciernen directamente al ejercicio de su profesión de periodista y al ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Habida cuenta de la naturaleza de la profesión del autor y dadas las circunstancias, incluso el hecho de que las anteriores acusaciones contra el autor se retiraran o desestimaran, el Comité considera que el hecho de mantener pendientes, en violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, las acusaciones por el delito de difamación durante varios años después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte puso al autor en una situación de incertidumbre e intimidación, pese al

empeño de este por conseguir que esas acusaciones quedaran sin efecto, lo que tuvo un efecto disuasivo que restringió indebidamente el ejercicio por el autor de su derecho a la libertad de expresión. El Comité concluye que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del artículo 19 del Pacto, interpretado conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2.

9.5 A la luz de las conclusiones del Comité expuestas precedentemente, resulta innecesario examinar las restantes alegaciones del autor.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, interpretado conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

11. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a proporcionar al autor un recurso efectivo, incluida una indemnización apropiada. El Estado parte también está obligado a impedir violaciones similares en el futuro.

12. Teniendo presente que, al adquirir la condición de parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide al Estado parte asimismo que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 910/2000

Presentada por: Ati Antoine Randolph (representado por el abogado Olivier Russbach)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Togo

Fecha de aprobación del dictamen: 27 de octubre de 2003

Asunto: Presunta persecución – Detención ilegal y torturas sufridas por un opositor político a manos de funcionarios públicos – Presunta negativa de las autoridades a renovar un pasaporte

Cuestiones de procedimiento: Asunto sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional – Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Detención arbitraria – Tratos inhumanos/Tortura – Juicio sin las debidas garantías – Derecho a salir de un país

Artículos del Pacto: 2, párrafo 3 a); 7; 9; 10; 12; y 14

Artículos del Protocolo Facultativo: 1; 2; y 5, párrafos 2 a) y b)

Conclusión: Ausencia de violación

1.1 El autor de la comunicación, el Sr. Ati Antoine Randolph, nacido el 9 de mayo de 1942, posee las nacionalidades togolesa y francesa. Está exiliado en Francia y acusa a la República del Togo de haber violado sus derechos y los de su hermano, Sr. Emile Randolph, por haber incumplido lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2, el artículo 7, el artículo 9, el artículo 10, el párrafo 2 del artículo 12 y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representado por letrado.

1.2 La República del Togo es parte en el Pacto desde el 24 de agosto de 1984 y en el Protocolo Facultativo desde el 30 de junio de 1988.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 En primer lugar, el Sr. Randolph relata las circunstancias del fallecimiento de su hermano, consejero del Primer Ministro del Togo, que tuvo lugar el 22 de julio de 1998. Considera que el fallecimiento fue consecuencia de que la gendarmería no hubiera procedido rápidamente a prorrogar la validez de su pasaporte a fin de que se pudiera operar en Francia, donde ya había sido sometido a dos intervenciones quirúrgicas en 1997. Por cuanto su pasaporte diplomático había expirado en 1997, el hermano del autor había solicitado que se prorrogara, pero la gendarmería había confiscado el documento, según el autor. Posteriormente, su hermano había presentado una nueva solicitud, apoyada por su historial médico. Según el autor, ningún médico del Togo disponía de los medios necesarios para hacer una operación de esa índole. El 21 de abril de 1998, la gendarmería expidió un pasaporte, pero no se lo puso a disposición del solicitante hasta junio de 1998.

2.2 El autor estima que las autoridades infringieron el derecho de libre circulación proclamado en el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al negarse a prorrogar rápidamente el pasaporte y exigir la presencia física del solicitante al entregarlo para que firmara un registro a tal efecto, lo que fue causa de que se agravara la enfermedad de su

hermano. El autor considera que, a raíz de esos acontecimientos, su hermano, que estaba muy débil y no podía ya viajar en las aerolíneas regulares, falleció el 22 de julio de 1998.

2.3 El autor de la comunicación expone en segundo lugar los hechos relativos a su detención el 14 de septiembre de 1985, junto con otras 15 personas y a su hermana, y a su condena en 1986 por posesión de literatura subversiva e injurias al Jefe del Estado. El autor declara que, en el período transcurrido entre su detención y su condena, fue víctima de torturas, en particular mediante el uso de electricidad, y de tratos degradantes, humillantes e inhumanos. Según informa, unos diez días después de su detención fue trasladado al centro de detención de Lomé y solo en ese momento se enteró de que se le acusaba de desacato a la autoridad pública, cargo que se transformó más tarde en injurias al Jefe del Estado. El autor precisa a ese respecto que el Jefe del Estado no había presentado denuncia alguna contra nadie.

2.4 Mediante sentencia dictada el 30 de julio de 1986, cuyo texto no fue transmitido al Comité, el Sr. Randolph fue condenado a cinco años de prisión. El proceso, según su opinión, no había sido imparcial porque no se había respetado la presunción de inocencia y se habían violado otras disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En apoyo de sus afirmaciones, incluye fragmentos del informe de Amnistía Internacional de 1986.

2.5 El autor sostiene que no disponía de ningún recurso efectivo en el Togo. Más adelante, precisa que no agotó los recursos internos porque la justicia togolesa no le permitía obtener en un plazo razonable una justa indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Considera que, incluso si él o su familia hubieran presentado una denuncia, esta no hubiera tenido efecto alguno, ya que el Estado no habría procedido a investigarla. Añade que, por otra parte, si hubiera entablado una acción penal contra la gendarmería se hubiera expuesto junto con su familia a un peligro. Indica, además, que cuando fue detenido y torturado, antes de ser condenado, no tuvo posibilidad alguna de denunciar a las autoridades, que eran los propios autores de las violaciones de los derechos humanos, ni de entablar una acción judicial contra el tribunal que lo había condenado injustamente. El Sr. Randolph estima que, en esas condiciones, no se podía prever ninguna reparación de los daños sufridos recurriendo a la justicia togolesa.

2.6 Tras el fallecimiento del hermano del autor, ocurrido en las condiciones antes mencionadas, nadie presentó denuncia alguna, según el autor, por las razones expuestas anteriormente.

2.7 El Sr. Randolph considera que, tras su puesta en libertad, perduran los daños causados por la violación de sus derechos fundamentales, puesto que se ha visto obligado a exiliarse y, por lo tanto, a alejarse de sus familiares y allegados, y puesto que su hermano falleció porque la República del Togo no respetó su libertad de circulación.

La denuncia

3. El autor afirma que se incumplió lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 2, el artículo 7, el artículo 9, el artículo 10, el párrafo 2 del artículo 12 y el artículo 14 del Pacto. Exige una reparación justa por los daños sufridos por él y su familia como consecuencia de la acción del Estado, así como una revisión de su proceso, sometida al control internacional.

Observaciones del Estado parte

4.1 En sus observaciones de fecha 2 de marzo de 2000, el Estado parte examina el fondo de la comunicación sin plantear la cuestión de su admisibilidad. El Estado parte rechaza todas las acusaciones del autor, en particular las relativas a la tortura, arguyendo que, durante el proceso, los acusados no presentaron ninguna denuncia por tortura o malos tratos. Asimismo, cita las declaraciones hechas por el abogado del autor, el Sr. Domenach, al finalizar el proceso, en el sentido de que la vista se había desarrollado de forma correcta y que todo el mundo, incluido el Sr. Randolph, había podido dar su opinión acerca de lo ocurrido.

4.2 En cuanto a la afirmación de que el proceso no había sido imparcial y no se había respetado la presunción de inocencia, el Estado parte se refiere de nuevo a un fragmento de una declaración del abogado del Sr. Randolph en el sentido de que, durante los 10 meses en que se encargó de la defensa de sus clientes en el Togo, pudo hacerlo de manera satisfactoria y contando con la asistencia y la buena voluntad de las autoridades. Además, el abogado añadió que la vista se había celebrado con el debido respeto de las normas sustantivas y procesales y en el marco de un debate libre conforme a las normas internacionales.

4.3 En cuanto a la violación de la libertad de circulación, el Estado parte declara que no se le puede acusar de haber impedido al hermano del autor que saliera del territorio mediante la retención de su pasaporte diplomático, ya que las autoridades le habían expedido un nuevo pasaporte. En cuanto a las formalidades para recoger el pasaporte, la presencia física del interesado se considera normal, así como la obligación de firmarlo y el registro al recibirlo, obligación que se impone en interés de los titulares de los pasaportes para evitar la entrega de documentos a una persona que no sea el titular.

4.4 El Estado parte declara que no se presentó demanda alguna ante una instancia judicial o administrativa solicitando una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el Sr. Ati Randolph.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En sus comentarios de fecha 22 de agosto de 2000, el autor acusa al Togo de haber presentado "una sarta de mentiras". Reitera los elementos ya presentados e insiste en que estuvo en detención preventiva del 14 al

25 de septiembre de 1985, cuando el máximo que permite la ley son 48 horas. Además, alega haber sido víctima durante ese período de tratos crueles, degradantes e inhumanos, tortura y amenazas de muerte. En su opinión, no se respetó en su caso la presunción de inocencia: fue expulsado de la administración pública y compareció ante el Jefe del Estado y el Comité Central del partido único en el poder. Le confiscaron los lentes durante tres meses y no se los devolvieron hasta después que interviniera Amnistía Internacional. También fueron confiscados los vehículos del autor. A ese respecto, este afirma que uno de esos vehículos, que le devolvieron al ser puesto en libertad, había sido manipulado para que se matara al conducirlo. Por último, presenta también sus comentarios sobre distintos representantes del Gobierno a fin de demostrar el carácter antidemocrático del régimen, sin que esto tenga relación directa con su comunicación.

5.2 Del 25 de septiembre de 1985 al 12 de enero de 1987, el autor estuvo detenido en el centro de detención de Lomé, donde fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes y amenazado de muerte. La hermana del autor hace constar en el testimonio que hizo llegar al Comité que, a ese respecto y bajo la presión de organizaciones humanitarias internacionales, el régimen se había visto obligado a facilitar un examen médico. La Sra. Randolph sostiene que los abogados, así como los médicos elegidos, eran leales al régimen y no reconocieron que los resultados del examen —según los cuales no había habido torturas— habían sido falsificados.

5.3 El proceso del autor no comenzó hasta julio de 1986. El 30 de julio, fue condenado a cinco años de prisión por injurias al Jefe del Estado. El 12 de enero de 1987, fue indultado por este.

5.4 El Sr. Randolph insiste en que fue torturado con electricidad el 15 de septiembre de 1985 por la tarde y en la mañana del día siguiente. Declara que después lo amenazaron de muerte en varias ocasiones. Asegura que informó a sus abogados y que en dos ocasiones denunció las torturas ante las autoridades judiciales, la primera vez en octubre de 1985, pero que se le había quitado importancia a su denuncia sustituyendo "tortura" por "malos tratos". La segunda vez, en enero de 1986, presentó su denuncia por escrito. El autor afirma que, en respuesta a esa iniciativa, le negaron el derecho a recibir una visita semanal de su familia y que durante el proceso denunció las torturas y los malos tratos. Según él, esta fue la causa de que se aplazara su proceso del 16 al 30 de julio, supuestamente para ampliar las diligencias pero no aporta pruebas de sus argumentos.

5.5 El autor señala también las condiciones de su detención, por ejemplo, la obligación de permanecer casi desnudo en un cuarto lleno de mosquitos, tener que acostarse directamente en el cemento y poderse duchar únicamente cada dos semanas al comienzo de su detención, además de disponer únicamente de tres minutos diarios para salir de su celda y ducharse en el patio de la cárcel bajo vigilancia armada.

5.6 Respecto del proceso, el autor declara que la Presidenta del Tribunal, la Sra. Nana, era allegada del Jefe del Estado e incluso había participado en una manifestación para pedir la ejecución del autor y los otros enjuiciados en el caso, así como la confiscación de sus bienes. Únicamente la Asociación de Juristas Africanos, representada por un amigo del Jefe del Estado, estaba autorizada a observar el proceso, mientras que cuando el representante de Amnistía Internacional llegó al aeropuerto no se le permitió el ingreso al país.

5.7 El Sr. Randolph afirma que el proceso tuvo lugar sin que se presentaran ni pruebas ni testigos. Se trataba de un juicio por injurias al Jefe del Estado mediante la distribución de pasquines. Ahora bien, el autor afirma que no se presentó ningún pasquín como elemento de prueba ni hubo denuncia del Jefe del Estado por injurias.

5.8 El autor afirma que, durante el proceso, sus abogados demostraron que se habían violado sus derechos y que él mismo mostró al tribunal las cicatrices todavía visibles de las quemaduras con electricidad. No obstante, considera que sus abogados actuaban bajo presión y por eso no insistieron en la cuestión.

5.9 Respecto de su hermano, el Sr. Randolph impugna las observaciones del Estado parte y declara que no se prorrogó el pasaporte diplomático y que la expedición de un nuevo pasaporte ordinario tomó nueve meses.

Observaciones complementarias del Estado parte sobre los comentarios del autor

6.1 En su nota de 27 de noviembre de 2000, el Estado parte impugna la admisibilidad de la comunicación y pide que el Comité la declare inadmisibles por tres razones: falta de agotamiento de los recursos internos, utilización de expresiones insultantes e injuriosas y examen ante una instancia internacional.

6.2 El Estado parte declara que en el Togo toda persona que se considere víctima de violaciones de los derechos humanos puede recurrir a los tribunales, a la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y a las instituciones privadas de defensa de los derechos humanos. El Estado parte declara al respecto que el Sr. Randolph no apeló ante los tribunales, ni pidió la revisión de su proceso ni la reparación de perjuicio alguno. En cuanto a la posibilidad de dirigirse a la CNDH, el Estado declara que el autor no lo hizo, aunque en su comunicación reconoce la importancia de la Comisión.

6.3 El Estado parte insiste, sin proporcionar detalles, en que el autor utilizaba en sus afirmaciones expresiones insultantes e injuriosas.

6.4 Respecto del examen ante otra instancia internacional, el Estado parte declara que, de conformidad con la resolución 1993/75 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1993, hasta 1996 el Togo estuvo bajo observación en materia de protección de los derechos humanos. El

Estado parte recuerda que el caso del Sr. Randolph formaba parte de los expedientes examinados por la Comisión de Derechos Humanos durante el período de observación.

Comentarios suplementarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

7.1 El 13 de enero de 2001, el autor envió sus comentarios. Criticando a diversos funcionarios togoleses y dando su opinión sobre ellos, impugnó la legalidad y la legitimidad del régimen político en el poder. Como prueba de ello, así como para apoyar su comunicación, el autor presenta extractos de diversos artículos y libros, sin añadir realmente elementos nuevos que puedan tener relación con sus denuncias anteriores de violaciones de los derechos humanos respecto de su persona o de miembros de su familia.

7.2 El autor repite sus comentarios del 22 de agosto de 2000 y añade nuevas acusaciones contra el régimen político en el poder, a saber, la corrupción y la denegación de justicia. Asimismo, denuncia las condiciones reinantes para la expedición de pasaportes por el Togo, sin que eso tenga relación con la presente comunicación.

7.3 En cuanto al argumento de inadmisibilidad presentado por el Gobierno, basado en el uso de expresiones insultantes e injuriosas, el autor considera que los términos que utilizaba eran a menudo leves para describir "todo el horror que rodea al pueblo togolés desde hace casi 35 años". Añade que, si el Gobierno sigue considerando que sus expresiones eran insultantes e injuriosas, estaría "dispuesto a defenderlas en cualquier jurisdicción, ante cualquier tribunal, presentando pruebas irrefutables y elementos de prueba, y presentando como testigo de cargo al pueblo togolés".

7.4 El autor invoca igualmente "la denegación de justicia", que justifica que no se hayan agotado los recursos internos y expone al respecto la idea de que la concepción de justicia del General Eyadema estaba estricta y exclusivamente a su servicio. Recuerda el "caso de los petardos" y pide encarecidamente al Jefe del Estado que conteste las preguntas relativas al descubrimiento y el pedido de los explosivos y que explique por qué no se han presentado elementos de prueba sobre el caso.

7.5 El autor formula juicios sobre la Presidenta del Tribunal que lo condenó, la Sra. Nana, afirmando que era allegada del régimen, y sobre el primer fiscal suplente, que no hizo investigaciones de las torturas, así como sobre otros altos funcionarios.

7.6 Respecto del no agotamiento de los recursos internos, el autor declara que "todo intento de recurso que requiera un sistema judicial imparcial es imposible mientras el Estado parte esté bajo la dictadura". En cuanto a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el autor considera que ninguna de las personas que presentaron denuncias ante ella en 1985 ganó el pleito.

7.7 El autor declara que el hecho de que la Comisión de Derechos Humanos hubiera terminado su examen de la situación de los derechos humanos en el Togo no impedía que el Comité examinara su comunicación.

Decisión del Comité en cuanto a la admisibilidad

8.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 En su 71º período de sesiones, celebrado en abril de 2001, el Comité examinó la cuestión de la admisibilidad de la comunicación.

8.3 El Comité observó que la parte de la comunicación relativa a la detención, tortura y condena del autor correspondía a un período en que el Estado parte aún no se había adherido al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es decir, un período anterior al 30 de junio de 1988. En cambio, el Comité observó que, a pesar de que habían ocurrido antes de entrar en vigor el Protocolo Facultativo para el Togo, los hechos denunciados en esta parte de la comunicación seguían produciendo efectos que podían constituir en sí violaciones del Pacto después de esa fecha.

8.4 El Comité observó que no podía considerarse que el examen realizado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tuviera el mismo carácter que el examen de las comunicaciones presentadas por particulares en el sentido del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité recordó su jurisprudencia, según la cual la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no es una instancia de examen o arreglo en el sentido de ese apartado.

8.5 El Comité observó también que el Estado parte impugnaba la admisibilidad de la comunicación por no haberse agotado los recursos internos, dado que el autor no había interpuesto ningún recurso en relación con sus alegaciones de violación de los derechos garantizados por el Pacto. El Comité constató que el autor no había presentado ningún argumento para justificar el no agotamiento de los recursos internos disponibles en relación con el caso de su hermano fallecido. En consecuencia, decidió que esa parte de la comunicación era inadmisibile.

8.6 Sin embargo, en lo concerniente a las alegaciones relativas al propio autor, presentadas más arriba en los párrafos 2.5, 5.6 y 5.8, el Comité consideró que el Estado parte no había proporcionado una respuesta satisfactoria al argumento del autor de que no existía un recurso efectivo en el derecho nacional, en relación con las violaciones alegadas de los derechos que le reconocía el Pacto, por lo que el 5 de abril de 2001 declaró admisible la comunicación.

Observaciones del Estado parte

9.1 En sus observaciones de 1º de octubre de 2001 y de 2002, el Estado parte suscribe la decisión del Comité sobre la inadmisibilidad de la parte de la comunicación relativa al hermano del autor, pero impugna la relativa a la admisibilidad del resto de la comunicación que tiene que ver con el propio autor.

9.2 Con respecto al párrafo 2.5 de la decisión de admisibilidad, el Estado parte reitera su argumento de que el autor no ha agotado los recursos internos, alegando en particular la posibilidad de interponer un recurso ante el Tribunal de Apelación y, llegado el caso, ante el Tribunal Supremo. El Estado parte afirma que comparte enteramente la opinión disidente de un miembro del Comité¹ y pide al Comité que la tenga en cuenta al reexaminar la comunicación.

9.3 En cuanto al párrafo 5.6 de la decisión de admisibilidad, el Estado parte señala que el régimen siempre ha respetado el principio de independencia del poder judicial y que las dudas expresadas por el autor sobre la Presidenta del tribunal constituyen afirmaciones gratuitas y juicios infundados que solo tienen por objeto difamarla. El Estado parte reafirma que el tribunal sustanció la causa del autor equitativamente y en público, con total independencia e imparcialidad, como señaló, según el Estado parte, el abogado del autor.

9.4 En cuanto al párrafo 5.8 de la decisión de admisibilidad, el Estado parte vuelve a remitirse a sus observaciones de 2 de marzo de 2000.

Comentario del autor sobre las observaciones del Estado parte

10. En sus comentarios de 3 de abril, 7 de junio y 14 de julio de 2002, el autor reitera sus argumentos sobre la violación de los derechos humanos y el desprecio de las instituciones y de los instrumentos jurídicos por el Estado parte, así como sobre la falta de independencia real del poder judicial del Togo.

Nuevo examen de la decisión de admisibilidad y examen de la cuestión en cuanto al fondo

11.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información presentada por las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

11.2 El Comité ha tomado nota de las observaciones del Estado parte de 1º de octubre de 2001 y de 2002 sobre la inadmisibilidad de la comunicación por no haberse agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. Constata que el Estado parte no presenta ningún elemento nuevo y suplementario de inadmisibilidad, fuera de las observaciones hechas respecto de la admisibilidad, que permitirían volver a examinar la decisión

del Comité. El Comité estima pues que no tiene que volver a examinar su decisión de admisibilidad de fecha 5 de abril de 2001.

11.3 El Comité pasa inmediatamente al examen de la denuncia en cuanto al fondo.

12. Tomando nota de que el Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 30 de junio de 1988, es decir, posteriormente a la liberación y exilio del autor, el Comité recuerda su decisión de admisibilidad según la cual es necesario, basándose en el examen de la cuestión en cuanto al fondo, decidir si las presuntas violaciones de los artículos 7, 9, 10 y 14, después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, siguieron teniendo efectos que pudieran constituir de por sí una violación del Pacto. Aunque el autor afirma haber sido obligado a exiliarse y a vivir apartado de su familia y allegados, y aunque después de la decisión de admisibilidad del Comité ha aportado algunas argumentaciones adicionales respecto de por qué cree que no puede volver al Togo, el Comité opina que, en la medida en que cabría interpretar que la comunicación del autor guarda relación con los efectos continuos de las denuncias originales que de por sí equivaldrían a una violación del artículo 12 u otras disposiciones del Pacto, el autor no ha aportado pruebas lo suficientemente específicas que permitan al Comité determinar que se ha violado el Pacto.

13. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto no ponen de manifiesto ninguna violación del Pacto.

APÉNDICE

Voto particular del miembro del Comité, Sr. Abdelfattah Amor, sobre la decisión de admisibilidad de 5 de abril de 2001

Si bien comparto la conclusión del Comité en lo que respecta a la inadmisibilidad de la parte de la comunicación relativa al hermano del autor, sigo teniendo reservas en cuanto a la admisibilidad del resto de la comunicación. Existen múltiples razones jurídicas para ello:

1. El apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que "El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente".

Primero. En principio, corresponde al Comité cerciorarse de que el individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna disponibles. La función del Comité es constatar y no evaluar. Las alega-

¹ Véase el anexo.

ciones del autor, salvo en lo que se refiere al carácter poco razonable de los retrasos o al carácter insuficiente de las explicaciones del Estado parte, o que estén manifiestamente plagadas de inexactitudes o de errores, no pueden modificar el carácter de la función del Comité a este respecto.

Segundo. Además, la redacción del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 no se presta a equívoco ni requiere interpretación, dado que es clara y restrictiva. No se puede ir más allá del texto para investigar su inteligibilidad sin someterlo a tensiones que modifiquen su sentido y su alcance.

Tercero. Finalmente, la única excepción a la norma del agotamiento de todos los recursos de la jurisdicción interna se refiere a los procedimientos de recurso que excedan los plazos razonables, lo que, evidentemente, no es aplicable a la situación de que se trata.

2. Es indiscutible que la decisión por la que se condenó al autor a cinco años de prisión en 1986 no ha sido objeto de ningún intento de recurso, ni antes de su indulto en enero de 1987 ni después. Es decir que en lo que respecta al componente penal no se ha explorado ni menos aún utilizado ningún recurso.

3. En lo que respecta al componente civil y a la demanda de indemnización, el autor no se ha dirigido jamás ni a título principal ni a ningún otro título a ninguna jurisdicción para reclamar indemnización, por lo cual esta cuestión se somete al Comité por primera vez y, por lo tanto, a título inicial.

4. El autor habría podido dirigirse al Comité a partir de agosto de 1988, fecha de entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte. El hecho de que haya esperado más de 11 años para valerse del nuevo procedimiento que se le ofrece no deja de suscitar interrogantes, incluido el abuso del derecho previsto en el artículo 3 del Protocolo.

5. El Comité no disponía de elementos precisos, concordantes y constantes que le permitieran corroborar las alegaciones del autor relativas a todo el sistema judicial del Estado parte, tanto en lo que respecta a su componente penal como en lo que respecta a su componente civil. Al fundar su posición sobre la base general de la falta de recursos efectivos, como afirmó el autor, el Comité ha emitido un dictamen que, desde el punto de vista jurídico, puede legítimamente discutirse, e incluso impugnarse.

6. Cabe temer que la presente decisión constituya un lamentable precedente, en el sentido de que podría respaldar una práctica que queda fuera del alcance del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

En resumen, considero que, habida cuenta de las circunstancias expuestas en la comunicación, las dudas del autor en cuanto a la eficacia de los recursos internos no lo dispensan de utilizarlos. El Comité habría debido llegar a la conclusión de que la condición prevista en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo

Facultativo no se ha cumplido y que la comunicación no era admisible.

Voto disidente del miembro del Comité, Sr. Hipólito Solari Yrigoyen

Fundo a continuación mis opiniones disidentes en la presente comunicación:

1. El Comité señala que el Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 30 de junio de 1988, es decir posteriormente a la liberación y el exilio del autor. Al mismo tiempo, recuerda su decisión de admisibilidad según la cual es necesario, basándose en el examen del fondo de la cuestión, decidir si las presuntas violaciones de los artículos 7, 9, 10 y 14 siguieron teniendo efectos después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo que pudieran constituir de por sí una violación del Pacto. Al respecto el autor afirma haber sido obligado a exiliarse y a vivir apartado de su familia y allegados. A juicio del Comité, esta afirmación debe entenderse que se refiere a las presuntas violaciones de los derechos del autor cometidas entre 1985 y 1987, que se refieren a los efectos continuos de las denuncias originales que de por sí equivaldrían a una violación del artículo 12 y otras disposiciones del Pacto relacionadas con este, que le impiden en forma permanente su regreso sin peligro a la República del Togo.

2. El Comité observa que el Estado parte, en su primera presentación de 2 de marzo de 2000, ha formulado una negativa del carácter forzoso del exilio del autor, pero que luego, tras los comentarios detallados y precisos que este aporta el 22 de agosto de 2000, no ha proporcionado ninguna explicación ni ha hecho ninguna declaración para aclarar el asunto, cumpliendo con las obligaciones que le impone el Protocolo Facultativo en el artículo 4.2. Mediante una simple declaración, hubiera podido negar la afirmación hecha por el autor de que no puede regresar a Togo sin peligro y ofrecer seguridades para su regreso, pero ello no ha ocurrido. Cabe tener presente que solo el Estado parte podría otorgar dichas garantías para poner fin a los efectos continuos que están justificando el exilio del autor al privarlo arbitrariamente de su derecho a regresar a su propio país. El Estado parte, en sus presentaciones de 27 de noviembre de 2000, 1º de octubre de 2001 y 2002 se ha limitado a rechazar la admisibilidad de la comunicación en lo que hace al autor. Debe tenerse presente que no ha habido ningún elemento nuevo aportado por el Estado que permita determinar que han cesado los efectos continuos, de los hechos anteriores al 30 de junio de 1988.

3. Cabe preguntarse si el tiempo transcurrido desde que entró en vigor el Protocolo Facultativo para el Estado parte hasta la presentación de la comunicación podría debilitar o anular el argumento de los efectos continuos que le dan al exilio del autor un carácter forzado. La respuesta es negativa ya que los exilios no tienen plazos mientras que se mantengan las circunstancias que los han provocado, lo que ocurre con el Estado

parte. La estabilidad de tales circunstancias en muchos casos ha sido superior a la vida normal de los seres humanos. Por otra parte, no se puede dejar de considerar que el exilio forzado impone a la víctima una pena con el agravante de que el que la sufre no ha tenido un juez que antes de imponerla diera al acusado todas las garantías de un proceso legal. La pena del exilio, en definitiva, constituye una pena administrativa. Es, además, una pena de manifiesta crueldad, como ha sido considerada desde la más remota antigüedad por los efectos que el desarraigo forzoso tiene en la víctima, su familia y en sus relaciones afectivas y de otra índole.

4. El artículo 12 del Pacto no admite los exilios forzosos al señalar que nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar a su propio país. El Comité, en su Observación general N° 27, ha precisado que la referencia al concepto de arbitrariedad se refiere a toda actuación del Estado, legislativa, administrativa o judicial. Por otra parte, carece de importancia el hecho

de una posible doble nacionalidad del autor, ya que, como también lo indica la mencionada observación general, "el alcance de la expresión su "propio país" es más amplio que el de "país de su nacionalidad". Así pues, los titulares de ese derecho solo pueden determinarse interpretando las palabras "su propio país", que reconocen los especiales vínculos de una persona con ese país.

5. El Comité de Derechos Humanos opina que los agravios originales sufridos por el autor en el Togo entre 1985 y 1987 tienen un efecto permanente que le impide volver a su país sin peligro. En consecuencia, ha habido una violación del párrafo 4 del artículo 12 del Pacto, interpretado conjuntamente con los artículos 7, 9, 10 y 14.

6. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Comité considera que el autor tiene derecho a un recurso efectivo.

Comunicación N° 916/2000

Presentada por: Jayalath Jayawardena

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Sri Lanka

Fecha de aprobación del dictamen: 22 de julio de 2002 (75° período de sesiones)

Asunto: Amenazas de muerte contra el demandante tras la formulación de acusaciones públicas por el Jefe del Estado

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos – Falta de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Derecho a la seguridad de la persona – Falta de investigación de las amenazas contra la vida del demandante

Artículo del Pacto: 9, párrafo 1

Artículo del Protocolo Facultativo: 2

Conclusión: Violación (artículo 9, párrafo 1)

1. El autor de la comunicación es el Sr. Jayalath Jayawardena, ciudadano de Sri Lanka, residente en Colombo (Sri Lanka). Alega ser víctima de violaciones por Sri Lanka del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El autor no invoca ninguna disposición concreta del Pacto, pero en la comunicación se suscitan aparentemente cuestiones en virtud del párrafo 1 de su artículo 9. El autor no está representado por abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor es doctor en medicina y miembro del Partido Nacional Unido (PNU) de Sri Lanka. En el

momento de su comunicación inicial era miembro de la oposición en el Parlamento, pero en diciembre de 2001 su partido consiguió la mayoría en el Parlamento y fue nombrado Ministro de Rehabilitación, Reasentamiento y Refugiados. Desde 1998, la Sra. Chadrika Bandaranaike Kumaratunga, Presidenta de Sri Lanka, había hecho acusaciones públicas, en entrevistas con los medios de comunicación, diciendo que el autor formaba parte de los Tigres de Liberación del Eelam Tamil (LTTE), alegaciones difundidas profusamente por las emisoras de radio y televisión "controladas por el Gobierno". Esas mismas alegaciones aparecieron, además, en el periódico *Daily News* los días 9 y 10 de septiembre de 1998 y el 5 de enero de 2000.

2.2 El 3 de enero de 2000, durante una entrevista difundida por la emisora de televisión estatal, la Presidenta acusó de nuevo al autor de formar parte de los LTTE. Dos días después, un abogado y líder del Congreso Tamil Pancingalés, que apoyaba manifiestamente a los LTTE, fue asesinado por un pistolero no identificado en Colombo. El autor temía ser también asesinado y señala que, debido a las acusaciones de la Presidenta, recibió numerosas amenazas de muerte mediante llamadas de personas no identificadas y fue seguido por personas asimismo no identificadas.

2.3 El 2 de marzo de 2000, el Secretario General del Parlamento pidió al Ministerio de Defensa que proporcionara al autor la misma protección prestada a los miembros del Parlamento en el nordeste del país, pues

su labor se concentraba en esas provincias. También declaró que el autor estaba recibiendo amenazas de muerte y pidió se le concediera protección personal reforzada. El Secretario General del Parlamento confirmó en dos cartas al autor que no había recibido respuesta del Ministerio de Defensa a esa petición. El 13 de marzo de 2000, en una entrevista publicada por la *Far Eastern Economic Review*, la Presidenta acusó al PNU de complicidad con los LTTE.

2.4 Aproximadamente el 15 de marzo de 2000, se asignaron al autor dos guardas de seguridad adicionales, pero no se les dotó de "aparatos de comunicación de emergencia" ni se colocaron cristales ahumados en el vehículo del autor. Todos los miembros gubernamentales del Parlamento contaban con esos dispositivos de seguridad cuando estaban amenazados, y se les asignaban más de ocho guardas de seguridad.

2.5 En varios faxes presentados por el autor, este aporta la siguiente información complementaria. El 8 de junio de 2001, un periódico estatal publicó un artículo en el que declaraba que el nombre del autor había aparecido en una revista como espía de los LTTE. Tras este incidente, el autor alega que recibió unas 100 amenazas de muerte por teléfono y era seguido por varias personas no identificadas en vehículos camuflados. Como resultado de esas llamadas, la familia del autor se encontraba en un estado de "grave conmoción psicológica". El 13 de junio de 2001, el autor presentó una denuncia a la policía y solicitó más protección, pero no se le concedió.

2.6 El 18 de junio de 2001, el autor hizo una declaración en el Parlamento revelando que su vida y la de su familia corrían peligro. También pidió al Presidente del Parlamento que remitiera su denuncia al "comité de privilegios"¹ Como consecuencia de su denuncia al Presidente, se creó un "comité de investigación"² para examinarla, pero, debido a la "prolongación antidemocrática del Parlamento", no se consideró el asunto³.

2.7 Además, el autor presentó una denuncia en la policía contra un viceministro del Gobierno que le amenazó con matarle. El 3 de abril de 2001, el Fiscal General dio instrucciones al "Director de Delitos de la Policía" para que se enjuiciara a ese viceministro. Sin embargo, el 21 de junio de 2001, el Fiscal General informó al Director de Delitos que él (el Fiscal General) habría de reexaminar el caso como consecuencia de las objeciones del abogado del viceministro. El autor cree que esto se debió a presiones políticas. El 19 de junio de 2001, el autor escribió al Presidente del Parlamento pidiéndole que aconsejara al Secretario del Ministerio de Defensa que le proporcionara más protección, como había pedido anteriormente el Secretario General del Parlamento.

2.8 La Presidenta y los medios de comunicación estatales hicieron en las siguientes fechas afirmaciones

sobre la supuesta participación del autor en los LTTE: 25 de junio de 2001, 29 de julio de 2001, 5 de agosto de 2001, 7 de agosto de 2001 y 12 de agosto de 2001. Se afirma que esas declaraciones pusieron en mayor peligro la vida del autor.

2.9 Además, el autor alega que el 18 de julio de 2001 fue seguido por un pistolero no identificado cerca de la oficina de su circunscripción, por lo que presentó una denuncia en la policía el mismo día, pero no se tomó ninguna medida al respecto. El 31 de agosto de 2001, se encontró una granada de mano con carga explosiva en un cruce cerca de su residencia⁴. El autor alega que, durante la campaña para las elecciones parlamentarias que terminó el 5 de diciembre de 2001, la Presidenta hizo observaciones similares sobre la conexión entre el PNU y los LTTE.

La denuncia

3.1 El autor se queja de que las afirmaciones de la Presidenta de Sri Lanka en los medios de comunicación estatales sobre su supuesta participación en los LTTE pusieron su vida en peligro. Sostiene que esas afirmaciones equivalen a una persecución y se deben a sus esfuerzos por llamar la atención sobre las cuestiones de los derechos humanos en Sri Lanka. Dice que no ha podido demandar a la Presidenta debido a la inmunidad de que ella goza.

3.2 El autor alega que el Estado parte no ha protegido su vida, negándose a concederle la suficiente protección, a pesar de que estaba recibiendo amenazas de muerte.

3.3 El autor alega además que el Estado parte no investigó ninguna de las denuncias que hizo a la policía sobre las amenazas de muerte que había recibido.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 Por carta de 6 de septiembre de 2000, el Estado parte expuso sus observaciones sobre la admisibilidad de la comunicación, y por carta de 3 de julio de 2001, sobre el fondo. Según el Estado parte, el autor no ha hecho uso de los recursos de la jurisdicción interna conforme se dispone en el artículo 2 del Protocolo Facultativo. Declara que, si el autor creía que las afirmaciones de la Presidenta vulneraban sus derechos civiles y políticos, disponía de recursos internos en virtud de la Constitución y del Código Penal de Sri Lanka contra los medios de comunicación, para impedirles que publicaran o difundieran esa información, o para actuar contra ellos. También afirma que, aparte de la declaración del autor de que no puede demandarse a la Presidenta ante los tribunales, no ha sostenido que no tenga fe en el sistema judicial de Sri Lanka para que se

¹ No se ha recibido más información sobre este comité.

² No se ha recibido más información sobre este comité.

³ El autor no ha proporcionado más información sobre este asunto.

⁴ Según un artículo de prensa proporcionado por el autor sobre este asunto, se realizó una investigación y el oficial encargado declaró que el incidente no tenía nada que ver con el autor.

respeten sus derechos y reclamar reparación respecto a la publicación o difusión del material.

4.2 El Estado parte impugna que personas no identificadas hayan llamado al autor para amenazarlo de muerte o lo hayan seguido, pues no hay constancia de que haya presentado tales denuncias ante las autoridades nacionales. A este respecto, también declara que el hecho de que el autor no haya informado de esas amenazas es un importante factor al evaluar su credibilidad.

4.3 En cuanto al fondo, el Estado parte declara que, como miembro del Parlamento y facultativo médico, el autor llevaba una dilatada vida pública, participando en programas de televisión relacionados con la política y con la medicina. Había intervenido activamente en debates políticos en la televisión y en la prensa, sin indicación alguna de la cautela de que hubiera dado prueba normalmente una persona cuya vida se supone sometida a "grave amenaza". A este respecto, el Estado parte señala que, en respuesta a las afirmaciones de la Presidenta, el autor publicó un desmentido, al que se dio un trato equivalente en la televisión, la radio y la prensa del sector público y privado.

4.4 El Estado parte declara asimismo que el hecho de que el autor no denunciara ante las autoridades nacionales que hubiera recibido amenazas de muerte y no hiciera uso de los recursos jurídicos disponibles contra los medios de comunicación para que no publicaran material considerado perjudicial para él indica que el autor está empeñado en una campaña política en los foros internacionales para desacreditar al Gobierno de Sri Lanka y no para reivindicar la violación de un derecho humano. Según el Estado parte, el hecho de que el autor no hiciera referencia a la violación de ningún derecho particular en virtud del Pacto confirmaría también dicha hipótesis.

4.5 Además, aduce que no existe ninguna vinculación entre el asesinato del líder del Congreso Tamil Pancingalés, que era abogado, y las afirmaciones de la Presidenta sobre el autor. Declara que la Presidenta no hizo ninguna referencia al líder de ese partido en la entrevista de que se trata y que el autor ha apoyado abiertamente a los LTTE durante mucho tiempo. Según el Estado parte, hay muchos abogados que representan a sospechosos de los LTTE en los tribunales de Sri Lanka que nunca han sido objeto de ninguna forma de acoso ni de amenaza, ni se han presentado a las autoridades denuncias de esa naturaleza.

4.6 Por último, el Estado parte declara que la Presidenta de Sri Lanka, como ciudadana de su país, tiene derecho a expresar sus opiniones sobre asuntos de importancia política, como cualquier otra persona en el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de opinión.

Comentarios del autor

5.1 En cuanto a la cuestión de la admisibilidad, el autor declara que su denuncia no está relacionada con la prensa ni con la policía de Sri Lanka sino con las afir-

maciones de la Presidenta en relación con su supuesta participación en los LTTE. Aduce que la propia Presidenta debe ser responsable de las declaraciones que ha hecho contra él. Sin embargo, como la Presidenta tiene inmunidad, no hay recursos internos que puedan agotarse. El autor cita la Constitución de Sri Lanka:

"30-1) Habrá un Presidente de la República de Sri Lanka, que es el Jefe del Estado, el Jefe del Poder Ejecutivo y del Gobierno y el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

35-1) Mientras una persona ocupe el cargo de Presidente no se cursará ni tramitará ningún procedimiento judicial contra ella con respecto a cualquier acto u omisión que haya cometido a título oficial o privado."

5.2 Con respecto a la declaración del Estado parte de que el autor no ha presentado denuncia oficial por las amenazas de muerte y la necesidad de más protección, el autor reitera los intentos que hizo en ese sentido, declarando que presentó muchas denuncias en la policía, y aporta copia de una de ellas, de fecha 11 de enero de 2000.

5.3 El autor agrega que el 18 de julio de 2001 el Presidente del Parlamento pidió al Secretario del Ministerio de Defensa que proporcionara más protección al autor. Del mismo modo, el 23 de julio de 2001, el jefe de la oposición escribió también al Secretario haciendo la misma solicitud⁵. En carta de fecha 27 de julio de 2001, el Secretario informó al jefe de la oposición de que ambas cartas se habían transmitido a la Presidenta, para que las considerara. El autor declara que no espera recibir esa mayor protección, pues la Presidenta es también Comandante en Jefe de la Policía y de las Fuerzas Armadas.

5.4 El autor se refiere a las observaciones de organizaciones internacionales sobre este asunto relativas a las alegaciones de la Presidenta, a la que pidieron que tomara medidas para proteger la vida del autor, incluida la investigación de las amenazas de muerte. Según el autor, la Presidenta no respondió a esas peticiones.

5.5 Por último, el autor declara que la Presidenta calificó abierta y públicamente al dirigente del Congreso Tamil Pancingalés de partidario de los LTTE, pero, en todo caso, no tiene la intención de pedir al Comité que investigue las circunstancias de esa muerte.

⁵ El autor señala a la atención del Comité el siguiente párrafo de su carta: "El Sr. Jayawardena ha presentado varias denuncias en la policía local y al propio IGP, que no han servido de nada. Hace poco, el 18 de julio de 2001, se observó que un pistolero no identificado merodeaba junto a su casa. Es lamentable que, a pesar de todo ello, su Ministerio no haya tomado medidas para acceder a la petición del Presidente del Parlamento".

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar las reclamaciones contenidas en una comunicación el Comité de Derechos Humanos debe decidir si esta es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 El Comité se ha cerciorado de que este mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, a los fines del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.3 El Comité observa la denuncia del autor de que sus derechos fueron violados, pues recibió amenazas de muerte a raíz de las afirmaciones de la Presidenta sobre su presunta participación en los LTTE, y de que no podía actuar contra la propia Presidenta, en razón de su inmunidad. El Estado parte insiste en que el autor pudo haber entablado un juicio contra los medios de comunicación que difundieron o publicaron las afirmaciones de la Presidenta. Aunque el Estado parte no niega que, en virtud de la inmunidad de que goza, no se podía entablar un juicio contra la Presidenta, no indica si el autor tenía a su disposición recursos eficaces para reparar el posible menoscabo de su seguridad personal que podrían haber causado las afirmaciones de esta. Por estas razones, el Comité considera que el autor ha agotado los recursos internos, y esta parte de la comunicación es admisible. El Comité observa que esta denuncia puede suscitar cuestiones con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

6.4 En cuanto a la cuestión de que el Estado parte no investigó sus alegaciones de amenazas de muerte, el Comité toma conocimiento del argumento del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos, pues no presentó esas denuncias a las autoridades nacionales competentes. Según la información proporcionada, el Comité observa que el autor presentó al menos dos denuncias en la policía. Por esta razón, y porque el Estado parte no ha explicado qué otras medidas podría haber tomado el autor para lograr reparación interna, el Comité opina que el autor ha agotado los recursos internos a este respecto. Asimismo, observa que esta alegación puede suscitar cuestiones con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Pacto. El Comité no encuentra otras razones para poner en duda la admisibilidad de ese aspecto de la comunicación.

6.5 En cuanto a la cuestión de que el Estado parte no protegió al autor concediéndole una protección mayor, el Comité toma conocimiento del argumento del autor de que el grado de protección que se le concedió era inadecuado y no correspondía al otorgado a otros miembros del Parlamento, y en particular los que trabajan en el nordeste del país. El Comité observa que, aunque el Estado parte no respondió concretamente sobre esta cuestión, el autor afirma que recibió "dos guardas de seguridad adicionales", pero no da más explicaciones sobre el grado exacto de la protección que

se le concedió en relación con otros miembros del Parlamento. Por lo tanto, el Comité entiende que el autor no ha justificado su denuncia para los fines de la admisibilidad.

6.6 Por lo tanto, el Comité decide que las partes de la comunicación relativas a la denuncia respecto a las afirmaciones de la Presidenta contra el autor y a que el Estado parte no investigó las amenazas de muerte contra el autor son admisibles.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han proporcionado las partes, según se dispone en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 En cuanto a la alegación del autor de que las afirmaciones hechas públicamente por la Presidenta de Sri Lanka pusieron su vida en peligro, el Comité observa que el Estado parte no ha negado el hecho de que esas declaraciones se hicieron realmente. En cambio, niega que el autor haya recibido amenazas de muerte tras las alegaciones de la Presidenta pero, basándose en la información detallada proporcionada por el autor, el Comité opina que debe darse debida consideración a las afirmaciones de este de que recibió esas amenazas a raíz de las declaraciones, y de que temía por su vida. Por esas razones, y porque las declaraciones de que se trata fueron hechas por la Jefa de Estado, protegida por la inmunidad concedida por el Estado parte, el Comité considera que el Estado parte es responsable de la violación del derecho del autor a la seguridad personal de conformidad con el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

7.3 En cuanto a la afirmación del autor de que el Estado parte violó sus derechos con arreglo al Pacto porque no investigó las denuncias que el autor hizo a la policía sobre las amenazas de muerte que había recibido, el Comité observa que el Estado parte sostiene que el autor no recibió ninguna amenaza de muerte y que no se recibieron denuncias o informes de dichas amenazas. No obstante, el Estado parte no ha presentado ningún argumento ni material concreto para refutar la descripción detallada del autor de por lo menos dos denuncias hechas por él a la policía. En esas circunstancias, el Comité concluye que el hecho de que el Estado parte no investigara esas amenazas contra la vida del autor constituye una violación de su derecho a la seguridad personal en virtud del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto revelan una violación por Sri Lanka del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

9. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Comité concluye que el autor tiene derecho a un recurso apropiado.

10. Teniendo en cuenta que, al adherirse al Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoció la competencia del Comité para determinar si hubo o no una violación del Pacto y que, con arreglo al artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todas las personas que se encuentran en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y la posibilidad de interponer un recurso afectivo y aplicable si se comprueba que hubo violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en el plazo de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité. Se pide al Estado parte asimismo que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

Voto particular, parcialmente disidente, de los miembros del comité Sr. Nisuke Ando, Sr. Prafullachandra Bhagwati, Sr. Eckart Klein, Sr. David Kretzmer, Sr. Rajsoomer Lallah y Sr. Maxwell Yalden

Compartimos la opinión del Comité acerca del hecho de que el Estado parte no investigó las amenazas de muerte contra el autor.

No obstante, no convenimos en la decisión del Comité de que la denuncia presentada por el autor de una violación de su derecho en virtud del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, debido a las afirmaciones hechas contra él por la Presidenta a través de los medios de comunicación de propiedad del Estado (véase el párrafo 3.1 *supra*), es admisible en virtud del Protocolo Facultativo. Consideramos que el autor no ha agotado los recursos internos.

Como ya se señaló, las afirmaciones del autor tienen relación con las declaraciones hechas por la Presidenta a través de los medios de comunicación de propiedad del Estado; no obstante, el autor no ha explicado por qué no enjuició a los medios de comunicación ni recurrió a los tribunales para poner freno a esas declaraciones contra él. El hecho de que la Presidenta, en su calidad de Jefa de Estado, goce de inmunidad personal y no pueda ser enjuiciada, no significa que no haya procedimientos de reparación contra otros órganos estatales o controlados por el Estado. En consecuencia, consideramos que esta parte de la comunicación es inadmisibles con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo y no se la debió examinar en cuanto al fondo.

Comunicación N° 926/2000

Presentada por: Hak-Chul Shin (representado por el abogado Yong-Whan Cho)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: República de Corea

Fecha de aprobación del dictamen: 16 de marzo de 2004

Asunto: Confiscación por las autoridades de un cuadro por motivos de seguridad nacional

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Derecho a la libertad de expresión – Limitaciones justificadas al ejercicio de ese derecho

Artículo del Pacto: 19, párrafos 2 y 3

Artículo del Protocolo Facultativo: 5, párrafo 2 a)

Conclusión: Violación (artículo 19, párrafo 2)

1.1 El autor de la comunicación es el Sr. Hak-Chul Shin, nacional de la República de Corea nacido el 12 de diciembre de 1943. Afirma ser víctima de la violación por la República de Corea del párrafo 2 del artículo 19 del Pacto. Está representado por letrado.

1.2 El 8 de mayo de 2000, el Comité, por mediación del Relator Especial para las nuevas comunicaciones y de conformidad con el artículo 86 de su reglamento,

pidió al Estado parte que no destruyera el cuadro por cuya producción se había condenado al autor mientras el Comité estuviera examinando el caso.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 Entre julio de 1986 y el 10 de agosto de 1987, el autor, artista de profesión, pintó un lienzo de 130 x 160 cm. La obra, titulada "Siembra del arroz (Monaeki)", fue posteriormente descrita por el Tribunal Supremo en los siguientes términos:

"El cuadro en su conjunto representa la península de Corea, ya que en la parte superior derecha se perfila Baek-Doo-San, mientras que en la parte baja se representa el mar del sur con olas. Está dividido en partes baja y alta, y cada una representa una escena distinta. En la parte baja se representa un sembrador de arroz arando los campos con un toro que pisotea a E.T. (el personaje de la película con ese título), que simboliza a una potencia extranjera como el llamado imperialismo norteamericano y japonés, Rambo, el tabaco importado, la Coca

Cola, "Mad Hunter", un samurai japonés, cantantes y bailarinas japonesas, el entonces Presidente [de los Estados Unidos de América] Ronald Reagan, el entonces Primer Ministro [japonés] Nakasone, el entonces Presidente [de la República de Corea] Doo Hwan Chun que simboliza un poder militar fascista, tanques y armas nucleares que simbolizan a las fuerzas armadas de los Estados Unidos, y hombres que simbolizan a los terratenientes y a la clase capitalista compradora. El campesino, al arar los campos, los barre hacia el mar del sur y hace que surjan alambradas del paralelo 38. En la parte superior del cuadro se representa un melocotón en un bosque de árboles frondosos en cuya parte superior izquierda se arrullan dos palomas. En la parte inferior derecha del bosque se dibuja Bak-Doo-San, considerada la montaña sagrada de la rebelión [situada en la República Popular Democrática de Corea], en cuya parte inferior izquierda las flores están en plena eclosión y se representan una casa con techo de paja y un lago. Debajo de la casa aparecen campesinos que preparan una fiesta para celebrar la cosecha de grano de un año fructífero y están sentados a una mesa o bailan, y niños que corretean con un cazamariposas."

El autor dice que tan pronto lo terminó, el cuadro fue distribuido de distintas maneras y fue muy divulgado.

2.2 El 17 de agosto de 1989, el autor fue detenido por mandamiento de la Comandancia de Seguridad de la Policía Nacional. El cuadro fue confiscado y presuntamente sufrió daños debido a la manera negligente en que se manipuló en la fiscalía. El 29 de septiembre de 1989, fue inculcado por quebrantar el artículo 7 de la Ley de seguridad nacional, ya que el cuadro constituía una "expresión que beneficiaba al enemigo"¹. El 12 de noviembre de 1992, un juez único del Tribunal Penal de Distrito de Seúl absolvió en primera instancia al autor. El 16 de noviembre de 1994, tres magistrados de la Quinta Sala del Tribunal Penal de Distrito de Seúl desestimaron el recurso del fiscal contra la absolución por considerar que el artículo 7 de la Ley de seguridad nacional se aplicaba solo a aquellos actos que fueran "claramente lo suficientemente peligrosos para poner en peligro la existencia o la seguridad nacionales o amenazar el orden básico libre y democrático". Sin embargo, el 13 de marzo de 1998, el

¹ El artículo 7 de la Ley de seguridad nacional dispone, entre otras cosas, que "quien haya beneficiado a una organización enemiga del Estado elogiándola, alentándola o poniéndose de su parte o sosteniendo de otra manera las actividades de ese tipo de organización, de sus miembros o de las personas que sigan sus instrucciones, incurrirá en pena de reclusión de hasta siete años.

Quien, con objeto de cometer los actos señalados en los párrafos 1 a 4 del presente artículo, produzca, importe, duplique, procese, transporte, divulgue, venda o adquiera documentos, dibujos u otras formas de expresión análogas incurrirá en la misma pena que se fija en cada párrafo". [Traducción al inglés del autor.]

Tribunal Supremo estimó el nuevo recurso del fiscal afirmando que el tribunal inferior había errado al considerar que el cuadro no constituía esa "expresión beneficiosa para el enemigo" en contravención del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional. En opinión del Tribunal, esa disposición se quebranta "cuando la expresión de que se trata constituye una amenaza activa y agresiva a la seguridad y al país o al orden libre y democrático". La causa se remitió para un nuevo juicio a tres magistrados del Tribunal Penal de Distrito de Seúl.

2.3 En el nuevo juicio el autor pidió que el Tribunal remitiera al Tribunal Constitucional la cuestión de la constitucionalidad de la interpretación que había hecho el Tribunal Supremo del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional, que se consideraba demasiado lata, a la luz de la anterior confirmación del Tribunal Constitucional de la constitucionalidad de una interpretación presuntamente más restringida de ese artículo. El 29 de abril de 1999, el Tribunal Constitucional desestimó otro recurso de inconstitucionalidad en que se planteaba la misma cuestión fundándose en que, al haber resuelto previamente que la disposición era constitucional, era competencia del Tribunal Supremo determinar el alcance de dicha disposición. En consecuencia, el Tribunal Penal de Distrito de Seúl desestimó la moción de remisión al Tribunal Constitucional.

2.4 El 13 de agosto de 1999, el autor fue declarado culpable y condenado a pena con libertad condicional, y el Tribunal ordenó la confiscación del cuadro. El 26 de noviembre de 1999, el Tribunal Supremo desestimó el recurso del autor contra la condena sosteniendo meramente que "el fallo del tribunal inferior [que condenó al autor] estaba justificado porque se atenía al fallo anterior del Tribunal Supremo que revocó el fallo original del tribunal inferior". Habiendo concluido el juicio del autor, el cuadro, previamente confiscado, iba a ser destruido.

La denuncia

3.1 El autor afirma que su condena y los daños causados al cuadro por negligencia constituyen violación de su derecho a la libertad de expresión amparado por el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto. Para empezar, afirma que el cuadro representa su sueño de la unificación pacífica y de la democratización de su país, que se basa en la vida rural que conoció en la niñez. Afirma que el argumento de la fiscalía de que representa la oposición del autor a un sur corrupto y militarista y la conveniencia de un cambio estructural hacia un norte agrícola pacífico y tradicionalista, y por tanto la incitación a la "comunización" de la República de Corea, está más allá de toda interpretación lógica.

3.2 El autor afirma además que la Ley de seguridad nacional, en virtud de la cual fue condenado, tiene por objeto directo restringir la voz del pueblo. Recuerda a este propósito las observaciones finales del Comité sobre el informe inicial y el segundo informe periódico

del Estado parte con arreglo al artículo 40 del Pacto², los dictámenes con respecto a las comunicaciones individuales presentadas en virtud del Protocolo Facultativo³ y las recomendaciones del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión⁴.

3.3 El autor observa que en el juicio la acusación citó a un "perito", cuya opinión el Tribunal Supremo consideró autorizada, para sostener los cargos. El perito afirmó que el cuadro era exponente del "realismo socialista". En su opinión representa una lucha de clases dirigida por campesinos que tratan de derribar la República de Corea debido a su relación con los Estados Unidos y el Japón. El perito consideró que las montañas que aparecen en el cuadro representan la "revolución" dirigida por la República Popular Democrática de Corea y que la forma de las casas refleja las del lugar de nacimiento del antiguo líder de la República Popular Democrática de Corea, Kim Il Sung. Así pues, en opinión del perito, el autor trataba de incitar a derribar el régimen de la República de Corea y a sustituirlo con las vidas dichosas que prometía la doctrina de la República Popular Democrática de Corea.

3.4 Mientras que los tribunales inferiores consideraron el cuadro, en palabras del autor, como "nada más que una descripción de una situación imaginaria en [sus] aspiraciones a la unificación en consonancia con su idea personal de la utopía", el Tribunal Supremo adoptó el punto de vista del perito sin explicar su rechazo del parecer del tribunal inferior y de su evaluación del testimonio pericial. En el nuevo juicio, el mismo perito volvió a declarar y afirmó que, aun cuando el cuadro no fue dibujado siguiendo el "realismo socialista", refleja la felicidad en la República Popular Democrática de Corea, cosa que complacería a los habitantes de ese Estado al contemplarlo, y que por tanto el cuadro queda dentro del ámbito de la Ley de seguridad nacional. En el contrainterrogatorio salió a relucir que el perito era un antiguo espía de la República Popular Democrática de Corea y ex maestro de pintura sin más conocimiento profesional del arte y estaba empleado en el Instituto de Investigación Estratégica contra el Comunismo de la Policía Nacional, cuyo fin era asistir en la investigación policial de asuntos de seguridad nacional.

3.5 Según el autor, en el nuevo juicio su abogado señaló que en 1994, durante el primer juicio del autor, se había expuesto una copia del cuadro en la Galería Nacional de Arte Moderno como parte de la exposición titulada "15 Años de Arte del Pueblo" y que la galería había hecho comentarios positivos sobre el estilo artístico. El abogado también aportó el testimonio pericial de un crítico de arte conocido mundialmente que

² A/47/40, párrs. 470 a 528 (informe inicial) y CCPR/C/79/Add.114, de 1º de noviembre de 1999 (segundo informe periódico).

³ *Tae Hoon Park c. la República de Corea*, caso Nº 628/1995, dictamen emitido el 20 de octubre de 1998, y *Keun-Tae Kim c. la República de Corea*, caso Nº 574/1994, dictamen emitido el 3 de noviembre de 1998.

⁴ E/CN.4/1996/39/Add.1.

rechazó las afirmaciones del perito de la acusación. Además, el abogado, argumentando a favor de la interpretación restringida del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional, facilitó al Tribunal los anteriores dictámenes y observaciones finales del Comité, así como las recomendaciones del Relator Especial, en las que se critica la Ley de seguridad nacional. A pesar de todo, el Tribunal dictaminó que la condena era "necesaria" y se justificaba conforme a la Ley de seguridad nacional.

3.6 El autor afirma que el Tribunal no demostró que su condena fuera necesaria a los fines de la seguridad nacional, según exige el párrafo 2 del artículo 19 para justificar el quebrantamiento del derecho a la libertad de expresión. El Tribunal aplicó una prueba subjetiva y emocional al considerar que el cuadro era "activo y agresivo" en lugar de seguir la norma objetiva previamente articulada por el Tribunal Constitucional. Sin demostrar ningún vínculo del autor con la República Popular Democrática de Corea ni implicación alguna de la seguridad nacional, los magistrados del Tribunal Supremo se limitaron a expresar sentimientos personales sobre los efectos que producía el cuadro al mirarlo. Este proceder hace recaer efectivamente la carga probatoria en el acusado, que debe demostrar su inocencia.

3.7 Como reparación el autor pide: i) una declaración de que su condena y los daños causados al cuadro por negligencia constituyen una violación de su derecho a la libertad de expresión, ii) la devolución incondicional e inmediata del cuadro en su estado actual, iii) la garantía del Estado parte de que no cometerá más violaciones en el futuro derogando o suspendiendo el artículo 7 de la Ley de seguridad nacional, iv) la revisión de su condena por un tribunal competente, v) el pago de una indemnización adecuada, vi) la publicación del dictamen del Comité en el *Boletín Oficial* y su transmisión al Tribunal Supremo para que se distribuya al poder judicial.

3.8 El autor afirma que el mismo asunto no se ha sometido a ningún otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En una nota verbal de 21 de diciembre de 2001, el Estado parte afirmó que la comunicación era inadmisibles e infundada. En cuanto a la admisibilidad, afirma que, dado que el procedimiento judicial en el caso del autor era conforme al Pacto, el caso es inadmisibles.

4.2 Con respecto al fondo, el Estado parte afirma que el derecho a la libertad de expresión está plenamente garantizado en tanto dicha expresión no quebrante la ley y que el propio artículo 19 del Pacto admite ciertas restricciones a su ejercicio. Dado que el cuadro fue confiscado legalmente, no hay ningún motivo ni para celebrar un nuevo juicio ni para indemnizar. Además, en el derecho interno no se prevé la celebración de un nuevo juicio y no es posible introducir ninguna enmienda a la ley a ese efecto. El fondo de las denuncias de violación del derecho a la libertad de

expresión se examina caso por caso. En consecuencia, el Estado parte no puede comprometerse a suspender o derogar el artículo 7 de la Ley de seguridad nacional, aunque se debate su posible revisión.

Comentarios del autor

5. Tras el envío de recordatorios el 10 de octubre de 2002 y el 23 de mayo de 2003, el autor indicó en una comunicación de 3 de agosto de 2003 que, como el Estado parte no había presentado ningún argumento de peso en relación con el artículo 19 del Pacto para justificar su condena, no deseaba hacer más observaciones sobre los argumentos del Estado parte.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 El Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Con respecto al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, observa que el Estado parte no ha sostenido que haya algún recurso de la jurisdicción interna que no se haya agotado o del cual aún podría servirse el autor. Como el Estado parte sostiene que la comunicación es inadmisibile con el argumento general de que los procedimientos judiciales fueron compatibles con el Pacto, cuestiones que deben considerarse en la fase de examen del fondo de la comunicación, el Comité estima más apropiado examinar en esa fase los argumentos del Estado parte a este respecto.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información que le han presentado las partes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 El Comité observa que la cuestión del cuadro pintado por el autor corresponde plenamente al ámbito del derecho a la libertad de expresión amparado por el párrafo 2 del artículo 19; recuerda que esta disposición se refiere específicamente a las ideas que se difunden "en forma artística". Aun cuando el quebrantamiento del derecho del autor a la libertad de expresión, mediante la confiscación del cuadro y su condena por un delito penal, se hizo en aplicación de la Ley, el Comité observa que el Estado parte debe demostrar la necesidad de estas medidas para alguno de los propósitos enumerados en el párrafo 3 del artículo 19. En consecuencia, toda restricción de ese derecho debe justificarse en los términos del párrafo 3 del artículo 19, es decir, además

de estar prevista por la ley, debe ser necesaria para asegurar el respeto de los derechos o las reputaciones de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas ("los propósitos enumerados").

7.3 El Comité señala que, en sus observaciones, el Estado parte no procura determinar cuál de esos propósitos ha guiado su actuación y aún menos ha reconocido la necesidad de hacerlo en este caso en particular; sin embargo, cabe observar que los tribunales superiores del Estado parte invocaron la seguridad nacional como justificativo de la confiscación de la pintura y la condena del autor. No obstante, como ya ha señalado repetidamente el Comité, el Estado parte debe demostrar de modo concreto la naturaleza exacta de la amenaza que representaba la conducta del autor para cualquiera de los propósitos enumerados, y por qué eran necesarias la confiscación de la pintura y la condena del autor. Sin dicha justificación, cabe deducir que ha habido violación del párrafo 2 del artículo 19⁵. Como en el presente caso no se ha justificado en concreto la necesidad de estas medidas para uno de los propósitos enumerados, el Comité considera que la confiscación de la pintura y la condena del autor equivalen a violar su derecho a la libertad de expresión.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del párrafo 2 del artículo 19 del Pacto.

9. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a garantizar al autor de la comunicación un recurso efectivo, incluida la indemnización por su condena, la anulación de la condena y las costas judiciales. Además, como el Estado parte no ha demostrado que se justifique ninguna restricción de la libertad de expresión del autor a través de la pintura, debería devolverle el cuadro restaurado y correr con los gastos que ello acarree. El Estado parte tiene la obligación de impedir que se cometan violaciones análogas en el futuro.

10. Teniendo presente que al adquirir la condición de parte en el Protocolo Facultativo el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. También se pide al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

⁵ Véase, por ejemplo, *Tae Hoon Park c. la República de Corea*, caso N° 628/1995, dictamen emitido el 20 de octubre de 1998, párr. 10.3, y *Keun-Tae Kim c. la República de Corea*, caso N° 574/1994, dictamen emitido el 3 de noviembre de 1998, párrs. 12.4 y 12.5.

Comunicación N° 931/2000

Presentada por: Raihon Hudoyberganova

Presunta víctima: La autora

Estado parte: Uzbekistán

Fecha de aprobación del dictamen: 5 de noviembre de 2004

Asunto: Prohibición de usar velo en una institución de enseñanza superior

Cuestiones de procedimiento: Grado de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Limitaciones injustificadas a la libertad de religión de la autora

Artículos del Pacto: 18 y 19

Artículo del Protocolo Facultativo: 2

Conclusión: Violación (artículo 18, párrafo 2)

1. La autora de la comunicación es Raihon Hudoyberganova, nacional uzbeka nacida en 1978. Alega ser víctima de violaciones de los derechos que le reconocen los artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cometidas por Uzbekistán¹. No está representada por abogado.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 La Sra. Hudoyberganova era estudiante en el Departamento de Farsi de la Facultad de Idiomas del Instituto Estatal de Idiomas Orientales de Tashkent desde 1995, y en 1996 se incorporó al recientemente creado Departamento de Asuntos Islámicos del Instituto. Explica que, como musulmana practicante, se vestía adecuadamente, de conformidad con los principios de su religión, y que en su segundo año de estudios empezó a usar un velo (*hiyab*). Según la autora, desde septiembre de 1997 la administración del Instituto empezó a limitar seriamente el derecho a la libertad de creencia de los musulmanes practicantes. La sala de oración existente fue clausurada y, cuando los estudiantes presentaron una queja ante la dirección del Instituto, la administración empezó a acosarlos. Todas las estudiantes que usaban el *hiyab* fueron "invitadas" a dejar los cursos del Instituto y a estudiar en el Instituto Islámico de Tashkent.

2.2 La autora y las estudiantes en cuestión siguieron asistiendo a los cursos, pero los profesores ejercieron cada vez más presión sobre ellas. El 5 de noviembre de 1997, tras la presentación de una nueva queja al Rector del Instituto en la que se alegaba que se habían violado sus derechos, los padres de las estudiantes fueron convocados en Tashkent. Al llegar, le dijeron al padre de la

autora que esta estaba en contacto con un peligroso grupo religioso que podía perjudicarla y que usaba el *hiyab* en el Instituto y se negaba a dejar sus cursos. A causa de la grave enfermedad que padecía la madre de la autora, el padre llevó a su hija de vuelta a casa. La autora volvió al Instituto el 1º de diciembre de 1997 y el Vicedecano encargado de los asuntos ideológicos y educacionales convocó a sus padres y se quejó del atuendo de la autora; esta afirma que posteriormente recibió amenazas y se intentó impedirle asistir a clase.

2.3 El 17 de enero de 1998, se le informó de que se había aprobado un nuevo reglamento del Instituto, en virtud del cual los estudiantes no tenían derecho a usar un atuendo religioso, y le pidieron que lo firmara. Ella lo hizo, pero además escribió que no estaba de acuerdo con las disposiciones que prohibían a las estudiantes cubrirse el rostro. Al día siguiente, el Vicedecano encargado de los asuntos ideológicos y educacionales la convocó a su despacho durante una clase, volvió a mostrarle el nuevo reglamento y le pidió que se quitara el pañuelo. El 29 de enero el Vicedecano llamó a los padres de la autora para convocarlos, supuestamente porque la Sra. Hudoyberganova había sido expulsada de la residencia de estudiantes. El 20 de febrero de 1998, la autora fue transferida del Departamento de Asuntos Islámicos a la Facultad de Idiomas. Le dijeron que el Departamento de Asuntos Islámicos había sido clausurado y que solo se podría reabrirlo si las estudiantes en cuestión dejaban de usar el *hiyab*.

2.4 El 25 de marzo de 1998, el Decano del Departamento de Farsi informó a la autora de una orden por la que el Rector la expulsaba del Instituto. La decisión se basaba en la presunta actitud negativa de la autora para con los profesores y en una violación de las disposiciones del reglamento del Instituto. Se comunicó a la autora que, si cambiaba de posición respecto al *hiyab*, se anularía la orden.

2.5 En cuanto al agotamiento de los recursos internos, la autora explica que el 10 de marzo de 1998 escribió al Ministerio de Educación para solicitar que se dejara de violar la ley en el Instituto; según afirma, esto le hizo perder su condición de estudiante el 15 de marzo de 1998. El 31 de marzo de 1998, presentó una queja al Rector en la que alegaba que su decisión era ilegal. El 13 de abril de 1998, presentó una queja al Presidente del Comité de Asuntos Religiosos (dependiente del Consejo de Ministros); el 22 de abril de 1998, el Presidente le aconsejó que respetara el reglamento del Instituto. El 14 de abril de 1998, escribió a la Dirección Espiritual de los Musulmanes de Uzbekistán, pero no recibió "ninguna respuesta por escrito". El 3 de marzo y los días 13 y 15 de abril de 1998, escribió al Ministro de

¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor para el Estado parte el 1º de septiembre de 1991, fecha de su independencia de la URSS, y el Protocolo Facultativo lo hizo el 28 de septiembre de 1995 (adhesión).

Educación y el 11 de mayo de 1998 el Viceministro le aconsejó que cumpliera el reglamento del Instituto.

2.6 El 15 de mayo de 1998, entró en vigor la nueva Ley de libertad de conciencia y organizaciones religiosas. Según el artículo 14, los nacionales uzbekos no pueden usar atuendo religioso en los lugares públicos². La administración del Instituto informó a las estudiantes que todas las que usaran el *hiyab* serían expulsadas.

2.7 El 20 de mayo de 1998, la autora inició una acción ante el Tribunal de Distrito de Mirabad (Tashkent) para pedir que le fuera restituida su condición de estudiante. El 9 de junio de 1998, el abogado del Instituto pidió al Tribunal que ordenara la detención de la autora en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la nueva ley. El abogado de la Sra. Hudoyberganova replicó que esa ley violaba los derechos humanos. Según la autora, en la audiencia que celebró el Tribunal el 16 de junio, su abogado convocó en su nombre al abogado del Comité de Asuntos Religiosos, quien testificó que el atuendo de la autora no constituía una indumentaria de culto.

2.8 El 30 de junio de 1998, el Tribunal desestimó la acción presentada por la autora, al parecer basándose en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de libertad de conciencia y organizaciones religiosas. Según la autora, el Instituto facilitó al Tribunal documentos falsos para testificar que la administración le había advertido que corría el riesgo de ser expulsada. Luego la autora pidió al Fiscal General, al Viceprimer Ministro y al Presidente del Comité de Asuntos Religiosos que aclararan los límites de los términos indumentaria (religiosa) "de culto", y el Comité le informó de que el islam no prescribía una indumentaria de culto específica.

² El artículo 1 de la ley dice así: "El objeto de la presente ley es garantizar el derecho de toda persona a la libertad de culto y de religión, así como la igualdad de los ciudadanos, cualesquiera sean sus convicciones religiosas, y regular las relaciones resultantes de la actividad de las organizaciones religiosas."

El artículo 14 dice así: "Artículo 14. Ceremonias y ritos religiosos. Las organizaciones religiosas tendrán derecho a crear y mantener medios e instalaciones para celebrar libremente el culto y los ritos, así como a mantener centros de peregrinación. El culto, los ritos religiosos y las ceremonias se celebrarán en los locales de las organizaciones religiosas, en locales de oración u otros edificios pertenecientes a las organizaciones, en los centros de peregrinación, los cementerios o, en caso de necesidad ritual y por voluntad de los ciudadanos, en el hogar. El culto y los ritos religiosos podrán celebrarse en los hospitales, las clínicas, los centros de detención, las cárceles y los campos de trabajo a petición de las personas que permanecen en esos lugares. El culto y los ritos religiosos públicos podrán celebrarse fuera de los edificios religiosos según el orden establecido por la legislación de la República de Uzbekistán. Los ciudadanos de la República de Uzbekistán (con excepción de los ministros de las organizaciones religiosas) no podrán mostrarse en lugares públicos con atuendo religioso. Las organizaciones religiosas no podrán someter a los creyentes al pago obligatorio de una suma de dinero o a un impuesto, como tampoco a actos que supongan una afrenta para su honor o dignidad."

2.9 El 15 de julio de 1998, la autora interpuso un recurso de apelación contra la decisión del Tribunal de Distrito (de fecha 30 de junio de 1998) ante el Tribunal de la Ciudad de Tashkent, y el 10 de septiembre este confirmó la decisión. A fines de 1998 y en enero de 1999, la autora presentó una reclamación ante el Parlamento, el Presidente de la República y el Tribunal Supremo; el Parlamento y la Presidencia transmitieron sus cartas al Tribunal Supremo. El 3 de febrero y el 23 de marzo de 1999, el Tribunal Supremo le informó de que no veía razón alguna para impugnar las decisiones pronunciadas por los tribunales en su caso.

2.10 El 23 de febrero de 1999, la autora presentó una reclamación ante el Defensor del Pueblo y el 26 de marzo de 1999 recibió una copia de la respuesta enviada al Defensor por el Rector del Instituto, en la que este reiteraba que la Sra. Hudoyberganova violaba constantemente el reglamento del Instituto y se comportaba indebidamente con sus profesores, que sus actos demostraban que pertenecía a una organización extremista de wahabíes y que no veía motivos para readmitirla como estudiante. El 12 de abril de 1999, la autora presentó una reclamación ante el Tribunal Constitucional, que le notificó que no tenía jurisdicción para tramitar su caso y que su reclamación se había transmitido a la Fiscalía General, que a su vez la había transmitido a la Fiscalía de Tashkent. El 30 de junio de 1999, la Fiscalía de Tashkent informó a la autora de que no había motivos para anular las decisiones judiciales pronunciadas en su caso. El 1º de julio de 1999, la autora volvió a presentar una reclamación al Fiscal General para pedir que se examinara su caso. No recibió ninguna respuesta.

La denuncia

3. La autora afirma ser víctima de una violación de los derechos que le garantizan los artículos 18 y 19 del Pacto, porque fue expulsada de la universidad por llevar un velo por motivos religiosos y porque se negó a quitárselo.

Observaciones del Estado parte

4.1 El 24 de mayo de 2000, el 26 de febrero de 2001, el 11 de octubre de 2001 y el 3 de septiembre de 2004, se pidió al Estado parte que presentara al Comité información y comentarios sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. El Estado parte presentó sus comentarios el 21 de octubre de 2004. Recuerda que el 21 de mayo de 1998 la autora presentó por escrito al Tribunal de Distrito de Mirabad, en Tashkent, una solicitud para que se reconociera la ilegalidad de su expulsión del Instituto Estatal de Idiomas Orientales de Tashkent y para se la readmitiera como estudiante. El 30 de junio de 1998, el Tribunal de Distrito de Mirabadsky desestimó la apelación de la autora.

4.2 El Estado parte explica que del caso civil visto ante el Tribunal se desprende que la autora fue admitida en la Facultad de Lenguas del Instituto en 1995 y que en 1996 continuó sus estudios en la Facultad de Historia

(Departamento de Asuntos Islámicos). Según el apartado d) del párrafo 2 del reglamento interno (que regula los derechos y obligaciones de los estudiantes del Instituto), en el Instituto los estudiantes tienen prohibido portar ropas "que atraigan una atención indebida", así como circular con el rostro cubierto (con un *hiyab*). Esta normativa se debatió en una reunión mantenida con todos los estudiantes el 15 de enero de 1998. A la autora se le presentó el texto, respecto del cual redactó una nota en la que afirmaba que estaba en desacuerdo con lo exigido en el apartado d) del párrafo 2. El 26 de enero de 1998, el Decano de la Facultad de Historia advirtió a la autora que estaba violando las disposiciones del apartado d) del artículo 2 del reglamento del Instituto. La autora se negó a firmar el aviso, y el 27 de enero de 1998 se levantó acta al respecto.

4.3 El 10 de febrero de 1998, por orden del Decano de la Facultad de Historia, se amonestó a la autora por infringir el reglamento interno. Por orden del Rector del Instituto de 16 de marzo de 1998, la Sra. Hudoyberganova fue expulsada del Instituto. La orden se justificaba en su "actitud grosera e inmoral para con un profesor y en la contravención del reglamento interno del Instituto, tras numerosos apercibimientos". Según el Estado parte, contra esta decisión no se presentó recurso de casación alguno. Su reclamación con arreglo al procedimiento sumario de supervisión (*nadzornaya zhaloba*) fue infructuosa.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

5.1 Antes de examinar una denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

5.2 El Comité señala que el mismo asunto no ha sido sometido a ningún otro procedimiento internacional de examen y que se han agotado los recursos internos. [No se ha recibido ninguna objeción del Estado parte a esta conclusión.] Por consiguiente, se han satisfecho los requisitos de los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

5.3 El Comité ha observado que la autora invoca el artículo 19 del Pacto, pero no formula alegaciones concretas con respecto a esta cuestión particular, sino que se limita a una mera enumeración del citado artículo. Por lo tanto, el Comité concluye que la autora no ha fundamentado esta reclamación, a los efectos de la admisibilidad, y que esta parte de la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

5.4 Por lo que respecta al resto de las reclamaciones de la autora, en virtud del artículo 18 del Pacto, el Comité considera que han quedado suficientemente establecidas a los efectos de su admisibilidad y decide pasar al examen de la cuestión en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

6.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información recibida, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.2 El Comité ha tomado conocimiento de la alegación de la autora de que su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión fue violado cuando fue expulsada de la universidad porque se negó a quitarse el velo que llevaba en razón de sus creencias. El Comité considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Además, considera que impedir a una persona que porte prendas religiosas en público o en privado puede constituir una violación del párrafo 2 del artículo 18 del Pacto, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o de adoptar una religión. Tal como se desprende de la Observación general N° 22 (párr. 5) del Comité, las políticas o prácticas que tengan los mismos propósitos o efectos que medidas coercitivas directas, como, por ejemplo, las que limitan el acceso a la educación, son igualmente incompatibles con el párrafo 2 del artículo 18. Sin embargo, el Comité recuerda que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias no es absoluta y puede estar supeditada a limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás (párrafo 3 del artículo 18 del Pacto). En el presente caso, la expulsión de la autora se produjo el 15 de marzo de 1998 y se basó en las disposiciones del nuevo reglamento del Instituto. El Comité observa que el Estado parte no ha invocado ningún motivo específico en razón del cual la restricción impuesta a la autora hubiera sido necesaria, desde su punto de vista, en el sentido del párrafo 3 del artículo 18. Por el contrario, el Estado parte ha tratado de justificar la expulsión de la autora de la universidad en razón de su negativa a acatar la prohibición. Ni la autora ni el Estado parte han especificado la clase exacta de prenda que la autora vestía, y a la que ambas parte se refieren como *hiyab*. En las circunstancias particulares del presente caso, y sin prejuzgar ni el derecho de un Estado parte a restringir las expresiones de fe religiosa y creencias en el contexto del artículo 18 del Pacto, teniendo debidamente en cuenta el ámbito concreto, ni el derecho que ampara a las instituciones académicas a adoptar normativas específicas que regulen su propio funcionamiento, el Comité llega a la conclusión de que, ante la falta de cualquier justificación aportada por el Estado parte, ha habido una violación del párrafo 2 del artículo 18.

7. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del párrafo 2 del artículo 18 del Pacto.

8. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a la Sra. Hudoyberganova un recurso efectivo. El Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

9. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a ofrecer un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento al presente dictamen.

APÉNDICE

Voto particular (disidente) del miembro del Comité Sr. Hipólito Solari Yrigoyen

Fundo a continuación mis opiniones disidentes en la comunicación a examen.

Para ajustarse a lo dispuesto en el artículo 5 del párrafo 1 del Protocolo Facultativo, la comunicación debe examinarse tomando en cuenta toda la información que le ha sido proporcionada por las partes. En el presente caso la autora es quien ha proporcionado más informaciones, aunque las mismas no avalan y hasta contradicen sus propias alegaciones.

La autora (párr. 2.4) afirma que fue expulsada del Instituto Estatal de Idiomas Orientales de Tashkent por su Rector, después de varios apercibimientos, por los siguientes motivos:

1. Su actitud negativa para con los profesores, y
2. Su violación de las disposiciones del reglamento del Instituto.

En cuanto a la actitud negativa para con los profesores, a través de la sentencia del Tribunal de Distrito de Mirabad, se toma conocimiento de que la autora acusó de soborno a uno de los profesores, el que, según ella, vendía la aprobación de los exámenes. Según el Estado parte (párr. 4.3), la expulsión se justificó por la "actitud grosera e inmoral para con un profesor". La autora no ha aportado información que acredite su grave acusación contra el mencionado profesor o que invalide el primer motivo invocado contra su expulsión. Tampoco ha explicado la posible relación de esta causa de expulsión con la violación del artículo 18 del Pacto que invoca.

Sobre la violación del reglamento del Instituto que no autorizaba el uso del atuendo religiosos en su ámbito, la autora ha informado de su disconformidad

con el mismo porque "prohibía a las estudiantes taparse el rostro" (párr. 2.3). El Estado parte señala que el reglamento interno prohíbe en el Instituto portar ropas "que atraigan una atención indebida", así como circular con el rostro cubierto (párr. 4.2). Si bien la autora y el Estado parte no han especificado la clase de ropa que la autora llevaba, esta aclara que se vestía "de conformidad con los principios de su religión". Pero la misma autora ha informado que presentó una queja al Presidente del Comité de Asuntos Religiosos (dependiente del Consejo de Ministros) y que el presidente "le informó de que el islam no prescribía una indumentaria de culto específica" (párr. 2.8), sin que la autora haya rebatido esta información que ella misma ha proporcionado.

Sobre el reglamento del Instituto universitario debe tenerse en cuenta el derecho que ampara a las instituciones académicas a adoptar normas específicas de funcionamiento dentro de su ámbito. Cabe también agregar que este reglamento se aplicaba a todos los estudiantes sin excepción en virtud de tratarse de un Instituto de Educación del Estado, no ser un lugar de culto, y en el que la libertad de manifestar la propia religión está sujeta a la necesidad de proteger los derechos y libertades fundamentales de los demás, o sea la libertad religiosa para todos, amparada por la garantía de la igualdad ante la ley, cualesquiera fueran las convicciones religiosas o las de creencias de cada estudiante en particular. No cabría pedirle al Estado parte motivos específicos sobre la restricción de la que se queja la autora, ya que el reglamento que se le aplicó es una norma general para todos los alumnos y no se trata de una limitación impuesta solo a ella o a los fieles de una religión en particular. Además, la expulsión de la autora, según sus propias informaciones, obedeció a causas más complejas y no exclusivamente a las prendas religiosas que ella vestía o a su reivindicación de taparse el rostro en el seno del Instituto.

Por las razones expuestas y por la información proporcionada, llego a la conclusión de que la autora no ha justificado su alegación de ser víctima de la violación del artículo 18 del Pacto en ninguno de sus cuatro párrafos.

De conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, estimo que los hechos del presente caso no revelan ninguna violación de los artículos 18 y 19 del Pacto.

Voto particular del miembro del Comité Sir Nigel Rodley

Estoy de acuerdo con la conclusión del Comité y con la mayor parte del razonamiento expuesto en el párrafo 6.2. Sin embargo, me siento obligado a discrepar de una afirmación que figura en la última oración de ese párrafo, en la que el Comité afirma que tiene "debidamente en cuenta el ámbito concreto".

El Comité tiene razón al deducir que, en los casos de cláusulas "de limitación" como las establecidas en los artículos 12, 18, 19, 21 y 22, es necesario tener en cuenta el contexto en que se aplican las restricciones

previstas en esas cláusulas. Desafortunadamente, en el presente caso, el Estado parte no explicó en qué se basaba para tratar de justificar la restricción impuesta a la autora. En consecuencia, el Comité no estuvo en condiciones de tener en cuenta contexto alguno. Afirmar que lo ha hecho, cuando no disponía de la información sobre cuya base podía haberlo hecho, no contribuye a mejorar ni la calidad ni la autoridad de su razonamiento.

Voto particular del miembro del Comité Sra. Ruth Wedgwood

Los hechos de este caso son demasiado poco claros para permitir sacar una conclusión de violación del Pacto. La autora se ha quejado ante el Comité de que se le impidió usar un *hiyab* cuando era estudiante en el Instituto Estatal de Tashkent en Uzbekistán. El término *hiyab* se suele traducir como "velo" y puede ser nada más que un pañuelo que cubre el cabello y el cuello. No obstante, la autora también escribió en su protesta a los decanos del Instituto de Tashkent que "no estaba de acuerdo con las disposiciones que prohibían a las estudiantes cubrirse el rostro" (párr. 2.3). El Estado parte señala que, según el reglamento del Instituto, los estudiantes tienen prohibido "circular con el rostro cubierto (con un *hiyab*)" (párr. 4.2).

Sin más aclaraciones de los hechos por parte de la autora, parecería por lo tanto que la manifestación de la creencia religiosa en cuestión en el presente caso puede suponer que la estudiante se cubra completamente el rostro en el seno de una institución docente laica. Los Estados partes se diferencian en su práctica a este respecto. Algunos países permiten cualquier forma de atuendo religioso, inclusive el taparse el rostro, que convenga a las mujeres que, de lo contrario, encontra-

rían difícil asistir a la universidad. Otros Estados partes han concluido que las finalidades de la educación laica imponen ciertas restricciones a la forma de vestirse. Por ejemplo, un profesor universitario podría desear observar cómo reaccionan los estudiantes a una clase o un seminario, o mantener un contacto visual al hacer y contestar preguntas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en fecha reciente concluyó que una universidad laica podía imponer restricciones al uso de un *hiyab* tradicional por las estudiantes, es decir de un pañuelo que cubra el cabello y el cuello, debido al "efecto" en las demás estudiantes. Véase *Leyla Sahin c. Turquía*, caso N° 44774/98, decisión de 29 de junio de 2004. El Tribunal afirmó que se trataba de "los derechos y libertades de los demás" y del "mantenimiento del orden público", porque un atuendo particular podía hacer que otras personas de la misma fe religiosa se sintiesen presionadas a adoptarlo. El Tribunal Europeo observó que no perdía de vista "el hecho de que... movimientos políticos extremistas en Turquía" trataban de "imponer a la sociedad en general sus símbolos religiosos y su concepción de una sociedad fundada en preceptos religiosos".

Esa interferencia en la manifestación de una creencia religiosa personal es problemática. Sin embargo, se puede permitir que un Estado restrinja las formas de vestirse que interfieran directamente con una pedagogía eficaz, y el hecho de que una estudiante se cubra el rostro plantearía una serie de cuestiones diferentes. La incertidumbre de los antecedentes en este caso no ofrece una base suficiente para efectuar un examen adecuado de la cuestión y ni siquiera para llegar a una conclusión *sui generis* de violación.

Comunicación N° 932/2000

Presentada por: Marie-Hélène Gillot y otros

Presunta víctima: Los autores

Estado parte: Francia

Fecha de aprobación del dictamen: 15 de julio de 2002

Asunto: Controversia sobre los criterios para determinar el cuerpo electoral que habrá de participar en los referendos de Nueva Caledonia

Cuestiones de procedimiento: Condición de "víctima" – Grado de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Derecho a participar en los asuntos públicos – Discriminación por motivos de residencia, origen étnico y lugar de nacimiento

Artículos del Pacto: 2, 25 y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 1 y 2

Conclusión: Ausencia de violación

1. Los 21 autores de la comunicación son el Sr. Jean Antonin, el Sr. François Aubert, el Sr. Alain Bouyssou, la Sra. Jocelyne Schmidt (apellido de soltera Buret), la Sra. Sophie Demaret (apellido de soltera Buston), la Sra. Michèle Philizot (apellido de soltera Garland), la Sra. Marie-Hélène Gillot, el Sr. Franck Guasch, la Sra. Francine Keravec (apellido de soltera Guillot), el Sr. Albert Keravec, la Sra. Audrey Keravec, la Sra. Carole Keravec, la Sra. Sandrine Aubert (apellido de soltera Keravec), el Sr. Christophe Massias, el Sr. Jean-Louis Massias, la Sra. Martine Massias (apellido de soltera Paris), el Sr. Jean Philizot, el Sr. Paul Pichon, la Sra. Monique Bouyssou (apellido de soltera Quero-Valleyo), el Sr. Thierry Schmidt y la Sra. Sandrine Sapey (apellido

de soltera Tastet), ciudadanos franceses que residen en Nueva Caledonia, colectividad de ultramar de Francia. Afirman ser víctimas de violaciones por parte de Francia del párrafo 1 del artículo 2, del párrafo 1 del artículo 12, y de los artículos 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Están representados por la Sra. Marie Hélène Gillot, uno de los autores.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 El 5 de mayo de 1998, dos organizaciones políticas de Nueva Caledonia, el Frente de Liberación Nacional Canaco y Socialista (FLNKS) y la Agrupación Pro Caledonia en la República Francesa (RPCR) firmaron con el Gobierno de Francia el llamado Acuerdo de Numea. Este Acuerdo, concertado en el marco de un proceso de libre determinación, fija el marco de la evolución institucional de Nueva Caledonia¹ para los próximos 20 años.

¹ Nueva Caledonia (grupo de islas del Pacífico sudoccidental, de una superficie de 19.058 km² y una población de 197.000 habitantes, con capital en Numea), colonizada por Francia en 1853, ha atravesado varias reformas institucionales. Administrada al comienzo por un gobernador, accedió al estatuto de territorio de ultramar en el marco de la Constitución francesa de 1946. Hasta 1988 la situación del estatuto del territorio se mantuvo estancada entre la concesión de cierta autonomía y el restablecimiento de la tutela del Estado. A partir de 1984 la evolución de la situación se ve acompañada por un clima de violencia entre independentistas y antiindependentistas. En 1988, con el fin de restablecer la paz civil, gracias a la mediación de las autoridades francesas en una "misión de diálogo", se llegó a un acuerdo político local y a las conclusiones de que "el futuro de Nueva Caledonia solo puede fijarse mediante un voto de libre determinación (...). Las disposiciones del presente acuerdo se someterán a la ratificación del pueblo de Francia por referendo". Para los negociadores, de lo que se trataba era de evitar que se repitiera lo sucedido con ocasión del anterior referendo local de libre determinación de 1987, que había conducido a un enfrentamiento entre ambas partes por la "cuestión decisiva" del acceso a la independencia o el mantenimiento en el seno de la República Francesa, había provocado nuevos actos de violencia sangrientos y había terminado en un fracaso político. Tras el llamado Acuerdo de Matignon de 26 de junio de 1988, resultante de la "misión de diálogo", el Gobierno de Francia sometió así el proceso de libre determinación al sufragio universal por referendo celebrado el 6 de noviembre de 1988. Resultó así la Ley sobre el referendo N° 88-1028 de 9 de noviembre de 1988 sobre disposiciones estatutarias y preparatorias para la libre determinación de Nueva Caledonia. Esta ley, aprobada con el 57% de los votos, establecía que en diciembre de 1998 se organizaría un referendo en Nueva Caledonia. El período de cohabitación de las comunidades culminó en 1998 con el inicio de una segunda etapa, la del llamado Acuerdo de Numea. Este Acuerdo se traduce en la decisión adoptada de común acuerdo de prorrogar una vez más el plazo y proseguir el proceso en el marco de un nuevo pacto. En el Acuerdo de Numea se reconoce la existencia de "sombras de la colonización" y se prevé la creación de una nueva entidad jurídica respecto de la Constitución francesa. Se establecen importantes transferencias de competencias del Estado al territorio de Nueva Caledonia. Conforme a un procedimiento progresivo e irreversible, se atribuye *in fine* a Nueva

2.2 La aplicación del Acuerdo de Numea ha conducido a una revisión constitucional en la medida en que supone infringir ciertos principios de rango constitucional como, por ejemplo, el principio de igualdad, en particular en la esfera de los derechos políticos (cuerpo electoral restringido para las votaciones locales). Así, mediante el voto conjunto del Parlamento y el Senado de Francia y la aprobación del proyecto de reforma constitucional por el Congreso, en virtud de la Ley constitucional N° 98-610, de 20 de julio de 1998, relativa a Nueva Caledonia, se ha insertado en la Constitución el título XIII, "Disposiciones transitorias en relación con Nueva Caledonia". Este título comprende los siguientes artículos 76 y 77.

El artículo 76 de la Constitución dispone:

"Las poblaciones de Nueva Caledonia están llamadas a pronunciarse antes del 31 de diciembre de 1998 sobre las disposiciones del acuerdo que se firmó en Numea el 5 de mayo de 1998, publicado el 27 de mayo de 1998 en el *Journal Officiel* de la República Francesa. Podrán participar en la votación las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Ley N° 88-1028, de 9 de noviembre de 1988. Las medidas necesarias para la organización de la votación se adoptarán mediante decreto del Consejo de Estado y tras deliberación del Consejo de Ministros."

El artículo 77 dispone:

"Después de la aprobación del acuerdo en el referendo previsto por el artículo 76, la Ley orgánica, aprobada tras consultar a la asamblea deliberante de Nueva Caledonia, establecerá, con el fin de garantizar la evolución de Nueva Caledonia conforme a las orientaciones definidas por este acuerdo y según las modalidades necesarias para su aplicación: [...] - las reglas relativas a la ciudadanía, al sistema electoral [...] - las condiciones y plazos en que las poblaciones afectadas de Nueva Caledonia habrán de pronunciarse sobre el acceso a la plena soberanía."

2.3 Así, el 8 de noviembre de 1998 tuvo lugar una primera consulta. El Acuerdo de Numea fue aprobado con el 72% de los votos y quedó decidido el principio de la organización de futuras consultas. Los autores no pudieron participar en esa votación.

Caledonia una competencia general en todas las esferas, con excepción de la justicia, el orden público, la defensa, la moneda y, sobre todo, las relaciones exteriores. Una vez concluido el período de transición, estas últimas prerrogativas estatales podrán transferirse a Nueva Caledonia, previa aprobación de las poblaciones interesadas. En el Acuerdo también se reconoce la noción de ciudadanía de Nueva Caledonia: "La noción de ciudadanía fundamenta las restricciones en el cuerpo electoral para las elecciones a las instituciones del país y para la consulta final". Se prevé que los "ciudadanos neocaledonios" habrán de pronunciarse en un plazo de 15 a 20 años sobre el acceso a la independencia y que, si no se alcanza ese objetivo, se mantendrá la autonomía.

2.4 Los autores impugnan las modalidades de definición del cuerpo electoral para las diferentes consultas previstas en el Acuerdo de Numea y aplicadas por el Gobierno de Francia.

2.5 Para la primera consulta, celebrada el 8 de noviembre de 1998, el Decreto N° 98-733, de 20 de agosto de 1998, sobre la organización de la consulta de las poblaciones de Nueva Caledonia prevista en el artículo 76 de la Constitución, definía el cuerpo electoral con referencia al artículo 2 de la Ley N° 88-1028, de 9 de noviembre de 1988 (tal como se prevé además en el párrafo 6.3 del Acuerdo de Numea), a saber: "Podrán participar... los electores inscritos hasta esa fecha en las listas electorales del territorio y que estén domiciliados en Nueva Caledonia desde el 6 de noviembre de 1988".

2.6 Para las futuras consultas, el Parlamento de Francia ha definido el cuerpo electoral mediante la Ley orgánica N° 99-209, de 19 de marzo de 1999, relativa a Nueva Caledonia, en su artículo 218 (que repite el párrafo 2.2 del Acuerdo de Numea²) según el cual:

"Podrán participar en la consulta los electores que figuren inscritos en la lista electoral a la fecha de su celebración y que cumplan una de las condiciones siguientes:

- a) Haber sido admitidos para participar en la consulta del 8 de noviembre de 1998;
- b) Si no figuran inscritos en la lista electoral para la consulta del 8 de noviembre de 1998, cumplir la condición de domicilio requerida para ser elector en esa consulta;
- c) Si no figuran inscritos en la lista electoral para la consulta del 8 de noviembre de 1998 por incum-

² El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo de Numea dice lo siguiente: "Al concluir el período de aplicación del presente acuerdo (punto 5), el electorado que participará en el referendo sobre la organización política de Nueva Caledonia estará integrado exclusivamente por: los electores inscritos en los registros electorales en las fechas del referendo previsto en el punto 5 y que fueron admitidos para que participaran en la votación estipulada en el artículo 2 de la Ley sobre el referendo o que cumplan los requisitos para participar en esa votación, así como aquellas personas que puedan justificar la continuidad de su domicilio en Nueva Caledonia se ha interrumpido debido a razones profesionales o familiares; las personas que tengan estatuto consuetudinario o que hayan nacido en Nueva Caledonia y que tengan en el Territorio el centro de sus intereses materiales y morales; y las personas que no hayan nacido en Nueva Caledonia pero tengan un progenitor que haya nacido en el Territorio y tenga en ese lugar el centro de sus intereses materiales y morales. También podrán votar en el referendo los jóvenes que hayan alcanzado la mayoría de edad electoral, estén inscritos en los registros electorales y, de haber nacido antes de 1988, hayan tenido su domicilio en Nueva Caledonia desde 1988 hasta 1998 o, de haber nacido después de 1988, tengan un progenitor que cumpla o hubiera podido cumplir los requisitos para participar en el plebiscito de fines de 1998. También podrán votar en ese referendo las personas que puedan demostrar en 2013 que han tenido domicilio ininterrumpido durante 20 años en Nueva Caledonia".

plimiento de la condición del domicilio, justificar que la ausencia se debía a razones familiares, profesionales o médicas;

d) Haber sido titular del estatuto civil consuetudinario o, habiendo nacido en Nueva Caledonia, tener en ese territorio el centro principal de sus intereses materiales y morales;

e) Que uno de sus padres haya nacido en Nueva Caledonia y tenga en ese territorio el centro principal de sus intereses materiales y morales;

f) Poder demostrar una duración de domicilio continuo de 20 años en Nueva Caledonia a la fecha de la celebración de la consulta y, a más tardar, al 31 de diciembre de 2014;

g) Haber nacido antes del 1° de enero de 1989 y haber tenido domicilio en Nueva Caledonia de 1988 a 1998;

h) Haber nacido a partir del 1° de enero de 1989 y alcanzado la mayoría de edad a la fecha de la celebración de la consulta y que uno de sus padres haya cumplido las condiciones para participar en la consulta del 8 de noviembre de 1998.

Los períodos transcurridos fuera de Nueva Caledonia para cumplir el servicio nacional, cursar estudios o una formación o por razones familiares, profesionales o médicas no suspenden, en el caso de las personas que estaban domiciliadas anteriormente en Nueva Caledonia, el plazo considerado para apreciar la condición de domicilio."

2.7 Al no responder a los criterios enunciados *supra*, los autores de la queja declaran que fueron excluidos de la consulta del 8 de noviembre de 1998 y que también lo serán para las consultas que se celebren a partir de 2014.

2.8 Los autores afirman que han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna para impugnar esas medidas atentatorias contra sus derechos.

2.9 El 7 de octubre de 1998, los autores presentaron una petición colectiva ante el Consejo de Estado con el fin de obtener la anulación del Decreto N° 98-733, de 20 de agosto de 1998, y, de ese modo, de la consulta del 8 de noviembre de 1998 celebrada con el cuerpo electoral restringido previsto al efecto. En su decisión de 30 de octubre de 1998, el Consejo de Estado rechazó esa petición. En particular, precisó que la supremacía otorgada a los compromisos internacionales en virtud del artículo 55 de la Constitución no se aplicaba, en el orden interno, a las disposiciones de carácter constitucional y que, en el caso en cuestión, las disposiciones de los artículos 2, 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos invocadas por los autores no podían prevalecer sobre las de la Ley de 9 de noviembre de 1988 (que define el cuerpo electoral en el marco del Decreto N° 98-733, de 20 de agosto de 1998, relativo a la consulta del 8 de noviembre de 1998), que revestía valor constitucional.

2.10 Por otra parte, cada uno de los autores solicitó ante la Comisión Administrativa de Numea ser inscrito

en las listas de los electores habilitados para participar en la consulta del 8 de noviembre de 1998. El Tribunal de Primera Instancia de Numea, al que cada uno de los autores recurrió contra la denegación de inscripción por la Comisión, confirmó esa decisión³. El Tribunal de Casación, en su decisión de 17 de febrero de 1999, rechazó los recursos presentados por cada uno de los autores por no satisfacer las condiciones establecidas para la consulta del 8 de noviembre de 1998 previstas en el artículo 76 de la Constitución.

2.11 Además, los autores estiman que cualquier recurso que pudieran interponer por la inevitable violación futura de su derecho de voto para las consultas que se celebren a partir de 2014 resultaría inútil y sería rechazado. Alegan que la Ley orgánica N° 99-209, de 19 de marzo de 1999, fue declarada conforme a la Constitución por el Consejo Constitucional en su Decisión N° 99-410 DC, de 15 de marzo de 1999, a pesar de que se infringían reglas o principios de valor constitucional, que un particular no puede recurrir ante el Consejo Constitucional y que ningún tribunal administrativo o judicial se estima competente para anular o rechazar una disposición legislativa orgánica, por más que en realidad, según los autores, sea inconstitucional. Además, sostienen que la jurisprudencia dimanante de la decisión del Consejo de Estado de 30 de octubre de 1998 (mencionada *supra*) impide al juez administrativo controlar la compatibilidad con un tratado de una ley que se apoya explícitamente en la Constitución. Según los autores, también el Tribunal de Casación sigue esta teoría de la pantalla constitucional, lo que supone el fracaso de cualquier posibilidad futura de apelar ante el juez electoral. Por último, los autores concluyen que cualquier recurso contra la privación de su derecho de voto en las consultas que se celebrarán a partir de 2014 está destinado irremediabilmente a ser rechazado y podrían incluso verse sancionados con una multa por recurso abusivo o una condena al pago de los gastos no incluidos en las costas.

La denuncia

3.1 Como primera cuestión, los autores estiman ilegítima la privación de su derecho de voto para las consultas de 1998 y las que se celebren a partir de 2014, porque atenta contra el disfrute de un derecho adquirido

³ Fallos pronunciados el 19 de octubre de 1998 sobre la petición del Sr. Jean Etienne Antoni; el 23 de octubre de 1998 sobre las peticiones del Sr. Alain Bouyssou, la Sra. Jocelyne Schmidt (apellido de soltera Buret), la Sra. Sophie Démaret (apellido de soltera Buston), la Sra. Michèle Garland (apellido de soltera Philizot), el Sr. Jean Philizot, la Sra. Monique Bouyssou (apellido de soltera Quero-Valleyo) y el Sr. Thierry Schmidt; el 26 de octubre de 1998 sobre las peticiones del Sr. François Aubert, la Sra. Marie-Hélène Gillot, el Sr. Franck Guasch, la Sra. Francine Keravec (apellido de soltera Guillot), el Sr. Albert Keravec, la Sra. Audrey Keravec, la Sra. Carole Keravec, la Sra. Sandrine Aubert (apellido de soltera Keravec), el Sr. Christophe Massias, el Sr. Jean Louis Massias, la Sra. Martine Massias (apellido de soltera Paris), el Sr. Paul Pichon y la Sra. Sandrine Sapey (apellido de soltera Tastet).

e indivisible, lo cual es contrario al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además de su calidad de ciudadanos franceses, explican que son titulares de una tarjeta de elector y están inscritos en la lista electoral de Nueva Caledonia. Precisan que, a la fecha de la consulta del 8 de noviembre de 1998, la duración de su residencia en Nueva Caledonia se situaba entre al menos tres años y cuatro meses y como máximo nueve años y un mes y que dos de ellos, el Sr. y la Sra. Schmidt, nacieron en Nueva Caledonia. Declaran tener su residencia permanente en Nueva Caledonia, donde desean permanecer, ya que ese territorio constituye el centro de su vida familiar y profesional.

3.2 En segundo lugar, los autores sostienen que la privación de su derecho de voto constituye una discriminación contra ellos que no es ni justificada ni razonable y objetiva. Impugnando los criterios establecidos para la definición de los cuerpos electorales en las votaciones de 1998 y las que se celebren a partir de 2014, dada la transgresión de las reglas de Francia en materia electoral⁴ y la consiguiente violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los autores destacan las siguientes discriminaciones.

3.3 En primer lugar, los autores se refieren a una discriminación que afecta únicamente a los ciudadanos franceses en Nueva Caledonia por el hecho mismo de su residencia en ese territorio. Alegan que los criterios de duración de la residencia establecidos para las votaciones en cuestión infringen el Código Electoral aplicable a todo ciudadano francés, sea cual fuere su lugar de residencia. Los autores estiman que de ello resulta, por un lado, una penalización contra quienes han elegido residir en Nueva Caledonia y, por otro, un trato discriminatorio en cuanto al derecho de voto entre ciudadanos franceses.

3.4 En segundo lugar, los autores afirman que existe una discriminación entre ciudadanos franceses residentes en Nueva Caledonia según el carácter de la votación. Reiteran la cuestión de la existencia de un cuerpo electoral doble, uno común a todos los residentes para las elecciones nacionales y otro restringido a una parte de los residentes para las votaciones locales.

3.5 En tercer lugar, los autores denuncian una discriminación fundada en el origen étnico o la ascendencia nacional de los ciudadanos franceses que residen en Nueva Caledonia. Sostienen que las autoridades francesas han establecido un cuerpo electoral ad hoc para las votaciones locales a fin de favorecer a los canacos⁵ y los caldoches⁶, presentados como población de etnia caledonia, cuyos representantes políticos

⁴ En virtud del artículo L.11 del Código Electoral francés, el ejercicio del derecho de voto implica la inscripción en una lista electoral del municipio de domicilio real, cualquiera que sea la duración de la residencia, o del municipio de residencia efectiva durante por lo menos seis meses.

⁵ Canacos: comunidad melanesia cuya presencia en Nueva Caledonia se remonta a aproximadamente 4.000 años.

⁶ Caldoches: personas de origen europeo radicados en Nueva Caledonia desde la colonización de 1853.

firmaron el Acuerdo de Numea. Según los autores, el Acuerdo se concluyó en detrimento de los demás ciudadanos franceses residentes en Nueva Caledonia⁷ y procedentes de la metrópolis (entre los cuales se cuentan ellos mismos), así como de los polinesios, wallisianos, futunianos y asiáticos, que representan una parte importante del 7,67% de electores caledonios que ha sido privado de su derecho de voto.

3.6 En cuarto lugar, los autores estiman que el criterio de definición del cuerpo electoral restringido que se refiere al nacimiento⁸ entraña una discriminación entre ciudadanos que son súbditos de un mismo país, Francia.

3.7 En quinto lugar, los autores consideran discriminatorio el criterio relativo a la relación parental⁹.

3.8 En sexto lugar, los autores declaran ser víctimas de una discriminación fundada en la transmisión del derecho de voto por vía hereditaria¹⁰, que se deriva del criterio de la relación parental.

3.9 Como tercera cuestión, los autores estiman que la duración de la residencia para poder participar en la consulta del 8 de noviembre de 1998, a saber diez años, es excesiva. Afirman que el Comité de Derechos Humanos consideró contraria al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos una duración del domicilio de siete años prevista en la Constitución de Barbados¹¹.

3.10 Los autores consideran asimismo excesiva la duración de la residencia que condiciona el derecho de voto para las consultas a partir de 2014, a saber 20 años. Una vez más, aducen que lo que las autoridades francesas desean es establecer un cuerpo electoral en beneficio de los canacos y los caldoches, para los cuales, por lo demás, el derecho de voto queda preservado de los efectos de una residencia prolongada fuera de Nueva Caledonia. Precisan que la duración de la residencia se había fijado en tres años para los referendos sobre la libre determinación de la Costa francesa de los Somalíes¹² en 1959, el Territorio de los Afares y los

⁷ Según las informaciones parciales presentadas por los autores, de los 197.000 habitantes de Nueva Caledonia, 34% son de origen europeo (incluidos los caldoches), 3% de origen polinesio, 9% de origen wallisiano y 4% de origen asiático.

⁸ Apartados d) y e) del artículo 218 de la Ley orgánica N° 99-209, de 19 de marzo de 1999.

⁹ Apartados e) y h) del artículo 218 de la Ley orgánica N° 99-209, de 19 de marzo de 1999.

¹⁰ Apartados e) y h) del artículo 218 de la Ley orgánica N° 99-209, de 19 de marzo de 1999.

¹¹ Los autores dan la siguiente referencia: *Anuario del Comité, 1981-1982*, vol. I, CCPR/3. En realidad, como subraya más adelante (párrs. 8.26 y 8.27) el Estado parte, no se trata de una posición adoptada por el Comité de Derechos Humanos sino de una opinión aislada de uno de sus miembros en una sesión de examen del informe de Barbados. A la sazón, el Comité no aprobaba observaciones finales.

¹² La Costa francesa de los Somalíes, colonizada en 1898 por Francia, adoptó el nombre de Territorio francés de los Afares y los Issas en 1967 y el 27 de junio de 1977 accedió a la independencia como República de Djibouti.

Issas en 1976 y Nueva Caledonia en 1987. Según los autores, había que impedir el voto de los funcionarios metropolitanos trasladados por un período limitado, en general menos de tres años, y por lo tanto sin proyecto de integración, para los cuales el voto habría planteado conflictos de interés. Ahora bien, los autores subrayan que no se encuentran en la situación de funcionarios metropolitanos que están de paso en Nueva Caledonia sino en la de ciudadanos franceses que han decidido establecerse en ese territorio de manera duradera y definitiva. Además, pretenden que la condición de 20 años de residencia en Nueva Caledonia es contraria a la Observación general N° 25 (57) del Comité de Derechos Humanos, en particular el párrafo 6¹³.

3.11 Los autores invocan violaciones por parte de Francia de los artículos 2, 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Desean que el Estado parte restablezca sus derechos políticos plenos. Piden que Francia modifique las disposiciones de la Ley orgánica N° 99-209, de 19 de marzo de 1999, que son contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a fin de que puedan participar en las consultas a partir de 2014.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En sus observaciones de 23 de octubre de 2000, el Estado parte estima, en primer lugar, que la comunicación de los autores no parece tropezar con ningún motivo de inadmisibilidad. Según el Estado parte, en la medida en que los autores demuestran que quedaron excluidos del cuerpo electoral neocaledonio que fue sometido a consulta tras el Acuerdo de Numea por referendo de 8 de noviembre de 1998 y que volverá a serlo cuando se vote sobre la evolución del estatuto del territorio neocaledonio entre 2014 y 2019, y han interpuesto los recursos disponibles ante los tribunales nacionales —que han sido rechazados definitivamente— contra los actos de derecho interno que impugnan, se debe considerar que los autores pueden sostener —con o sin razón— ser víctimas de un no reconocimiento del Pacto y que han cumplido la obligación de agotar los recursos de la jurisdicción interna.

4.2 El Estado parte pasa a tratar el fondo de la petición en cuanto a su admisibilidad.

4.3 A este respecto, el Estado parte alega que la queja relativa al no reconocimiento del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, que figura en la argumentación de los autores sin que vuelva a mencionarse en sus conclusiones, debe rechazarse por ser manifiestamente incompatible con la disposición invocada. Según el Estado parte, las modalidades de definición del cuerpo electoral que habrá de participar en las consultas relativas a la

¹³ Observación general N° 25 (57) del Comité de Derechos Humanos, párrafo 6: "[...] En toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos, no deberá hacerse ninguna distinción entre los ciudadanos en lo que se refiere a su participación por los motivos mencionados en el párrafo 1 del artículo 2, ni deberán imponerse restricciones excesivas".

evolución del estatuto aplicable al territorio de Nueva Caledonia, si bien es cierto que afectan incontestablemente al derecho de voto de algunos ciudadanos, no inciden en modo alguno en la libertad de circulación y de elección del lugar de residencia de las personas que se hallan legalmente en el territorio francés, del que Nueva Caledonia es Parte.

4.4 El Estado parte sostiene asimismo que la invocación de las disposiciones del párrafo 1 de los artículos 2 y 26 del Pacto parece superflua.

4.5 Según el Estado parte, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto enuncia, en efecto, un principio de no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto. Por esta razón, no puede invocarse sino en combinación con uno de los demás derechos que figuran en ese instrumento. En el caso en cuestión, el Estado parte considera inútil invocarlo conjuntamente con el artículo 25, relativo a la libertad de voto, que ya menciona precisamente al artículo 2 en relación con la prohibición de toda discriminación en la materia. Según el Estado parte, la sola invocación del artículo 25 del Pacto presupone que el Comité controle la observancia del párrafo 1 del artículo 2.

4.6 El Estado parte aduce que el artículo 26 del Pacto plantea un principio general de prohibición de toda discriminación resultante de la ley que, contrariamente al principio enunciado en el párrafo 1 del artículo 2, puede invocarse de manera autónoma, según la jurisprudencia del Comité¹⁴. Según el Estado parte, en relación con esta cláusula general de no discriminación, la remisión al párrafo 1 del artículo 2, contenida en el artículo 25 del Pacto, constituye pues una *lex specialis* que instituye un grado de protección como mínimo equivalente, si no superior. El Estado parte estima así que la invocación del artículo 26 del Pacto no presenta ninguna ventaja para los autores con respecto a la mera invocación de esa disposición.

4.7 De este modo, el Estado parte concluye que, sin prejuzgar sobre el fundamento de la queja de discriminación planteada por los autores, examinarla en relación con el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 del Pacto no tiene objeto, en la medida en que esa queja podrá apreciarse con la misma eficacia sobre la base de las disposiciones del artículo 25 considerado aisladamente.

Comentarios de los autores sobre las observaciones del Estado parte acerca de la admisibilidad

5.1 En sus comentarios de 20 de febrero de 2001, los autores observan que el Estado parte no se opone a la admisibilidad de su comunicación desde el punto de vista formal.

5.2 Rechazan la objeción del Estado parte en relación con el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto. Alegan que la libertad de circulación dentro de un Estado y la libre elección efectiva de la residencia por

un súbdito del mismo Estado, garantizadas por el artículo 12 del Pacto, solo existen en la medida en que la movilidad o el establecimiento de una nueva residencia no esté penalizado por la anulación de otro derecho reconocido en el Pacto, a saber el derecho de voto, asociado por naturaleza a la residencia. Los autores estiman que el derecho de cambiar de residencia con toda la frecuencia que autoriza el artículo 12 no tendría sentido si esa elección implicara verse privado de todos los derechos civiles en el nuevo lugar de residencia, y ello durante 10 a 20 años.

5.3 Los autores impugnan asimismo la argumentación de inadmisibilidad del Estado parte basada en el carácter superfluo de la invocación del párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 del Pacto. En consecuencia, mantienen que las disposiciones de derecho interno que impugnan atentan tanto contra el párrafo 1 del artículo 2, conjuntamente con las disposiciones de los artículos 25 y 26, como contra el artículo 26 del Pacto.

Observaciones suplementarias del Estado parte sobre la admisibilidad

6.1 En sus observaciones de fecha 22 de febrero de 2001, el Estado parte comunica sus observaciones preliminares sobre la calidad de víctima de los autores. Explica que los autores no pueden invocar la calidad de víctimas de un no reconocimiento de las disposiciones del Pacto en el sentido de los artículos 2 del Protocolo Facultativo y 90 del reglamento interno del Comité, a causa de la definición dada a los cuerpos electorales en cuestión, a no ser que esta definición haya tenido o tenga por efecto excluirlos de las votaciones litigiosas.

6.2 El Estado parte observa, sobre la base de los hechos expuestos por los autores, que la mayoría de ellos no reunían a la fecha de la consulta del 8 de noviembre de 1998 la condición de residencia de diez años requerida (dos de ellos, el Sr. y la Sra. Schmidt declaran, sin embargo, que residen en Nueva Caledonia desde que nacieron. El Estado parte declara que no ve pues la razón de que fuesen excluidos de la votación, salvo que ese período de residencia haya sido interrumpido, lo cual ellos no precisan). El Estado parte concluye que, en su mayoría, los autores demuestran así un interés personal en impugnar las condiciones de organización de la consulta de noviembre de 1998.

6.3 En cambio, el Estado parte estima que de las mismas informaciones proporcionadas por los 21 autores resulta que a la fecha límite del 31 de diciembre de 2014 solo la Sra. Sophie Demaret se verá excluida de las consultas futuras en razón de la aplicación de la condición de residencia de 20 años. Según el Estado parte, los otros 20 autores tendrán un período de residencia superior a 20 años, suponiendo que se queden en el territorio de Nueva Caledonia, como declaran tener la intención, y podrán así participar en las diferentes consultas. El Estado parte concluye que 20 de los 21 autores no demuestran tener un interés personal en impugnar las modalidades de organización de las consultas futuras y, por lo tanto, no pueden pretender

¹⁴ Dictamen del Comité de Derechos Humanos, *Ibrahim Gueye*, aprobado el 3 de abril de 1989.

ser víctimas de una violación del Pacto, lo que conduce a la inadmisibilidad de esta parte de su comunicación.

6.4 El Estado parte recuerda su posición en cuanto a la inadmisibilidad, por un lado, de la queja de violación del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto por ser manifiestamente incompatible con la disposición invocada y, por otro, de la invocación del párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 del Pacto en razón de su carácter superfluo.

Comentarios de los autores sobre las observaciones suplementarias del Estado parte acerca de la admisibilidad

7.1 En sus comentarios de 9 de mayo de 2001, los autores rechazan la argumentación del Estado parte relativa a los 20 autores en lo que respecta a las votaciones futuras. Consideran que, en sus observaciones de 23 de octubre de 2000, el Estado parte no formuló respecto de ellos ninguna argumentación de inadmisibilidad y que su objeción, fechada el 22 de febrero de 2001, llega con retraso. Manifiestan que los 20 autores no podrán participar en las consultas a partir de 2014 en la hipótesis de que, de conformidad con el derecho que les asiste en virtud del artículo 12 del Pacto, abandonen de forma temporal Nueva Caledonia durante un período que ya no les permita cumplir la condición de los 20 años de residencia ininterrumpida. Además, precisan que es cierto que los dos autores nacidos en Nueva Caledonia, el Sr. y la Sra. Schmidt, fueron excluidos de la consulta del 8 de noviembre de 1998 porque, al haber residido fuera de Nueva Caledonia entre 1988 y 1998, ya no cumplían la condición de los diez años de residencia ininterrumpida.

7.2 Los autores mantienen igualmente la parte de su comunicación relativa al párrafo 1 de los artículos 2 y 12 y al artículo 26 del Pacto, e impugnan, por consiguiente, la argumentación de inadmisibilidad del Estado parte.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

8.1 En sus observaciones de 22 de febrero de 2001, el Estado parte desarrolla su argumentación sobre el fondo respecto de la parte de la comunicación que considera admisible, a saber la queja de violación del artículo 25 del Pacto.

8.2 Recuerda que, según la interpretación lata que dio al respecto la Comisión de Derechos Humanos en su Observación general N° 25, de 12 de julio de 1996, el artículo 25 consagra principalmente el derecho de los ciudadanos a votar en elecciones y en referendos (véase el párrafo 10 de la observación). No obstante, el Comité admite que ese derecho puede ser objeto de restricciones, siempre que estas se basen en criterios razonables (ídem). Indica principalmente que criterios discriminatorios tales como los prohibidos en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto no deberán servir de fundamento para esas restricciones (véase el párrafo 6).

8.3 El Estado parte explica que las consultas objeto del presente litigio se refieren a la evolución institucio-

nal de Nueva Caledonia y al eventual acceso de este territorio a la independencia. Forman parte de un proceso de libre determinación de las poblaciones de este territorio, aunque no todas ellas tengan por objetivo directo resolver la cuestión del acceso del territorio a la plena soberanía. Según el Estado parte, las consideraciones que han servido de base a la aprobación del artículo 53 de la Constitución, que prevé que "ninguna cesión [...] territorial será válida sin el consentimiento de las poblaciones interesadas" son, por lo tanto, válidas para tales consultas (tanto si este artículo es aplicable a ellas como en el caso contrario). El Estado parte estima que, por consiguiente, entra en la lógica de tales consultas que estas se limiten a recoger las opiniones, no del conjunto de la población nacional, sino del de las personas "interesadas" en el futuro de un territorio limitado y que justifiquen vinculaciones particulares.

8.4 El Estado parte prosigue su razonamiento confirmando que el cuerpo electoral establecido, de conformidad con las opciones elegidas por los negociadores de los acuerdos de Numea para las diferentes consultas en litigio es, en efecto, un cuerpo electoral "restringido", diferente del cuerpo electoral "ordinario" que corresponde a las inscripciones en las listas electorales.

8.5 El Estado parte confirma igualmente que a la condición de estar inscrito en las listas electorales se agregó, para la primera consulta realizada en noviembre de 1998, la condición de haber residido durante diez años en la fecha de la votación. Y para las consultas futuras se exige de los electores que hayan sido admitidos a participar en la primera consulta o que justifiquen vinculaciones particulares con el territorio de Nueva Caledonia (nacimiento, lazos familiares, etc.) o, si no cumplen esas condiciones, que residan desde hace 20 años en el territorio en la fecha de la consulta.

8.6 Según el Estado parte, los autores no parecen poner en tela de juicio el principio de la limitación del cuerpo electoral a las poblaciones interesadas. Recuerda, sin embargo, que, en apoyo de su queja de violación del artículo 25 del Pacto, esgrimen los argumentos siguientes: violación del derecho de voto; discriminación entre los ciudadanos franceses residentes en Nueva Caledonia y los demás ciudadanos; discriminación entre los propios residentes caledonios según la naturaleza de las votaciones; discriminación según el origen étnico o la ascendencia; discriminación según el lugar de nacimiento; discriminación según los lazos familiares; discriminación a causa de la transmisión del derecho de voto por vía hereditaria; requisito excesivo en cuanto al período de residencia para ser admitido a participar en la primera consulta; requisito de residencia igualmente excesivo para ser admitido a participar en las consultas futuras; retiro del derecho de voto a los autores.

8.7 En primer lugar, el Estado parte desea señalar que, en la medida en que el artículo 25 del Pacto prevé que el derecho a participar en una votación puede sufrir limitaciones razonables, solo cabe descartar el argumento de los autores según el cual ellos gozarían de un

derecho absoluto a participar en las consultas en cuestión.

8.8 Así pues, el Estado parte estima que el debate se limita a la cuestión de la compatibilidad de las restricciones impuestas al cuerpo electoral con las disposiciones del artículo 25 del Pacto. A este respecto, según el Estado parte, la prolija argumentación de los autores parece articularse en torno a dos ideas principales: los criterios aplicados a la definición del cuerpo electoral son discriminatorios y los umbrales fijados a la duración de la residencia son excesivos.

8.9 En primer lugar, el Estado parte observa que la legislación impugnada se limita a recoger las decisiones libremente adoptadas por las organizaciones políticas locales representativas que negociaron los acuerdos de Numea. Según el Estado parte, al recoger esas decisiones —cosa a la que no estaba en absoluto obligado— el legislador manifestó su deseo de tener en cuenta la opinión de los representantes de las poblaciones locales sobre las modalidades de un proceso conducente a su autodeterminación. El Estado parte considera que esta actitud ha servido para garantizar la libre elección de su condición política, que el artículo 25 del Pacto trata precisamente de proteger (véase el párrafo 2 de la mencionada observación general del Comité).

8.10 Sin embargo, el Estado parte no discute que tales decisiones debían tomarse respetando las disposiciones del artículo 25 del Pacto. Y considera que en este caso esas disposiciones han sido perfectamente respetadas.

8.11. El Estado parte explica, en primer lugar, que carece de fundamento la queja relativa al carácter discriminatorio de los criterios aplicados a la definición del cuerpo electoral.

8.12 Según el Estado parte, existe, en efecto, una diferencia objetiva en lo que respecta a las consultas en litigio en cuanto a la situación de las personas admitidas a tomar parte en la votación y la de las personas que no están admitidas.

8.13 A este respecto, el Estado parte recuerda que las restricciones introducidas en el cuerpo electoral han sido dictadas por el objeto mismo de las consultas. El Estado parte sostiene que ello es tanto más cierto cuanto que, como lo subrayan los propios autores, ellos están inscritos en las listas electorales "ordinarias" y gozan sin restricciones de su derecho de voto para todas las consultas, con la excepción de las que interesan al territorio de Nueva Caledonia. Según el Estado parte es, por lo tanto, inexacto afirmar que se les ha privado de su derecho de voto. Este derecho de voto se ha restringido de forma que los autores no han sido o no serán (solo en el caso de uno de ellos) consultados sobre las cuestiones respecto de las cuales no se les considera "interesados".

8.14 El Estado parte aduce que es natural considerar "interesados" en las votaciones realizadas en el marco de un proceso de libre determinación a las personas que acreditan vínculos particulares con el territorio cuya suerte está en juego, vínculos que legitiman su participación en la votación.

8.15 El Estado parte aclara que, en este caso, el sistema impugnado permite apreciar esos vínculos en función de varios elementos que son alternativos y no acumulativos: la duración de la residencia en el territorio; la titularidad del estatuto civil consuetudinario; la posesión de intereses materiales y morales en el territorio, combinada con el nacimiento del interesado o de sus padres en el territorio; para los mayores nacidos después de la consulta de 1998, el hecho de que los padres hayan sido admitidos a participar en esta consulta.

8.16 Según el Estado parte, se trata de criterios objetivos que no guardan relación con la pertenencia de las poblaciones a una etnia o a un grupo político y que son una prueba indiscutible de la fuerza de los vínculos de los interesados con el territorio de Nueva Caledonia. Según el Estado parte, no cabe ninguna duda de que las personas que reúnen al menos una de las condiciones establecidas tienen más interés en el futuro del territorio que las que no reúnen ninguna.

8.17 El Estado parte concluye que, de esta forma, la definición mantenida para los cuerpos electorales tiene por efecto tratar de forma diferente a personas que se encuentran en situaciones objetivamente diferentes por lo que respecta a los vínculos que mantienen con el territorio. Por esta razón, según el Estado parte, no cabe considerar discriminatoria esa definición.

8.18 El Estado parte añade que, incluso admitiendo, aunque sea por exigencias del razonamiento, que la definición de los cuerpos electorales equivale a establecer una discriminación positiva, esta no sería contraria al artículo 25 del Pacto.

8.19 A este respecto, el Estado parte recuerda que, en su Observación general N° 18, el Comité afirma: "[...] en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto".

8.20 En cambio, según el Estado parte, el párrafo 4 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial prohíbe tales medidas puesto que, so pretexto de discriminaciones positivas, conducirían "como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales".

8.21 El Estado parte argumenta que, por lo que respecta a esas disposiciones, parece ser que, si las modalidades de organización de las consultas en cuestión tuvieran por objeto favorecer a una comunidad (por ejemplo, la de los canacos) admitiéndola a ella sola a participar en la votación o concediendo a sus miembros un trato o una representación preferencial a

través de un colegio electoral específico, la diferencia de trato así establecida no se habría considerado, ciertamente, una restricción admisible a los efectos del artículo 25 del Pacto.

8.22 El Estado parte subraya que, sin embargo, como señaló en sus conclusiones el Fiscal Primero del Tribunal de Casación¹⁵, Sr. Louis Joinet, cuando este tribunal hubo de conocer la queja de discriminación de que se trata, los criterios aplicados para la composición del cuerpo electoral no se basan en la distinción entre caldoches y melanesios, sino en la distinción hecha entre residentes nacionales en función del tiempo que han estado domiciliados en la isla y de los vínculos que justifican tener en ella, indistintamente de que su origen sea melanesio, europeo, wallisiano u otro.

8.23 El Estado parte explica que esos criterios favorecen, efectivamente, a las personas que residen desde hace mucho tiempo frente a los que han llegado más recientemente. Según el Estado parte, si por esta razón, y pese a los argumentos expuestos anteriormente, ello pudiera considerarse como una medida de discriminación positiva, no sería, en principio, contraria a las disposiciones del Pacto, como lo ha subrayado el Comité en su Observación N° 18 anteriormente citada. Solo podría censurarse si tuviera por efecto mantener derechos distintos para grupos raciales diferentes, lo cual, en razón de los criterios adoptados, no sucede en el presente caso.

8.24 El Estado parte afirma, en segundo lugar, que la queja relativa al carácter no razonable de la restricción impuesta al cuerpo electoral sobre la base de la duración del tiempo de residencia en Nueva Caledonia no tiene más fundamento.

8.25 El Estado parte recuerda la argumentación de los autores según la cual los períodos de residencia de 10 y 20 años puestos como condición para la participación en las consultas pasadas y futuras son contrarios al artículo 25 del Pacto en la medida en que los umbrales de duración de la residencia fijados son excesivos y conducen a la exclusión de una parte importante del cuerpo electoral.

8.26 El Estado parte aclara que los autores citan en apoyo de esta argumentación una jurisprudencia del Comité según la cual un período de siete años de residencia fijado por la Constitución de Barbados para poder ser elegido a la Cámara de Representantes se

habría considerado no razonable. El Estado parte subraya que, en realidad, no se trata de una posición adoptada por el Comité sino de una opinión aislada emitida por 1 de sus 18 miembros durante una sesión¹⁶ y que nunca fue aprobada por el propio Comité. Así pues, en ningún momento el Comité ha fallado en el sentido indicado por los autores. El Estado parte agrega que, por otro lado, este no mencionó dicha cuestión durante la presentación del segundo informe periódico de Barbados en 1988¹⁷.

8.27 Además, el Estado parte mantiene que, en su observación general sobre el artículo 25 del Pacto¹⁸, el Comité no cita ningún caso en que el período de residencia exigido se haya considerado poco razonable.

8.28 Por otro lado, el Estado parte considera que, en el caso que se examina, si la participación en la consulta de noviembre de 1998 se subordina a un período de residencia de 10 años y si la participación en las consultas futuras exige un período de residencia de 20 años para el caso en que los interesados no reúnan ninguna otra de las condiciones requeridas, esas condiciones no pueden considerarse poco razonables.

8.29 El Estado parte indica que es cierto que los umbrales de duración de la residencia así fijados son superiores al de tres años fijado para varias consultas anteriores (por ejemplo, la Ley de 22 de diciembre de 1966 sobre la consulta relativa a la Costa francesa de los Somalíes o la Ley del 28 de diciembre de 1976 sobre la consulta relativa al Territorio de los Afares y los Issas).

8.30 No obstante, según el Estado parte, nada permite pensar que esos umbrales, que responden a la necesidad de limitar las consultas a las poblaciones que tienen un verdadero arraigo local, conlleven condiciones no razonables a los efectos del artículo 25 del Pacto.

8.31 El Estado parte manifiesta que, en primer lugar, esos umbrales del tiempo de residencia responden al interés, expresado por los representantes de las poblaciones locales en el marco de la negociación de los acuerdos de Numea, de que las consultas reflejen la voluntad de las poblaciones "interesadas" y que su resultado no pueda ser alterado por una votación masiva de poblaciones recientemente llegadas al territorio y que no justifiquen tener en él vínculos sólidos. El Estado parte estima que esta preocupación parece perfectamente legítima tratándose de consultas realizadas en el marco de un proceso de libre determinación.

8.32 El Estado parte estima, en segundo lugar, que esas condiciones solo han hecho que se descarte a una pequeña parte de la población residente (alrededor del 7,5%) para la primera consulta y, a menos que se produzca un cambio demográfico importante, esa proporción será semejante en las consultas futuras, para las cuales el criterio de duración de la residencia no

¹⁵ Fiscal Primero (*Premier Avocat Général*) del Tribunal de Casación: la Fiscalía del Tribunal de Casación está compuesta de magistrados que tienen el título de fiscales (*avocats generaux*). En su capacidad personal tienen que dar una opinión, con toda independencia e imparcialidad, sobre las circunstancias del caso y las normas de derecho aplicables, y sobre las soluciones que requiere, según su conciencia, el litigio sometido a la jurisdicción. El primero de ellos, que tiene el título de Fiscal Primero, tiene como atribución específica llegar a una conclusión ante el conjunto de las salas del Tribunal cuando se reúnen en asamblea plenaria debido al alcance de la cuestión de principio sobre la que debe pronunciarse el Tribunal.

¹⁶ *Annuaire du Comité des droits de l'homme - 1981-1982*, vol. ICCPR, 256ª sesión, 24 de marzo de 1981, párr. 9.

¹⁷ CCPR/C/SR.823, 825 y 826.

¹⁸ 12 de julio de 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.

será, por otro lado, el único que permita el acceso a la votación.

8.33 Por último, según el Estado parte, ninguna decisión del Comité permite en el presente caso considerar esos umbrales, que no parecen faltos de razón ni en sus fundamentos ni en sus consecuencias prácticas, contrarios a las disposiciones del artículo 25 del Pacto.

8.34 Por todas esas razones el Estado parte considera que la queja de violación del artículo 25 del Pacto debe ser rechazada.

Comentarios de los autores sobre las observaciones del Estado parte en relación con el fondo de la comunicación

9.1 En sus comentarios de fecha 9 de mayo de 2001, los autores invocan de nuevo la violación por parte de Francia del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, basándose en los argumentos anteriormente expuestos y haciendo referencia a los párrafos 2, 5 y 8 de la Observación general N° 27 (67) del Comité sobre la libertad de circulación¹⁹.

9.2 Declaran que mantienen la parte de su comunicación relativa a la violación del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto.

9.3 Los autores reiteran su posición de que el Comité debe examinar la violación del artículo 26 del Pacto, independientemente de todas las demás disposiciones, o en relación con el artículo 25 del Pacto.

9.4 Los autores impugnan los argumentos del Estado parte según los cuales no ha habido violación del artículo 25 del Pacto.

9.5 Manifiestan de nuevo, en primer lugar, su derecho absoluto, como ciudadanos que reúnen todos los requisitos objetivos de la condición de elector (en particular, los relativos a la mayoría civil, la no prescripción de los derechos cívicos a raíz de una condena de derecho común, o una incapacidad grave), de votar en todas las consultas políticas organizadas en el lugar de su residencia electoral.

9.6 Los autores recuerdan que se consideran parte de las poblaciones "interesadas" para la consulta de noviembre de 1998 y para futuras consultas sobre el estatuto de Nueva Caledonia. Hacen valer su interés personal y afirman tener vínculos suficientes con este territorio. Dicen, además, que desde la aprobación de la Ley orgánica N° 99-209, de 19 de marzo de 1999, en su vida cotidiana los ciudadanos franceses residentes en

¹⁹ Observación general N° 27 del Comité de Derechos Humanos (67° período de sesiones): párrafo 2: "Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de la libertad de circulación"; párrafo 5: "El derecho de circular libremente se relaciona con todo el territorio de un Estado, incluidas todas las partes de los Estados federales"; párrafo 8: "La libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender [...] del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país".

Nueva Caledonia se ven afectados exclusivamente por la "ley neocaledonia".

9.7 Sostienen, por otra parte, que el principio de "discriminación positiva" no puede aplicarse en materia electoral y no puede deducirse de la Observación general N° 18 del Comité de Derechos Humanos.

9.8 Explican, por lo demás, que el Comité considera como condición *sine qua non* para dictar medidas de discriminación positiva su carácter temporal y el hecho de que la situación general de ciertos grupos de población impida o comprometa el disfrute de los derechos humanos.

9.9 Ahora bien, según los autores, la condición de una residencia continua de 20 años para participar en las próximas votaciones no corresponde a una limitación en el tiempo sino a una situación perenne de exclusión de jure de los autores de la futura nacionalidad neocaledonia.

9.10 Los autores se preguntan, además, en qué sentido el ejercicio de su derecho de voto y el de los que se encuentran en su misma situación impide o compromete el disfrute de los derechos humanos de otras comunidades neocaledonias. Reiteran que las disposiciones que rigen la participación en las consultas de 1998 y en las que se celebren a partir de 2014 han sido concebidas por las autoridades francesas como una medida de favoritismo electoral consentida por razones puramente políticas. Según los autores, esas autoridades han instaurado, a través del Acuerdo de Numea, el criterio falsamente objetivo de una prolongación del período de residencia para establecer una discriminación indirecta e insidiosa.

9.11 Consideran que el Estado parte no ha dado una respuesta seria a sus críticas sobre la duración excesiva del período ininterrumpido de residencia exigido para participar en las votaciones de 1998 y en futuras votaciones.

9.12 Los autores exponen, por su parte, los siguientes argumentos. Observan, en primer lugar, que las dos comunidades principales de Nueva Caledonia reagrupan, por una parte, a los habitantes de origen melanesio (el 44% de la población) y, por otra a los habitantes de origen caldoche (el 30% de la población). Los autores sostienen, por un lado, que los partidarios de la independencia siempre han sido una minoría y que, por otro lado, desde que en el referendo de libre determinación de 1987 se rechazó masivamente la independencia cualquier otra votación semejante conduciría, en el contexto actual, a un rechazo de la independencia, que entrañaría con todo un riesgo de desórdenes. Los autores explican que, en esas condiciones, el FLNKS (que representa a los canacos) ha reivindicado ante el RPCR (que representa a los caldoches) —de lo cual el RPCR ha sacado provecho— un "entendimiento" tendiente, por un lado, a prohibir en la mayor medida posible a las personas que no son de origen canaco ni caldoche²⁰ intervenir en el debate político y en el futuro

²⁰ El 26% de la población de Nueva Caledonia: 4% de origen europeo, 9% de origen wallisiano y futuniano, 3% de

del territorio y, por otra parte, a conquistar a través de las votaciones que se celebren a partir de 2014 más votos de electores canacos, contando con una supuesta evolución demográfica más favorable de la comunidad melanesia.

9.13 En cuanto al argumento del Estado parte de que los umbrales del período de residencia responden a la preocupación de los representantes de las poblaciones locales en el contexto de la negociación del Acuerdo de Numea de garantizar que las consultas reflejen la voluntad de las poblaciones "interesadas", los autores afirman que esta preocupación de los partidos políticos locales no constituye una causa exonerante y mucho menos una justificación objetiva y legítima en el sentido del Pacto.

9.14 Rechazan igualmente la observación del Estado parte según la cual el 7,5% de los residentes neocaledonios excluidos de esas consultas representan una pequeña proporción de la población de Nueva Caledonia. Señalan, por otro lado, que se trata en realidad del 7,67% de los electores inscritos en las listas electorales en la fecha de la consulta del 8 de noviembre de 1998.

9.15 Por último, los autores reiteran su conclusión de que ha habido una violación por parte de Francia del artículo 25 del Pacto.

Examen de la admisibilidad

10.1 Antes de examinar una denuncia contenida en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, si es o no admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

10.2 Como es su obligación, con arreglo al inciso a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha asegurado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

10.3 En cuanto a la condición de víctimas de los autores en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo, el Comité ha comprobado que el Estado parte reconoce el interés personal de los autores de impugnar las condiciones de la organización de la consulta de noviembre de 1998.

10.4 Respecto de las consultas futuras a partir de la fecha tope del 31 de diciembre de 2014, el Comité ha examinado la argumentación del Estado parte según la cual solo quedará excluida la Sra. Sophie Demaret porque no satisfará el requisito de 20 años de residencia. En cambio, según el Estado parte, los otros 20 autores justificarán, suponiendo que permanezcan en Nueva Caledonia, como dicen tener la intención, un período de

origen polinesio, 4% de origen asiático y 6% de otros orígenes. Según el Fiscal Primero del Tribunal de Casación, en 1996 el reparto de la población de Nueva Caledonia entre europeos y melanesios es la siguiente: 33% de europeos, 44% de melanesios y 22% de otras procedencias.

residencia de más de 20 años, lo que les permitirá participar en las consultas futuras. Así pues, esos 20 autores no justifican, según el Estado parte, un interés personal en actuar y, por lo tanto, no pueden atribuirse la condición de víctimas, razón por la cual esa parte de la comunicación es inadmisibile. El Comité ha tomado nota también de los argumentos de los autores en el sentido de que, además de la Sra. Demaret, ellos tampoco podrán participar en las consultas futuras en el caso de que, haciendo uso del derecho amparado por el artículo 12 del Pacto, se ausentaran temporalmente de Nueva Caledonia durante un período que ya no les permitiese cumplir la condición de los 20 años de residencia ininterrumpida.

10.5 Tras el examen de los argumentos esgrimidos y de otros elementos de la comunicación, el Comité comprueba que 20 de los 21 autores han subrayado, por un lado, su deseo de permanecer en Nueva Caledonia, ya que ese territorio constituye el lugar de su residencia permanente y el centro de su vida familiar y profesional y, por otro, han mencionado a título puramente hipotético varias eventualidades, a saber, una salida temporal de Nueva Caledonia y un período de ausencia que, según la situación de cada autor, si llega a cierto límite, les valdría la exclusión de consultas futuras. El Comité estima que esos últimos argumentos, tal como los han presentado los autores y, por lo demás, en contradicción con su argumentación principal en cuanto a su residencia permanente actual y futura en Nueva Caledonia, se quedan en el plano de las hipótesis y las posibilidades teóricas²¹. Por lo tanto, solo la Sra. Demaret, que puede decirse que no reunirá los 20 años de residencia en Nueva Caledonia, podría atribuirse la condición de víctima en relación con futuras consultas a los efectos del artículo 1 del Protocolo Facultativo.

10.6 En cuanto a las quejas de violación del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, el Comité ha tomado nota de los argumentos del Estado parte sobre la incompatibilidad *ratione materiae* de esas alegaciones con las disposiciones del Pacto y considera que los elementos presentados por los autores y anteriormente examinados no están suficientemente justificados y, por ello, no permiten declarar admisibles las quejas en relación con el artículo 2 del Protocolo Facultativo (párr. 5.2).

10.7 Por lo que respecta a las denuncias de violación de los artículos 25 y 26 del Pacto, el Comité estima que, en este caso concreto, los elementos propuestos en relación con el artículo 26 pueden examinarse teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 25. El Comité declara esta parte de la comunicación admisible, en la medida en que parece suscitar cuestiones en relación con el artículo 25, y estima que la denuncia debe ser examinada en cuanto al fondo, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

²¹ Comunicación N° 35/1978; *Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres mauricianas c. Mauricio* (párr. 9.2).

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

11.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han presentado por escrito las partes, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

11.2 El Comité ha de decidir si las restricciones impuestas al cuerpo electoral para las consultas locales del 8 de noviembre de 1998 y a partir de 2014 constituyen una violación del artículo 25 del Pacto, según afirman los autores.

12.1 Los autores sostienen, en primer lugar, que son titulares de un derecho absoluto, adquirido e indivisible para votar en todas las consultas políticas organizadas en el lugar de su residencia.

12.2 El Comité recuerda al respecto su jurisprudencia en relación con el artículo 25 del Pacto, a saber, que el derecho de voto no es un derecho absoluto y que pueden imponerse restricciones a ese derecho siempre y cuando no sean discriminatorias o poco razonables²².

13.1 Los autores hacen constar, en segundo lugar, que los criterios aplicados a la definición de cuerpos electorales de las votaciones locales son contrarios a las normas de Francia en materia electoral (pues el derecho de voto no puede condicionarse más que al criterio de inscripción en una lista electoral, bien del municipio del domicilio real, sea cual fuere la duración de la residencia, bien del municipio de residencia efectiva durante los seis últimos meses) y por ello mismo entrañan restricciones discriminatorias contra ellos y contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

13.2 Con objeto de examinar el carácter discriminatorio o no de los criterios en litigio según la jurisprudencia mencionada, el Comité estima que la evaluación de todas las restricciones ha de hacerse caso por caso, sobre la base en particular del objeto de las restricciones y del principio de proporcionalidad.

13.3 En este caso concreto, el Comité ha tomado nota de que las votaciones locales se inscribían en un proceso de libre determinación de las poblaciones en Nueva Caledonia. A este respecto, ha tenido en consideración la argumentación del Estado parte de que estas consultas políticas —cuyas modalidades se fijaron en el Acuerdo de Numea y fueron consagradas según el tipo de votación, por el voto del Congreso²³ o del Parlamento²⁴— deberían por su finalidad permitir recoger la opinión, no del conjunto de la población

²² Comunicaciones N° 500/1992 *J. Debreczeny c. los Países Bajos*; N° 44/1979 *Alba Pietraroia en nombre de Rosario Pietraroia Zapala c. el Uruguay*; Observación general N° 18 relativa al artículo 25 (57° período de sesiones, 1996), párrs. 4, 10, 11 y 14.

²³ Ley constitucional N° 98-610, de 20 de julio de 1998, cuyo artículo 76 define las condiciones de participación en la votación de 1998.

²⁴ Ley orgánica N° 99-209, de 19 de marzo de 1999, cuyo artículo 218 establece las condiciones de participación en los escrutinios a partir del año 2014.

nacional, sino de las personas "interesadas" en el porvenir de Nueva Caledonia.

13.4 Aunque el Comité en el marco del Protocolo Facultativo no tenga competencia para examinar una comunicación en la que se denuncie una violación del derecho de libre determinación consagrado en el artículo 1 del Pacto, puede interpretar el artículo 1, cuando proceda, para determinar si se han violado los derechos consagrados en las partes II y III del Pacto. En consecuencia, el Comité estima que, en este caso concreto, las disposiciones del artículo 1 no pueden tenerse en cuenta en la interpretación del artículo 25 del Pacto.

13.5 En cuanto a las quejas de los autores, el Comité hace constar, como lo confirma por lo demás el Estado parte, que los criterios relativos al derecho de voto en las consultas tienen por efecto establecer un cuerpo electoral restringido y por consiguiente una diferenciación entre, por una parte, los excluidos del derecho de voto, entre ellos el reclamante o los reclamantes según la votación de que se trate, y por otra los admitidos a ejercerlo, por su vinculación suficiente con el territorio cuya evolución institucional está en juego. La cuestión que ha de zanjar el Comité es la de saber si esta diferenciación es compatible con el artículo 25 del Pacto. El Comité recuerda que toda diferenciación no constituye una discriminación si está fundada en criterios objetivos y razonables y si el objetivo perseguido es legítimo con arreglo al Pacto.

13.6 El Comité debe ante todo examinar si los criterios de definición de los cuerpos electorales restringidos responden al de la objetividad.

13.7 El Comité hace constar que, según la finalidad de cada votación, además de la condición de inscripción en las listas electorales, los criterios mantenidos son, por un lado, para la consulta de 1998 sobre la continuación o no del proceso de autodeterminación, la condición de duración de residencia en Nueva Caledonia y, por otro, para las consultas futuras directamente relacionadas con la opción de la independencia, la consideración de condiciones complementarias relativas a la titularidad del estatuto civil consuetudinario, y la posesión en el territorio de intereses materiales y morales, combinada con el nacimiento del interesado o de sus padres en el territorio. Se desprende, pues, a medida que se aproximan las fechas de la libre determinación, que los criterios son más numerosos y tienen en cuenta las condiciones particulares que demuestran la intensidad de la vinculación con el territorio. En efecto, a la condición de duración de la residencia (que hay que distinguir de los umbrales de duración de la residencia), que permite determinar una vinculación de carácter general con el territorio, se añaden vínculos más específicos.

13.8 El Comité estima que los criterios expuestos se basan en elementos objetivos de diferenciación entre residentes en su relación con Nueva Caledonia, a saber, las diversas formas de vinculación con ese territorio, específicas o generales, de conformidad con la finalidad y la índole de cada votación. Se plantea, no obstante, la

cuestión de determinar si esos criterios tienen o no efectos discriminatorios.

13.9 Habida cuenta de la queja de los autores de que han sufrido discriminación por su filiación étnica o por su ascendencia nacional, de resultados de la consulta de 1998, el Comité toma nota de su argumento de que los residentes franceses en Nueva Caledonia oriundos de la metrópolis (que son los actuales autores), los polinesios, los wallisianos, los futunianos, los antillanos y los reunioneses representan una parte importante del 7,67% de los electores neocaledonios que ha sido excluido de esta votación²⁵.

13.10 A la luz de lo que antecede, el Comité estima que el criterio seguido para la consulta de 1998 establece una distinción entre los residentes en cuanto a su situación en relación con el territorio sobre la base de la duración de la "residencia" (que hay que distinguir de la cuestión de los umbrales de duración de la residencia), sea cual fuere su origen étnico o su ascendencia nacional. El Comité considera, además, que los argumentos de los autores no incluyen precisiones sobre la importancia numérica de los grupos previamente mencionados —mayoritarios o no— entre el 7,67% de los electores privados del derecho de voto.

13.11 El Comité estima, por consiguiente, que no se ha demostrado que el criterio aplicado para la votación de 1998 tuviese por objeto y por efecto atribuir derechos diversos a grupos étnicos o nacionales diferentes.

13.12 En cuanto a las quejas de los autores de que han sido objeto de discriminación por motivos de nacimiento, lazos familiares y transmisión del derecho de voto por vía hereditaria (esta última violación se deriva, a juicio de los autores, de los criterios sobre lazos familiares), y como consecuencia por ende de los criterios establecidos para las consultas que se celebren a partir del año 2014, el Comité estima en primer lugar que los residentes que cumplan estos criterios se hallan en situaciones objetivamente distintas de los autores, cuya vinculación con el territorio estriba en la duración de su residencia. El Comité hace notar, en segundo lugar, por una parte, que la duración de la residencia se tiene en cuenta en los criterios establecidos para las futuras votaciones, y, por otra, que estos criterios son alternativos. La determinación de los electores entre los residentes franceses en Nueva Caledonia no estriba únicamente en las vinculaciones concretas con el territorio (tal como el nacimiento y los lazos familiares) sino también, en su defecto, en la duración de la residencia. Se desprende de ello que cada vínculo especial o general con el territorio —definido por criterios sobre la vinculación con Nueva Caledonia— ha sido tenido en cuenta en lo que se refiere a los residentes franceses.

13.13 El Comité estima, por último, que en este caso concreto los criterios de definición de los cuerpos electorales restringidos permiten tratar de modo diverso a

²⁵ Los autores han indicado, sin embargo, que no están en condiciones de puntualizar la importancia numérica de estos residentes entre el 7,67% de los electores excluidos.

las personas que se hallen en situaciones objetivamente diversas por lo que respecta a su vinculación con Nueva Caledonia.

13.14 El Comité debe además examinar si la diferenciación resultante de los criterios expuestos es razonable y si la finalidad perseguida es legítima por lo que respecta al Pacto.

13.15 El Comité ha tomado nota del argumento de los autores de que esos criterios, aunque estén consagrados por la Ley constitucional de 20 de julio de 1998 y la Ley orgánica de 19 de marzo de 1999, no solo están en contradicción con las normas nacionales en materia electoral, sino que además son ilegítimos por lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

13.16 El Comité recuerda que, en el caso de que se trata, el examen del artículo 25 del Pacto entraña que se tenga en cuenta el artículo 1 y estima, en esta situación, que los criterios establecidos son razonables en la medida en que se aplican rigurosa y únicamente a las votaciones correspondientes a un proceso de libre determinación. Esos criterios únicamente pueden justificarse —como hace el Estado parte— con relación al artículo 1 del Pacto. Sin pronunciarse empero sobre la definición del concepto de "pueblos" planteada por el artículo 1, el Comité estima, en efecto, que en el presente caso no resulta inoportuno limitar la participación en las consultas locales a las personas "interesadas" en el porvenir de Nueva Caledonia y que justifiquen una vinculación suficiente con este territorio. También observa, en particular, las conclusiones del Fiscal Primero del Tribunal de Casación, en las que se expresa que en todo proceso de libre determinación hay limitaciones del cuerpo electoral legitimadas por la necesidad de garantizar un anclaje identitario suficiente. El Comité toma igualmente en cuenta el reconocimiento por el Acuerdo de Numea y la Ley orgánica de 19 de marzo de 1999 de una ciudadanía de Nueva Caledonia (no exclusiva de la ciudadanía francesa sino vinculada a esta) en la que se plasme la comunidad de destino elegida y en la que se basan las restricciones aplicadas al cuerpo electoral en particular para la consulta final.

13.17 Además, según el Comité, las restricciones del cuerpo electoral resultantes de los criterios establecidos para las votaciones de 1998 y a partir del año 2014 se atienen al criterio de proporcionalidad en la medida en que dichas restricciones se limitan *ratione loci* exclusivamente a las votaciones locales de libre determinación y no tienen por consiguiente repercusión en la participación en las elecciones generales, tanto legislativas como presidenciales, europeas o municipales, así como en las consultas mediante referendo.

13.18 El Comité estima, por consiguiente, que los criterios de definición de los cuerpos electorales para las consultas de 1998 y las que se celebren a partir del año 2014 no son discriminatorios, sino que se basan en motivos objetivos de diferenciación, razonables y compatibles con las disposiciones del Pacto.

14.1 Los autores exponen por último que los umbrales señalados a la condición de duración de la residencia,

que son respectivamente 10 y 20 años para las votaciones de que se trata, son excesivos y afectan a su derecho de voto.

14.2 El Comité estima que no puede determinar los umbrales de duración de residencia. Sin embargo, puede pronunciarse sobre el carácter excesivo o no de esos umbrales. Se trata en este caso de que el Comité determine si esos umbrales tienen por objeto o por efecto restringir de manera exagerada, habida cuenta de la índole y la finalidad de las consultas de que se trata, la participación de las poblaciones "interesadas" de Nueva Caledonia.

14.3 Aparte de la postura del Estado parte que expone que los criterios aplicados a la definición de los cuerpos electorales favorecen a los residentes de largo tiempo con relación a los recién llegados, por las mismas diferencias de interés en lo que respecta a Nueva Caledonia, el Comité hace notar, en particular, que los umbrales de duración de la residencia tienen por objeto, según el Estado parte, garantizar que las consultas reflejarán la voluntad de las poblaciones "interesadas" y que su resultado no podrá ser modificado por un voto masivo de los recién llegados al territorio y que no justifiquen una vinculación sólida con él.

14.4 En cuanto a los 21 autores, el Comité toma nota de su exclusión de la consulta de 1998 puesto que no cumplían el requisito de los diez años de residencia continua. Observa asimismo que una autora no va a participar en la votación futura debido al requisito de los 20 años de residencia continua, mientras que los otros 20 autores tienen por el momento derecho de votar en esa consulta —18 según el criterio de residencia y otros 2 por haber nacido en Nueva Caledonia—, sin que tenga nada que ver su filiación étnica ni su ascendencia nacional.

14.5 El Comité estima ante todo que los umbrales fijados no tienen efectos desproporcionados, dadas la

índole y la finalidad de las consultas de que se trata, sobre la situación de los autores, ya que es patente que su falta de participación en la primera consulta no tiene consecuencias para la casi totalidad de ellos por lo que respecta a la consulta final.

14.6 El Comité estima además que cada umbral debe permitir evaluar la intensidad de la vinculación con el territorio, de suerte que los residentes que justifiquen una vinculación suficiente puedan participar en cada referendo. El Comité estima que, en este caso concreto, la diferencia de umbral de residencia de una votación a otra tiene que ver con el objeto de cada consulta, pues el umbral de 20 años, y no de 10 como para la primera votación, estaba justificado por el término de la libre determinación, habiéndose puntualizado que también se tomarán en cuenta en esta votación otras vinculaciones.

14.7 Recordando el carácter no discriminatorio del criterio de duración de la residencia, el Comité estima que en este caso los umbrales fijados para las consultas de 1998 y para las que se celebren a partir de 2014 no son excesivos en la medida en que se inscriben en el marco de la finalidad y de la índole de estas votaciones, a saber, un proceso de libre determinación que implica la participación de personas que justifiquen vínculos suficientes con el territorio cuyo porvenir está en juego. Se deduce, en efecto, que estos umbrales no resultan desproporcionados con relación a un proceso de descolonización que implique la participación de los residentes que, por encima de su filiación étnica o política, hayan contribuido y contribuyan a la edificación de Nueva Caledonia a través de sus vínculos suficientes con este territorio.

15. A tenor de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos considera que los hechos que se le presentan no ponen de manifiesto ninguna violación del Pacto.

Comunicación N° 933/2000

Presentada por: Adrien Mundy Busyo, Thomas Osthudi Wongody, René Sibú Matubuka y otros
Presunta víctima: Adrien Mundy Busyo, Thomas Osthudi Wongody, René Sibú Matubuka y otros
Estado parte: República Democrática del Congo
Fecha de aprobación del dictamen: 31 de julio de 2003 (78° período de sesiones)

Asunto: Destitución de 315 jueces por decreto presidencial

Cuestiones de procedimiento: Falta de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Independencia efectiva del poder judicial – Juicio con las debidas garantías – Igualdad de acceso a la función pública – Ausencia de recurso – Detención y privación de libertad arbitrarias – Derecho a la libertad de la persona

Artículos del Pacto: 9, 14, 19, 20, 21 y 25 c)

Artículo del Protocolo Facultativo: 2

Conclusión: Violación (artículos 25 c); 14, párrafo 1; 9; y 2, párrafo 1)

1. Los autores son Adrien Mundy Busyo, Thomas Osthudi Wongody y René Sibú Matubuka, ciudadanos de la República Democrática del Congo, que intervienen en su propio nombre y en el de los jueces y fiscales que han sido objeto de una medida de destitución. Manifiestan que son víctima por parte de la República Democrática del Congo de violaciones de los artículos 9, 14, 19, 20 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La comunicación parece plantear asimismo cuestiones en relación con el inciso c) del artículo 25 del Pacto.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 En virtud del Decreto presidencial N° 144, de 6 de noviembre de 1998, 315 jueces y fiscales, entre ellos los autores, fueron destituidos en los términos siguientes:

"El Presidente de la República:

Habida cuenta del Decreto-ley constitucional N° 003, de 27 de mayo de 1997, relativo a la organización y al ejercicio del poder en la República Democrática del Congo, tal como ha sido modificado y completado hasta el momento;

Habida cuenta de la Ordenanza-ley N° 88-056, de 29 de septiembre de 1988, relativa al estatuto de los jueces y fiscales, en sus artículos 37, 41 y 42;

Teniendo presente que de los informes de las diferentes comisiones constituidas por el Ministro de Justicia que han recorrido todo el

país se desprende que los mencionados jueces y fiscales son de dudosa moralidad o corruptos o desertores, o dan muestras de incompetencia notoria, comportamientos estos contrarios a los deberes de su condición y al honor y a la dignidad de sus funciones;

Considerando que el comportamiento del que se les acusa ha desacreditado a la magistratura, empañado la imagen de la justicia y paralizado su funcionamiento;

Habida cuenta de la urgencia, la necesidad y la oportunidad;

A propuesta del Ministro de Justicia y Custodio de los Sellos;

Decreta:

Artículo 1

Quedan destituidos de sus funciones los siguientes jueces y fiscales..."

2.2 Impugnando la legalidad de esas destituciones, cada uno de los autores presentó, tras una notificación y en el plazo de tres meses establecido por la ley, un recurso ante el Presidente de la República para que se revocara el decreto en cuestión. No habiendo obtenido respuesta alguna, de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza N° 82/017, de 31 de marzo de 1982, relativa al procedimiento ante el Tribunal Supremo de Justicia, cada uno de los jueces y fiscales transmitió su demanda a esta jurisdicción entre abril y diciembre de 1999. Tomando como base las informaciones facilitadas por los autores, se deduce que el Fiscal General de la República, que tiene que dar su opinión en un plazo de un mes, deliberadamente no transmitió el informe del ministerio público¹ hasta el 19 de septiembre de 2000,

¹ Los autores han transmitido una copia del informe del ministerio público. En ese informe el Fiscal General de la República pide al Tribunal Supremo de Justicia que declare, en primer lugar, que el Decreto presidencial N° 144 es un acto de gobierno que escapa a su control y, en segundo lugar, que ese decreto está justificado en razón de circunstancias excepcionales. Basándose en acusaciones de la población y de los extranjeros que viven en la República Democrática del Congo contra magistrados llamados incompetentes, irresponsables, inmorales y corruptos, y en misiones de magistrados a este respecto, el Fiscal General de la República sostiene que el Jefe del Estado dictó el Decreto presidencial N° 144 ante una situación de crisis caracterizada por la guerra, la ocupación de una parte del territorio y la necesidad de intervenir con toda urgencia para luchar contra la impunidad. Insiste en que la autoridad se hallaba en la imposibilidad material de seguir el procedimiento disciplinario ordinario y

con el propósito de bloquear los recursos. Por otra parte, el Tribunal Supremo, por sentencia de 26 de septiembre de 2001, estimó que el Decreto presidencial N° 144 constituía un acto de gobierno en la medida en que era parte de la política oficial destinada a mejorar la conducta y las prácticas de la magistratura y lograr un mejor funcionamiento de uno de los tres poderes del Estado. Por otra parte, el Tribunal Supremo estimó que la ejecución de la política de la nación por el Presidente, en su calidad de autoridad política, escapaba al control del juez administrativo y, por consiguiente, declaró inadmisibles las demandas de los autores.

2.3 Los autores, que se habían organizado bajo el apelativo de "Grupo de los 315 jueces y fiscales ilegalmente destituidos", conocido con la sigla G.315, los días 27 y 29 de enero de 1999 también presentaron su demanda al Ministro de Derechos Humanos, pero sin obtener resultados.

2.4 Por último, los autores denuncian diversas medidas de presión de las autoridades para atajar sus reivindicaciones. Mencionan dos órdenes de detención contra los magistrados René Sibú Matubuka y Ntumba Katshinga². Indican que después de una reunión con respecto al decreto controvertido, celebrada el 23 de noviembre de 1998, del G.315 con el Ministro de Justicia, el Ministro retiró las dos órdenes mencionadas. Los autores añaden que, a raíz de la carta que enviaron después al Ministro de Justicia en que indicaban que no se había hecho nada tras su entrevista en relación con el decreto de destitución, los jueces René Sibú Matubuka y Benoît Malu Malu fueron detenidos y privados de libertad del 18 al 22 de diciembre de 1998 en un centro de detención ilegal del Grupo Especial de Seguridad Presidencial ubicado en el edificio GLM (Groupe Lito Moboti). Además, fueron interrogados por personas que no eran funcionarios jurados ni estaban facultadas para ello por el Fiscal General de la República, como prescribe la ley.

La denuncia

3.1 Los autores se declaran víctimas, en primer lugar, de medidas de destitución cuya ilegalidad es, según ellos, manifiesta.

3.2 Sostienen que el Decreto presidencial N° 144 es contrario al Decreto-ley constitucional N° 003, de 27 de mayo de 1997, relativo a la organización y al ejercicio del poder en la República Democrática del Congo, así como a la Ordenanza-ley N° 88-056, de 29 de septiembre de 1988, que trata del estatuto de los magistrados.

3.3 Según los autores, pese a que la legislación mencionada establece que el Presidente de la República solo

que la urgencia, el estado de descomposición de la magistratura y la lucha contra la impunidad eran incompatibles con una eventual decisión de aplazamiento de la sanción de los magistrados en cuestión.

² No se ha especificado la fecha de las órdenes de detención.

puede destituir a un magistrado civil a propuesta del Consejo Superior de la Magistratura (CSM)³, las destituciones en cuestión fueron decididas a propuesta del Ministro de Justicia, miembro del Ejecutivo, que de esta forma se arrogó las funciones del único órgano habilitado para hacerlo, el CSM. Además, la legislación no confiere, según los autores, un poder discrecional, pese a las circunstancias invocadas en el Decreto presidencial N° 144 —la urgencia, la necesidad y la oportunidad— ya que estas no pueden constituir motivo de destitución.

3.4 Asimismo según los autores, se hizo caso omiso de la obligación de las autoridades de respetar en materia disciplinaria en todo momento el principio de contradicción y sus corolarios (entre ellos la presunción de inocencia). En efecto, ninguna autoridad, ningún órgano ni ninguna comisión transmitió ningún reproche o notificación a los autores, los cuales, por lo demás, no fueron oídos en ningún momento ni por el juez instructor ni por el CSM, como establece la ley.

3.5 Por último, los autores sostienen que, en violación de la obligación de justificar toda decisión de destitución de un funcionario público, en el Decreto presidencial N° 144 solo se invocan motivos vagos, imprecisos e impersonales, como son una moralidad dudosa, la deserción y una incompetencia notoria, lo cual, según ellos, equivale en derecho congolés a una ausencia de motivo. En cuanto a las quejas de moralidad dudosa y de incompetencia notoria, los autores declaran que sus expedientes personales que figuran en la secretaría del CSM demuestran lo contrario. Respecto de la acusación de deserción, aducen que su partida de su lugar de destino se debió a la inseguridad causada por la guerra y que su inscripción en la secretaría del CSM de Kinshasa, ciudad de refugio, demostraba su disponibilidad como jueces. Señalan que, además, la secretaría del CSM les concedió un trato de desplazados de guerra.

3.6 Los autores citan los informes presentados a la Comisión de Derechos Humanos por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo⁴ y por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados⁵, en los que exponen su preocupación en relación con el Decreto presidencial N° 144, que destituye a 315 jueces y fiscales y es una manifestación de la subordinación del poder judicial al poder ejecutivo. Mencionan, además, una alocución del Director de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la República Democrática del Congo en la que solicita la rehabilitación de los funcionarios destituidos.

3.7. En segundo lugar, los autores consideran que son víctimas de un abuso de poder manifestado a través de la detención, el encarcelamiento y los interrogatorios

³ El CSM ejerce de tribunal disciplinario para ejecutar una sanción, que puede ser disciplinaria (destitución) o penal (pena de prisión inferior a tres meses).

⁴ Informe E/CN.4/1999/31, de 8 de febrero de 1999.

⁵ Informe E/CN.4/2000/61, de 21 de febrero de 2000.

ilegales de tres miembros de su colectivo (véase el párrafo 2.4).

3.8 Por último, los autores consideran que han agotado los recursos de la jurisdicción interna. Recordando los recursos presentados al Presidente de la República, el Ministro de Derechos Humanos y el Ministro de Justicia que fueron desestimados, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001, sostienen que la independencia de los jueces y fiscales que deberían dictar el fallo no estaba garantizada en la medida en que el Primer Presidente del Tribunal Supremo y el Fiscal General de la República y otros altos magistrados habían sido nombrados por el nuevo poder, haciendo caso omiso de la ley que dispone que dichos nombramientos se deben basar en propuestas del Consejo Superior de la Magistratura. Añaden que durante la investidura de estos magistrados por el Presidente de la República, el Primer Presidente del Tribunal Supremo, faltando a su deber de reserva, se pronunció sobre la legitimidad del decreto de destitución. Por otra parte, los autores estiman que el Tribunal Supremo, por sentencia de 26 de septiembre de 2001, decidió erróneamente que sus quejas eran inadmisibles y los privó así de todo recurso.

3.9 Pese a la petición y los recordatorios enviados por el Comité al Estado parte (notas verbales de fechas 7 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2001 y 15 de mayo de 2003) para que respondiera a las alegaciones de los autores, el Comité no ha recibido respuesta alguna.

Examen de la admisibilidad

4.1 Antes de examinar cualquier demanda formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decir si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

4.2 Tal como se dispone en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

4.3 El Comité considera que la demanda de los autores, en la que se afirma que los hechos, tal como los han descrito, constituyen una violación de los artículos 19, 20 y 21, no está suficientemente fundamentada a efectos de admisibilidad. Por lo tanto, esa parte de la comunicación no es admisible con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

4.4 El Comité considera que, como el Estado parte no ha proporcionado ninguna información, la demanda presentada en relación con el Decreto presidencial N° 144 sobre la destitución de 315 jueces y fiscales, entre ellos los autores de la comunicación, así como con la detención y la privación de libertad de los jueces René Sibou Matubuka y Benoît Malu Malu, puede plantear cuestiones en relación con el artículo 9, el párrafo 1 del

artículo 14 y el apartado c) del artículo 25 del Pacto cuyo fondo debería ser examinado.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

5.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información presentada por las partes, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Constata que el Estado parte, a pesar de los recordatorios que se le han enviado, no ha dado respuesta ni sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la comunicación. El Comité recuerda que, según se dispone en el párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Facultativo, un Estado parte debe cooperar presentando al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen, en caso necesario, las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto. Como el Estado parte no se ha mostrado cooperativo, no hay más remedio que aceptar las alegaciones de los autores en la medida en que estén fundamentadas.

5.2 El Comité observa que los autores han formulado alegaciones precisas y detalladas en relación con su destitución, llevada a cabo al margen de los procedimientos y garantías legales previstos a ese efecto. Observa también, a este respecto, que el Ministro de Justicia, en su informe de junio de 1999 (véase el párrafo 3.8), y el Fiscal General de la República, en el informe del ministerio público de 19 de septiembre de 2000 (véase la nota 1), reconocen que no se han respetado los procedimientos y las garantías previstas para la destitución. El Comité estima, por otra parte, que no podría admitir en el presente caso que las circunstancias previstas en el Decreto presidencial N° 144 son motivos que justifiquen la conformidad de las medidas de destitución con el derecho, y en particular el artículo 4 del Pacto. En efecto, el Decreto presidencial incluye una simple referencia a circunstancias particulares, pero no determina la naturaleza ni el alcance de las destituciones en relación con los derechos consagrados por la legislación nacional y el Pacto, ni demuestra la necesidad estricta de esas destituciones ni su duración. Por otro lado, el Comité observa que la República Democrática del Congo no ha hecho una notificación internacional de la utilización del derecho de suspensión, como se prevé en el párrafo 3 del artículo 4 del Pacto. Con arreglo a su jurisprudencia⁶, el Comité recuerda, además, que el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad implica que el Estado debe velar por que no se haga ninguna discriminación. Este principio se aplica con mayor razón a las personas que ocupan cargos en la función pública y, más aún, a las que han sido objeto de destitución. En lo que respecta al párrafo 1 del artículo 14, el Comité toma nota de la falta de respuesta del Estado parte y señala, por un lado, que los autores no han contado con las garantías de que gozan por sus funciones de magistrados, en virtud de las cuales

⁶ Comunicación N° 422/1990, *Adimayo M. Aduayom T. Diasso y Yawo S. Dobou c. el Togo*; Observación general N° 25 sobre el artículo 25 del Pacto (50° período de sesiones, 1996).

deberían haber comparecido ante el Consejo Superior de la Magistratura tal como lo dispone la ley, y, por otro, que el Presidente del Tribunal Supremo manifestó públicamente antes del proceso su apoyo a las destituciones (véase el párrafo 3.8), atentando así contra la imparcialidad del Tribunal. Además, el Comité considera que las destituciones constituyen un atentado contra la independencia de la judicatura que se ampara en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. Las medidas de destitución de los autores han sido tomadas basándose en motivos que el Comité no puede aceptar para justificar que no se hayan respetado los procedimientos y las garantías previstos, de los que deben poder disfrutar todos los ciudadanos en condiciones generales de igualdad. Sin respuesta del Estado parte, y en la medida en que el Tribunal Supremo, por sentencia de 26 de septiembre de 2001, privó a los autores de todo recurso al declarar inadmisibles sus quejas aduciendo que el Decreto presidencial N° 144 constituía un acto de gobierno, el Comité considera que los hechos en el presente caso muestran que ha habido violación del apartado c) del artículo 25 del Pacto, interpretado conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 14 sobre la independencia de la judicatura, y el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto.

5.3 Teniendo en cuenta la denuncia de violación del artículo 9 del Pacto, el Comité señala que los jueces René Sibou Matubuka y Benoît Malu Malu fueron objeto de detención y privación de libertad arbitrarias del 18 al 22 de diciembre de 1998 en un centro de detención ilegal del Grupo Especial de Seguridad Presidencial. Ante la falta de respuesta del Estado parte, el Comité dictamina que se ha producido una violación arbitraria del derecho a la libertad de la persona consagrado en el artículo 9 del Pacto.

6.1 El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que el Estado parte ha cometido una violación del apartado c) del artículo 25, el párrafo 1 del artículo 14, el artículo 9 y el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto.

6.2 En virtud del apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Comité considera que los autores de la comunicación tienen derecho a interponer un recurso efectivo a los siguientes efectos, entre otros: a) al no haberse instituido un proceso disciplinario en debida forma contra ellos, su reintegro efectivo en la función pública en el puesto que ocupaban con todas las consecuencias que ello implique o, en su defecto, en un puesto similar⁷; y b) una indemnización calculada sobre la base de una cantidad equivalente a la remuneración que habrían percibido desde la fecha de su destitución⁸. Por último, el Estado parte estará obligado a velar por que no vuelvan a producirse violaciones similares y, en particular, por que cualquier medida de destitución solo se aplique respetando las disposiciones del Pacto.

6.3 El Comité recuerda que, al adherirse al Protocolo Facultativo, la República Democrática del Congo reconoció la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, de conformidad con el artículo 2 del Pacto, se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, así como un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación. El Comité también desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días a partir de la transmisión del presente dictamen, información sobre las medidas que haya adoptado para darle cumplimiento. Se ruega también al Estado parte que publique el presente dictamen.

⁷ Comunicación N° 630/1995 *Abdoulaye Mazou c. el Camerún*; comunicación N° 641/1995 *Gedumbe c. la República Democrática del Congo*, y comunicación N° 906/2000 *Félix Enrique Chira Vargas-Machuca c. el Perú*.

⁸ Comunicaciones Nos. 422/1990, 423/1990 y 424/1990 *Adimayo M. Aduayom, Sofianou T. Diasso y Yawo S. Dobou c. el Togo*; comunicación N° 641/1995 *Gedumbe c. la República Democrática del Congo*, y comunicación N° 906/2000 *Félix Enrique Chira Vargas-Machuca c. el Perú*.

Comunicación N° 943/2000

Presentada por: Guido Jacobs (no representado por abogado)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Bélgica

Fecha de aprobación del dictamen: 7 de julio de 2004 (81° período de sesiones)

Asunto: Criterios y cuotas de género para el nombramiento de los miembros del Consejo Superior de Justicia

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos – Falta de fundamentación de la reclamación – Incompatibilidad *ratione materiae*

Cuestiones de fondo: Discriminación – Igualdad de trato para hombres y mujeres – Igualdad de acceso a la función pública – Justificación objetiva y razonable – Proporcionalidad entre el propósito, los medios, las modalidades y los objetivos de la ley – Cuotas de género

Artículos del Pacto: 2; 3; 14, párrafo 1; 19, párrafo 1; 25; y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; 3; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Ausencia de violación

1. El autor de la comunicación es el Sr. Guido Jacobs, ciudadano belga nacido el 21 de octubre de 1948 en Maaseik (Bélgica). Afirma ser víctima de violaciones por Bélgica de los artículos 2 y 3, del párrafo 1 del artículo 14, del párrafo 1 del artículo 19, y de los artículos 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No está representado por abogado. El Pacto y su Protocolo Facultativo entraron en vigor para Bélgica el 21 de julio de 1983 y el 17 de agosto de 1994, respectivamente.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 2 de febrero de 1999 se publicó en el *Moniteur belge* la Ley de 22 de diciembre de 1998 por la que se modificaron algunas disposiciones de la segunda parte del Código Judicial relativas al Consejo Superior de Justicia, así como la designación y el nombramiento de magistrados, y por la que se instaura un sistema de evaluación.

2.2 A raíz de esta modificación, el artículo 259 *bis*-1 del Código Judicial dispone, en el párrafo 1, que el Consejo Superior de Justicia¹ se compondrá de 44

¹ El artículo 151 de la Constitución, por el que se instituye el Consejo Superior de Justicia, dispone:

Párrafo 2

"Habrà un Consejo Superior de Justicia para toda Bélgica. En el ejercicio de sus competencias, el Consejo Superior de Justicia respetará la independencia a que se

miembros de nacionalidad belga repartidos en un colegio de habla holandesa de 22 miembros y un colegio de habla francesa de 22 miembros. Cada colegio contará con 11 magistrados y 11 no magistrados.

2.3 El párrafo 3 del artículo 259 *bis*-1 establece:

"El grupo de no magistrados tendrá, por cada colegio, al menos cuatro miembros de cada sexo y se compondrá de al menos:

1. Cuatro abogados con experiencia profesional mínima de diez años de ejercicio de la abogacía;

refiere el párrafo 1. El Consejo Superior de Justicia se compondrá de un colegio de habla francesa y un colegio de habla holandesa. Cada colegio tendrá un número igual de miembros y estará compuesto paritariamente, por un lado, por jueces y funcionarios del ministerio público elegidos directamente por sus pares en las condiciones y en la forma que determine la ley y, por otro lado, por otros miembros nombrados por el Senado, por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, en las condiciones establecidas por la ley.

En cada colegio habrá una comisión de designación y nombramiento y una comisión de dictamen e investigación, compuestas paritariamente conforme a la disposición señalada en el apartado anterior [...]."

Párrafo 3:

"El Consejo Superior de Justicia ejercerá sus competencias en las materias siguientes:

1. Presentación de los candidatos a jueces [...] o funcionarios del ministerio público;
2. Presentación de los candidatos a ser designados para las funciones [...] de *chef de corps* en el ministerio público;
3. Acceso al puesto de juez o de funcionario del ministerio público;
4. Formación de los jueces y los funcionarios del ministerio público;
5. Elaboración de los perfiles profesionales para las designaciones a que se refiere el inciso 2;
6. Adopción de dictámenes y de propuestas sobre el funcionamiento general y la organización del orden judicial;
7. Vigilancia general y promoción de la utilización de los medios de control interno;
8. Con exclusión de todas las competencias disciplinarias y penales:
 - Recibir las quejas relativas al funcionamiento del orden judicial y asegurar su seguimiento;
 - Realizar investigaciones sobre el funcionamiento del poder judicial [...]."

2. Tres profesores universitarios o de escuelas superiores de las comunidades flamenca o francesa que posean una experiencia profesional útil para la misión del Consejo Superior de al menos diez años;

3. Cuatro titulares de, como mínimo, un diploma de una escuela superior de las comunidades flamenca o francesa que posean una experiencia profesional útil para la misión del Consejo Superior de al menos diez años en el ámbito jurídico, económico, administrativo, social o científico [...]."

2.4 El párrafo 2 del artículo 259 *bis-2* establece también:

"Los no magistrados serán nombrados por el Senado por mayoría de dos tercios de los votos emitidos. Sin perjuicio del derecho de toda persona a presentar su candidatura a título individual, podrán presentar candidatos cada uno de los colegios de abogados y cada una de las universidades y escuelas superiores de las comunidades francesa y flamenca. Por lo menos cinco miembros de cada colegio serán nombrados de entre los candidatos presentados."

2.5 Por último, de conformidad con el párrafo 4 de ese mismo artículo, "se elaborará una lista de miembros suplentes del Consejo Superior por la duración del mandato [...]. La lista de suplentes de los no magistrados será elaborada por el Senado [...] y estará constituida por los candidatos que no hayan sido nombrados".

2.6 El párrafo 5 del artículo 259 *bis-2* dispone que las candidaturas deberán dirigirse al Presidente del Senado y enviarse por carta certificada dentro de los tres meses siguientes a su convocatoria, so pena de caducidad.

2.7 El 25 de junio de 1999 el Senado publicó en el *Moniteur belge* una convocatoria de candidaturas para un puesto de miembro no magistrado del Consejo Superior de Justicia.

2.8 El 16 de septiembre de 1999 el Sr. G. Jacobs, primer auditor del Consejo de Estado, presentó su candidatura en el plazo legal de tres meses.

2.9 El 14 de octubre de 1999 el Senado publicó una segunda convocatoria de candidaturas.

2.10 El 29 de diciembre de 1999 el Senado eligió a los miembros del Consejo Superior de Justicia. El autor no fue elegido, pero quedó incluido en la lista de los miembros no magistrados con calidad de suplentes prevista en el párrafo 4 del artículo 295 *bis-2*.

La denuncia

3.1 El autor invoca violaciones, por un lado, de la norma de derecho, es decir la Ley de 22 de diciembre de 1998, y, por otro, de su aplicación por el Senado.

3.2 Con respecto a la norma de derecho, el autor estima que el párrafo 3 del artículo 295 *bis-1* viola los

artículos 2, 3, 25 y 26 del Pacto por los motivos siguientes.

3.3 Según el autor, la introducción de la condición de pertenencia a un sexo, a saber cuatro puestos reservados a las mujeres y cuatro puestos reservados a los hombres para el grupo de no magistrados de cada colegio, hace imposible de cumplir la obligación de comparar las competencias de los candidatos al Consejo Superior de Justicia. El autor explica que el criterio del sexo implica que candidatos con mejores calificaciones quedan excluidos en beneficio de candidatos cuyo único mérito es cumplir el requisito relativo al sexo. A juicio del autor, en el caso en cuestión este criterio ha perjudicado a los candidatos masculinos y en el futuro podría aplicarse en detrimento de las mujeres, por lo cual es discriminatorio.

3.4 El autor sostiene además que está formalmente prohibido exigir un requisito relativo al sexo en los nombramientos por terceros (empleadores), en virtud de la Ley de 7 de mayo de 1999 de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto a condiciones de trabajo, acceso al empleo y posibilidades de ascenso, acceso a una profesión independiente y regímenes complementarios de seguridad social. El autor estima que esta ley abarca al Consejo Superior de Justicia y que, por lo tanto, la aplicación al respecto del requisito relativo al sexo constituye una discriminación.

3.5 Según el autor, que se basa en un análisis del departamento jurídico del Consejo de Estado², este requisito establecido para la totalidad del grupo de no magistrados también podría conducir a una discriminación entre los candidatos de las tres categorías establecidas para ese grupo.

3.6 Con referencia a la aplicación de la norma de derecho, el autor considera que los nombramientos de los no magistrados flamencos se hicieron al margen de un procedimiento establecido, sin entrevistas a los candidatos ni elaboración de sus perfiles y sin comparar sus competencias, en violación de los artículos 2, 19 y 25 del Pacto.

3.7 El autor sostiene que el criterio determinante para esos nombramientos fue la pertenencia a un partido político, por la vía del nepotismo, a saber la asignación de puestos de no magistrados a la hermana de un senador, a la asistente de un senador y a la asistente personal de un ministro. No se examinó ni se comparó entre los candidatos el requisito relativo a la experiencia profesional útil de al menos diez años para la misión del Consejo Superior de Justicia. Añade que un senador dimitió para manifestar su indignación ante el nepotismo político, y lo comunicó a la prensa, y que un candidato envió una carta a los senadores demostrando que sus calificaciones eran superiores a las de los candidatos elegidos.

3.8 Según el autor, la aplicación del requisito relativo al sexo condujo además a la violación del principio

² El autor no proporciona el documento de referencia de su cita.

de igualdad, en la medida en que la designación exclusivamente de hombres en la categoría de profesores universitarios creó una desigualdad entre las diferentes categorías del grupo de no magistrados.

3.9 El autor afirma asimismo que, al procederse a una segunda convocatoria de candidaturas para un puesto de miembro no magistrado, se aceptaron candidaturas después del plazo de presentación fijado en la primera convocatoria, lo que es ilegal y discriminatorio.

3.10 El autor sostiene además que el nombramiento de los suplentes de no magistrados por orden alfabético es contrario a la ley, revela la ausencia de comparación de las calificaciones y se traduce en una discriminación entre los candidatos nombrados y los suplentes.

3.11 Por último, el autor señala la inexistencia de recursos contra las violaciones que se han expuesto, por los motivos siguientes.

3.12 Considera que el artículo 14 de las leyes coordinadas sobre el Consejo de Estado no permite recurrir ante esta instancia por los nombramientos en cuestión. De ello deduce asimismo la imposibilidad de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Arbitraje³ en relación con el artículo 295 *bis*-1 de la Ley de 22 de diciembre de 1998.

3.13 Según el autor, el alcance de la competencia del Consejo de Estado, cuando este se pronuncia en calidad de juez sobre el abuso de poder, se deduce del párrafo 1 del artículo 14 de las leyes citadas, que establece que la sección de administración resuelve sobre los recursos de anulación por violación de las formas sustanciales o prescritas so pena de nulidad, o por uso abusivo o culposo de poder, presentados contra los actos y reglamentos de las diversas autoridades administrativas o contra las decisiones en lo contencioso administrativo.

3.14 El autor señala, por una parte, que están excluidos de la competencia del Consejo de Estado los actos dimanantes del poder legislativo y, por otra, que en principio también lo estaban hasta 1999 todos los actos, incluso los de carácter administrativo, ejecutados por un órgano de una de las asambleas legislativas. El autor remite a este respecto a la sentencia N° 69/321 del Consejo de Estado, de 31 de octubre de 1997, por la que este rechazó, por razón de carencia de competencia para pronunciarse sobre la legalidad del acto impugnado, el

³ De conformidad con la Ley especial de 6 de enero de 1989 promulgada en virtud del artículo 142 de la Constitución, el Tribunal de Arbitraje resuelve sobre:

1. Los conflictos a que se refiere el artículo 141;
2. La violación por una ley, un decreto o alguna de las normas especificadas en el artículo 134, de los artículos 10 [principio de igualdad], 11 [principio de no discriminación] o 24;
3. La violación por una ley, un decreto o una norma de las previstas en el artículo 134 de los artículos de la Constitución que la ley determine. Puede acudir al Tribunal cualquier autoridad que la ley especifique, cualquier persona que acredite tener un interés en el caso o, a título prejudicial, cualquier tribunal.

recurso de anulación interpuesto por el Sr. Meester de Betzen-Broeck contra la decisión del Consejo de la Región Bruselas-Capital de no incluirlo en la reserva de contratación para el puesto de contador por no haber aprobado la prueba lingüística organizada por el Consejo de la Región. El autor se funda asimismo en la sentencia N° 31/96 del Tribunal de Arbitraje, de 15 de mayo de 1996, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado en el marco del procedimiento citado (Consejo de la Región Bruselas-Capital) en relación con el apartado 1 del artículo 14 de las leyes coordinadas sobre el Consejo de Estado. En ese caso, el demandante sostenía que el artículo 14 violaba el principio de igualdad de los ciudadanos porque no permitía al Consejo de Estado tener conocimiento de los recursos presentados contra actos puramente administrativos de asambleas legislativas acerca de funcionarios. El Tribunal de Arbitraje estableció que la inexistencia de recurso de anulación contra los actos administrativos dimanantes de una asamblea legislativa o de sus órganos, cuando tal recurso podía presentarse contra actos administrativos dimanantes de una autoridad administrativa, violaba los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. El Tribunal estimó además que la discriminación no se originaba en el artículo 14 sino en un vacío de la legislación, que no había instituido un recurso de anulación contra los actos administrativos de las asambleas legislativas y de sus órganos.

3.15 Por último, el autor califica, subsidiariamente, la falta de institución de un recurso contra la decisión del Senado sobre el nombramiento de los miembros no magistrados del Consejo Superior de Justicia de violación de los artículos 2 y 14 del Pacto, en la medida en que puede presentarse tal recurso contra actos administrativos dimanantes de una autoridad administrativa.

3.16 El autor añade que no ha podido interponer directamente un recurso ante el Tribunal de Arbitraje contra la disposición impugnada —a saber el artículo 295 *bis*-1, párrafo 3, de la Ley de 22 de diciembre de 1998— por no existir el interés requerido durante el plazo legal de recurso, establecido en seis meses. Según el autor, la condición del interés no se cumplió hasta el momento de la presentación y validación de su candidatura, es decir fuera del plazo de seis meses. El autor subraya asimismo que no podía saber que la disposición impugnada conduciría necesariamente a un nombramiento ilegal.

3.17 El autor considera que ha satisfecho el requisito del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna y señala que el asunto no se ha sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En sus observaciones de 12 de marzo de 2001 y 23 de agosto de 2002 el Estado parte se opone a la admisibilidad de la comunicación.

4.2 Con respecto a la norma de derecho, el Estado parte sostiene que la Ley especial del Tribunal de

Arbitraje de 6 de enero de 1989 permitía al autor presentar un recurso de anulación contra la parte impugnada de la Ley de 22 de diciembre de 1998.

4.3 Según el Estado parte, el Tribunal de Arbitraje resuelve, entre otras cosas, acerca de los recursos de anulación total o parcial de una ley por causa de violación de los artículos 6 y 6 *bis* de la Constitución. Estos artículos —actualmente los artículos 10 y 11— de la Constitución consagran los principios de igualdad y no discriminación y son de alcance general. El artículo 11 prohíbe toda forma de discriminación, cualquiera que sea su origen. El Estado parte subraya que el principio constitucional de no discriminación se aplica a todos los derechos y libertades reconocidos a los belgas, incluidos los derivados de los tratados internacionales a que Bélgica se ha adherido⁴.

4.4 El Estado parte señala que el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley del Tribunal de Arbitraje dispone que podrá presentar recursos cualquier persona física o jurídica que demuestre un interés en el asunto. Según el Estado parte, el Tribunal de Arbitraje interpreta en sentido amplio la noción de "interés", a saber a partir del momento en que una persona puede verse afectada, de manera directa y desfavorable, por la norma impugnada. El párrafo 1 del artículo 3 de esta misma ley establece además que los recursos de anulación de una ley deben presentarse dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la ley.

4.5 El Estado parte recuerda que el párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1 del Código Judicial se publicó en el *Moniteur belge* el 2 de febrero de 1999, lo que significa que el plazo de recurso ante el Tribunal de Arbitraje vencía el 2 de agosto de 1999. La convocatoria de candidaturas de miembros no magistrados al Consejo Superior de Justicia se publicó el 25 de junio de 1999. En respuesta a esta convocatoria, que por lo demás contenía la disposición impugnada, el autor presentó su candidatura ante el Senado. Según el Estado parte, es de señalar que en el momento en que se publicó la convocatoria de candidaturas, el Sr. G. Jacobs se encontraba en el plazo legal para presentar un recurso de anulación de la disposición impugnada ante el Tribunal de Arbitraje. El Estado parte estima que, en efecto, el autor reunía las condiciones necesarias y justificaba tener el interés requerido para presentar tal recurso.

4.6 Por lo que se refiere a la aplicación de la norma de derecho, el Estado parte afirma que el autor tenía la posibilidad de interponer recurso ante los juzgados y tribunales del poder judicial belga.

4.7 Según el Estado parte, corresponde a los tribunales conocer de contenciosos subjetivos, cuyo estatuto se rige por los artículos 144 y 145 de la Constitución. El artículo 144 atribuye a los tribunales una competencia exclusiva en los litigios por derechos civiles y el artículo 145 les confiere una competencia de principio, que la ley puede derogar, en los litigios por derechos

políticos. Según el Estado parte, los órganos del poder legislativo quedan así sometidos al control de los juzgados y tribunales en la medida en que sus decisiones se refieran a los derechos civiles o políticos.

4.8 El Estado parte estima que el autor no ha demostrado que, en el marco de una acción relativa a derechos civiles o políticos, no podría impugnar ante los juzgados y tribunales del poder judicial la legalidad de la decisión del Senado. Así, según el Estado parte, la norma litigiosa no tiene por efecto privar al autor de la posibilidad de interponer recurso, puesto que el Sr. Jacobs puede hacer valer ante el juez ordinario sus derechos en relación con el nombramiento por el Senado de los miembros del Consejo Superior de Justicia.

4.9 Con respecto a la reclamación, a título subsidiario, de que hubo violación de los principios de igualdad y no discriminación debido a la falta de institución de un recurso contra la decisión del Senado sobre el nombramiento de los miembros no magistrados del Consejo Superior de Justicia, cuando en cambio se puede presentar tal recurso contra actos administrativos dimanantes de una autoridad administrativa, el Estado parte sostiene que el autor no puede invocar legítimamente la sentencia N° 31/96 del Tribunal de Arbitraje, de 15 de mayo de 1996, por cuanto las leyes coordinadas sobre el Consejo de Estado se modificaron a raíz de esa sentencia. Actualmente el párrafo 1 del artículo 14 dispone: "La sección resuelve sobre los recursos de anulación por violación de las formas sustanciales o prescritas so pena de nulidad, o por uso abusivo o culposo de poder, presentados contra los actos y reglamentos de las diversas autoridades administrativas y contra los actos administrativos de las asambleas legislativas o de sus órganos, incluidos los mediadores instituidos ante esas asambleas, del Tribunal de Cuentas y del Tribunal de Arbitraje, así como de los órganos del poder judicial y del Consejo Superior de Justicia relativos a los contratos públicos y a los miembros de su personal".

4.10 El Estado parte explica que, en el caso en cuestión, el nombramiento de los miembros del Consejo Superior de Justicia no puede considerarse un acto puramente administrativo del Senado, ya que es, en gran medida, un acto no ajeno al ejercicio de sus competencias legislativas. El Estado parte destaca que la creación del Consejo Superior de Justicia tiene gran importancia en el orden social y no puede compararse con la contratación de personal por el poder legislativo. Cabe remitirse a este respecto al principio constitucional de la separación de poderes. Según el Estado parte, este implica en particular que la autoridad de un poder no puede sustituir por el suyo el juicio de una autoridad de otro poder que ejerza una competencia discrecional como la que ejerce el poder legislativo en el nombramiento de los miembros del Consejo Superior de Justicia. Refiriéndose a las sentencias N° 20/2000 y N° 63/2002 del Tribunal de Arbitraje, de 23 de febrero de 2000 y de 28 de marzo de 2002, respectivamente, el Estado parte explica que, sobre la base del principio de la separación de poderes, se puede sostener que no es posible interponer recurso contra el nombramiento de

⁴ Tribunal de Arbitraje, 23 de mayo de 1990, *R. W.* 1990-91, 75.

los miembros del Consejo Superior de Justicia, puesto que el poder legislativo, del que forma parte el Senado, es independiente. Por consiguiente, el Estado parte considera que la inexistencia de recurso ante el Consejo de Estado para impugnar el nombramiento de los miembros del Consejo Superior de Justicia no viola en modo alguno los principios de igualdad y no discriminación, dado que dicho nombramiento puede asimilarse a un acto legislativo.

Comentarios del autor respecto de las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

5.1 En sus comentarios de 14 de julio de 2001 y de 13 de octubre de 2002 el autor mantiene y amplía su argumentación.

5.2 Desde el punto de vista de la norma de derecho, el autor rechaza la argumentación del Estado parte sobre la posibilidad de interponer un recurso de anulación ante el Tribunal de Arbitraje. Subraya que solo era posible interponer un recurso tras la aceptación de las candidaturas o, como muy pronto, tras su presentación, y señala que antes de eso todo recurso de anulación habría constituido una acción pública. Ahora bien, la candidatura del Sr. Jacobs fue presentada el 16 de septiembre de 1999 y aceptada el 21 de septiembre de 1999, es decir, después de caducado el plazo de seis meses establecido para presentar un recurso de anulación de la Ley de 2 de febrero de 1999. El autor concluye que no cumplía, pues, la condición requerida de acreditar un interés directo, personal y cierto para la presentación de un recurso de anulación en los plazos prescritos.

5.3 Por lo que se refiere a la aplicación de la norma de derecho, el autor considera, en primer lugar, que la inexistencia de un recurso de anulación ante el Consejo de Estado en el caso en cuestión se confirma por las observaciones del Estado parte y constituye, por lo tanto, una violación de los artículos 2 y 14 del Pacto. A diferencia del Estado parte, el autor considera, por un lado, del mismo modo que el Tribunal de Arbitraje en su decisión N° 31/96, que no se puede interpretar que la separación de poderes implique la incompetencia del Consejo de Estado cuando un órgano legislativo sea parte en el litigio y, por otro, que no se puede considerar que los nombramientos por el Senado sean actos legislativos. En relación con las sentencias del Tribunal de Arbitraje citadas por el Estado parte (N° 20/2000 y N° 63/2002), el autor señala que en ese momento se trataba de formas de organización internas de los parlamentarios o de los magistrados, mientras que en el presente caso se trata, según el autor, de nombramientos en un organismo con carácter propio (*sui generis*) que se halla en una encrucijada de poderes y no forma parte del poder legislativo como tal, de manera que la inexistencia de un recurso de anulación contra el nombramiento de sus miembros constituye una violación del principio de igualdad.

5.4 El autor añade que el argumento del Estado parte que compara "la importancia en el orden social" de los miembros del Consejo Superior y los del personal del

poder legislativo no es en absoluto pertinente. El autor considera, por un lado, que la referencia a la discriminación no atañe a esos dos grupos, sino a actos dimanantes de una asamblea legislativa (en este caso, el nombramiento de miembros del Consejo Superior de Justicia) y a actos dimanantes de una autoridad administrativa (el nombramiento de magistrados) y, por otro lado, que no se puede entender de qué manera "la importancia en el orden social" justificaría la inexistencia de un recurso, en particular dado que ese control de la legitimidad no significa en modo alguno que el juez que decide la anulación pueda sustituir por el suyo el juicio de otra autoridad que ejerza una competencia discrecional.

5.5 En cuanto al argumento del Estado parte sobre el recurso que el autor puede interponer ante los juzgados y tribunales del poder judicial, el autor estima en primer lugar, acerca de la cuestión del acceso a los tribunales belgas, que no basta con que el Estado parte se limite a remitir de manera general a los artículos de la Constitución, sin indicaciones precisas en lo que se refiere al fundamento jurídico concreto necesario para ejercitar una acción y al tribunal competente. Además, según el autor, el Estado parte omite remitir a una jurisprudencia aplicable pertinente. Refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵, el autor sostiene que el Estado demandado que invoca las vías de recurso locales debe demostrar que su ordenamiento jurídico ofrece posibilidades de recurso efectivas y adecuadas, lo que el Estado parte no ha demostrado de manera suficiente en el presente caso.

5.6 Según el autor, la inexistencia de una vía de recurso adecuada significa que los tribunales no pueden poner fin a la violación. En el presente caso, estos no pueden anular el acto impugnado. Además, en los casos en que el legislador dispone de cierta facultad discrecional, el juez no puede ordenar una reparación en especie (ausencia de mandato positivo). Estimando que el Estado parte se refiere probablemente a la posibilidad de acudir al Tribunal de Primera Instancia en aplicación del artículo 1382 del Código Civil, el autor afirma que se trataría de una acción ineficaz. Suponiendo que una demanda de reparación se pudiera considerar una vía de recurso adecuada, a juicio del autor se trata de una acción imposible de poner en práctica. Citando diferentes análisis jurídicos sobre Bélgica, el autor llega a la conclusión de que queda excluida la responsabilidad jurídica del poder legislativo o judicial.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

6.1 En sus observaciones de 12 de marzo de 2001 y de 23 de agosto de 2002, el Estado parte afirma que la comunicación es infundada.

6.2 Desde el punto de vista de la norma de derecho, el Estado parte explica que, en este caso particular, el objetivo que se persigue es garantizar un número suficiente de candidatos elegidos de ambos sexos. Añade

⁵ Sentencia en el caso *Bozano c. Francia*, de 18 de diciembre de 1986, serie A, N° 111, pág. 18.

que la presencia de mujeres en el Consejo Superior de Justicia corresponde a la voluntad del Parlamento de fomentar el acceso equitativo de hombres y mujeres a mandatos públicos de conformidad con el artículo 11 *bis* de la Constitución.

6.3 Recordando el debate que se mantuvo sobre esta cuestión durante los trabajos preparatorios de la Ley de 22 de diciembre de 1998, el Estado parte subraya que el legislador estimó que entre los 11 magistrados y los 11 no magistrados debía haber al menos 4 hombres y 4 mujeres para evitar una representación insuficiente de uno de los dos sexos en cualquiera de los grupos. Según el Estado parte, en el informe sobre la propuesta de esta ley se pone de relieve además que, dado que el Consejo Superior de Justicia también tiene competencia consultiva, cada colegio debe estar compuesto por miembros de ambos sexos. De este modo, el legislador deseaba aplicar los principios enunciados en la Ley de 20 de julio de 1990 para promover la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos que poseen competencia consultiva. El Estado parte considera que de ello se deriva que el objetivo perseguido por la disposición impugnada —a saber, el párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1— es legítimo.

6.4 Además, el Estado parte sostiene que el hecho de haber previsto que cuatro de los 11 candidatos, es decir, un poco más de un tercio de los mismos, debían ser del otro sexo, no conduce a implantar una limitación desproporcionada del derecho de los candidatos a acceder a un cargo público. Según el Estado parte, esta norma, que tiende a asegurar una representación equilibrada de ambos sexos, es el único medio que permite alcanzar el fin legítimo perseguido y es también la menos restrictiva.

6.5 El Estado parte estima que, en consecuencia, estas disposiciones encaminadas a garantizar la efectividad del principio de igualdad no contravienen los principios que prohíben la discriminación por motivo de sexo.

6.6 En relación con la queja por discriminación entre las personas designadas por autoridades legislativas y las designadas por terceros, el Estado parte se refiere a la Ley de 20 de julio de 1990 para promover la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos que poseen competencia consultiva. Según el Estado parte, esta ley impone cierto equilibrio basado en el sexo y es aplicable cuando un órgano, por ejemplo el Consejo Superior de Justicia, tiene funciones asesoras. El Estado parte considera que, por lo tanto, no hay discriminación, dado que la norma del equilibrio basado en el sexo se aplica a todo órgano consultivo.

6.7 En cuanto a la referencia del autor a los empleadores para apoyar la queja por discriminación contra él, el Estado parte destaca que la citada Ley de 7 de mayo de 1999 no es aplicable en este caso concreto. Al respecto, menciona el artículo 3.1 de la ley, que describe a los trabajadores de la manera siguiente: "Personas que realizan actividades laborales en virtud de un contrato de trabajo y personas que, sin que medie un contrato de trabajo, realizan actividades laborales bajo la autoridad de otra persona, incluidos los

aprendices". El Estado parte estima que el razonamiento del autor carece de fundamento jurídico, puesto que compara situaciones que no son comparables en la medida en que los miembros del Consejo Superior de Justicia no pueden ser calificados de "trabajadores" en el sentido de la mencionada ley, ya que no realizan actividades laborales.

6.8 Con respecto a la queja relativa a la discriminación entre subgrupos, y refiriéndose a los trabajos preparatorios de la Ley de 22 de diciembre de 1998⁶, el Estado parte indica que el legislador tuvo debidamente en cuenta las observaciones del Consejo de Estado retomadas por el autor. Subraya que el Gobierno presentó una subenmienda para modificar el párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1 y añadir que el grupo de no magistrados debía tener al menos cuatro miembros de cada sexo por colegio.

6.9 Según el Estado parte, la ley ha restablecido de esta manera el equilibrio entre el objetivo de la medida, a saber, promover la igualdad entre hombres y mujeres que podría no existir en la práctica, y uno de los objetivos esenciales de la ley, que es disponer de un Consejo Superior de Justicia constituido por personalidades elegidas objetivamente por su competencia. El Estado parte señala, por un lado, que el grupo de no magistrados, que es la contraparte del grupo de magistrados, es un grupo en sí mismo cuyos diferentes miembros deben tener diez años de experiencia y, por otro lado, que en los grupos de magistrados y no magistrados las normas relativas al sexo del candidato están razonablemente justificadas en relación con el fin legítimo que persiguen.

⁶ El Consejo de Estado subrayó que el texto inicial de la ley preveía que cada colegio del Consejo Superior, que debía tener 11 magistrados y 11 no magistrados, tuviera al menos 8 miembros de cada sexo. Por lo tanto, el Senado, al designar a los 11 miembros no magistrados, debía garantizar cierto equilibrio entre hombres y mujeres, lo que habría podido dar lugar a una desigualdad entre los candidatos no magistrados en función de su sexo. A este respecto, el Consejo de Estado destacó que "no parece que pueda justificarse razonablemente una desigualdad (...)". Tras esas observaciones del Consejo de Estado se adaptó el proyecto de ley. Durante los trabajos preparatorios se dijo que "En lo que se refiere al equilibrio entre hombres y mujeres en el Consejo Superior, el Primer Ministro subraya que es importante, en un primer análisis, respetar los votos emitidos. Según la solución actual, corresponde al Senado garantizar el equilibrio entre los sexos al designar a los miembros no magistrados y velar así por que se logre el quórum requerido (al menos ocho miembros de cada sexo).

Esta obligación de corrección que ha de ejercer el Senado puede suprimirse [...]. [Por lo que se refiere a los candidatos magistrados] El Primer Ministro propone que [...] cada elector emita tres votos, de los que uno sea para al menos un candidato al escaño y uno para al menos un candidato de un ministerio público y, además, prohíbe que se vote a tres candidatos del mismo sexo.

Esta solución garantiza un número suficiente de candidatos elegidos de cada sexo (entre un tercio y dos tercios [para los candidatos magistrados]). (Documentación parlamentaria 1997-1998, 1677/8.)

6.10 Considerando la aplicación de la norma de derecho, en lo que se refiere a la queja por la designación de los candidatos no magistrados en función de su afiliación política, el Estado parte explica que la creación del Consejo Superior de Justicia y la instauración de un sistema de mandatos tuvieron lugar en el marco de la modificación del artículo 151 de la Constitución. Ese artículo enuncia los principios básicos en materia de independencia del poder judicial, la composición y las competencias del Consejo Superior de Justicia, los procedimientos de nombramiento y designación de magistrados, así como los sistemas de mandatos y de evaluación.

6.11 El Estado parte indica que no se puede considerar que el Consejo Superior de Justicia, aunque se rija por el artículo 151 de la Constitución, sea un grupo que representa al poder judicial, en vista de su composición (magistrados y no magistrados) y sus competencias (no tiene competencia judicial). Por lo tanto, ese Consejo tiene un estatuto *sui generis* al no formar parte de ninguno de los tres poderes. Según el Estado parte, se trata de un órgano de enlace entre el poder judicial (cuya independencia debe respetar) y los poderes ejecutivo y legislativo.

6.12 El Estado parte explica que la presencia de miembros no magistrados tiende a evitar una actitud corporativista por parte de los magistrados en el marco de las misiones del Consejo y permite una contribución indispensable en cuanto a la visión y las experiencias de los ciudadanos sometidos al rigor de la ley. No obstante, según el Estado parte, esta opción no equivale a la admisión de personas que no puedan en modo alguno contribuir a la realización pertinente de las misiones del Consejo Superior de Justicia.

6.13 El Estado parte añade que, en relación con la designación de los miembros no magistrados, había motivos para establecer un sistema que permitiera, por un lado, evitar que la intervención de órganos políticos condujese a una mayor "politización" y, por otro, remediar el déficit democrático indisolublemente vinculado a las candidaturas presentadas por cada uno de los grupos profesionales interesados.

6.14 Según el Estado parte, esa es la razón de que en la Constitución se haya optado por un sistema mixto en el que todos los miembros no magistrados son designados por el Senado por mayoría de dos tercios de los votos y en el que 5 de las 11 plazas de cada colegio deben ser cubiertas sobre la base de las candidaturas presentadas por los colegios de abogados, las escuelas superiores y las universidades. Este sistema permite a cada una de esas instituciones presentar una o varias candidaturas de personas que cumplan las condiciones legales (y que no tienen que pertenecer necesariamente a la misma categoría profesional que la institución que las presenta) y que considere aptas para cumplir ese mandato.

6.15 El Estado parte concluye que la creación del Consejo Superior de Justicia tiene por objetivo y consecuencia despolitizar los nombramientos en el seno del poder judicial. A estos efectos, los candidatos deben ser

elegidos por el Senado por mayoría de dos tercios de los votos, mayoría relativa que permite garantizar la despolitización del sistema.

6.16 Además, el Estado parte explica detalladamente el proceso que condujo al nombramiento de los miembros no magistrados en el presente caso.

6.17 Se presentaron en total 106 candidatos no magistrados, a saber, 57 de habla francesa y 49 de habla holandesa, cuyos currículos y expedientes los senadores pudieron consultar en los archivos de la Asamblea. Habida cuenta del elevado número de candidatos, se decidió por razones prácticas no realizar entrevistas. A razón de 15 a 30 minutos por persona, las entrevistas con los 106 candidatos habrían llevado al Senado como mínimo entre 26,5 y 53 horas. En vista del cargado calendario parlamentario, era imposible dedicar tanto tiempo a las entrevistas. Se habrían requerido varios días seguidos para celebrarlas, o varias semanas si se escalonaban. En ambos casos, no habría sido posible proceder a las entrevistas en condiciones comparables para todos los candidatos, dado que probablemente los mismos senadores no habrían podido asistir a todas las reuniones. Según el Estado parte, el procedimiento basado en el expediente era así el más respetuoso del principio de no discriminación. Además, el Estado parte subraya que ninguna disposición constitucional, legal o reglamentaria obliga al Senado a realizar entrevistas.

6.18 El Estado parte, recordando que en el nombramiento de los no magistrados se deben respetar cinco criterios diferentes (cada colegio debe tener al menos cuatro abogados, tres profesores universitarios o de escuela superior de las comunidades francesa o flamenca, cuatro titulares de al menos un diploma de una escuela superior de las comunidades francesa o flamenca, cuatro miembros de cada sexo y cinco miembros presentados por las universidades, escuelas superiores y/o colegios de abogados) explica que la multitud y el solapamiento de esos criterios llevaron a los órganos del Senado a establecer una lista de candidatos recomendados. Parece que cualquier otro procedimiento habría sido inoperante e incluso discriminatorio para algunos candidatos. De hecho, si se hubiera utilizado el procedimiento de votos individuales, habría sido necesario organizar al menos 22 escrutinios distintos. Si, como habría podido ocurrir, en alguno de esos escrutinios ningún candidato hubiera obtenido la mayoría de dos tercios, se habría tenido que proceder a una segunda votación, lo que habría aumentado el número de escrutinios. Además, habría sido necesario garantizar, a lo largo de los escrutinios sucesivos, el cumplimiento de todas las condiciones en materia de composición de los colegios (por ejemplo, si tras el nombramiento de ocho miembros del colegio de habla francesa, la Asamblea hubiera designado a un solo candidato abogado, únicamente los candidatos abogados restantes habrían sido todavía elegibles). En un determinado momento habría podido darse la situación de no poder votar solo a algunos candidatos. El mismo problema se habría planteado si se hubiera procedido a un voto por categoría. El Estado parte señala que la utilización de la técnica de la lista recomendada para

proceder a un nombramiento o a una presentación corresponde a una práctica establecida del Senado y la Cámara de Representantes.

6.19 Con el fin de elaborar la lista de candidatos recomendados, los miembros de habla francesa y de habla holandesa de la Mesa del Senado se reunieron por separado el 17 de diciembre de 1999. Se decidió que podía participar en esa reunión un miembro por cada grupo político. Así pues, todos los grupos, incluido el único grupo que no estaba representado en la Mesa, pudieron participar activamente en el examen de las candidaturas. Para esa reunión los miembros de la Mesa recibieron el currículo de todos los candidatos por anticipado. Los expedientes de los candidatos, una vez cerradas las candidaturas, se podían consultar en los archivos de la Asamblea. En las reuniones en que se elaboró la lista, los representantes de los grupos políticos estudiaron los currículos de todos los candidatos y los tuvieron a su disposición, al igual que los expedientes correspondientes, durante toda la reunión. El procedimiento adoptado para la elaboración de la lista recomendada para el colegio de habla holandesa, por ejemplo, se describió de manera detallada en la sesión plenaria del Senado de 23 de diciembre de 1999. Como se explicó en su momento, la primera Vicepresidenta del Senado examinó una por una todas las candidaturas, y, cuando cada participante había dado su opinión, se seleccionó a 16 candidatos. Después, la lista de los 16 candidatos se comparó con los cinco criterios que se han mencionado y quedaron 13 candidatos (para cubrir 11 plazas). Por último, tras un debate prolongado, se determinaron los nombres de los 11 candidatos para la lista.

6.20 Por lo que se refiere al nombramiento mismo de los miembros no magistrados durante la sesión plenaria de 23 de diciembre de 1999, los senadores podían aprobar mediante votación secreta la lista recomendada o, si no la aprobaban, elegir ellos mismos a los candidatos. A este respecto, los senadores recibieron dos papeletas de voto, con a) la lista recomendada de 11 candidatos de habla francesa y 11 de habla holandesa — que tenía una sola casilla que había que marcar— y b) una papeleta con una lista de todos los candidatos, divididos en las tres categorías, es decir, "titulares de un diploma", "abogados" y "profesores", en las que al lado de cada nombre había una casilla. En la papeleta de voto se reproducían también las disposiciones legales que determinaban los criterios de composición del Consejo. Los miembros que votaban por la lista modelo debían marcar la casilla de esa lista. Los que no aprobaban la lista modelo debían emitir 22 votos de preferencia, de los que 11 como máximo debían ser para candidatos de habla francesa y 11 para candidatos de habla holandesa.

6.21 El resultado del escrutinio secreto fue el siguiente:

Número de votantes: 59
Papeletas en blanco o nulas: 2
Votos válidos: 57
Mayoría de dos tercios: 38
La lista recomendada obtuvo 54 votos.

6.22 Según el Estado parte, se aprecia en consecuencia que tanto la elaboración de la lista recomendada como el nombramiento por la asamblea plenaria estuvieron precedidos de un examen detallado del currículo de los candidatos y de una comparación de las calificaciones. Además, el Estado parte considera que las quejas del autor en cuanto a la politización y al nepotismo se basan en declaraciones aparecidas en la prensa y no han sido corroboradas por ninguna prueba.

6.23 Por lo que se refiere a la queja por discriminación entre los subgrupos, el Estado parte remite a su argumentación sobre la norma de derecho expuesta más arriba.

6.24 Con respecto a la queja por discriminación entre los candidatos relacionada con la segunda convocatoria de candidaturas realizada por el Senado, el Estado parte precisa que esa convocatoria se debió al insuficiente número de candidaturas recibidas tras la primera convocatoria, a saber, la presentación de dos candidatas para el colegio de habla holandesa mientras que en virtud del párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1 del Código Judicial, el grupo de no magistrados del Consejo Superior debe estar formado, en cada colegio, por al menos cuatro miembros de cada sexo, condición que debe cumplirse en el momento de la constitución del Consejo. El Estado parte explica que la ley, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la práctica parlamentaria permitían al Senado proceder a una segunda convocatoria que, por lo demás, estaba dirigida a todos los candidatos, incluidos los que ya habían respondido a la primera convocatoria (por lo tanto, el solicitante podía volver a presentar su candidatura). Además, según el Estado parte y tal como se indicaba expresamente en la segunda convocatoria, las candidaturas enviadas para la primera convocatoria seguían siendo válidas. El Estado parte concluye que no hubo discriminación. Subraya asimismo que si no se hubiera publicado una segunda convocatoria para los candidatos no magistrados, el Consejo Superior de Justicia no se podría haber formado constitucionalmente.

6.25 En cuanto a la queja por discriminación debido a la clasificación por orden alfabético de los suplentes de los no magistrados, a diferencia del grupo de los magistrados, el Estado parte señala que la ley, por un lado, prevé explícitamente que los magistrados estén clasificados en función del número de votos obtenidos, y, por otro, da libertad al Senado para establecer la clasificación de los no magistrados⁷. Según el Estado parte, la clasificación de los candidatos por orden alfabético no implica que determine el orden de sucesión. El Estado parte explica, en efecto, que el orden de sucesión depende de la plaza vacante, es decir, del subgrupo al que pertenece el miembro no magistrado saliente del Consejo Superior. En caso de vacante, el Senado deberá proceder a un nuevo nombramiento. A este respecto, habrá que determinar, en primer lugar, el perfil del sucesor, es decir, establecer las condiciones que deberá reunir el nuevo miembro para que la composición del

⁷ Párrafo 4 del artículo 295 *bis*-2 del Código Judicial.

Consejo siga correspondiendo a lo que establece la ley. Por lo tanto, habrá que determinar en primer lugar quiénes son los candidatos elegibles, lo que dependerá tanto de la calidad del miembro dimisionario o fallecido como de la de los miembros restantes. Todos los candidatos cuyo nombramiento sea compatible con el respeto de los equilibrios impuestos por la ley serán elegibles para este cargo. Por lo tanto, es absolutamente inexacto pretender que los sucesores serán nombrados por orden alfabético, en violación del principio de igualdad.

Comentarios del autor respecto de las observaciones del Estado parte sobre el fondo

7.1 En sus comentarios de 14 de julio de 2001, 15 de febrero y 13 de octubre de 2002, el autor mantiene sus reclamaciones contra el Estado parte.

7.2 Refiriéndose a la sentencia dictada en el asunto *Kalanke* (C-450/93, de 17 de octubre de 1995, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), en la que se determinó que existía discriminación cuando personas que poseían cualificaciones iguales a las de otras se beneficiaban automáticamente de prioridad, en virtud de criterios fundados en el sexo, en los sectores con poca representación de personas de su sexo, el autor reitera que en el presente caso el principio del nombramiento sobre la base de cuotas y, por consiguiente, sin comparar las cualificaciones de los candidatos, vulnera el principio de igualdad. El autor añade que se podría admitir que, en caso de igualdad de cualificaciones entre los candidatos de ambos sexos, se dé prioridad a las candidatas en un nombramiento (lo que en sí ya podría ser discutible); pero ello no es posible sino a condición de que la reglamentación garantice en cada caso individual a los candidatos masculinos/femeninos que posean cualificaciones iguales a las de los candidatos femeninos/masculinos que sus candidaturas serán sometidas a un examen objetivo en el que se tendrán en cuenta todos los criterios relativos a la persona del candidato y se excluirá la prioridad fundada en el sexo cuando uno o varios de esos criterios hagan inclinar la balanza a favor de una candidata o un candidato. Ahora bien, según el autor, las cuotas rígidas, y con más razón las fluctuantes, impiden esa situación. Además, según el autor, la argumentación del Estado parte de que la imposición de cuotas constituye en el presente caso el único medio de garantizar una representación equilibrada de ambos sexos carece de fundamento y es inadmisibles. El autor sostiene que el legislador puede adoptar otras medidas que posibiliten el acceso de determinados grupos a las funciones públicas y que consisten en eliminar los obstáculos sociales. Añade que no hay desigualdad entre hombres y mujeres en este caso concreto, puesto que no se presentaron suficientes candidaturas femeninas (únicamente dos mujeres de habla holandesa en la primera convocatoria), circunstancia que, según el autor, significa que el objetivo perseguido es ilegítimo. El autor señala asimismo que la referencia que hace el Estado parte al artículo 11 *bis* de la Constitución no es pertinente, por cuanto se trata de una

modificación introducida el 21 de febrero de 2002 y, por consiguiente, inexistente cuando se elaboró la norma impugnada.

7.3 En cuanto a la reclamación por discriminación entre las personas nombradas por las autoridades legislativas y las propuestas por terceros, el autor rechaza la referencia que el Estado parte hace a la Ley de 20 de julio de 1990 para promover la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos que poseen competencia consultiva, por cuanto, según él, las funciones del Consejo Superior de Justicia no son solo de asesoramiento. El autor mantiene que la citada Ley de 7 de mayo de 1999 sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres, que prohíbe el criterio del sexo, es aplicable en el presente caso. En efecto, considera que esta ley afecta, por una parte, a la convocatoria de candidaturas efectuada por el Senado, puesto que concierne en particular a los empleadores del sector público, y, por otra, a los miembros del Consejo Superior de Justicia, quienes, según el autor y contrariamente al argumento esgrimido por el Estado parte, realizan actividades laborales. No obstante, el autor reconoce que estas actividades no se realizan "bajo la autoridad de otra persona", como se exige en dicha ley.

7.4 Con respecto a la reclamación por discriminación entre subgrupos, el autor recuerda que, a raíz del dictamen del Consejo de Estado, el legislador estableció una distinción entre el grupo de miembros magistrados y el de no magistrados. Con todo, según el autor, al determinar cuotas para este segundo grupo, el legislador repitió el mismo error sobre el que ya le había advertido el Consejo de Estado. El autor estima que el resultado es una desigualdad que no está justificada razonablemente entre, por un lado, el grado de la discriminación institucionalizada entre los candidatos a un importante cargo público y, por otro, la promoción de una igualdad entre hombres y mujeres, que supuestamente no existiría, y uno de los objetivos fundamentales de la Ley consistente en crear un Consejo Superior de Justicia integrado por personas elegidas por su competencia.

7.5 En cuanto a la aplicación de la norma de derecho, el autor mantiene que se hicieron nombramientos políticos de miembros no magistrados y que no se compararon las cualificaciones de los candidatos debido, nuevamente, al requisito de establecer cuotas para las mujeres.

7.6 El autor reitera su reclamación por la ilegalidad de la segunda convocatoria de candidaturas (el plazo máximo de tres meses para la presentación de las candidaturas era estricto) y afirma que esta circunstancia permitió que se nombraran candidatos gracias al cupo establecido en función del sexo y al nepotismo. Según el autor, el Consejo Superior de Justicia se habría podido constituir sin una segunda convocatoria, por cuanto el artículo 151 de la Constitución, por el que se crea este órgano, no prevé cupos en función del sexo. En cuanto a la lista de sucesores prevista por la ley, el autor considera que el orden de sucesión debe regirse por esa lista.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar cualquier reclamación que figure en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha reclamación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto

8.2 El Comité ha comprobado, en cumplimiento del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

8.3 En cuanto a la disposición impugnada, a saber el párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1 de la Ley de 22 de diciembre de 1998, el Comité toma nota del argumento del Estado parte por el que este alega que el autor tenía la posibilidad de interponer un recurso ante el Tribunal de Arbitraje. El Comité, tras haber examinado también los argumentos del autor, considera que el Sr. Jacobs sostiene, con razón, que le era imposible interponer tal recurso, puesto que no podía satisfacer la condición del interés directo y personal en el plazo prescrito de los seis meses siguientes a la publicación de la ley en cuestión, sin que se le pueda imputar la responsabilidad de no haber interpuesto recurso (véase el párrafo 5.2).

8.4 Por otra parte, el Comité observa que el autor no pudo presentar un recurso ante el Consejo de Estado, como lo confirma asimismo el Estado parte, que argumenta la no existencia de recurso en virtud del principio de separación de poderes (véase el párrafo 4.10).

8.5 En relación con la aplicación de la Ley de 22 de diciembre de 1998 y en particular de su artículo 295 *bis*-1, el Comité toma nota de los argumentos del autor según los cuales las vías de recurso ante otros juzgados y tribunales belgas mencionadas por el Estado parte no constituían recursos efectivos en el presente caso. El Comité recuerda que del artículo 91 de su reglamento y del párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Facultativo se desprende implícitamente que todo Estado parte en el Pacto debe poner en conocimiento del Comité toda la información de que disponga, incluso en la fase en que este ha de pronunciarse sobre la admisibilidad de una comunicación, así como información detallada sobre los recursos que pueden interponer, en las circunstancias propias de cada caso, las personas que afirman ser víctimas de una violación de sus derechos. El Comité observa que el Estado parte se ha limitado a hacer referencias generales a los recursos disponibles en el derecho belga, sin proporcionar ninguna información concreta sobre el recurso pertinente en el presente caso, ni demostrar que se tratase de un recurso eficaz y disponible. Dadas las circunstancias, el Comité estima que el autor ha cumplido lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

8.6 Con respecto a la reclamación del autor por violaciones del párrafo 1 del artículo 19 del Pacto, el Comité considera que los argumentos presentados no

están suficientemente fundamentados a los fines de la admisibilidad de esta parte de la comunicación con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.7 En cuanto a la reclamación por violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, el Comité considera que el litigio en cuestión no está relacionado con controversias sobre derechos y obligaciones de carácter civil y, en consecuencia, es incompatible *ratione materiae* con la disposición impugnada y, por lo tanto, inadmisibile con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

8.8 Por último, el Comité declara que la comunicación es admisible, en cuanto parece plantear cuestiones en relación con los artículos 2 y 3, el párrafo c) del artículo 25 y el artículo 26 del Pacto y estima que debe procederse al examen de la denuncia en cuanto al fondo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información escrita que le han facilitado las partes, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 En relación con las denuncias de violación de los artículos 2 y 3, el párrafo c) del artículo 25 y el artículo 26 del Pacto que se derivan del párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1 de la Ley de 22 de diciembre de 1998, el Comité toma nota de los argumentos del autor por los que impugna el criterio del sexo para acceder a un cargo de no magistrado en el Consejo Superior de Justicia aduciendo que es discriminatorio. El Comité también toma nota de la argumentación por la que el Estado parte justifica ese criterio a la vista de su legislación, del objetivo perseguido y de sus repercusiones en el nombramiento de los candidatos y la constitución del Consejo Superior de Justicia.

9.3 El Comité recuerda que el artículo 25 del Pacto dispone que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, del derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Los criterios y los procedimientos de nombramiento deben ser objetivos y razonables a fin de garantizar el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad. Los Estados partes pueden adoptar medidas para que la ley garantice a la mujer los derechos contenidos en el artículo 25 en pie de igualdad con el hombre⁸. Así pues, el Comité debe determinar si en el presente caso la introducción de un requisito relativo al sexo constituye una violación del artículo 25 del Pacto, debido a su carácter discriminatorio, o de otras disposiciones del Pacto en materia de discriminación, a saber, los artículos 2 y 3 del Pacto invocados por el autor, o si un requisito de ese tipo obedece a motivos

⁸ Observación general N° 28 relativa al artículo 3 del Pacto (68° período de sesiones, 2000), párr. 29.

objetivos y razonables. De lo que se trata es de si la distinción hecha entre candidatos en función de su pertenencia a un sexo determinado puede justificarse de manera válida.

9.4 En primer lugar, el Comité observa que el requisito relativo al sexo fue introducido por el legislador en relación con la Ley de 20 de julio de 1990 para promover la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos que poseen competencia consultiva⁹. En el presente caso, se trata de aumentar la representación y la participación de las mujeres en los diversos órganos asesores habida cuenta de la escasa presencia femenina¹⁰. Al respecto, el Comité estima que no es convincente la afirmación del autor de que la insuficiencia de candidaturas femeninas en la primera convocatoria demuestra que no existe desigualdad entre hombres y mujeres, y considera que esa situación, por el contrario, puede poner de manifiesto la necesidad de alentar a las mujeres para que se presenten a cargos públicos como los del Consejo Superior de Justicia, así como de tomar medidas al respecto. En el presente caso, el Comité estima que sería legítimo considerar que un órgano como el Consejo Superior de Justicia podría necesitar incorporar otras perspectivas además de los conocimientos y la experiencia en materia jurídica. De hecho, en vista de las responsabilidades que tiene el poder judicial, podría muy bien entenderse que la necesidad de sensibilización a la igualdad de los sexos hiciera necesario incluir esa perspectiva en un órgano que se ocupa de la designación del personal judicial. Por consiguiente, el Comité no puede llegar a la conclusión de que el requisito no es objetivo ni razonable.

9.5 En segundo lugar, el Comité observa que la cláusula relativa al sexo se traduce en la obligación de contar con al menos cuatro candidatos de cada sexo entre los 11 miembros no magistrados nombrados, es decir, un poco más de un tercio de los candidatos seleccionados. El Comité estima que, en este caso, ese criterio no entraña una limitación desproporcionada del derecho de los candidatos a tener acceso a un cargo público en condiciones generales de igualdad. Por otra parte, contrariamente a la reclamación planteada por el autor, el requisito relativo al sexo no excluye el de la competencia, dado que se especifica que todos los candidatos no magistrados deben tener al menos diez años

⁹ "Habida cuenta de que el Consejo Superior también tendrá competencia consultiva, cada colegio deberá estar integrado por ocho miembros de cada sexo"; proyecto de ley, de 15 de julio de 1998, Développements, pág. 44, Cámara de Representantes de Bélgica. Véase asimismo el párrafo 6.3 de la presente comunicación.

¹⁰ "Un estudio de la situación concreta revela que la composición de la mayor parte de los órganos asesores se caracteriza por una muy escasa presencia de mujeres"; proyecto de ley, Exposición de motivos, pág. 1, 27 de marzo de 1990, documentos parlamentarios de la Cámara de Representantes; "un estudio llevado a cabo en los órganos consultivos nacionales demuestra que su participación no supera el 10%"; proyecto de ley. Introducción del Secretario de Estado para la Emancipación Social, pág. 1, 3 de julio de 1990, Senado de Bélgica.

de experiencia. Con respecto al argumento del autor sobre la discriminación que puede resultar entre las tres categorías propias al grupo de no magistrados al aplicar dicho requisito, a causa, por ejemplo, del nombramiento exclusivo de hombres en una categoría, el Comité considera que en ese caso existirían tres posibilidades: o las candidatas tienen una competencia superior a la de los candidatos, lo que justificaría su nombramiento, o las candidatas tienen una competencia comparable a la de los hombres y en ese caso la prioridad concedida a las mujeres no es discriminatoria a la vista del objetivo de la ley de promover la igualdad de hombres y mujeres no existente en la práctica, o las candidatas tienen una competencia inferior a la de los hombres y en ese caso los senadores tendrían la obligación de organizar una nueva convocatoria de candidaturas a fin de conciliar los dos objetivos de la ley, a saber, la competencia y el equilibrio entre los sexos, ya que el uno no puede excluir al otro. Ahora bien, en esa hipótesis, desde el punto de vista jurídico no hay nada que impida recurrir a nuevas candidaturas. Por último, el Comité observa una relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo del requisito, a saber la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el seno de los órganos consultivos, el medio utilizado y las modalidades antes descritas, y uno de los objetivos fundamentales de la ley, que es que el Consejo Superior esté integrado por personas competentes. En consecuencia, el Comité considera que el párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1 de la Ley de 22 de diciembre de 1998 reúne las condiciones de una justificación objetiva y razonable.

9.6 El Comité considera, por consiguiente, que el párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1 no viola los derechos del autor que se derivan de las disposiciones de los artículos 2 y 3, del párrafo c) del artículo 25 y del artículo 26 del Pacto.

9.7 En relación con las reclamaciones por violaciones del artículo 2 y 3, del párrafo c) del artículo 25 y del artículo 26 del Pacto que se derivan de la aplicación de la Ley de 22 de diciembre de 1998, y en particular del párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1, el Comité toma nota de los argumentos del autor, que sostiene, en primer lugar, que el nombramiento de los candidatos no magistrados de habla holandesa, grupo al que pertenecía el Sr. Jacobs, se llevó a cabo al margen de un procedimiento establecido, sin ninguna entrevista ni elaboración de perfiles y sin comparar las cualificaciones, y que, en cambio, se basó en el nepotismo y la afiliación política. El Comité también ha examinado la argumentación del Estado parte, que explicó pormenorizadamente el proceso de nombramiento de los no magistrados. El Comité observa que el Senado estableció y aplicó un procedimiento particular de nombramiento que consistió, por una parte, en elaborar una lista de candidatos recomendados a partir del examen de cada candidatura sobre la base de los expedientes y los currículos y de su comparación y, por otra, en permitir que cada senador votara, mediante sufragio secreto, bien por la lista recomendada o por una lista en que figuraba el nombre de todos los candidatos. El Comité estima que ese procedimiento de nombramiento fue objetivo y

razonable por los motivos que se desprenden de las explicaciones del Estado parte: la elaboración de la lista recomendada y los nombramientos efectuados por el Senado estuvieron precedidos de un examen del currículo y el expediente de cada candidato y de una evaluación comparativa de las candidaturas; el haber elegido el procedimiento de nombramiento sobre la base de los expedientes y currículos y no sobre la base de entrevistas se debió al gran número de candidatos, a las limitaciones del calendario parlamentario y, además, a que ninguna disposición legal imponía un modo particular de evaluación, como la entrevista (párr. 6.17); el recurso a la técnica de una lista recomendada obedecía a la multiplicidad y el solapamiento de los criterios y era una práctica establecida del Senado y de la Cámara de Representantes; por último, el nombramiento por los senadores podía efectuarse según dos modalidades de voto, que garantizaban la libertad en la elección. Además, el Comité estima que las reclamaciones del autor en cuanto al nepotismo y la politización en el nombramiento de candidatas no están suficientemente fundamentadas.

9.8 Con respecto a la denuncia por discriminación entre las categorías del grupo de no magistrados a raíz de la aplicación del requisito relativo al sexo, el Comité estima que el autor no ha fundamentado suficientemente esta parte de la comunicación y, en particular, no proporciona ningún elemento que permita demostrar que se nombró a mujeres a pesar de que sus cualificaciones fuesen inferiores a las de los candidatos masculinos.

9.9 En cuanto a la denuncia por discriminación entre los candidatos en relación con la segunda convocatoria de candidaturas por el Senado, así como la alegación de ilegalidad de esta, el Comité observa que la segunda convocatoria se llevó a cabo por la insuficiencia de candidaturas femeninas, a saber, la presentación de dos candidatas para el colegio de habla holandesa —lo que reconoce el propio autor—, cuando, en virtud del párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1, cada grupo de no magistrados del Consejo Superior de Justicia debe contar con al menos cuatro miembros de cada sexo. Por consiguiente, el Comité estima que esa segunda convocatoria se justificaba a fin de que el Consejo pudiese constituirse y que además la ley y la práctica parlamentaria no eran contrarias, teniendo en cuenta, por otra parte, que se había señalado que las candidaturas presentadas en la primera convocatoria seguían siendo válidas.

9.10 En cuanto a la reclamación por discriminación a causa de la clasificación por orden alfabético de los suplentes de los no magistrados, el Comité observa que el Código Judicial, en el párrafo 4 de su artículo 295 *bis*-2, otorga al Senado la prerrogativa de elaborar la lista de suplentes, sin imponer un modo particular de clasificación, a diferencia de lo que sucede en el caso del grupo de magistrados. En consecuencia, y tal como se desprende de la argumentación pormenorizada del Estado parte, el Comité estima, que a) el orden alfabé-

tico elegido por el Senado no implica el orden de sucesión y b) que toda sucesión en caso de vacante entrañará un nuevo procedimiento de nombramiento. Así pues, las reclamaciones del autor no ponen de manifiesto una violación.

9.11 El Comité estima, por consiguiente, que la aplicación de la Ley de 22 de diciembre de 1998, y en particular el párrafo 3 del artículo 295 *bis*-1, no vulneró las disposiciones de los artículos 2 y 3, del párrafo c) del artículo 25 y del artículo 26 del Pacto.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto no ponen de manifiesto ninguna violación del Pacto.

APÉNDICE

Voto particular concurrente de la Sra. Ruth Wedgwood, miembro del Comité

El Comité ha llegado a la conclusión de que las normas del acceso no discriminatorio a la administración y la función pública consagrado en el artículo 25 del Pacto no impiden que Bélgica exija la inclusión de por lo menos cuatro miembros de cada sexo en el Consejo Superior de Justicia. El Consejo es un órgano con funciones importantes que recomienda a los candidatos a jueces y fiscales, emite dictámenes e investiga denuncias sobre el funcionamiento del poder judicial. Sin embargo, corresponde señalar que la integración del Consejo Superior de Justicia está sumamente estructurada por otros criterios en virtud del Código Judicial de Bélgica. El Consejo está integrado por dos "colegios" diferentes de miembros de habla francesa y flamenca, respectivamente. En cada colegio de 22 miembros, la mitad son elegidos directamente por jueces y fiscales en funciones, mientras que los otros miembros que no son magistrados son elegidos por el Senado belga y entre ellos debe haber un número mínimo de abogados, profesores universitarios o de escuelas superiores y otros profesionales experimentados, con "al menos cuatro miembros de cada sexo" entre los once miembros de esos grupos de "no magistrados". Esta norma electoral puede beneficiar a los hombres tanto como a las mujeres, aunque su objetivo era sin duda garantizar la participación de la mujer en este órgano "asesor". Es importante señalar que la constitución o las leyes de algunos Estados partes en el Pacto pueden desalentar o prohibir el uso de cupos o números mínimos para la integración en los órganos oficiales y ninguna de las disposiciones de la presente decisión interfiere con esa opción nacional. El Comité se limita a decidir que Bélgica es libre de elegir un método diferente para garantizar la participación de hombres y mujeres en pie de igualdad en el proceso de gobierno.

Comunicación N° 950/2000

Presentada por: Sr. S. Jegatheeswara Sarma

Presunta víctima: El autor, su familia y su hijo, Sr. J. Thevaraja Sarma

Estado parte: Sri Lanka

Declarada admisible: 14 de marzo de 2002 (74° período de sesiones)

Fecha de aprobación del dictamen: 16 de julio de 2003 (78° período de sesiones)

Asunto: Desaparición involuntaria

Cuestiones de procedimiento: Compatibilidad *ratione temporis* – Recursos disponibles y eficaces – Dilación injustificada de los recursos

Cuestiones de fondo: Derecho a la vida – Derecho a la libertad y a la seguridad de la persona – Tortura, pena o trato cruel, inhumano o degradante – Derecho del detenido a ser tratado con humanidad y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano – Obligación positiva del Estado de investigar

Artículos del Pacto: 6, 7, 9 y 10

Artículo del Protocolo Facultativo: n.a.

Conclusión: Violación (artículos 7 y 9)

1.1 El autor de la comunicación, de fecha 25 de octubre de 1999, es el Sr. Jegatheeswara Sarma, ciudadano de Sri Lanka, quien alega que su hijo es víctima de una violación por el Estado parte de los artículos 6, 7, 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el Pacto) y que su familia y él son víctimas de una violación por el Estado parte del artículo 7 del Pacto. El autor no está representado por abogado.

1.2 El Pacto y el Protocolo Facultativo del Pacto entraron en vigor para el Estado parte el 11 de junio de 1980 y el 3 de octubre de 1997, respectivamente. Sri Lanka también formuló una declaración según la cual el Gobierno de la República Socialista Democrática de Sri Lanka, con arreglo al artículo 1 del Protocolo Facultativo, reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de la República Socialista Democrática de Sri Lanka y que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto como resultado de actos, omisiones, hechos o acontecimientos posteriores a la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el Estado parte, o bien de una decisión relativa a actos, omisiones, hechos o acontecimientos posteriores a esa fecha. La República Socialista Democrática de Sri Lanka también da por supuesto que el Comité no examinará ninguna comunicación de personas a menos que determine que la misma cuestión no está siendo examinada o no ha sido sometida ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

1.3 El 23 de marzo de 2001, el Comité, por conducto del Relator Especial sobre nuevas comunicaciones,

decidió separar el examen sobre la admisibilidad del relativo al fondo de la cuestión.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor alega que el 23 de junio de 1990, hacia las 8.30 horas, durante una operación militar, su hijo, otras tres personas y él fueron sacados de su residencia en Anpuvalipuram por miembros del Ejército, en presencia de su esposa y otras personas, y entregados a otros militares, entre ellos un tal cabo Sarath, en otra localidad (Ananda Stores Compound Army Camp). El hijo del autor fue golpeado y torturado, aparentemente porque se sospechaba que formaba parte de los Tigres de Liberación del Eelam Tamil (LTTE). Luego fue sometido a detención militar en Kalaimagal School, supuestamente después de haber pasado por otros varios lugares. Según se informa, allí fue torturado, encapuchado y obligado a identificar a otros sospechosos.

2.2 Entretanto, el autor y las otras personas detenidas también fueron trasladadas a la Kalaimagal School, donde se les obligó a desfilar ante el hijo del autor que estaba encapuchado. Más tarde, ese mismo día, hacia las 12.45 horas, el hijo del autor fue trasladado al Plainain Point Army Camp, mientras que el autor y las otras personas eran puestas en libertad. El autor informó de lo ocurrido a la policía, al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y a grupos de defensa de los derechos humanos.

2.3 Posteriormente se tomaron disposiciones para que los familiares de las personas desaparecidas se reunieran, en grupos de 50, con el General de Brigada Pieris, a fin de que les informara acerca de la situación de los desaparecidos. Durante una de las reuniones, en mayo de 1991, se informó a la esposa del autor de que su hijo estaba muerto.

2.4 Sin embargo, el autor alega que el 9 de octubre de 1991, entre las 13.30 y las 14.00 horas, mientras trabajaba en la farmacia "City Medicals", una camioneta militar amarilla, con matrícula N° 35 Sri 1919, se detuvo frente a la farmacia. Un oficial militar entró y pidió que le hicieran unas fotocopias. En ese momento el autor se dio cuenta de que su hijo, que estaba en la camioneta, lo estaba mirando. Cuando el autor intentó hablarle, su hijo hizo señas con la cabeza para evitar que se acercara.

2.5 Como el mismo oficial regresó varias veces a la farmacia, el autor pudo identificarlo como un oficial superior del Ejército de nombre Amarasekara. En enero de 1993, cuando el "Servicio Móvil Presidencial" tuvo lugar en Trincomalee, el autor se reunió con el Primer

Ministro, Sr. D. B. Wijetungha, y le informó de la desaparición de su hijo. El Primer Ministro ordenó su puesta en libertad, dondequiera que se encontrara. En marzo de 1993, los militares informaron de que el hijo del autor nunca había sido detenido.

2.6 En julio de 1995, el autor presentó pruebas ante la Comisión Presidencial de Investigación de la desaparición o el traslado involuntarios de personas en las provincias Septentrional y Oriental (Comisión Presidencial de Investigación), sin obtener ningún resultado. En julio de 1998, el autor escribió de nuevo al Presidente y en febrero de 1999 el Ejército le comunicó que esa persona nunca había sido sometida a detención militar. El 30 de marzo de 1999, el autor elevó una petición al Presidente solicitándole que se procediera a una investigación a fondo y se pusiera en libertad a su hijo.

La denuncia

3. El autor afirma que los hechos que se exponen en los párrafos anteriores constituyen violaciones por el Estado parte de los artículos 6, 7, 9 y 10 del Pacto.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En su informe de 26 de febrero de 2001, el Estado parte sostiene que el Protocolo Facultativo no se aplica *ratione temporis* al presente caso. Considera que el supuesto incidente del traslado involuntario del hijo del autor se produjo el 23 de junio de 1990 y su posterior desaparición en mayo de 1991, por lo que esos hechos se produjeron antes de la entrada en vigor para Sri Lanka del Protocolo Facultativo.

4.2 El Estado parte afirma que el autor no ha demostrado que ha agotado los recursos internos. Se afirma que el autor no recurrió a los medios siguientes:

– El recurso de hábeas corpus ante el Tribunal de Apelaciones, que da la posibilidad al Tribunal de obligar a la autoridad que ha procedido a la detención a presentar ante esa instancia a la presunta víctima;

– En los casos en que la policía no procede a una investigación o se niega a hacerlo, el artículo 140 de la Constitución del Estado parte prevé la posibilidad de recurrir al Tribunal de Apelaciones para que dicte un mandamiento judicial (*mandamus*), si la autoridad pública no respeta o se niega a respetar una obligación legal;

– Si no se procede a una investigación dirigida por la policía o si el reclamante no desea depender de las conclusiones de la policía, tiene derecho a entablar directamente una acción penal ante el Tribunal de Primera Instancia, con arreglo a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 136 del Código de Procedimiento Penal.

4.3 El Estado parte sostiene que el autor no ha demostrado que esos recursos sean o puedan resultar ineficaces o que puedan prolongarse excesivamente.

4.4 Por lo tanto, el Estado parte considera que la comunicación es inadmisibile.

Comentarios del autor

5.1 El 25 de mayo de 2001, el autor respondió a las observaciones del Estado parte.

5.2 Con respecto a la competencia del Comité *ratione temporis*, el autor considera que su familia y él son víctimas de una violación continua del artículo 7 porque hasta la fecha no se les ha informado acerca del paradero de su hijo. El autor se refiere a la jurisprudencia del Comité en los casos *Quinteros c. el Uruguay*¹ y *El Megreisi c. la Jamahiriya Árabe Libia*², y sostiene que esa tortura psicológica se ha visto agravada por las respuestas contradictorias de las autoridades.

5.3 Como prueba de sus continuas gestiones, el autor enumera las 39 cartas y otras peticiones presentadas con respecto a la desaparición de su hijo. Las peticiones fueron enviadas a numerosas autoridades de Sri Lanka, entre ellas la policía, el Ejército, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, varios ministerios, el Presidente de Sri Lanka y la Comisión Presidencial de Investigación. Pese a todas esas gestiones, no se ha proporcionado al autor ninguna información adicional sobre el paradero de su hijo. Además, tras someter la presente comunicación al Comité, se ordenó al Departamento de Investigaciones Criminales que registrara las declaraciones hechas en cingalés por el autor y los otros nueve testigos mencionados por él en las denuncias anteriores, sin ningún resultado tangible hasta la fecha.

5.4 El autor subraya que esa falta de acción es injustificable en una situación en que él mismo dio a las autoridades los nombres de las personas responsables de la desaparición de su hijo, así como los nombres de otros testigos. Los detalles suministrados por él a las autoridades del Estado parte son los siguientes:

"1. El 23 de junio de 1990, en mi presencia, el oficial del Ejército cabo Sarath se llevó a mi hijo de Anpuvalipuram. El cabo Sarath es originario de Girithala, Polanaruwa, está casado con una partera y vive en el N° 93 Mile Post, Kantale. Ella trabaja en el hospital de Kantala.

2. El 9 de octubre de 1991, el Sr. Amerasekera (distintivo de oficial superior), miembro del Ejército, llevó a mi hijo en la camioneta con matrícula N° 35 Sri 1919 a la farmacia City Medicals.

3. El 23 de junio de 1990, durante la redada de Anpuvalipuram, los oficiales del Ejército que estaban de servicio eran: el comandante Patrick; Suresh Cassim (teniente); Jayasekara [...]; Ramesh (Abeyapura).

¹ Caso N° 107/1981, dictamen aprobado el 21 de julio de 1983.

² Caso N° 440/1990, dictamen aprobado el 24 de marzo de 1994.

4. Durante ese período, los oficiales de servicio en Plantain Point Army Camp, además de los mencionados en el párrafo 3, eran los siguientes: Sunil Tennakoon (ha sido trasladado); Tikiri Banda (actualmente trabaja allí); capitán Gunawardena; Kundas (europeo).

5. Testigos: mi esposa; Sr. S. Alagiah, 330, Anpuvalipuram, Trincomalee; Sr. P. Markandu, 442, Kanniya Veethi, Barathipuram, Trinco; Sr. P. Nemithasan, 314, Anpuvalipuram, Trincomalee; Sr. S. Mathavan (Maniam shop) Anpuvalipuram, Trincomalee; Janab. A. L. Majeed, City Medical, Dockyard Road, Trincomalee; Sra. Malkanthi Yatawara, 80A, Walpolla, Rukkuwila, Nittambuwa; Sr. P. S. Ramiah, Pillaiyar Kovilady, Selvanayagapuram, Trinco."

5.5 El autor también declaró ante la Comisión Presidencial de Investigación el 29 de julio de 1995 y se refiere a la siguiente conclusión de la Comisión:

"Con respecto a [...] las pruebas disponibles para establecer los supuestos traslados o desapariciones, [...] hubo una gran cantidad de pruebas corroborantes presentadas por familiares, vecinos y otros seres humanos [sic], ya que la mayoría de las detenciones se realizaron a la vista del público, a menudo en campamentos de refugiados y durante las operaciones de acordnamiento y registro de la policía, donde un gran número de personas podía presenciar los incidentes.

Con respecto [...] al paradero de las personas que supuestamente fueron trasladadas o que han desaparecido en esas circunstancias, la Comisión se encontró frente a un muro en su investigación. Por una parte, el personal del servicio de seguridad negó cualquier tipo de participación en las detenciones, pese a la gran cantidad de pruebas que demostraban su culpabilidad. [...]"

5.6 El autor sostiene que esos hechos revelan una violación de los artículos 6, 7, 9 y 10 del Pacto.

5.7 El autor alega que ha agotado todos los recursos internos efectivos y disponibles, así como los que no son excesivamente prolongados. Con respecto a los informes de las organizaciones internacionales de derechos humanos, el autor afirma que el recurso de hábeas corpus es ineficaz en Sri Lanka e innecesariamente prolongado. El autor se refiere además al informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, de 28 de diciembre de 1998, en que se confirma que, aunque las investigaciones hayan sido ordenadas por los tribunales, no se llevan a cabo.

5.8 El autor afirma que en Trincomalee, durante el período 1989-1990, la ley era inexistente, los tribunales no funcionaban, se disparaba sin contemplaciones y se detenía a muchas personas. Las comisarías de las provincias Septentrional y Oriental estaban bajo la auto-

riedad de cingaleses que detenían a miles de personas de origen tamil y las hacían desaparecer. Debido a ello, el autor no podía informar a la policía acerca de la desaparición de su hijo, por temor a las represalias o a que se le considerara sospechoso de realizar actividades terroristas.

Decisión sobre la admisibilidad

6.1 En su 74° período de sesiones, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación. Tras comprobar que la misma cuestión no se estaba examinando ni había sido sometida a examen por otro procedimiento de investigación o arreglo internacional, el Comité examinó los hechos que se le habían presentado y consideró que la comunicación planteaba cuestiones relacionadas con el artículo 7 del Pacto respecto al autor y su familia, y relacionadas con el párrafo 1 del artículo 6, el artículo 7, el párrafo 1 del artículo 9 y el artículo 10 del Pacto respecto al hijo del autor.

6.2 En cuanto a la aplicación *ratione temporis* del Protocolo Facultativo al Estado parte, el Comité señala que, tras adherirse al Protocolo Facultativo, Sri Lanka formuló una declaración por la que limitaba la competencia del Comité a hechos posteriores a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo. Sin embargo, el Comité consideró que, si bien el supuesto traslado y la posterior desaparición del hijo del autor se produjeron antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte, las supuestas violaciones del Pacto, si se confirman visto el fondo de la cuestión, pueden haber ocurrido o continuado después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo.

6.3 El Comité examinó también la cuestión del agotamiento de los recursos internos y consideró que, en las circunstancias del caso, el autor había utilizado los recursos razonablemente disponibles y efectivos en Sri Lanka. El Comité observó que en 1995 el autor había entablado un procedimiento ante un órgano ad hoc (la Comisión Presidencial de Investigación de la desaparición o el traslado involuntarios de personas en las provincias Septentrional y Oriental) que se había creado especialmente para casos como este. Teniendo presente que después de siete años esa Comisión no había llegado a una conclusión definitiva sobre la desaparición del hijo del autor, el Comité consideró que ese recurso era injustificadamente prolongado. Por consiguiente, declaró admisible la comunicación el 14 de marzo de 2002.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

7.1 El 22 de abril de 2002, el Estado parte formuló observaciones sobre el fondo de la comunicación.

7.2 Con respecto a los hechos del caso y las medidas que se han adoptado tras la supuesta desaparición del hijo del autor, el Estado parte afirma que, el 24 de julio y el 30 de octubre de 2000, el Fiscal General de Sri Lanka recibió dos cartas del autor en que solicitaba "una investigación y la puesta en libertad" de su hijo detenido

por el Ejército. Atendiendo a esas peticiones, la Oficina del Fiscal General hizo averiguaciones en el Ejército de Sri Lanka para determinar si el hijo del autor había sido encarcelado y si aún se encontraba detenido. Las indagaciones revelaron que ni la Marina, ni las Fuerzas Aéreas, ni la Policía de Sri Lanka habían encarcelado o detenido al hijo del autor. Las peticiones del autor fueron transmitidas a la Dependencia de la Comisión de Personas Desaparecidas (CPD) de la Oficina del Fiscal General. El 12 de diciembre de 2000, el coordinador de la CPD informó al autor de que se adoptarían las medidas apropiadas y pidió al Inspector General de Policía que procediera a una investigación penal de la supuesta desaparición.

7.3 El 24 de enero de 2001, los investigadores de la Dependencia de Investigación de las Desapariciones (DID) se entrevistaron con varias personas, entre ellas el autor y su esposa, y grabaron sus declaraciones. El 25 de enero de 2001, miembros de la DID visitaron Plaintain Point Army Camp. Ese mismo día y entre el 8 y el 27 de febrero de 2001, varios otros testigos fueron entrevistados por la DID. Entre el 3 de abril y el 26 de junio de 2001, la DID procedió a entrevistar a diez militares, entre ellos el oficial encargado de las Fuerzas de Seguridad de la División de Trincomalee en 1990 y 1991. La DID concluyó su investigación el 26 de junio de 2001 y transmitió su informe a la CPD, la cual pidió, el 22 de agosto de 2001, que se investigaran nuevamente algunas cuestiones particulares. Los resultados de la investigación adicional fueron transmitidos a la CPD el 24 de octubre de 2001.

7.4 El Estado parte afirma que los resultados de la investigación penal han revelado que, el 23 de junio de 1990, el cabo Ratnamala Mudiyanse Sarath Jayasinghe Perera (en adelante cabo Sarath) del Ejército de Sri Lanka y otras dos personas no identificadas "trasladaron contra su voluntad (secuestraron)" al hijo del autor. El secuestro fue un acto independiente de la operación de acordonamiento y registro realizada por el Ejército de Sri Lanka en la aldea de Anpuwalipuram del distrito de Trincomalee con el objeto de identificar y detener a sospechosos de actos de terrorismo. Durante esa operación, la detención de personas con fines de investigación en realidad se llevó a cabo de conformidad con la ley, pero los oficiales encargados no estaban al tanto de la conducta del cabo Sarath ni del secuestro del hijo del autor. La investigación no demostró que el hijo del autor hubiera estado sometido a detención en Plaintain Point Army Camp ni en ningún otro centro de detención, y no fue posible determinar su paradero.

7.5 El cabo Sarath negó cualquier participación en el incidente y no proporcionó información sobre el hijo del autor ni ninguna razón aceptable que explicara por qué los testigos lo habían implicado falsamente. Por lo tanto, la CPD decidió basarse en el supuesto de que él y las otras dos personas no identificadas eran responsables del "traslado involuntario" del hijo del autor.

7.6 Con respecto a los acontecimientos del 9 de octubre de 1991, cuando el autor supuestamente vio a su hijo en compañía del Teniente Amarasekera, la investi-

gación reveló que durante el período en cuestión no había ningún oficial con ese nombre en el distrito de Trincomalee. La persona que estaba de servicio en esa zona en el período 1990-1991 era el oficial Amarasinghe, quien murió poco después a causa de un ataque terrorista.

7.7 El 18 de febrero de 2002, el autor envió otra carta al Fiscal General en la que señalaba que su hijo había sido "trasladado" por el cabo Sarath y pedía una rápida solución de la cuestión y que le entregaran a su hijo sin demora. El 28 de febrero de 2002, el Fiscal General informó al autor de que su hijo había desaparecido después de su secuestro el 23 de junio de 1990 y que no se conocía su paradero.

7.8 El 5 de marzo de 2002, el cabo Sarath fue acusado de haber "secuestrado" al hijo del autor el 23 de junio de 1990 junto con otros dos desconocidos, delito castigado en el artículo 365 del Código Penal de Sri Lanka. La acusación fue remitida al Tribunal Superior de Trincomalee y se informó de ello al autor el 6 de marzo de 2002. El Estado parte afirma que el cabo Sarath fue acusado de "secuestro" porque la legislación interna no prevé un tipo penal que corresponda al "traslado involuntario". Además, los resultados de la investigación no justificaron la suposición de que el cabo Sarath fuera responsable de la muerte de la víctima, puesto que la vieron con vida el 9 de octubre de 1991. El juicio del cabo Sarath comenzará a finales de 2002.

7.9 El Estado parte sostiene que no ocasionó, ni directamente ni por medio de los comandantes del Ejército correspondientes, la desaparición del hijo del autor. Hasta que concluyó la investigación mencionada, la conducta del cabo Sarath era desconocida para el Estado parte y constituía una actividad ilegal y prohibida, como lo demuestra la reciente acusación. En esas circunstancias, el Estado parte considera que la "desaparición" o la privación de libertad del hijo del autor no pueden considerarse una violación de sus derechos humanos.

7.10 El Estado parte reitera que el supuesto "traslado involuntario" o la "privación de libertad" del hijo del autor el 23 de junio de 1990 y su supuesta desaparición posteriormente, alrededor del 9 de octubre de 1991, ocurrieron antes de la ratificación del Protocolo Facultativo por Sri Lanka y que no hay ningún elemento en la comunicación que demuestre la existencia de una "violación continuada".

7.11 Por lo tanto, el Estado parte sostiene que la comunicación no tiene fundamento y que, en todo caso, debería declararse inadmisibles por las razones señaladas en el párrafo 7.10.

Comentarios del autor

8.1 El 2 de agosto de 2002 el autor comentó las observaciones del Estado parte en cuanto al fondo.

8.2 El autor declara que la desaparición de su hijo tuvo lugar en una situación de desapariciones sistémi-

cas. Hace referencia al informe final de la Comisión Presidencial de Investigación de la desaparición o el traslado involuntarios de personas en las provincias Septentrional y Oriental de 1997, según el cual:

En la última parte de 1989 y de 1990 desaparecieron muchos jóvenes en el norte y el este. Esas desapariciones en gran escala de jóvenes están relacionadas con las operaciones militares contra el JVP en la última parte de 1989 y contra los LTTE durante la segunda guerra de los Eleam que comenzó en junio de 1990 [...]. Era evidente que una parte del Ejército cumplía las instrucciones de sus superiores políticos con un celo digno de mejor causa. Se confirieron amplias facultades al Ejército con arreglo al Reglamento de Excepción, que comprendían la de hacer desaparecer los cuerpos después de la muerte o sin investigaciones, lo que alentó a una parte del Ejército a cruzar la línea invisible entre las operaciones de seguridad legítimas y las detenciones y muertes sin sentido en gran escala.

8.3 El autor insiste en que un aspecto de las desapariciones en Sri Lanka es la absoluta impunidad de que gozan los oficiales y otros agentes del Estado, como se muestra en el informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias después de su tercera visita a Sri Lanka en 1999³. El autor alega que la desaparición de su hijo es un acto cometido por agentes del Estado como parte de una norma y una política de desapariciones forzadas en las que está implicado el aparato del Estado a todos los niveles.

8.4 El autor llama la atención sobre el hecho de que el Estado parte no impugna que su hijo desapareció, incluso si no se considera responsable; confirma que el hijo del autor fue secuestrado el 23 de junio de 1990 por el cabo Sarath y otros dos militares no identificados, si bien en una forma claramente separada e independiente de la operación de acordonamiento y de búsqueda realizada por el Ejército en ese lugar al mismo tiempo; y declara que los oficiales del Ejército no conocían la conducta del cabo Sarath ni el secuestro del hijo del autor.

8.5 El autor indica que las desapariciones forzadas representan una clara transgresión de varias disposiciones del Pacto, incluido su artículo 7⁴, e, insistiendo en que una de las principales cuestiones de este caso es la de la imputabilidad, considera que existen pocas dudas en cuanto a que la desaparición de su hijo es imputable al Estado parte, porque el Ejército de Sri Lanka es indiscutiblemente un órgano de ese Estado⁵. Cuando la violación de los derechos amparados por el Pacto es realizada por un soldado o un oficial que hace uso de su posición de autoridad para realizar y ejecutar un acto ilegal, la violación es imputable al Estado⁶, incluso si el

³ E/CN.4/2000/64/Add.1, párrs. 34 y 35.

⁴ *Celis Laureano c. el Perú*, caso N° 540/1993, dictamen aprobado el 25 de marzo de 1996.

⁵ Caso *Velásquez Rodríguez* (1989), Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 29 de julio de 1998 (Ser. C) N° 4 (1988).

⁶ Véase el caso *Caballero Delgado y Santana*, Corte

soldado o el oficial actúa excediéndose en sus atribuciones. El autor, basándose en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez*⁷ y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye que, incluso cuando un oficial actúa *ultra vires*, el Estado incurre en responsabilidad si proporciona los medios o los instrumentos para cometer el acto. Incluso cuando —esto no se conoce en el caso que nos ocupa— los oficiales actuaron en contravención directa de las órdenes que se les dieron, el Estado sigue siendo responsable⁸.

8.6 El autor mantiene que su hijo fue arrestado y detenido por miembros del Ejército, entre ellos el cabo Sarath y otros no identificados, durante una operación de búsqueda militar, y que el resultado de esos actos fue la desaparición de su hijo. Habida cuenta de las abrumadoras pruebas presentadas ante el Comité Presidencial de Investigación, según las cuales a muchos de los que se encontraban en Trincomalee que fueron detenidos y llevados a Plaintain Point Army Camp no se les volvió a ver, la afirmación de que esa desaparición fue un acto aislado por iniciativa exclusiva del cabo Sarath, sin el conocimiento ni la complicidad de la cadena de mando militar a otros niveles, no tiene ninguna credibilidad.

8.7 El autor sostiene que el Estado parte es responsable de los actos del cabo Sarath incluso si, como indica el Estado parte, esos actos no formaban parte de una operación militar más amplia, porque es indiscutible que los actos fueron realizados por personal del Ejército. El cabo Sarath iba de uniforme en esos momentos y es indiscutible que estaba bajo las órdenes de un oficial para realizar una operación de registro en esa zona durante el período de que se trata. El Estado parte proporcionó, pues, los medios y los instrumentos para realizar el acto que se imputa. El hecho de que el cabo Sarath fuera un militar de poca graduación que actuaba con un amplio margen de autonomía y sin órdenes de sus superiores no exime al Estado parte de su responsabilidad.

8.8 El autor indica además que, incluso si los actos no fueran directamente atribuibles al Estado parte, puede ser responsable por no haber cumplido las obligaciones positivas de prevenir y castigar determinadas violaciones graves, como infracciones arbitrarias del derecho a la vida. Esto puede ser así aunque los actos hayan sido realizados por agentes no estatales.

Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 8 de diciembre de 1995 (Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995, OAS/Ser.L/V III.33 Doc.4); caso *Garrido y Baigorria*, sentencia sobre el fondo, 2 de febrero de 1996, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷ Caso *Velásquez Rodríguez* (1989), sentencia de 29 de julio de 1998, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) N° 4 (1988), párrs. 169 y 170.

⁸ *Timurtas c. Turquía*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solicitud N° 23531/94, sentencia de 13 de junio de 2000; *Ertak c. Turquía*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solicitud N° 20764/92, sentencia de 9 de mayo de 2000.

8.9 El autor aduce a este respecto que en las circunstancias del caso ha de establecerse, como mínimo, una presunción de responsabilidad que el Estado parte no ha rechazado. En este caso, según la jurisprudencia del Comité⁹, es realmente el Estado parte, y no el autor, quien está en situación de acceder a la información pertinente y, por lo tanto, es el Estado parte quien tiene que refutar la presunción de responsabilidad. Este no ha iniciado una investigación a fondo de las alegaciones del autor en esferas en las que él solo tiene acceso a la información pertinente, ni ha proporcionado al Comité dicha información.

8.10 El autor aduce que, de acuerdo con la jurisprudencia del Comité¹⁰ y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado parte tenía la responsabilidad de investigar la desaparición del hijo del autor de manera exhaustiva y efectiva, hacer comparecer ante la justicia a los responsables de las desapariciones, e indemnizar a las familias de las víctimas¹¹.

8.11 En el presente caso, el Estado parte no ha investigado efectivamente su responsabilidad ni la responsabilidad individual de los sospechosos de la comisión directa de los delitos y no ha dado explicaciones de por qué se inició una investigación unos diez años después de que se señalara por primera vez a la atención de las autoridades competentes la desaparición. La investigación no proporcionó información sobre las órdenes que podían haberse dado al cabo Sarath y a otros con respecto a su función en las operaciones de búsqueda, ni se ha considerado la cadena de mando. No ha proporcionado información sobre los sistemas establecidos entre los militares con respecto a las órdenes, la formación, los procedimientos de presentación de informes ni otros procesos para verificar la actividad de los soldados que puedan apoyar o debilitar la alegación de que sus superiores no dieron la orden ni conocían las actividades de dicho cabo. Tampoco aportó pruebas de

que el cabo Sarath o sus colegas actuaran a título personal, sin el conocimiento de otros oficiales.

8.12 En las pruebas reunidas por el Estado parte hay también omisiones sorprendentes. En efecto, no se ha tenido acceso a los registros sobre las operaciones militares en curso en esa zona en 1990 ni se han mostrado dichos registros, y tampoco se han presentado registros de detenciones o información relativa a la operación de acordonamiento y registro. Tampoco hay constancia de que el Estado parte realizara investigaciones sobre el vehículo con la matrícula 35 SRI 1919 en que fue visto el hijo del autor por última vez. El Fiscal General que formuló la acusación contra el cabo Sarath no incluyó a personas clave como testigos de cargo, a pesar de que ya habían hecho declaraciones ante las autoridades y podían aportar pruebas testificales cruciales. Entre ellos figuran Poopalapillai Neminathan, que fue arrestado con el hijo del autor y detenido con él en Plaintain Point Army Camp; Santhiya Croose, a quien habían arrestado con el hijo del autor pero liberado camino de Plaintain Point Army Camp; S. P. Ramiah, que presencié la detención del hijo del autor, y Shammugam Algiah, en cuya casa fue detenido el hijo del autor. Además, no se han reunido indicios de ninguna prueba en cuanto a la función de quienes ocupan cargos más altos en el ejército, pues esos oficiales pueden ser penalmente responsables, bien en forma directa por la instigación de sus órdenes o indirectamente por no haber prevenido los hechos ni castigar a sus subordinados.

8.13 En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, el autor insiste en que el Comité declaró ya el caso admisible el 14 de marzo de 2002 y mantiene que los sucesos objeto de la queja continuaron después de la ratificación del Protocolo Facultativo por el Estado parte hasta la fecha de su comunicación. El autor cita también el artículo 17 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹².

8.14 El autor pide al Comité que considere al Estado parte responsable de la desaparición de su hijo, y declara que ha violado los artículos 2, 6, 7, 9, 10 y 17 del Pacto. Pide además que el Estado parte proceda a una investigación exhaustiva y efectiva, de acuerdo con lo sugerido anteriormente, le proporcione información adecuada resultante de su investigación, libere a su hijo y pague una indemnización adecuada.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han proporcionado las partes, según

⁹ Véase *Bleier c. el Uruguay*, caso N° 30/1978, dictamen aprobado el 24 de marzo de 1980, párr. 13.3 ("Con respecto a la carga de la prueba, esta no puede recaer únicamente en el autor de la comunicación, considerando en particular que el autor y el Estado parte no siempre tienen igual acceso a las pruebas y que frecuentemente solo el Estado parte tiene acceso a la información pertinente. En el párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Facultativo está implícito que el Estado parte tiene el deber de investigar de buena fe todos los cargos de violación del Pacto que se formulen contra el Estado parte y sus autoridades [...]").

¹⁰ *Sanjuán Arévalo c. Colombia*, caso N° 181/1984, dictamen aprobado el 3 de noviembre de 1989; *Avellanal c. el Perú*, caso N° 202/1986, dictamen aprobado el 28 de octubre de 1988; *Mabaka Nsusu c. el Congo*, caso N° 157/1983, dictamen aprobado el 26 de marzo de 1986; y *Vicente y otros c. Colombia*, caso N° 612/1995, dictamen aprobado el 29 de julio de 1997; véase también la Observación general N° 6, HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), párr. 6.

¹¹ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre el tercer informe periódico del Senegal, 28 de diciembre de 1992, CCPR/C/79/Add.10; véase también *Baboeram c. Suriname*, caso N° 146/1983, dictamen aprobado el 4 de abril de 1985, y *Hugo Dermitt c. el Uruguay*, caso N° 84/1981, dictamen aprobado el 21 de octubre de 1982.

¹² "Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos." Del mismo modo, el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas declara que el delito de desaparición forzada "será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima".

se dispone en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 En cuanto a la queja del autor respecto de la desaparición de su hijo, el Comité observa que el Estado parte no ha negado que el hijo del autor fuera secuestrado por un miembro del Ejército de Sri Lanka el 23 de junio de 1990 y que no se hayan tenido noticias de él desde entonces. El Comité considera que, a los fines de determinar la responsabilidad del Estado, es irrelevante en el presente caso que el militar al que se atribuye la desaparición actuara *ultra vires* o que los oficiales superiores no conocieran las acciones de ese militar¹³. Por lo tanto, el Comité llega a la conclusión de que, en tales circunstancias, el Estado parte es responsable de la desaparición del hijo del autor.

9.3 El Comité señala la definición de desaparición forzada que figura en el apartado i) del párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁴: Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. Todo acto de desaparición de ese tipo constituye una violación de muchos de los derechos consagrados en el Pacto, como son el derecho a la libertad y la seguridad personales (art. 9), el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7) y el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 10). Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro (art. 6)¹⁵.

9.4 Los hechos del presente caso ilustran claramente la aplicabilidad del artículo 9 del Pacto relativo a la libertad y seguridad de la persona. El Estado parte ha reconocido que el arresto del hijo del autor fue ilegal y que era una actividad prohibida. No solo no había base jurídica para su arresto sino que tampoco la había para mantenerlo detenido. Esa manifiesta violación del artículo 9 no puede justificarse nunca. En opinión del

¹³ Véase el artículo 7 de los proyectos de artículo sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos (aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones de 2001) y el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

¹⁴ Texto del Estatuto de Roma distribuido con la signatura A/CONF.183/9 el 17 de julio de 1998 y corregido por *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002.

¹⁵ Véase el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 49 (A/47/49)*, pág. 216; resolución de la Asamblea General 47/133, de 18 de diciembre de 1992.

Comité, está claro que en el presente caso los hechos que le han sido presentados revelan una violación del artículo 9 en su totalidad.

9.5 Respecto a la presunta violación del artículo 7, el Comité reconoce el grado de sufrimientos que conlleva estar indefinidamente sin contacto alguno con el exterior¹⁶, y observa que en el caso actual al parecer el autor vio fortuitamente a su hijo unos 15 meses después de la detención inicial. Por consiguiente, debe considerarse víctima de una violación del artículo 7. Además, teniendo en cuenta el pesar y la angustia causados a la familia del autor por la desaparición de su hijo y por la continua incertidumbre con respecto a su suerte y paradero¹⁷, el Comité considera que el autor y su esposa son también víctimas de la violación del artículo 7 del Pacto. Por lo tanto, el Comité opina que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del artículo 7 del Pacto tanto con respecto al hijo del autor como con respecto a su familia.

9.6 Por lo que hace a la posible violación del artículo 6 del Pacto, el Comité observa que el autor no ha pedido al Comité que llegase a la conclusión de que su hijo está muerto. Además, al invocar el artículo 6, el autor también pide la puesta en libertad de su hijo, lo que indica que no ha perdido la esperanza de que reaparezca. El Comité considera que, en esas circunstancias, no debe parecer que presupone la muerte del hijo del autor. En la medida en que las obligaciones del Estado parte con arreglo al párrafo 11 *infra* serían las mismas tanto si se llega a esa conclusión como si no, el Comité considera procedente en el presente caso no pronunciarse respecto del artículo 6.

9.7 En vista de lo expuesto, el Comité no considera necesario tratar de las denuncias del autor en relación con los artículos 10 y 17 del Pacto.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación de los artículos 7 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por lo que respecta al hijo del autor, y del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con respecto al autor y su esposa.

11. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a proporcionar al autor y a su familia un recurso efectivo, incluida una investigación exhaustiva y efectiva de la desaparición y la suerte del hijo del autor, su puesta en libertad inmediata si aún está con vida, información adecuada resultante de su investigación, y una indemnización adecuada por las violaciones de que han sido víctimas el hijo del autor, el autor y su familia. El Comité considera que el Estado parte está también obligado a acelerar las actuaciones penales y a velar por

¹⁶ Véase *El Megreisi c. la Jamahiriya Árabe Libia*, caso N° 440/1990, dictamen aprobado el 23 de marzo de 1994.

¹⁷ *Quinteros c. el Uruguay*, caso N° 107/1981, dictamen aprobado el 21 de julio de 1983.

el enjuiciamiento sin demora de todas las personas responsables del secuestro del hijo del autor, de conformidad con el artículo 356 del Código Penal de Sri Lanka, y a procesar a las demás personas que hayan estado involucradas en la desaparición. El Estado parte tiene también la obligación de impedir que se comenten violaciones análogas en el futuro.

12. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no

violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutivo cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado parte que haga público el dictamen del Comité.

Comunicación N° 960/2000

Presentada por: Klaus Dieter Baumgarten

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Alemania

Fecha de aprobación del dictamen: 31 de julio de 2003 (78° período de sesiones)

Asunto: Órdenes de disparar a matar en la antigua frontera interalemana

Cuestiones de procedimiento: Ninguna

Cuestiones de fondo: Prohibición de aplicar penas retroactivamente o penas que no estén basadas en la ley – Delitos penales con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos – Discriminación

Artículos del Pacto: 15 y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: Ninguno

Conclusión: Ausencia de violación

1. El autor de la comunicación es el Sr. Klaus Dieter Baumgarten, ciudadano alemán que en el momento de su presentación inicial estaba recluido en la prisión de Düppel, en Berlín (Alemania)¹. Afirma ser

¹ El Pacto y el Protocolo Facultativo del Pacto entraron en vigor para el Estado parte el 23 de marzo de 1976 y el 25 de noviembre de 1993, respectivamente. Al ratificar el Protocolo Facultativo, el Estado parte formuló la siguiente reserva respecto del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5: "La República Federal de Alemania formula una reserva respecto al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 en el sentido de que la competencia del Comité no se aplicará en las comunicaciones

a) que hayan sido examinadas ya en virtud de otro procedimiento de investigación o arreglo internacionales, o

b) mediante las cuales se denuncie una violación de derechos originada en acontecimientos anteriores a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo en la República Federal de Alemania, o

c) mediante las cuales se denuncie una violación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la medida en que la violación denunciada se refiera a derechos distintos de los garantizados en virtud del Pacto."

víctima de la violación por parte de Alemania de los artículos 15 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No está representado por abogado.

Los hechos

2.1 Desde 1979 hasta su jubilación en febrero de 1990, el autor fue Viceministro de Defensa y Jefe de las Tropas de Fronteras (*Chef der Grenztruppen*) de la antigua República Democrática Alemana.

2.2 El 10 de septiembre de 1996, el Tribunal Regional de Berlín (*Landgericht Berlin*) declaró al autor culpable de homicidio² e intento de homicidio en varios casos que ocurrieron entre 1980 y 1989, y lo condenó a una pena de prisión de seis años y seis meses. El Tribunal resolvió que el autor era responsable del asesinato o intento de asesinato de determinadas personas, contra quienes dispararon los guardias de fronteras cuando intentaban cruzar la frontera entre la antigua República Democrática Alemana y la República Federal de Alemania, incluido Berlín occidental, o que causaron la explosión de minas en esa huida. El 30 de abril de 1997, el Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) desestimó la apelación del autor. El Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) rechazó su recurso de inconstitucionalidad el 21 de julio de 1997, alegando que las anteriores decisiones no habían violado la Constitución.

2.3 El autor declaró ante el Tribunal Regional de Berlín que desde 1960 el órgano militar supremo de la antigua República Democrática Alemana, el Consejo de Defensa Nacional, formuló unas directrices generales sobre la protección y defensa de la frontera, que tenía que cumplir el Ministerio de Defensa. Las tropas de fronteras (*Grenztruppen*) estaban bajo las órdenes directas del Ministro de Defensa; el Jefe de Tropas de

² Esta nota no se aplica a la versión española.

Fronteras era al mismo tiempo uno de los Viceministros.

2.4 En aplicación de las directrices generales de política del Consejo de Defensa Nacional, el Ministro de Defensa dictó la orden anual N° 101 para la protección de la frontera al Jefe de las Tropas de Fronteras, el cual en su orden anual N° 80 explicó en términos más concretos las medidas de defensa y seguridad que había que adoptar. El contenido de esta orden fue interpretado y explicado con más detalle en los diferentes niveles jerárquicos de las tropas de fronteras, y finalmente llegó a todas las unidades para que fuera aplicada.

2.5 Como Jefe de las Tropas de Fronteras, y bajo su responsabilidad exclusiva, el autor dictó las siguientes órdenes: N° 80/79, de 6 de octubre de 1979, N° 80/80, de 10 de octubre de 1980, N° 80/81, de 6 de octubre de 1981, N° 80/83, de 10 de octubre de 1983, N° 80/84, de 9 de octubre de 1984, N° 80/85, de 18 de octubre de 1985, N° 80/86, de 15 de octubre de 1986, y N° 80/88, de 26 de septiembre de 1988. En la sentencia del Tribunal Regional de Berlín se citan extractos de esas órdenes³:

"Las secciones y unidades de la guardia deben mantener convenientemente y sin interrupción, en las secciones de la frontera que les han sido asignadas, la inviolabilidad de la frontera del Estado de la República Democrática Alemana, detener a los que la violen y no permitir violaciones de la frontera ni la extensión de las provocaciones desde la frontera al territorio del Estado de la República Democrática Alemana. [...] Deberá incrementarse más la efectividad de la seguridad fronteriza. [...]"

[Los guardias de fronteras] han de ser entrenados para actuar de una forma políticamente inteligente, decidida y demostrando iniciativa. [Han de] ser entrenados principalmente para detener a aquellos que violan la frontera o a los provocadores sin recurrir a las armas de fuego. En los entrenamientos de tiro los soldados aprenderán a manejar sus armas de fuego personales sin causar riesgos y a atacar de día y de noche en condiciones de seguridad los objetivos que surjan y que se muevan. Esas tareas se llevarán a cabo con la cantidad mínima de munición⁴.

Se debe perfeccionar aún más la preparación y la capacidad de las fuerzas desplegadas en el Servicio de Fronteras para evitar cualquier ataque contra la frontera del Estado mediante una acción políticamente correcta y tácticamente inteligente, decidida, activa, hábil e ingeniosa. [...] El personal desplegado para proteger la frontera es entrenado en el uso sin concesiones

de las armas de fuego al ejecutar la orden de combate, si se han agotado todos los demás medios de aprehensión, de conformidad con el reglamento sobre el uso de armas de fuego. [...]"

Se debe prestar particular atención a las tareas encaminadas a asegurar constantemente el buen funcionamiento y la plena eficacia de las instalaciones [fronterizas]. Deberá haber [...] 39,2 km de valla fronteriza I, diez lugares o instalaciones fronterizas con minas de fragmentación [...]. Deben realizarse trabajos de transformación y reparaciones importantes en [...] las instalaciones de la frontera con minas de fragmentación, seis instalaciones, 104 km de valla I. [...] Para apoyar la expansión "pionera" y de señales en el Mando Sur de la Frontera, se garantizará el servicio excepcional de dos compañías "pioneras" [...] del 24 de junio al 15 de octubre de 1982 [...]. El personal de mantenimiento de las instalaciones fronterizas con minas de fragmentación [...] no será desplegado en turnos de 24 horas. Se planificará su despliegue durante un mínimo de 15 días laborables de trabajo de mantenimiento al mes. [...]"

Los esfuerzos deben ir encaminados a permitir que los soldados de la frontera actúen de forma políticamente inteligente y muestren iniciativa y determinación en el Servicio de Fronteras [...] para alcanzar los objetivos allí donde surjan y se muevan tanto de día como de noche⁵.

La capacitación en la frontera se organizará globalmente y responderá a la necesidad de asegurar adecuadamente la frontera del Estado día y noche. Los soldados se entrenarán en ejercicios de tiro para poder alcanzar [...] los objetivos en todas las situaciones y se les permitirá utilizar sus armas de fuego personales de acuerdo con las disposiciones legales y el reglamento militar, y en forma responsable y decidida, en la zona fronteriza. Las tropas de fronteras recibirán una capacitación en el combate cuerpo a cuerpo en la frontera con objeto de aprehender, utilizando la fuerza física, a aquellos que violen las fronteras y a los provocadores⁶.

Mediante el empleo coordinado y disperso de las fuerzas y medios [...] se detectarán a tiempo los intentos de violar la frontera y otros atentados contra la frontera del Estado, y se evitarán convenientemente y mediante una acción decidida⁷.

Deberá centrarse la atención en el [...] reconocimiento rápido y preciso de los indicios de preparación y comisión de hechos que supongan una violación de las fronteras, así

³ Las versiones inglesas de esos extractos se basan en las traducciones facilitadas por el Estado parte.

⁴ Orden N° 80/79, de 6 de octubre de 1979 (extracto).

⁵ Orden N° 80/81, de 6 de octubre de 1981 (extracto).

⁶ Orden N° 80/83, de 10 de octubre de 1983 (extracto).

⁷ Orden N° 80/84, de 9 de octubre de 1984 (extracto).

como de provocaciones, en las acciones en el servicio de fronteras que sean políticamente inteligentes y ofensivas y estén controladas en todas las circunstancias, en las acciones que sean rápidas y tengan objetivos definidos para detener a los que violan la frontera sin utilizar armas de fuego, [...] en la prevención de irrupciones en la frontera y en la defensa eficaz contra las provocaciones [...]. En los ejercicios de tiro los miembros de las tropas y unidades de fronteras [...] deben ser entrenados de forma que puedan dar en el blanco al primer disparo [...] en el primer tercio del tiempo de combate de que se disponga [...]. Se hará hincapié en [...] los ataques contra objetivos pequeños a una distancia directa de tiro con el arma de fuego personal o con armas dobles⁸.

El entrenamiento en la lucha y el entrenamiento especial deberá permitir a las unidades, servicios, dotaciones y guardias de fronteras reconocer cualquier indicio de preparativo y de violación de la frontera con tiempo suficiente, actuar con decisión e iniciativa para evitar violaciones de la frontera, y evitar las provocaciones en las fronteras y los ataques armados en el territorio de la República Democrática Alemana. [...] Deben adoptarse medidas eficaces para mejorar los entrenamientos de tiro. [...] Los miembros de la guardia fronteriza deberían ser más capaces de utilizar sus armas de fuego con seguridad y de dar en el blanco en todas las situaciones y [...] al primer disparo."⁹

Contexto y legislación internos pertinentes

3.1 Entre 1949 y 1961, aproximadamente 2,5 millones de alemanes huyeron de la República Democrática Alemana a la República Federal de Alemania, incluido Berlín occidental. Para detener esa salida de refugiados, la República Democrática Alemana inició la construcción del muro de Berlín el 13 de agosto de 1961 y reforzó las instalaciones de seguridad a lo largo de la frontera con la República Federal de Alemania, en particular colocando minas terrestres, que después fueron remplazadas por minas de fragmentación SM-70. Cientos de personas perdieron la vida tratando de cruzar la frontera, bien porque pisaban las minas, bien porque los guardias de fronteras de Alemania oriental disparaban contra ellas.

3.2 Después de la reunificación de Alemania, los fiscales empezaron a investigar las muertes de personas en la antigua frontera entre las dos Alemanias tomando como base el Tratado de Creación de una Alemania Reunificada, de 31 de agosto de 1990 (*Einigungsvertrag*). El Tratado de Reunificación, junto con la Ley del Tratado de Reunificación, de 23 de septiembre de 1990, declara, en sus disposiciones transitorias relativas al Código Penal (artículos 315 a 315 c)

⁸ Orden N° 80/85, de 18 de octubre de 1985 (extracto).

⁹ Orden N° 80/86, de 15 de octubre de 1986 (extracto).

de la Ley de introducción al Código Penal) que, por regla general, la ley del lugar donde se cometió un delito sigue siendo aplicable a los actos que tuvieron lugar antes del momento en que entró en vigor la reunificación. Para los delitos cometidos en la antigua República Democrática Alemana sigue siendo aplicable el Código Penal de la antigua República Democrática Alemana. Con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Código Penal (República Federal de Alemania), la ley de la República Federal de Alemania es aplicable únicamente cuando es menos severa que la de la República Democrática Alemana.

3.3 El primer capítulo de la Sección Especial del Código Penal (República Democrática Alemana), titulado "Delitos contra la soberanía nacional de la República Democrática Alemana, la paz, la humanidad y los derechos humanos", tenía la siguiente introducción:

"El castigo riguroso de los delitos contra la soberanía nacional de la República Democrática Alemana, la paz, la humanidad y los derechos humanos, y de los crímenes de guerra, es un requisito previo indispensable para una paz estable en el mundo, para el restablecimiento de la fe en los derechos humanos fundamentales y la dignidad y el valor de los seres humanos, y para la preservación de los derechos de todos."

El artículo 95 del Código Penal (República Democrática Alemana) disponía lo siguiente:

"Ninguna persona cuya conducta viole los derechos humanos o fundamentales, las obligaciones internacionales o la soberanía nacional de la República Democrática Alemana podrá invocar como justificación el derecho escrito, una orden o una instrucción; será considerado penalmente responsable."

Los artículos 112 y 113 del Código Penal (República Democrática Alemana) castigaban el asesinato y el homicidio:

Artículo 112 Asesinato

"1) Todo aquel que intencionadamente mate a otra persona será castigado con una pena de prisión no inferior a diez años o con prisión perpetua.

[...]

3) La preparación y la tentativa serán sancionables."

Artículo 113 Homicidio

"1) Se castigará con una pena de prisión de hasta diez años al que matare intencionalmente a otro si:

1. El homicida, sin culpa suya, ha sido puesto en un estado de extrema excitación

por maltrato, amenaza grave o insulto grave contra él o miembros de su familia por la persona muerta, que de esa forma le obligó a cometer el homicidio o influyó en su comisión;

2. Una mujer mata a su hijo durante el parto o inmediatamente después de él;

3. Existen circunstancias particulares relacionadas con el delito que reducen la responsabilidad en virtud de la ley penal.

2) La tentativa de homicidio será punible."

El artículo 258 del Código Penal (República Democrática Alemana) establecía lo siguiente:

"1) Los miembros de las fuerzas armadas no serán penalmente responsables de los actos cometidos en ejecución de una orden dictada por un superior jerárquico, salvo cuando la ejecución de la orden viole manifiestamente las normas reconocidas del derecho internacional público o una ley penal.

2) Cuando la ejecución de una orden por un subordinado viole manifiestamente las normas reconocidas del derecho internacional público o una ley penal, el superior jerárquico que haya dictado esa orden también será penalmente responsable.

3) No se incurrirá en responsabilidad penal por negarse a obedecer una orden o por no cumplirla cuando su ejecución viole las normas del derecho internacional público o una ley penal."

3.4 De conformidad con el párrafo 2 del artículo 17 de la Ley de policía del pueblo (*Volkspolizeigesetz*) de 11 de junio de 1968, el uso de armas de fuego estaba justificado:

"a) Para prevenir la comisión inminente o la continuación de un delito (*Straftat*) que parezca, según las circunstancias, que constituye:

- Un delito grave (*Verbrechen*) contra la soberanía de la República Democrática Alemana, la paz, la humanidad o los derechos humanos;
- Un delito grave contra la República Democrática Alemana;
- Un delito grave contra la persona;
- Un delito grave contra la seguridad pública o el orden del Estado;
- Cualquier otro delito grave, en particular el que se cometa utilizando armas de fuego o explosivos.

b) Para evitar la huida de personas o para volver a detener a personas:

- De las que se sospecha firmemente que han cometido un delito grave o

que han sido detenidas o encarceladas por cometer un delito grave;

- De las que se sospecha firmemente que han cometido un delito menos grave (*Vergehen*), o han sido detenidas, encarceladas o condenadas a prisión por cometer un delito, cuando hay pruebas de que intentan utilizar armas de fuego o explosivos, o escaparse utilizando algún otro medio violento o atacando a las personas encargadas de su detención, prisión, custodia o vigilancia, o escaparse junto con otros;

- Que han sido condenadas a una pena privativa de libertad y encarceladas en una prisión de alta seguridad o en una prisión ordinaria.

c) Contra personas que intentan por medios violentos liberar o ayudar a liberar a personas detenidas, encarceladas o condenadas a prisión por la comisión de un crimen grave o un delito menos grave.

3) La utilización de armas de fuego debe ir precedida de una alerta clara o de un disparo de alerta, excepto cuando solo se pueda prevenir o impedir un peligro inminente utilizando el arma de fuego contra un objetivo determinado.

4) Cuando se utilizan armas de fuego se debe preservar la vida humana siempre que sea posible. Debe prestarse los primeros auxilios a las personas heridas, adoptando las medidas de seguridad necesarias, en cuanto lo permita la realización de la operación policial.

5) Las armas de fuego no deben utilizarse contra personas que por su aspecto exterior parezcan niños o cuando se pueda poner en peligro a terceros. De ser posible, las armas de fuego no deberán utilizarse contra menores o mujeres.

6) El Ministro del Interior y el Jefe de Policía del Pueblo Alemán reglamentarán detalladamente el empleo de armas de fuego [...]."

Con arreglo al párrafo 3 del artículo 20 de la Ley de policía del pueblo, estas disposiciones eran aplicables también a los miembros del Ejército Nacional del Pueblo (*Nationale Volksarmee*).

3.5 El 1º de mayo de 1982 entró en vigor la Ley de fronteras del Estado (*Grenzgesetz*) de la República Democrática Alemana, que sustituía al párrafo 2 del artículo 17 de la Ley de policía del pueblo en lo que se refería al empleo de armas de fuego por los guardias de fronteras. El artículo 27 de la Ley de fronteras del Estado dice lo siguiente:

"1) La utilización de armas de fuego es la medida más extrema del uso de la fuerza

contra las personas. Las armas de fuego pueden utilizarse únicamente cuando el recurso a la fuerza física, con o sin utilización de dispositivos mecánicos, no ha dado resultado o no tiene ninguna posibilidad de éxito. La utilización de armas de fuego contra personas está permitida únicamente cuando los disparos dirigidos contra objetos o animales no han producido el resultado deseado.

2) La utilización de armas de fuego está justificada para evitar la comisión inminente o la continuación de un delito (*Straftat*) que en las circunstancias del caso parezca que constituye un delito grave (*Verbrechen*). Está también justificada para detener a una persona sobre la que pesan firmes sospechas de haber cometido un delito grave.

3) La utilización de armas de fuego debe ir precedida, en principio, de una alerta clara o un disparo de alerta, salvo cuando un peligro inminente solo pueda prevenirse o evitarse mediante el uso del arma de fuego contra un blanco determinado.

4) Las armas de fuego no deben utilizarse cuando:

a) Pueda ponerse en peligro la vida o la salud de terceros;

b) Las personas, por su aspecto exterior, parezcan niños; o

c) Los disparos puedan violar el territorio soberano de un Estado vecino.

De ser posible, las armas de fuego no deberán utilizarse contra menores o mujeres.

5) Cuando se utilicen armas de fuego deberá preservarse la vida humana siempre que sea posible. Los heridos deberán recibir primeros auxilios, siempre y cuando se adopten las medidas de seguridad necesarias."

3.6 Contrariamente a la utilización de armas de fuego, la instalación de minas no estaba reglamentada por el derecho legislado sino por una serie de normas u órdenes administrativas que establecían las medidas encaminadas a asegurar las instalaciones fronterizas mediante el empleo de minas, y también de armas de fuego¹⁰.

3.7 La expresión "delito grave" (*Verbrechen*) mencionada en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 17 de la Ley de policía del pueblo y en el párrafo 2 del artículo 27 de la Ley de fronteras del Estado se definía en el párrafo 3 del artículo 1 del Código Penal:

"Son delitos graves los atentados peligrosos contra la sociedad (*gesellschaftsgefährliche*

Angriffe), contra la soberanía de la República Democrática Alemana, la paz, la humanidad o los derechos humanos, los crímenes de guerra, los delitos contra la República Democrática Alemana y los actos criminales cometidos deliberadamente contra la vida (*vorsätzlich begangene Straftaten gegen das Leben*). Se consideran asimismo delitos otros actos peligrosos para la sociedad cometidos deliberadamente contra los derechos e intereses de los ciudadanos, la propiedad socialista y otros derechos e intereses de la sociedad, que constituyen graves violaciones de la legalidad socialista y, por esta razón, son punibles con dos años de prisión como mínimo, o por los cuales se ha dictado, dentro de los límites de las penas aplicables, una sentencia de más de dos años de prisión."

3.8 En principio, la República Democrática Alemana denegaba a los ciudadanos el derecho a viajar a un país de occidente, incluida la República Federal de Alemania y Berlín occidental. Para viajar a esos países se necesitaba un permiso, pero, en virtud de las disposiciones legales aplicables a la expedición de pasaportes y visados en la República Democrática Alemana, era imposible para las personas que no disfrutaban de ningún privilegio político, no habían llegado a la edad de la jubilación o no habían sido exceptuadas a causa de ciertos tipos de cuestiones familiares urgentes salir legalmente de la República Democrática Alemana hacia un país occidental. Cruzar la frontera sin una autorización constituía un delito penal en virtud del artículo 213 ("Cruce ilegal de la frontera") del Código Penal (República Democrática Alemana), que decía:

"1) Todo aquel que cruce ilegalmente la frontera de la República Democrática Alemana o infrinja las disposiciones que regulan la autorización temporal para residir en la República Democrática Alemana y el tránsito por el país será pasible de una pena de privación de libertad de hasta dos años, una condena condicional con libertad provisional, reclusión o pago de una multa;

2) [...]

3) En los casos graves, el autor del delito será condenado a una pena de uno a ocho años de prisión. Los casos se considerarán graves, en particular cuando:

1. El delito ponga en peligro la vida o la salud humanas;

2. El delito se cometa utilizando armas de fuego o medios o métodos peligrosos;

3. El delito se cometa con una intensidad particular;

4. El delito se cometa con falsedad, falsificación de documentos o utilización fraudulenta de documentos, o utilizando un escondite;

¹⁰ Véase la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 21 de julio de 1997, págs. 4 y 5 (que hace referencia a la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 24 de octubre de 1996-BVerfGE 95, 96).

5. El delito se cometa junto con otras personas; o

6. El autor del delito ya haya sido declarado culpable de cruzar ilegalmente la frontera.

4) La preparación y el intento serán considerados delitos."

3.9 Entre los casos graves de cruce ilegal, tal como se definen en el párrafo 3 del artículo 213 del Código Penal, figuraban la utilización de una escalera para trepar por encima de las vallas de la frontera, que se consideraba un delito con utilización de métodos peligrosos (apartado 2 del párrafo 3 del artículo 213)¹¹, y el cruce de la frontera con gran esfuerzo físico (apartado 3 del párrafo 3 del artículo 213: "intensidad particular")¹². Según la intensidad con que se cometían, esos actos constituían delitos menores (*Vergehen*) o delitos graves (*Verbrechen*)¹³. Frecuentemente se consideraba que los casos graves de cruce ilegal de la frontera constituían delitos graves¹⁴, bien porque eran punibles con una pena de más de dos años de prisión¹⁵, bien porque se consideraban "atentados peligrosos contra la sociedad" o una "violación grave de la legalidad socialista"¹⁶, en virtud del párrafo 3 del artículo 1 del Código Penal (República Democrática Alemana).

3.10 Ningún miembro de las tropas de fronteras fue procesado nunca en la República Democrática Alemana por ordenar la utilización de armas de fuego o por ejecutar tales órdenes.

3.11 El Pacto entró en vigor para la República Democrática Alemana el 23 de marzo de 1976. Sin embargo, el Parlamento (*Volkskammer*) nunca lo incorporó al ordenamiento jurídico interno de la República Democrática Alemana, como exigía el artículo 51¹⁷ de la Constitución de la República Democrática Alemana¹⁸.

¹¹ Véase Ministerio de Justicia de la República Democrática Alemana (ed.), *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik: Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlín 1987 pág. 475.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, pág. 474.

¹⁴ Véase Alexy, Robert, *Mauerschützen - zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit* (1993), pág. 11; Brunner, G., "Recht auf Leben", en Brunner, G. (ed.), *Menschenrechte in der DDR* (1989), pág. 120; Polakiewicz, Jörg, "Vefassungs- und völkerrechtliche Aspekte der strafrechtlichen Ahndung des Schußwaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze", *Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1992, pág. 179.

¹⁵ Véase Alexy, *Mauerschützen*, pág. 11.

¹⁶ *Ibid.*, págs. 11 y 12.

¹⁷ El artículo 51 de la Constitución de la República Democrática Alemana dice lo siguiente: "El Parlamento (*Volkskammer*) ratificará los tratados internacionales de la República Democrática Alemana y otros convenios internacionales, en el supuesto de que, por motivo de ellos, sufran alteración leyes del Parlamento, y se pronunciará asimismo sobre la denuncia de estos tratados o convenios".

¹⁸ Véase Alexy, *Mauerschützen*, págs. 16 y 17 (para más referencias).

Procedimiento ante los tribunales nacionales

4.1 Basándose en las disposiciones del Código Penal de la República Democrática Alemana sobre el delito de homicidio, el Tribunal Regional de Berlín, en su sentencia de 10 de septiembre de 1996, resolvió que el autor era responsable de las muertes o lesiones infligidas a personas que intentaban cruzar la frontera con la República Federal de Alemania, o el muro de Berlín, a causa de las órdenes anuales que dictaba, y que a su vez desencadenaban una serie de órdenes en instancias inferiores, que incitaban a los guardias de fronteras a cometer dichos actos. El Tribunal sostuvo que, si bien el autor no intentaba directamente causar la muerte de las personas que violaban la frontera, era plenamente consciente y reconocía que, como consecuencia directa de la aplicación de esas órdenes, las personas que intentasen cruzar ilegalmente la frontera podían perder la vida. El Tribunal rechazó la alegación del autor de que desconocía que esas órdenes fueran ilegales, ya que tenía que haberlo sabido dadas su alta graduación militar y sus competencias, así como el hecho de que sus órdenes violaban claramente el derecho a la vida y, por lo tanto, infringían la legislación penal de la República Democrática Alemana. El Tribunal estimó que ni las normas internas del Ministerio de Defensa Nacional, ni el párrafo 2 del artículo 27 de la Ley de fronteras del Estado legitimaban los actos del autor, ya que esas justificaciones legales no eran válidas porque violaban manifiestamente principios básicos de la justicia y derechos humanos protegidos internacionalmente, consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4.2 Al dar prioridad a la inviolabilidad de las fronteras estatales de la República Democrática Alemana frente al derecho a la vida de los fugitivos desarmados que intentaban cruzar la frontera entre las dos Alemanias, los argumentos expuestos por el autor violaban principios jurídicos que están basados en el valor y la dignidad inherentes a la persona humana, y reconocidos por la comunidad de naciones. El Tribunal concluyó que en este caso había que sobreponer las consideraciones de justicia al derecho positivo. Esta conclusión no constituyó un quebrantamiento del principio de no retroactividad enunciado en el párrafo 2 del artículo 103 de la Constitución alemana (*Grundgesetz*), ya que la perspectiva de que esta ley, tal como se aplicaba en la práctica estatal de la República Democrática Alemana, continuara aplicándose de forma que constituyera una justificación jurídica contraria a los derechos humanos no merecía la protección de la ley. El Tribunal rechazó la orden N° 101 en tanto que excusa legítima, al estimar que, en virtud del párrafo 1 del artículo 258 del Código Penal de la República Democrática Alemana, no se excluía la responsabilidad penal cuando la ejecución de una orden violaba manifiestamente las normas reconocidas del derecho internacional público o una ley penal. Al pronunciar la condena, el Tribunal tuvo en cuenta los siguientes aspectos: 1) la estructura totalitaria de la República Democrática Alemana, que solo dejaba al autor un campo limitado de acción; 2) la edad avanzada del autor

y su arrepentimiento por el daño causado a las víctimas; 3) el gran lapso transcurrido desde que se cometieron los actos; 4) su desconocimiento (aunque evitable) de la ilegalidad de sus actos (a su favor), y 5) su participación, desde una posición elevada dentro de la jerarquía, en el mantenimiento y la sofisticación cada vez mayor del sistema de control de fronteras (en detrimento suyo). Basándose en las disposiciones pertinentes del Código Penal de la República Federal de Alemania, que eran menos severas que las disposiciones correspondientes del Código Penal de la República Democrática Alemana, el Tribunal le impuso una pena reducida.

4.3 En su decisión de 21 de julio de 1997, el Tribunal Constitucional Federal desestimó el recurso de inconstitucionalidad presentado por el autor, en el que alegaba que las sentencias del Tribunal Regional de Berlín y del Tribunal Federal violaban el principio de no retroactividad establecido en el párrafo 2 del artículo 103 de la Constitución, porque sancionaban con efectos retroactivos unos hechos que habrían sido lícitos con arreglo a las leyes de la República Democrática Alemana. El Tribunal Constitucional Federal declaró que no le correspondía examinar la interpretación y aplicación del derecho penal de la ex República Democrática Alemana, y que su función se limitaba a determinar si las decisiones de los tribunales inferiores habían vulnerado el derecho constitucional. El Tribunal Constitucional Federal consideró que no había existido ninguna violación del párrafo 2 del artículo 103 de la Constitución, ya que la creencia del autor de que sus actos estaban justificados con arreglo a la práctica seguida por la República Democrática Alemana no merecía el amparo constitucional. Con referencia a su resolución anterior sobre los disparos desde los puestos de control fronterizos¹⁹, el Tribunal reiteró que el fundamento de buena fe enunciado en el párrafo 2 del artículo 103 de la Constitución no era aplicable cuando un Estado elaboraba normas que sancionaban los delitos más graves, como el homicidio intencionado, pero al mismo tiempo proporcionaban justificaciones jurídicas que excluían la responsabilidad penal, fomentando de esta manera la comisión de dichos delitos y el desprecio de los derechos humanos universales reconocidos internacionalmente. En términos estrictos, el amparo que ofrece el párrafo 2 del artículo 103 de la Constitución a la confianza legítima de una persona en la legalidad de sus actos no se aplicaba en este caso particular, sobre todo porque la injusticia del sistema de control de fronteras de la República Democrática Alemana solo podía prevalecer mientras existiera ese Estado.

La denuncia

5.1 El autor sostiene que es víctima de violaciones de los artículos 15 y 26 del Pacto, ya que fue condenado por actos cometidos en el desempeño de sus funciones, actos no tipificados como delito en la legislación de la República Democrática Alemana ni en el derecho internacional.

5.2 En relación con la supuesta violación del artículo 15 del Pacto, el autor afirma que, al juzgar sus actos, los tribunales del Estado parte privaron a la legislación pertinente de la República Democrática Alemana de su significado original, sustituyéndolo por su propio concepto de justicia. Alega en su defensa lo absurdo del argumento aducido por los tribunales, que equivale a decir que el Parlamento de Alemania oriental dejaba doblemente desprotegidos a los miembros de las fuerzas armadas, puesto que, por un lado, promulgaba leyes penales que los obligaban a cumplir sus deberes profesionales y, por otro, criminalizaba dicho cumplimiento con el único fin de crear una justificación legal para impedir que se juzgue el cumplimiento de esos deberes. El autor declara que las leyes de la República Democrática Alemana no sancionaron nunca los actos realizados en cumplimiento de obligaciones profesionales, ya que dichos actos no eran contrarios a los intereses de la sociedad, tal como se requería en el párrafo 1 del artículo 1 del Código Penal de la República Democrática Alemana. Por el contrario, la inobservancia del reglamento interno o de las órdenes que regulaban la protección de las fronteras estatales era en sí misma un delito, con la única excepción de los casos en que dichas órdenes violaban claramente las normas reconocidas del derecho internacional público o una ley penal (artículo 258 del Código Penal de la República Democrática Alemana).

5.3 El autor sostiene que el derecho internacional no prohibía la colocación de minas a lo largo de la frontera entre dos Estados soberanos, frontera que además era la línea de demarcación entre las dos mayores alianzas militares de la historia; por otra parte, la colocación de esas minas había sido ordenada por el Comandante en Jefe del Pacto de Varsovia. El autor señala que los terrenos en donde se colocaron las minas eran zonas de exclusión de actividades militares, que estaban claramente marcadas con señales de alerta y separadas por vallas altas para impedir que alguien accediera a ellas de forma involuntaria. Afirma además que el Comité, al examinar el segundo informe periódico de la República Democrática Alemana en 1983, consideró que su sistema de control de fronteras se ajustaba al Pacto.

5.4 Por otro lado, el autor aduce que la intención dolosa requería la inobservancia manifiesta y deliberada de ciertas normas sociales básicas, cosa que, evidentemente, no ocurría cuando alguien estaba cumpliendo sus deberes profesionales.

5.5 Según el autor, cuando entró en vigor el Tratado de Reunificación el 3 de octubre de 1990, no existía ningún fundamento jurídico que permitiera su procesamiento por los actos que había cometido. En el marco del ordenamiento jurídico de la República Democrática Alemana, nadie podía ser acusado de un delito únicamente en base a conceptos del derecho natural, que no tenían fundamento alguno en el derecho positivo de la República Democrática Alemana. Cuando la República Democrática Alemana aceptó incluir en el Tratado de Reunificación la prohibición de la aplicación retroactiva de su derecho penal lo hizo pensando en la oportunidad histórica que se le ofrecía de reunificar las dos

¹⁹ BVerfGE 95, 96 ("Mauerschützen").

Alemanias, comprendiendo que no se podían aplicar sus conceptos de justicia a actos cometidos en la ex República Democrática Alemana. El autor concluye, por tanto, que su condena carecía de fundamento jurídico en el Tratado de Reunificación.

5.6 En relación con la referencia al "derecho internacional" que figura en el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto y a la limitación de ese derecho expresada en el párrafo 2 del artículo 15, el autor sostiene que, en el momento en que los cometió, sus actos no eran delictivos con arreglo al derecho internacional, ni con arreglo a los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional.

5.7 En lo que respecta a la supuesta violación del artículo 26 del Pacto, el autor alega que fue discriminado por haber sido ciudadano de la ex República Democrática Alemana, ya que los tribunales alemanes no aplicaron a su caso las disposiciones legales de la República Federal de Alemania sobre el uso de armas de fuego, en las que se estipulaba que el conocimiento del peligro que suponía su uso no conllevaba la intención de matar, sino que dieron por sentado que él aceptaba la muerte de las personas que intentasen cruzar la frontera a consecuencia de sus órdenes sobre el uso de armas de fuego.

5.8 El autor afirma que ha agotado todos los recursos internos disponibles y que esa misma cuestión no está siendo examinada en virtud de ningún otro procedimiento de investigación o arreglo internacionales.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

6.1 Mediante nota verbal de 5 de septiembre de 2001, el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. Confirma los hechos que el autor expone en su comunicación, pero no acepta la alegación de que su condena infringió los artículos 15 y 26 del Pacto.

6.2 En lo que respecta a la supuesta violación del artículo 15 del Pacto, el Estado parte recuerda que el Tribunal Regional de Berlín consideró que, con arreglo a la legislación de la República Democrática Alemana, los actos cometidos por el autor eran sancionables en el momento en que se cometieron. El Estado parte cita extensamente una decisión histórica del Tribunal Federal²⁰, que también aparece mencionada en la sentencia del Tribunal Regional de Berlín²¹. Según esa decisión, la justificación jurídica que figura en el párrafo 2 del artículo 27 de la Ley de fronteras y que se aplicaba en la práctica estatal de la República Democrática Alemana violaba de manera tan intolerable los principios básicos de justicia y humanidad, que había que hacer caso omiso de ella en la aplicación de la ley y anteponer la justicia al derecho positivo (la deno-

minada *fórmula de Radbruch*²²). En su evaluación del conflicto con la justicia material, el Tribunal se remite al Pacto, en particular a sus artículos 6 y 12 como "criterios más específicos" para esa evaluación, y llega a la conclusión de que la política restrictiva de la República Democrática Alemana en materia de visados no concordaba con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 12 del Pacto, ya que convertía en regla general la excepción a la libertad de las personas de salir de su propio país y hacía caso omiso de los estrechos lazos existentes entre los alemanes de ambos Estados, que pertenecían a una misma y única nación. De igual forma, el Tribunal consideró que el uso de armas de fuego, de una precisión sin precedentes, contra las personas que intentaban cruzar ilegalmente la frontera era incompatible con el artículo 6, puesto que era una medida desproporcionada en relación con el objetivo intrínsecamente ilegítimo de disuadir a terceras personas de cruzar la frontera sin autorización. En base a estas premisas, el Tribunal estimó que el párrafo 2 del artículo 27 de la Ley de fronteras no podía ser considerado un motivo de justificación, puesto que la propia República Democrática Alemana debería haber interpretado dicha disposición de forma restrictiva en virtud de sus obligaciones internacionales, sus disposiciones constitucionales y el principio de proporcionalidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 30 de su Constitución y en el párrafo 2 del artículo 27 de la Ley de fronteras. En opinión del Tribunal, la primera oración del párrafo 2 del artículo 27 debería haber dicho que "El guardia de fronteras estaba autorizado a utilizar armas de fuego para impedir la huida de personas en los casos mencionados, pero que el motivo de justificación dejaba de tener validez cuando, en un intento condicional o incondicional de matar, disparara contra un refugiado que en esas circunstancias estuviera desarmado y no representara ningún otro peligro para la vida y la integridad de otras personas".

6.3 El Estado parte invoca otra sentencia²³, en la que el Tribunal Federal recordaba que la República Democrática Alemana siempre había manifestado que hacía suyos los principios de las Naciones Unidas, y que en el artículo 91 de la Constitución de la República Democrática Alemana se afirmaba que las normas reconocidas del derecho internacional sobre el castigo de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra eran leyes de aplicación directa. El Estado parte deduce de ambas sentencias que, por lo tanto, el Tribunal Federal no se basó en el derecho internacional para llegar a la conclusión de que los actos cometidos por el autor eran constitutivos de delito, sino en el derecho interno de la República Democrática Alemana. El hecho de que esas infracciones no se castigaran en la República Democrática Alemana no implica que no fueran delictivas.

²⁰ BGHSt 39, párr. 1, págs. 15 y ss.

²¹ Véanse las páginas 104 a 106 de la sentencia del Tribunal Regional de Berlín de 10 de septiembre de 1996.

²² Véase Radbruch, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung* (1946), párr. 105, pág. 107.

²³ BGHSt 40, párr. 241, págs. 245 y ss.

6.4 El Estado parte se remite a la resolución histórica²⁴ del Tribunal Constitucional Federal sobre esta cuestión, en la que se subraya que, cuando no hubiera una auténtica certeza de no recibir un castigo, la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales establecida en el párrafo 2 del artículo 103 de la Constitución no era aplicable a las situaciones en las que el otro Estado (la República Democrática Alemana) sancionaba como delito las infracciones más graves pero, al mismo tiempo, excluía la responsabilidad penal por ciertos actos por motivos de justificación que iban más allá de las normas escritas, incitaba a cometer dichos actos delictivos y violaba los derechos humanos reconocidos internacionalmente. En interés de la justicia material, no procede aplicar estrictamente el párrafo 2 del artículo 103. De lo contrario, la administración de la justicia penal de la República Federal de Alemania estaría contradiciendo su propio concepto del estado de derecho. Aunque la letra de las disposiciones de la República Democrática Alemana sobre el uso de armas de fuego en la frontera con la República Federal de Alemania se correspondía con las disposiciones de esta última sobre el uso de la fuerza, en la práctica la legislación escrita de la República Democrática Alemana estaba eclipsada por las exigencias de la conveniencia política, que subordinaba el derecho a la vida de las personas al interés del Estado en impedir el cruce ilegal de sus fronteras. En ausencia de motivos de justificación admisibles, la definición de homicidio que aparece en los artículos 112 y 113 del Código Penal se aplica a los actos cometidos por el autor.

6.5 El Estado parte recuerda que, con arreglo a la jurisprudencia del Comité, corresponde principalmente a los tribunales y a las autoridades del Estado parte la interpretación y la aplicación del derecho interno. El Comité solo debe intervenir si dicha interpretación o aplicación se realiza de forma arbitraria. Ahora bien, las decisiones de los tribunales alemanes en relación con el autor no fueron arbitrarias.

6.6 El Estado parte aduce que el artículo 15 del Pacto solo es aplicable cuando la persona en cuestión, basándose en la ley tal como está redactada, no pueda tener una relativa certeza de que sus actos son punibles, ni pueda prever tampoco que le puedan hacer incurrir en responsabilidad penal. Dado que el autor es un experto en cuestiones militares capacitado y cualificado que ocupaba un alto cargo militar, debía haber sabido que sus órdenes eran contrarias a lo dispuesto en los artículos 6 y 12 del Pacto, y que podría ser juzgado por sus actos si cambiaba la situación política de la República Democrática Alemana.

6.7 El Estado parte rechaza la alegación del autor de que el Comité nunca consideró que el sistema de control de fronteras de la República Democrática Alemana violara el Pacto y recuerda que antes de 1992 el Comité no adoptaba observaciones finales sobre la situación de los derechos humanos en los Estados partes que presentaban informes. Sin embargo, cuando en 1978 y

1984 la ex República Democrática Alemana le presentó su informe inicial y su segundo informe periódico, varios de sus miembros criticaron abiertamente su sistema de control de fronteras. El autor también debería haberse dado cuenta de que las organizaciones internacionales desaprobaban dicho sistema de la República Democrática Alemana, y en particular el hecho de que la ex República Democrática Alemana figuró en la lista de la resolución 1503 de la Comisión de Derechos Humanos desde 1981 hasta 1983, precisamente a causa de la muerte de personas que intentaban cruzar la frontera y de las violaciones del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

6.8 De acuerdo con la Observación general N° 6 del Comité²⁵ y con su jurisprudencia habitual²⁶, el Estado parte concluye que, en virtud del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto, está legalmente obligado a perseguir y castigar a aquellos que arbitrariamente privaron de la vida a ciudadanos de la ex República Democrática Alemana. Por lo demás, afirma que la condena del autor podría estar respaldada en el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto si sus actos eran delictivos en la época en que se cometieron, de conformidad con los principios generales de justicia reconocidos por la comunidad internacional. A este respecto, el Estado parte pone de relieve la estrecha relación existente entre los Principios de Nuremberg y la *fórmula de Radbruch*, y aduce que el sistema de control de fronteras provocó graves violaciones de los derechos humanos.

6.9 En relación con la supuesta violación del artículo 26 del Pacto, el Estado parte sostiene que el procesamiento del autor se basó únicamente en su implicación personal en el sistema de control de fronteras y que el hecho de que la discriminación esté prohibida no significa que no se pueda considerar a las personas penalmente responsables. Toda persona sujeta al derecho penal de la República Democrática Alemana, cualquiera que fuera su nacionalidad, podía incurrir en responsabilidad penal por un delito sancionado en la legislación de ese país.

Comentarios del autor

7.1 El autor respondió a las observaciones del Estado parte en carta de fecha 14 de noviembre de 2001. En ella reitera los argumentos aducidos en su comunicación inicial y añade que el artículo 15 del Pacto obligaba a los tribunales alemanes a aplicar el Código de Procedimiento Penal de la República Democrática Alemana y, más concretamente, las disposiciones sobre la carga de la prueba para establecer su responsabilidad penal. Con arreglo al derecho penal de la República Democrática Alemana, no se puede presumir un intento

²⁴ BVerfGE 95, párr. 96, págs. 133 y ss.

²⁵ Véase Comité de Derechos Humanos, 16° período de sesiones (1982), Observación general N° 6, párr. 3.

²⁶ A este respecto, el Estado parte se remite, entre otras cosas, a la comunicación N° 161/1983, *Joaquín Herrera Rubio c. Colombia*, dictamen aprobado el 2 de noviembre de 1987, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/31/D/161/1983, párrs. 10.3 y 11.

de asesinato por el hecho de que la persona conozca los posibles efectos letales de la utilización de armas de fuego. Antes bien, el hecho de que tuviera la esperanza de que el que tratara de atravesar la frontera solo resultase herido o renunciase a saltar sobre la zona sembrada de minas excluía dicha intención. El hecho de que una persona se exponga al peligro siempre rompe la relación entre causa y efecto que se requiere para establecer la responsabilidad penal.

7.2 El autor rechaza la afirmación del Estado parte de que las normas escritas de la República Democrática Alemana estaban eclipsadas por órdenes que no dejaban espacio alguno para aplicar el principio de la proporcionalidad en la utilización de armas de fuego, y afirma que todas las órdenes militares y los reglamentos internos exigían que los soldados salvaran la vida de las personas que intentaban cruzar ilegalmente la frontera siempre que fuera posible.

7.3 Por otra parte, aduce que, aun en la hipótesis de que el cumplimiento de las obligaciones militares constituyera delito con arreglo a la legislación de la República Democrática Alemana, el Tratado de Reunificación no permitía a los tribunales alemanes negar la validez de las justificaciones legales existentes por la sola razón de que imposibilitaban el enjuiciamiento penal de dichos actos. El hecho de que los tribunales alemanes violaran sistemáticamente el Tratado de Reunificación en modo alguno hace más justificable la postura del Estado parte.

7.4 El autor admite que la República Democrática Alemana había adquirido obligaciones jurídicas en virtud del Pacto, pero, como a él no se le podía identificar con la República Democrática Alemana en tanto que sujeto de derecho internacional, el Pacto no podía atribuirle ni derechos ni obligaciones, y mucho menos establecer su responsabilidad penal, al no haberse incorporado ese instrumento a la legislación interna del país. El autor señala que, de conformidad con el apartado b) del párrafo 2 del artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la privación de la vida no viola el derecho humano a la vida cuando es resultado del uso de la fuerza en una situación en la que es absolutamente necesaria para practicar una detención legítima o para impedir la huida de una persona detenida legítimamente.

7.5 El autor sostiene que la colocación de minas en la frontera que separaba las dos Alemanias fue una medida militar preventiva contra un posible ataque de las fuerzas de la OTAN. Niega que las minas se colocaran con la intención de matar a nadie. Al contrario, si las minas se rodearon con vallas y se colocaron señales de advertencia muy visibles fue para disuadir a las personas de entrar en dichas zonas. Nadie obligó a las personas que pretendían cruzar ilegalmente la frontera a entrar en los campos de minas cuyo peligro conocían. El autor indica que nunca se instó a los guardias de fronteras a hacer un uso excesivo de sus armas de fuego. A las personas que intentaban cruzar ilegalmente la frontera siempre se las advertía dándoles el alto con uno

o varios disparos. Siempre podían desistir de su intento de cruzar la frontera y evitar que los guardias disparasen contra ellas; además, los guardias siempre disparaban a los pies. Según el autor, la muerte de personas que intentaban cruzar la frontera era una excepción y no la regla general.

7.6 El autor arguye que, debido a la compleja cadena de transmisión de órdenes, un miembro de alto rango de las fuerzas armadas nunca puede controlar directamente el uso de armas de fuego en cada caso particular y solo puede establecer las condiciones en las que su uso está permitido, que han de ser respetadas por todos y cada uno de los soldados. Aunque el uso de armas de fuego suele implicar un riesgo para la vida, no se puede equiparar el hecho de ordenar su uso con el hecho de matar intencionadamente a una persona. Por otra parte, el autor afirma que no se le puede considerar responsable de la política de visados de la República Democrática Alemana.

7.7 El autor afirma que el Parlamento (*Bundestag*) del Estado parte promulgó una ley en 1993 en la que se suspendían con efecto retroactivo las limitaciones legales contenidas en los artículos 82 y 83 del Código Penal de la República Democrática Alemana para el período durante el cual, por razones políticas, no se enjuiciaron en ese país los delitos cometidos en relación con el sistema de control de fronteras. El autor aduce que el Estado parte desconocía que el Consejo de Estado (*Staatsrat*), el Gobierno de la República Democrática Alemana, había aprobado el 17 de julio de 1987 una amnistía general que era aplicable también a los actos de homicidio cometidos con anterioridad al 7 de octubre de 1987.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

8.3 El Comité observa asimismo que el Estado parte no impugnó la admisibilidad de la comunicación. Por consiguiente, considera que no hay ningún inconveniente para admitirle y, en consecuencia, decide que la comunicación es admisible por cuanto plantea cuestiones en virtud de los artículos 15 y 26 del Pacto.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación tomando en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, según lo

dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 Por lo que se refiere a la denuncia del autor en virtud del artículo 15, el Comité deberá determinar si su condena por homicidio e intento de homicidio pronunciada por los tribunales alemanes constituye una violación de ese artículo.

9.3 Al mismo tiempo, el Comité observa que la naturaleza específica de cualquier violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto le exige que examine si la interpretación y aplicación de la legislación penal pertinente por los tribunales nacionales en una causa determinada parece poner de manifiesto una violación de la prohibición de imponer un castigo con carácter retroactivo o un castigo no basado en el derecho. Al hacerlo, el Comité se limitará a determinar si las acciones del autor, en el momento en que fueron cometidas, constituyeron delitos suficientemente definidos en el derecho penal de la República Democrática Alemana o en el derecho internacional.

9.4 Los homicidios tuvieron lugar en el contexto de un sistema que negaba efectivamente a la población de la República Democrática Alemana el derecho a salir libremente de su propio país. Las autoridades y las personas que aplicaban ese sistema estaban dispuestas a utilizar fuerza letal para impedir que las personas ejercieran de forma no violenta tal derecho. El Comité recuerda que, incluso utilizada como último recurso, la fuerza letal, en virtud del artículo 6 del Pacto, solamente se puede utilizar para responder a una amenaza de la misma proporción. El Comité recuerda además que los Estados partes deben evitar que sus propias fuerzas de seguridad maten de forma arbitraria²⁷. Observa por último que el uso desproporcionado de la fuerza letal era criminal de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional ya en el momento en que el autor cometió sus actos.

9.5 El Estado parte afirma correctamente que los homicidios violaban las obligaciones contraídas por la República Democrática Alemana en virtud del derecho internacional de derechos humanos, en particular el artículo 6 del Pacto. Afirma además que esas mismas obligaciones exigían el enjuiciamiento de las personas sospechosas de ser responsables de los homicidios. Los tribunales del Estado parte han llegado a la conclusión de que esos actos violaban las disposiciones sobre homicidio del Código Penal de la República

Democrática Alemana. Esas disposiciones debían interpretarse y aplicarse en el contexto de las disposiciones pertinentes de la legislación, tales como el artículo 95 del Código Penal, que excluía las defensas establecidas en el caso de violaciones de los derechos humanos (véase el párrafo 3.3), y la Ley de fronteras, que reglamentaba el uso de la fuerza en la frontera (véase el párrafo 3.5). Los tribunales del Estado parte interpretaron las disposiciones de la Ley de fronteras sobre el uso de la fuerza de forma que no excluían del ámbito del delito de homicidio el uso desproporcionado de la fuerza letal o posiblemente letal en violación de esas obligaciones de derechos humanos. Por consiguiente, las disposiciones de la Ley de fronteras no impedían que los homicidios fueran considerados por los tribunales una violación de las disposiciones al respecto del Código Penal. El Comité no encuentra que esta interpretación de la ley ni la condena del autor basada en ella sean incompatibles con el artículo 15 del Pacto.

10. En cuanto a la alegación del autor de que ha habido una violación del artículo 26 del Pacto, el Comité observa que el Tratado de creación de una Alemania Reunificada establece la aplicabilidad del derecho penal de la ex República Democrática Alemana a todos los actos cometidos en el territorio del país, antes de que la reunificación fuera efectiva. El Comité toma nota de la alegación del autor de que ciertas disposiciones del derecho del Estado parte que se habrían aplicado en relación con el uso de armas de fuego por funcionarios de la República Federal de Alemania no se habían aplicado en su caso. Sin embargo, el Comité observa que el autor no ha demostrado que las personas en situación similar en la ex República Democrática Alemana o en la ex República Federal de Alemania hayan, en efecto, sido tratadas en forma diferente. Por consiguiente, el Comité llega a la conclusión de que no ha fundamentado su reclamación y considera que no ha habido una violación del artículo 26 a este respecto.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto no ponen de manifiesto una violación de los artículos 15 y 26 del Pacto.

²⁷ Comité de Derechos Humanos, 16º período de sesiones (1982), Observación general Nº 6, art. 6, párr. 3.

Comunicación N° 981/2001

Presentada por: Teófila Casafranca de Gómez

Presunta víctima: Ricardo Ernesto Gómez Casafranca

Estado parte: Perú

Fecha de aprobación del dictamen: 22 de julio de 2003 (78° período de sesiones)

Asunto: Torturas seguidas de acusación de terrorismo

Cuestiones de procedimiento: Ninguna

Cuestiones de fondo: Tortura/trato cruel, inhumano y degradante – Derecho a la libertad y a la seguridad de la persona – Detención y privación de libertad arbitrarias – Derecho a un juicio con las debidas garantías – Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas – Presunción de inocencia – Principio de no retroactividad – Igualdad ante la ley

Artículos del Pacto: 7; 9, párrafos 1 y 3; 14, párrafos 1, 2 y 3 c); y 15

Artículo del Protocolo Facultativo: Ninguno

Conclusión: Violación (artículos 7; 9, párrafos 1 y 3; 14; y 15)

1. La autora de la comunicación, de fecha de 26 de octubre de 1999, es la Sra. Teófila Casafranca de Gómez, quien actúa en nombre de su hijo, el Sr. Ricardo Ernesto Gómez Casafranca, ciudadano peruano actualmente privado de libertad tras haber sido sentenciado a 25 años de prisión por el delito de terrorismo. Aunque la autora no invoca disposiciones concretas del Pacto, la comunicación podría suscitar cuestiones a tenor del artículo 7, los párrafos 1 y 3 del artículo 9, párrafos 1, 2 y 3 c) del artículo 14, y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual entró en vigor para el Perú el 28 de abril de 1978. El Protocolo Facultativo entró en vigor el 2 de octubre de 1980. La autora está representada por abogado.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 La víctima era estudiante de la Facultad de Odontología de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, además de colaborar en el restaurante que su familia poseía. El 3 de octubre de 1986, fue detenido en un inmueble cercano a su domicilio, adonde acudió para asearse, tras ser encañonado por varios efectivos de la policía. La detención se llevó a cabo sin una orden de arresto y sin que el detenido hubiese sido sorprendido en flagrante delito. A continuación, fue conducido a las oficinas de la DIRCOTE¹, en cuyos calabozos fue encerrado con el fin de ser investigado.

2.2 Según la autora, en la referida dependencia policial la víctima fue objeto de crueles y salvajes

torturas físicas, psíquicas y morales. En las actas del segundo juicio oral celebrado en 1998, el detenido específica que fue torturado para obtener ciertas declaraciones. En concreto, relata cómo le doblaban la mano y los brazos, le alzaban, le ponían una pistola en la boca, le llevaron a la playa e intentaron ahogarlo, y posteriormente intentaron violarlo metiéndole una vela en el ano. Asimismo, el 7 de septiembre de 2001, el Sr. Gómez Casafranca denunció ante la Dirección de Derechos Humanos de la Policía Nacional las torturas de las que había sido objeto durante su permanencia en la DIRCOTE el 3 de octubre de 1986. Dicha dirección se pronunció el 17 de septiembre de 2001 sosteniendo que aquel había contado con el asesoramiento de su abogado y que en su momento no había presentado ninguna denuncia. El Sr. Gómez Casafranca fue acusado de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, delitos contra el patrimonio y terrorismo. La autora sostiene que su hijo siempre se declaró inocente y que ni siquiera conocía a sus cómplices, quienes lo asociaron a los delitos supuestamente cometidos, posiblemente como fruto de las torturas a las que estos también fueron sometidos.

2.3 Según la autora, la policía, de manera totalmente arbitraria, estableció los cargos contra el detenido en el atestado N° 91-D4-DIRCOTE, de 22 de octubre de 1986, involucrándolo en hechos que jamás cometió ni de los que fue partícipe. Según dicho atestado, el Sr. Ricardo Ernesto Gómez Casafranca, alias "Tomás", era el mando militar de milicia de una célula terrorista de Sendero Luminoso, perteneciente a la zona Centro Sector Ñaña Chosica. Dicha célula se encargaba de reclutar más militantes, organizar "escuelas populares", realizar atentados con dinamita e incendios y efectuar aniquilamientos de efectivos policiales. Asimismo, dicho atestado establece que el Sr. Gómez Casafranca es autor, con otras personas, de un delito de terrorismo al haber participado en un atentado con bombas incendiarias de fabricación casera contra la Compañía "La Papelera Peruana SA", hecho ocurrido el 31 de julio de 1986. El autor fue igualmente acusado de otros delitos, contra la vida, el cuerpo y la salud y contra el patrimonio. Según el atestado, se registró al Sr. Gómez Casafranca y no se encontraron armas, explosivos ni propaganda subversiva. Asimismo, el registro domiciliario dio resultados negativos. Sin embargo, tras un examen grafotécnico, se encontró que la escritura hallada en diversos textos políticos calificados como subversivos correspondía a la de Ricardo Ernesto Gómez Casafranca. Además, los detenidos Sres. Sandro Galdo Arrieta, Francisco Reyna García, Ignacio Guizado Talaverano y la Sra. Rosa Luz Tineo

¹ Dirección Nacional contra el Terrorismo.

Suasnabar lo acusaron de pertenecer a Sendero Luminoso.

2.4 El detenido fue puesto a disposición del juez de instrucción N° 39 de la Corte Superior de Lima, quien abrió una investigación y emitió orden de detención el 23 de octubre de 1986. Según la autora, la Fiscalía no aportó prueba alguna que pudiera corroborar las acusaciones de las que fue objeto su hijo. Por su parte, el informe de la Fiscalía Provincial de fecha 22 de julio de 1987 establece que, de acuerdo con lo constatado en el atestado policial, el Sr. Gómez Casafranca, entre otros, forma parte de la célula terrorista de Sendero Luminoso perteneciente a la zona Centro Sector Ñaña Chosica. Dicho informe se refiere también a las diversas declaraciones de otros inculcados, quienes sostuvieron que no ratificaban su declaración policial por haber sido obtenida bajo tortura².

2.5 Durante la fase oral del juicio, los jueces se limitaron a interrogar a la presunta víctima tomando como base las argumentaciones policiales y sin tener en cuenta lo actuado en la fase de instrucción. El 22 de diciembre de 1988, el Séptimo Tribunal Correccional de Lima dictó sentencia absolutoria a su favor, al considerarla inocente de los cargos establecidos en su contra.

2.6 La Fiscalía General de la Nación interpuso un recurso de nulidad contra dicha sentencia, siendo esta declarada nula el 11 de abril de 1997 por la Corte Suprema sin rostro. La Corte argumentó que no se habían apreciado debidamente los hechos ni se habían verificado adecuadamente las pruebas.

2.7 El 11 de septiembre de 1997, la policía detuvo al Sr. Ricardo Ernesto Gómez Casafranca en su domicilio con el fin de que este compareciera de nuevo en un juicio oral basado en los mismos cargos, siendo sentenciado esta vez, el 30 de enero de 1998, a 25 años de privación de libertad por la Sala Penal Especial contra el Terrorismo. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 18 de septiembre de 1998.

La denuncia

3.1 La autora alega que se ha violado el derecho de su hijo a la integridad personal, física, psíquica y moral y su derecho a no ser sometido a tortura durante la detención. Alega también que se ha violado el derecho de la víctima a la libertad y a la seguridad personal.

3.2 La autora alega igualmente que el Estado parte, mediante la aplicación de su política de lucha contra la insurgencia, ha violado las garantías jurídicas del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Sostiene también que se han violado los derechos a la protección judicial, a ser oído con las debidas garantías y a la presunción de inocencia. Además, la sentencia condenatoria de su hijo se habría basado únicamente en la transcripción del informe policial, habiéndose omitido tanto una legítima

² Sres. Sandro Galdo Arrieta, Francisco Reyna García, Ignacio Guizado Talaverano y Sra. Rosa Luz Tineo Suasnabar.

motivación como una individualización de la responsabilidad criminal.

3.3 Por último, la autora alega la violación de los principios de legalidad de igualdad de la víctima ante la ley y la no retroactividad.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En su comunicación de fecha 20 de diciembre de 2001, el Estado parte reconoce que todos los requisitos de admisibilidad han sido cumplidos, ya que la víctima agotó todos los recursos disponibles de la jurisdicción interna y que el asunto no ha sido sometido a ninguna otra instancia internacional.

4.2 En cuanto al fondo, el Estado parte aclara que la detención del Sr. Gómez Casafranca fue llevada a cabo en aplicación de la ley para investigar un delito de terrorismo y en el marco de la Constitución de 1979, vigente en aquel momento. El Decreto legislativo N° 46, aprobado el 10 de marzo de 1981, es decir, con anterioridad a la detención de la presunta víctima, preveía en su artículo 9 que las fuerzas policiales podían llevar a cabo la detención preventiva de los presuntos implicados como autores o partícipes, por un término no mayor a 15 días, con la obligación de dar cuenta por escrito al ministerio público y al juez instructor en un plazo de 24 horas. Por tanto, la policía actuó de conformidad con dicha ley.

4.3 El Estado parte sostiene que la comunicación no controvierte la compatibilidad legislativa del Decreto legislativo N° 46 con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni tampoco su validez ante los tribunales nacionales. El Estado parte alega que los jueces peruanos habrían podido declarar la incompatibilidad del decreto con la Constitución en caso de que hubieran considerado que este no era aplicable al hijo de la autora. Tampoco ejerció el interesado ninguna acción de garantía, *habeas corpus* o *amparo*, ni durante la detención preventiva ni en el proceso judicial por terrorismo. Por tanto, su detención se realizó de conformidad con el artículo 9, párrafo 1, del Pacto.

4.4 En cuanto a las alegaciones de la autora de que su hijo fue sometido a crueles torturas, el Estado parte sostiene que en el expediente de indulto³ existe una transcripción de los certificados médicos que corroboran la inexistencia de maltratos físicos a la víctima.

4.5 Igualmente afirma el Estado parte que la comunicación se refiere únicamente a la existencia de torturas, pero no se detalla la fecha de estas ni las modalidades que se habrían presuntamente empleado contra la

³ La Ley N° 26655 fue promulgada con el objetivo de proponer indultos para condenados por terrorismo, cuya tramitación lleva a cabo el Consejo Nacional de Derechos Humanos del Perú. En el expediente no hay información alguna sobre la decisión que se hubiere tomado con respecto al Sr. Gómez Casafranca; todo parece indicar que continúa en prisión.

víctima. Por consiguiente, no se acredita que existió una violación del artículo 7 del Pacto.

4.6 El Estado parte considera que se han respetado las garantías procesales contempladas en el artículo 14 del Pacto. Según el Estado parte, las alegaciones de la autora en el sentido de que ha existido una violación del procedimiento reglamentario y la tutela jurisdiccional, del derecho a la protección judicial y a ser oído con las debidas garantías, del principio de presunción de inocencia, y de la motivación basada en los hechos y la ley aplicable, no han sido fundamentadas.

4.7 Según el Estado parte, la víctima fue juzgada en condiciones de igualdad ante los tribunales de justicia peruanos. Fue oída en audiencias públicas en las dos ocasiones que compareció ante un tribunal formado por jueces profesionales, especializados en materia penal, donde tuvo oportunidad de ser escuchada y donde pudo ejercer su derecho a la defensa tanto por él mismo como por un abogado de su elección. Afirma el Estado parte que los tribunales que la juzgaron ya se habían constituido con anterioridad a su comparecencia, de acuerdo a las leyes vigentes en aquella época: Código de Procedimiento Penal aprobado por la Ley N° 9024, de 23 de noviembre de 1939, y el Decreto-ley N° 25475, modificado en virtud de la Ley N° 26248⁴ y la Ley N° 26671⁵, por la que quedaron sin efecto los denominados "tribunales sin rostro". Es decir, que ningún tribunal "sin rostro" lo juzgó en audiencia privada, sino que en las dos oportunidades fue examinado en audiencias públicas por jueces integrantes de un tribunal competente (prefijado por ley), independiente (seleccionado con las garantías institucionales previstas en la Constitución y en la ley) e imparcial.

4.8 El Estado parte afirma que, si bien la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que decretó la nulidad de la sentencia absolutoria el 11 de abril de 1997 fue una sala sin rostro, la sentencia fue suficientemente motivada.

4.9 Con respecto al principio de presunción de inocencia recogido en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto, este fue respetado durante la investigación judicial y el juzgamiento. A través de la producción de pruebas en un proceso justo, los magistrados concluyeron que se desvirtuó la presunción de inocencia por las declaraciones testimoniales recibidas y demás medios probatorios. En el mismo sentido, la Corte Suprema concurrió en las mismas razones para confirmar la condena.

4.10 El Estado parte defiende que las resoluciones judiciales se han fundado en los elementos de hecho y de derecho. Aunque no se trata de un derecho contemplado expresamente en el Pacto, obedece al concepto de garantías procesales.

⁴ Ley N° 26248, de 25 de noviembre de 1993, que restituyó la procedencia del hábeas corpus en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria.

⁵ Ley N° 26671, de 12 de octubre de 1996, que estableció que a partir del 15 de octubre de 1997 quedarían sin efecto los enjuiciamientos por jueces "sin rostro".

4.11 En cuanto a las alegaciones de que se han vulnerado los principios de legalidad, igualdad ante la ley y no retroactividad, el Estado parte sostiene que los tribunales de justicia investigaron y sancionaron a la presunta víctima por el delito de terrorismo, y aplicaron las normas penales especiales que regulan su investigación y sanción, es decir, aplicaron en el juzgamiento de 1998 el Decreto legislativo N° 46, de 10 de marzo de 1981, la Ley N° 24651, de 6 de marzo de 1987, y el Decreto-ley N° 25475 de 5 de mayo de 1992, en cuanto a las normas procesales aplicada.

4.12 En el caso de la sentencia absolutoria de 22 de diciembre de 1988, el Estado parte sostiene que el Séptimo Tribunal Correccional aplicó como norma penal sustantiva el Decreto legislativo N° 46, vigente en la época de los hechos imputados a la víctima, consistentes en el homicidio del policía Román Rojas Saavedra el 20 de junio de 1986, el amago de incendio de la fábrica "Papelera Peruana S.A." el 31 de julio de 1986, la voladura de torres de alta tensión el 27 de julio de 1986, el homicidio del cabo de la policía Aurelio da Cruz del Águila el 11 de agosto de 1986, el homicidio del policía Rolando Marín Paucar el 2 de septiembre de 1986 y la planificación del homicidio de Enrique Thomas Ojeda, candidato del Partido Aprista Peruano en Chaclacayo.

4.13 El Decreto legislativo N° 46 fue derogado por el artículo 6 de la Ley N° 24651 de 6 de marzo de 1987. Esta última norma penal fue aplicada en la sentencia condenatoria de 30 de enero de 1998. La Sala Penal Corporativa para casos de terrorismo de la Corte Superior de Justicia de Lima aplicó en este caso una norma penal posterior a los hechos que consideró ilícitos (Ley N° 24651). Tal resolución fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia el 18 de septiembre de 1998. Sin embargo, tanto en el Decreto legislativo N° 46 como en la Ley N° 24651 se sancionaban hechos punibles que constituían delitos de terrorismo con penas semejantes. Por tanto, la autora no ha argumentado cómo este punto podría ser incompatible con el artículo 15 del Pacto.

4.14 Por último, el Estado parte aprecia que los actos por los que los tribunales de justicia peruanos condenaron a la víctima eran delictivos según el derecho nacional aplicado, pudiéndose subsanar la norma que por vigencia temporal corresponde para una correcta calificación legal de la conducta. Esta situación podría ser resuelta a través de una nueva resolución judicial, y no por el poder ejecutivo.

4.15 En conclusión, el Estado parte reafirma que no emite ninguna observación sobre la admisibilidad, que se han respetado las garantías procesales, y que no se ha vulnerado el derecho de la víctima a la libertad ni a la integridad personal.

Comentarios de la autora sobre la admisibilidad y el fondo

5.1 En sus comentarios, la autora alega que todo lo sostenido por el Estado parte es falso, teniendo como

único objetivo ocultar la violación de los artículos 9 y 14 del Pacto. Según la autora, el Estado parte no ha dado respuesta a sus alegaciones específicas con respecto a la víctima, que se encuentra condenada a una pena privativa de libertad tras haber sido juzgada por un tribunal "sin rostro", condenado sin pruebas, sin individualizar la responsabilidad material, e incluso aplicando leyes que no estaban vigentes cuando ocurrieron los hechos, como es la sentencia de 30 de enero de 1998.

5.2 En relación a la detención de la víctima, la autora afirma que se produjo sin mandato judicial y sin que se encontrara en flagrante delito. En lo relativo al período de detención, el máximo permitido con respecto a la detención preventiva en la dependencia policial era de 15 días según la ley. Sin embargo, la víctima fue detenida durante 22 días y la sentencia no se pronunció a ese respecto. Además, el Estado parte no ha proporcionado ninguna información con respecto a las torturas de las que fue objeto la víctima.

5.3 La autora sostiene que dicha sentencia es la continuación de métodos que aplicaron los tribunales "sin rostro". Se violó el derecho a un procedimiento reglamentario, a la presunción de inocencia y a la carga de la prueba, así como el principio de legalidad. Asimismo, la autora afirma que esta sentencia es la reproducción literal del atestado policial que vulneraba el principio de legalidad y de igualdad ante la ley. Además, sostiene que la víctima fue condenada en virtud de una ley que no estaba vigente en el momento de la comisión de los hechos, ya que estos se cometieron entre junio y septiembre de 1986 y la sentencia fue sustanciada en virtud de la Ley N° 24651, de 6 de marzo de 1987.

5.4 La autora afirma que esta sentencia ha violado los principios de libertad y seguridad personal, el principio de igualdad ante la ley y de no retroactividad, el respeto de las garantías procesales y la tutela jurisdiccional efectiva.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 El Comité ha comprobado que, en cumplimiento con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional. Ha comprobado también que la víctima ha agotado los recursos de la jurisdicción interna a los efectos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.3 El Comité toma igualmente nota de que el Estado parte no ha rebatido que los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo sean aplicables

en este caso, aceptando de esta manera su admisibilidad. Por ello, y teniendo en cuenta las alegaciones de la autora, el Comité declara la comunicación admisible y procede al examen del fondo, sobre la base de las informaciones proporcionadas por las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 En lo que se refiere a las alegaciones de la autora de que su hijo fue sometido a malos tratos durante el período de detención en la dependencia policial, el Comité observa que, si bien la autora no proporciona mayor información al respecto, las copias adjuntas de las actas del juicio oral de 30 de enero de 1998 muestran cómo la víctima hizo una descripción detallada ante el juez de los actos de tortura a los que había sido sometida. Teniendo en cuenta que el Estado parte no ha proporcionado mayor información al respecto, y que tampoco inició una investigación *ex officio* por los hechos descritos, el Comité considera que existió una violación del artículo 7 del Pacto.

7.2 Con respecto a las alegaciones relativas a una violación del derecho de la víctima a la libertad y a la seguridad personal y a que esta fue detenida sin una orden de arresto, el Comité lamenta que el Estado parte no haya respondido explícitamente a dicha alegación y se haya limitado a afirmar, en términos generales, que la detención del Sr. Gómez Casafranca se llevó a cabo de conformidad con las leyes peruanas. Asimismo, el Comité señala las alegaciones de la autora de que su hijo fue detenido durante 22 días en la dependencia policial, cuando la ley prevé un período de 15 días, y considera que, al no haber contestado el Estado parte a dichas alegaciones, se debe conceder el debido peso a las mismas. Por lo tanto, el Comité concluye que hubo una violación de los párrafos 1 y 3 del artículo 9 del Pacto.

7.3 Con respecto a las quejas de la autora relacionadas con el artículo 14, el Comité observa que la absolución del Sr. Gómez Casafranca en 1988 fue anulada por una "sala sin rostro" de la Corte Suprema, que ordenó un nuevo juicio. Este solo hecho plantea cuestiones relativas a los párrafos 1 y 2 del artículo 14. Teniendo en cuenta que el Sr. Gómez Casafranca fue condenado tras un nuevo juicio celebrado en 1998, el Comité opina que, independientemente de cualquier medida tomada por la Sala Penal Especial contra el Terrorismo para garantizar la presunción de inocencia del mismo, el retraso de casi 12 años con respecto a la fecha en que los hechos ocurrieron y de 10 años con respecto al primer juicio, constituyen una violación del derecho del autor a ser juzgado sin dilaciones indebidas, contemplado en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14. En las circunstancias del caso, el Comité concluye que existió una violación del artículo 14 del Pacto, que se refiere al derecho a un juicio con las debidas garantías, tomado en su conjunto.

7.4 En lo que respecta a las alegaciones de la autora de que hubo una violación de los principios de no

retroactividad e igualdad ante la ley, al aplicar el Estado parte la Ley N° 24651, de 6 de marzo de 1987, posterior a los hechos incriminados, el Comité señala que el Estado parte reconoce que esto en realidad ocurrió. Si bien es cierto que, como dice el mismo Estado parte, los actos de terrorismo, en el momento en que sucedieron los hechos, ya estaban definidos como delictivos en el Decreto legislativo N° 46, de marzo de 1981, no es menos cierto que la Ley N° 24651 de 1987 modifica las penas, imponiendo límites mínimos superiores, es decir, agravando la situación de los condenados⁶. Aunque el Sr. Gómez Casafranca fue sentenciado a la pena mínima de 25 años, conforme a la nueva ley, esta pena fue mayor que el doble de la pena mínima señalada en la ley anterior, y la Corte no proporcionó explicación alguna sobre cuál habría sido la sentencia si se hubiese aplicado la ley anterior. Por esta razón, el Comité concluye que hubo violación del artículo 15 de Pacto.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto constituyen una violación del artículo 7, de los párrafos 1 y 3 del artículo 9, y de los artículos 14 y 15 del Pacto.

9. En virtud del apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte debe poner en

libertad al Sr. Gómez Casafranca y proporcionarle una indemnización apropiada. Asimismo, el Estado parte tiene la obligación de procurar que no ocurran violaciones análogas en el futuro.

10. Teniendo en cuenta que, al adherirse al Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, conforme al artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo y ejecutorio en el caso de que se haya comprobado una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información acerca de las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide también al Estado parte que haga público el dictamen del Comité.

⁶ El Decreto legislativo N° 46, de marzo de 1981, establece como pena mínima 12 años de prisión y no establece una pena máxima. La Ley N° 24651 de 1987 establece como pena mínima 25 años de prisión y como pena máxima la cadena perpetua, pero únicamente en cuanto se refiere a los dirigentes de una organización terrorista.

Comunicación N° 983/2001

Presentada por: John K. Love, William L. Bone, William J. Craig y Peter B. Ivanoff (representados por la abogada Kathryn Fawcett)

Presunta víctima: Los autores

Estado parte: Australia

Fecha de aprobación del dictamen: 25 de marzo de 2003 (77° período de sesiones)

Asunto: Edad de jubilación obligatoria de los pilotos

Cuestiones de procedimiento: Compatibilidad *ratione temporis* y persistencia de los efectos – Concepto de víctima – Incompatibilidad *ratione materiae*

Cuestiones de fondo: Discriminación por motivos de edad (otra condición) – Criterios razonables y objetivos

Artículos del Pacto: 2, párrafos 2 y 3; y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 1 y 2

Conclusión: Ausencia de violación

1. Los autores de la comunicación son los Sres. William L. Bone, William J. Craig, Peter B. Ivanoff y John K. Love, australianos todos, que afirman ser víctimas de una violación por Australia de los párrafos 2 y 3 del artículo 2 y del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Están

representados por una abogada. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor para Australia el 25 de diciembre de 1991.

Los hechos expuestos

2.1 El 27 de octubre de 1989, el 24 de noviembre de 1989, el 10 de enero de 1990 y el 24 de marzo de 1990, respectivamente, los señores Ivanoff, Love, Bone y Craig, todos pilotos experimentados, comenzaron sus contratos para pilotar los aviones nacionales de Australian Airlines, que actualmente forma parte de Qantas Airlines Limited. Australian Airlines era propiedad exclusiva del Estado y estaba dirigida por una administración designada por el Gobierno. La línea aérea rescindió los contratos de los autores cuando cumplieron 60 años con arreglo a una norma de jubilación obligatoria por la edad. La fecha de la jubilación obligatoria era el día anterior a que cumplieran los 60 años, es decir, para el Sr. Craig el 29 de agosto de 1990,

para el Sr. Ivanoff el 18 de septiembre de 1990, para el Sr. Bone el 12 de octubre de 1991 y para el Sr. Love el 17 de mayo de 1992. En sus contratos de trabajo no había ninguna cláusula específica relativa a la jubilación obligatoria a esa edad ni a ninguna otra. Cada uno de los autores tenía una licencia válida de piloto, así como un certificado de buena salud, en el momento de la rescisión del contrato. Después de la rescisión de su contrato, el Sr. Ivanoff fue contratado por otra línea aérea para pilotar aviones B727 y en 1997 trabajaba como instructor de simulación de vuelo en aviones B737¹.

2.2 Del 25 de diciembre de 1991 en adelante, la aerolínea se negó a negociar la nueva contratación de los autores, como ellos pedían. El 12 de junio de 1992, los cuatro autores presentaron una denuncia a la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades (CDHIO) de Australia en que afirmaban que habían sufrido discriminación por la edad. La investigación de los hechos se prolongó, según los autores, por la negativa de la aerolínea a intervenir en las negociaciones o en un procedimiento de conciliación y, posiblemente, por información médica discutible. Tras la adquisición de Australian Airlines por la empresa estatal Qantas en 1993, la totalidad de esta pasó a manos privadas en una venta realizada el 31 de julio de 1995.

2.3 El 30 de marzo de 1994 se modificó la Ley federal de relaciones laborales de 1988, declarándose ilegal rescindir el contrato de trabajo por motivos de edad. Después de la enmienda, otro piloto de Australian Airlines, el Sr. Allman, perdió su empleo al cumplir 60 años. Demandó a la empresa y el 18 de marzo de 1995 el Juzgado de Trabajo falló a su favor. En consecuencia, el Sr. Allman volvió a ser contratado. Desde entonces, Qantas (que había adquirido Australian Airlines) dejó de exigir que sus pilotos nacionales se jubilaran a una determinada edad.

2.4 El 14 de agosto de 1995, el (entonces) Comisionado de Derechos Humanos, que cumple la función de la CDHIO de investigar cualquier acto o práctica que pueda constituir discriminación, analizó las conclusiones de algunos de sus predecesores en el cargo en el sentido de que la jubilación obligatoria era discriminatoria y concurrió en la misma opinión. El 9 de noviembre de 1995, el Comisionado procedió a investigar el despido de los autores, pidiendo explicaciones a estos y a Qantas (el demandado). El 12 de abril de 1996, el Comisionado decidió que la jubilación obligatoria de los autores al cumplir 60 años constituía discriminación en el empleo por motivos de edad. Rechazó el argumento de que un límite de 60 años de edad era necesario en sí para garantizar la seguridad de las operaciones de vuelo. El Comisionado hizo las recomendaciones siguientes a Qantas: 1) que abandonase la práctica de la jubilación obligatoria de sus empleados únicamente por haber cumplido 60 años; 2) que indemnizase a los autores por la pérdida de ingresos debida al acto de

discriminación; 3) que tomase las disposiciones necesarias para que el Sr. Ivanoff se hiciera los exámenes médicos que Qantas exige después de los 60 años y que, si cumplía estos y otros requisitos de la Dirección de Aeronáutica Civil, volviese a contratarlo y, en caso necesario, volviera a entrenarlo como piloto de aeronaves equivalentes o lo más parecidas posible a las que pilotaba antes de su jubilación obligatoria. De manera amplia, recomendó al Gobierno federal que instituyera a nivel nacional una prohibición general de la discriminación por motivos de edad que comprendiera la supresión de las disposiciones relativas a la jubilación obligatoria de la Ley del servicio público de 1922 y otras disposiciones legislativas federales.

2.5 Qantas, entonces de propiedad privada, se negó a aceptar las conclusiones del Comisionado y rechazó su recomendación de pagar una indemnización. El 10 de mayo de 1996, sus asesores jurídicos respondieron a la CDHIO que, como norma general, Qantas había interrumpido la práctica de la jubilación obligatoria a los 60 años, pero consideraba inapropiado aceptar las recomendaciones de la CDHIO de reintegración o indemnización en el presente caso. Señalaba que su política, que había estado basada ante todo en la seguridad aérea, era lícita y que no había adquirido visos de ilegalidad en virtud de la legislación que facultaba a la CDHIO para formular recomendaciones. Recordaba que había dejado en claro durante las vistas de la CDHIO que no estaría dispuesta a aceptar recomendaciones de reintegración ni de indemnización.

La denuncia

3. Los autores afirman que Australia ha violado sus derechos a la no discriminación por motivos de edad reconocidos en el artículo 26, al no protegerlos de la separación del empleo por este motivo. También alegan que se ha cometido una violación del artículo 26 por discriminación por motivos de edad, ya que Australian Airlines se negó a celebrar negociaciones para volver a contratar al Sr. Ivanoff y el Estado no facilitó esas negociaciones a partir del 25 de diciembre de 1991. Además, los autores aducen que, en los casos en que ha habido violación, el Estado parte tiene la obligación de acatar las recomendaciones de reparación de su propia Comisión de Derechos Humanos. En respuesta a la exposición del Estado parte, los autores añaden además la violación del artículo 2 por cuanto el Estado parte no les ha proporcionado un recurso efectivo por la violación de un derecho consagrado en el Pacto².

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 El 3 de enero de 2002, el Estado parte dio una respuesta en que refutaba tanto la admisibilidad como el fondo de la comunicación.

¹ No se proporciona información sobre la continuación de la vida profesional de los otros autores de la denuncia.

² Véase más adelante el párrafo 5.3.

4.2 En cuanto a la denuncia de principio de que el Estado parte no ha aplicado las recomendaciones de la CDHIO, este considera que la denuncia no se ajusta en nada al Pacto *ratione materiae*, puesto que ningún aspecto del artículo 26 lo exige.

4.3 Con respecto a las recomendaciones específicas de la CDHIO de i) revocar las disposiciones de la Ley del servicio público de 1922 sobre la jubilación obligatoria y otras disposiciones legislativas federales y ii) aprobar una ley que prohíba en general la discriminación por edad en el país, el Estado parte aduce además que la afirmación es inadmisibles *ratione personae*, puesto que las víctimas no son víctimas de la pretendida falta de adopción de esas medidas. En cuanto a la recomendación i), los autores no estaban empleados con arreglo a la Ley del servicio público de 1922, de modo que cualquier modificación o falta de modificación de esta no los habría afectado. En cuanto a la recomendación ii), los autores no han demostrado de qué forma se vieron afectados por la inexistencia de una prohibición general de la discriminación por motivos de edad. No hay ningún indicio de que tal disposición habría tenido algún efecto en la decisión de destituirlos. Tampoco hay pruebas de discriminación después de la separación ni de la forma en que se hubiera podido prevenir la discriminación en virtud de dicha disposición.

4.4 Con respecto al fondo de las afirmaciones, el Estado parte declara, en cuanto a la recomendación i), que la Ley del servicio público de 1999 suprimió el requisito de jubilación obligatoria de los empleados públicos del Commonwealth a una edad determinada. En cuanto a la recomendación ii), el Estado parte señala que no se puede hacer realidad de un día para otro una nueva legislación destinada a cambiar antiguas condiciones sociales³. Al modificar una disposición legislativa, conviene que se dé a los Estados el tiempo de introducir las modificaciones de acuerdo con su propio proceso democrático y constitucional. Hasta el momento, el Estado parte ha decidido poner en práctica una de las principales recomendaciones del informe sobre cuestiones de edad (de 2000) de la CDHIO y elaborar una ley federal que prohíba la discriminación por motivos de edad, en consulta con grupos empresariales y de la comunidad. La elaboración de la ley está en marcha. El Estado parte también ha suprimido el requisito de jubilación obligatoria por motivos de edad en algunas esferas de competencia del Commonwealth, Ley del servicio público de 1999 y Ley de supresión de la jubilación obligatoria por motivos de edad (titulares de derecho) de 2001, y tiene la intención de suprimir el requisito de jubilación obligatoria para los gerentes de empresas públicas. En 1996 la Ley de relaciones en el lugar de trabajo (en sustitución de la Ley de relaciones laborales) prohibió la rescisión del contrato de empleo por motivos de edad. En los Estados y territorios, la discriminación es ilícita en las esferas del empleo, la educación y la formación, la vivienda, los bienes y

³ El Estado parte se refiere a una argumentación parecida del Estado parte en el caso *Pauger c. Austria* (caso N° 415/1990), dictamen aprobado el 26 de marzo de 1992.

servicios y los clubes. Por consiguiente, el Estado parte arguye que en realidad está tomando medidas graduales para eliminar la discriminación por motivos de edad.

4.5 Con respecto a la denuncia de que i) los despidos por Australian Airlines violaron el artículo 26 al igual que ii) la falta de protección del Estado a ese respecto, el Estado parte aduce que la reclamación es inadmisibles *ratione temporis* en relación con los Sres. Bone, Craig e Ivanoff. Estos tres autores fueron despedidos antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo. Ellos tampoco han argüido que existan efectos persistentes que constituyan en sí mismos una violación del Pacto. El Estado parte afirma que la consecuencia de los despidos —haber perdido el empleo— no constituyó en sí una violación del Pacto, puesto que se trató de acontecimientos de carácter único. Todo argumento sobre la existencia de efectos persistentes por la negativa de volver a contratar a los autores, de estar bien concebido, constituiría, si acaso, un nuevo acto de discriminación separado.

4.6 Por otro lado, el Estado parte aduce que, como los despidos fueron obra de una sociedad mercantil y no del Gobierno, la alegación no se refiere al Estado parte, como se exige en el artículo 1 del Protocolo Facultativo, y se remite a la jurisprudencia del Comité en que se ha dictaminado que las comunicaciones dirigidas contra entidades no estatales son inadmisibles⁴. Asimismo, arguye que su responsabilidad por los actos de una sociedad mercantil depende de su vinculación con ella. Aun cuando una entidad no forme parte de la estructura oficial del Estado, sus actos pueden constituir actos oficiales cuando el ordenamiento jurídico interno la faculte para ejercer algún aspecto de la autoridad gubernativa⁵. En el presente caso, si bien el Estado parte era el único accionista de Australian Airlines, una empresa pública del Commonwealth en el momento de los despidos, el Gobierno no intervenía en la administración cotidiana de la empresa.

4.7 El Estado parte explica que su relación con la aerolínea se regía por diversas leyes relativas a sus disposiciones generales de gestión y su política para con las empresas públicas. En 1988 la modificación de la política dio más autonomía y más flexibilidad a la aerolínea, con un mínimo de control oficial. Tras la aprobación de la Ley de Australian Airlines (nacionalización) de 1988, dejaron de estar al cargo del servicio público los controles cotidianos, por lo que más operaciones pasaron a estar sujetas a decisiones de gestión comercial que incumbían a una junta directiva con mayores responsabilidades. Las cuestiones relativas al empleo correspondían a la administración de la línea aérea, al frente de la que se encontraba su junta directiva, en el marco de amplias directrices oficiales. En calidad de

⁴ *F. G. G. c. los Países Bajos* (caso N° 209/1986, decisión adoptada el 25 de marzo de 1987) y *DdB c. los Países Bajos* (caso N° 273/1989, decisión adoptada el 30 de marzo de 1989).

⁵ Shaw, M.: *International Law* (4ª edición) (1997), págs. 548 y 549; Brownlie, I.: *Principles of Public International Law* (5ª edición), pág. 449.

sociedad mercantil, la aerolínea actuaba conforme a su criterio y no ejercía facultades gubernativas. Por consiguiente, si se cometió algún acto de discriminación (lo que se niega), la responsabilidad recae en Australian Airlines y no en el Estado parte.

4.8 En cuanto al fondo de esta alegación, el Estado parte sostiene que los despidos se basaron en criterios razonables y objetivos, no violaron el artículo 26 y, por tanto, los autores no necesitaban protección contra esas medidas. El Estado parte remite a la jurisprudencia del Comité en el sentido de que las distinciones no constituyen discriminación si están basadas en motivos razonables y objetivos y tienen un propósito legítimo. El Estado parte sostiene que, por cuestión de lógica e imparcialidad, se debe llegar a esa conclusión sobre la base de la información disponible en el momento de adoptar las medidas. Así, la aparición posterior de una práctica contraria no afecta a una distinción razonable y objetiva hecha conforme a la información médica de que dispuso la aerolínea.

4.9 El Estado parte señala que el criterio probatorio del Comité es distinto del que aplican la CDHIO y los tribunales australianos, es decir, el criterio de las calificaciones exigidas para probar que se justifica una distinción por motivos de edad⁶. Por tanto, las decisiones de estos órganos locales en que se niega que una edad precisa era un requisito médico exigido no determinan la cuestión más amplia de si los despidos tuvieron una justificación objetiva y razonable.

4.10 En el caso particular, el Estado parte aduce que los despidos estaban justificados porque se debían a una norma aceptada internacionalmente, estaban basados en estudios e informes médicos, y tenían por objeto garantizar la mayor seguridad posible a los pasajeros y demás personas afectadas por los viajes en avión (un propósito legítimo con arreglo al Pacto). Ante la CDHIO Qantas ha argumentado que la jubilación era necesaria a fin de reducir al mínimo el riesgo para la seguridad de los pasajeros, la tripulación y el público en general; si bien todo límite de edad era arbitrario puesto que algunos pilotos en perfectas condiciones se verían obligados a jubilarse, el límite de 60 años establecía un equilibrio justo entre el deseo de los pilotos de prolongar su carrera y la seguridad pública. Del mismo modo, la decisión del jefe de pilotos de Australian Airlines de imponer una jubilación obligatoria estaba basada en una costumbre universal e inveterada de la industria aérea nacional y las calificaciones exigidas para el empleo.

4.11 El Estado parte aduce que la decisión se basó en estudios e informes médicos obtenidos de diversos documentos científicos publicados sobre el tema⁷. En

⁶ *J. B. Christie c. Qantas Airways Ltd.* (1995) AILR 38; *Qantas Airways Ltd. c. Christie* (1998) 193 CLR 280.

⁷ Los estudios a los que alude el Estado parte (Kulak y otros, "Epidemiological Study of In-flight Airline Pilot Incapacitation" (1971); Booze, "An Epidemiological Investigation of Occupation, Age and Exposure in General Aviation Accidents" (1977); National Institutes of Health, "Report of the National Institute on Aging Panel on the

las actuaciones judiciales llevadas a cabo en el caso *Christie*, los peritos también estimaron que el límite de edad era "prudente y necesario" y se justificaba por la información médica y operacional. Si bien la CDHIO aceptó la decisión judicial en el caso *Christie* de que ninguno de los estudios citados apoyaba una conclusión sobre [la jubilación obligatoria y] la seguridad aérea, el Estado parte sostiene que este no es un factor determinante de la cuestión más amplia de los criterios razonables y objetivos. En cambio, los estudios y los datos médicos disponibles en el momento de los despidos podían hacer pensar que la jubilación obligatoria era necesaria para la seguridad y que los despidos eran objetivos y razonables.

4.12 Además, la política de jubilación obligatoria fue instituida en razón de las normas internacionales de seguridad de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), que deben ser de obligatorio cumplimiento y que muchos Estados siguen por considerarlas como prácticas óptimas. Cabe esperar que los Estados se ajusten a las normas y procuren atenerse a las prácticas recomendadas. El Convenio de Aviación Civil Internacional dispone la norma de 60 años como límite para los comandantes de vuelos internacionales y recomienda la práctica del límite de 60 años para los copilotos. De 186 Estados, 162 *no* han notificado a la OACI que no se ajustan a la norma. Basándose en estas cifras, el Estado parte deduce que se trata de una norma de seguridad de amplia aceptación internacional y señala que los despidos fueron razonables y objetivos.

4.13 En 1992 el Estado parte modificó su Reglamento de aeronáutica civil de modo que los pilotos de 60 a 65 años de edad, e incluso de más de 65 años, de aviones comerciales de pasajeros pudiesen trabajar si, entre otras cosas, se habían verificado sus conocimientos aéreos y su capacidad de pilotar un avión un año o seis meses, respectivamente, antes de volar. El 3 de marzo de 2000, el Estado parte notificó a la OACI su incumplimiento de la norma y de la práctica recomendada. Así, el Estado parte permite que pilotos de más de 60 años trabajen, aunque reconoce que existen motivos de seguridad que exigen la adopción de medidas de precaución. Si bien ya no acepta que la jubilación obligatoria a los 60 años sea en sí necesaria para garantizar la seguridad, en el momento de los despidos era razonable y objetivo que se basara en esa consideración, pues en ese momento los conocimientos médicos indicaban que existían riesgos que se producían únicamente después de los 60 años. Por consiguiente, la distinción no fue contraria al artículo 26 y el Estado parte no tenía la obligación de proteger a los autores frente a su aplicación.

4.14 En cuanto a la afirmación de que la negativa a celebrar negociaciones para volver a contratar a los pilotos constituyó discriminación por motivos de edad,

Experienced Pilots Study" (1981); Golaszewski, "The Influence of Total Flight Time, Recent Flight Time and Age on Pilot Accident Rates" (1983); y Oficina de Evaluación Tecnológica del Congreso de los Estados Unidos, "Medical Risk Assessment and the Age 60 Rule for Airline Pilots" (1990)) se resumen en el informe de la CDHIO.

el Estado parte vuelve a aducir que fue una negativa de Australian Airlines, de la que no era responsable. Además, esta afirmación no se ha justificado, porque los autores no han facilitado información sobre las pretendidas negativas ni han explicado por qué constituían discriminación por motivos de edad. Por lo tanto, basándose en estas dos razones, esta afirmación también es inadmisibile.

Comentarios de los autores

5.1 En diversas exposiciones de fecha 14 de marzo de 2002, los autores rechazan los planteamientos del Estado parte.

5.2 Para comenzar, aclaran que no hacen ninguna alegación con respecto a la Ley del servicio público de 1922.

5.3 En cuanto a la primera afirmación (que el Estado parte no aprobó ninguna ley que prohibiese de modo general la discriminación por motivos de edad, a diferencia de lo que había recomendado la CDHIO), los autores desarrollan su denuncia. Sostienen que la falta de aprobación en sí quebranta el Pacto. Además, como uno de los propósitos fundamentales de la CDHIO es proteger los derechos reconocidos en el Pacto, no dar cumplimiento a sus recomendaciones cuando determina que esos derechos han sido violados es faltar a las obligaciones del Estado parte dimanantes de los párrafos 2 y 3 del artículo 2 y del artículo 26 del Pacto. De otro modo y como mínimo, la falta de aplicación de las recomendaciones de la CDHIO se debe considerar una prueba de violación del Pacto.

5.4 Con respecto a la admisibilidad de esta primera reclamación, los autores citan el criterio probatorio de que las víctimas se han visto efectivamente afectadas como en el caso *Mujeres mauricianas*⁸ y aducen que no formulan alegaciones abstractas sino que cumplen esta condición del modo siguiente: i) en el momento de los despidos, no había ninguna legislación en vigor que hiciese ilegal dicha política, y/o ii) cuando se entabló el pleito el 12 de junio de 1992 no había ninguna legislación en vigor que permitiese impugnar eficazmente el despido, y/o iii) en el momento en que la CDHIO formuló sus recomendaciones no había ninguna legislación en vigor para exigir que se cumplieran, y/o iv) en el caso del Sr. Ivanoff, no existía ninguna disposición que le concediese reparación por no haber sido contratado nuevamente en ese momento.

5.5 En cuanto al fondo de la primera reclamación, los autores invitan al Comité a rechazar la declaración del Estado parte de que va aplicando gradualmente las recomendaciones de la CDHIO con el correr del tiempo. Aducen que, aun cuando a lo largo de los años el Gobierno ha recibido recomendaciones referentes a prohibir la discriminación por motivos de edad, no ha puntualizado la marcha de la elaboración del proyecto de ley sobre la discriminación por motivos de edad ni su

contenido, ni si entrará en vigor o cuándo. Los autores aducen que el caso es distinto de la situación expuesta en *Pauger c. Austria*⁹, en que se facilitó información sobre el calendario y la aplicación de una legislación que mejorase la situación. Si el Comité acepta que el Estado parte está adoptando medidas apropiadas, los autores señalan que en el caso *Pauger* el Comité consideró que el Estado parte reconocía implícitamente que se habían presentado argumentos a favor de la denuncia. Análogamente aquí, según los autores, el Estado parte no había negado que violaba el Pacto al no prohibir de modo general la discriminación por motivos de edad sino que, al exponer las medidas que se están adoptando en reparación del quebrantamiento, está reconociendo que este se ha producido. Por otro lado, en el caso *Pauger* el Comité opinó que el Estado parte debía ofrecer a la víctima una solución apropiada a pesar de las medidas que se estaban tomando, por lo que los autores invitan al Comité a seguir el mismo criterio.

5.6 En cuanto a la segunda reclamación (que el Estado parte permitió el despido de los autores de Australian Airlines por motivos discriminatorios en contravención de sus obligaciones derivadas del artículo 26), los autores rechazan los argumentos del Estado parte en cuanto a la admisibilidad. Con respecto a los argumentos de inadmisibilidad *ratione temporis* en el caso de los tres autores despedidos antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo el 25 de diciembre de 1991 (la fecha pertinente), aducen que esos actos de discriminación persistían, o tenían efectos persistentes, después de esa fecha de diversas formas: a) se les impidió trabajar para su antiguo empleador, después de la fecha pertinente, a causa de la política de jubilación obligatoria, b) presentaron denuncias a la CDHIO después de la fecha pertinente, c) la CDHIO dictaminó a su favor después de esa fecha y d) su antiguo empleador, después de la fecha pertinente, no llevó a efecto las conclusiones de la CDHIO y, en el caso del Sr. Ivanoff, no volvió a contratarlo.

5.7 Los autores también rechazan el argumento del Estado parte de inadmisibilidad *ratione personae*, en que se sostenía que, en vista de que Australian Airlines era una sociedad mercantil y una empresa pública del Commonwealth en el momento de los despidos, sujeta a las disposiciones normales referentes a la fiscalización, rendimiento, responsabilidad y ejecución de las actividades de la empresa, el Estado parte no había cometido ninguna violación. Los autores aducen que, si bien se habían tomado algunas medidas para dar cierto grado de independencia a la aerolínea, su constitución en sociedad había tenido lugar con arreglo a la ley, y el Gobierno del Estado parte era el único accionista. Sostienen que, en último término, la responsabilidad de las decisiones de gestión recaía en el Gobierno en su calidad de único accionista y, por consiguiente, este tenía responsabilidad directa por los despidos discriminatorios. Asimismo, el Estado parte era responsable de los despidos, así como de los efectos subsiguientes, por

⁸ *Aumeeruddy-Cziffra y otros c. Mauricio* (caso Nº 35/1978, dictamen aprobado el 9 de abril de 1981).

⁹ *Op. cit.*

no haber aprobado leyes que impidiesen la discriminación por motivos de edad.

5.8 En cuanto al fondo de la segunda reclamación, los autores aducen que los despidos no estuvieron basados en motivos razonables y objetivos, de modo que se violó el artículo 26. Sostienen que el criterio correcto es saber si en el momento del despido la distinción por motivos de edad era objetiva, razonable y legítima a efectos de cumplimiento del Pacto. Los autores señalan que este criterio no es fundamentalmente diferente del que aplican la CDHIO y los tribunales australianos¹⁰, que evaluaron si las calificaciones exigidas a los pilotos de aerolíneas incluían tener menos de 60 años y decidieron que no era el caso. Los autores sostienen que la CDHIO, al rechazar lo planteado por Australian Airlines, dictaminó implícitamente que la distinción por motivos de edad no era ni razonable ni objetiva y que, por consiguiente, el Comité no tiene necesidad de volver a examinar esa cuestión *ab initio*.

5.9 Los autores hacen hincapié en que diversas consideraciones que ahora hace el Estado parte en apoyo de la afirmación de que la distinción por motivos de edad era objetiva y razonable fueron examinadas por la CDHIO para llegar a sus conclusiones. Entre esas consideraciones figuraban: a) que la edad de jubilación obligatoria estaba basada en una norma de aceptación internacional, b) que los conocimientos médicos apoyaban la política, c) que la política aseguraba la mayor seguridad posible a los pasajeros de aviones, d) que el jefe de pilotos de Australian Airlines impuso la edad de jubilación obligatoria a causa de una práctica inveterada de la industria. Los autores señalan que el Estado parte no ha cumplido las normas internacionales en que pretende basar su justificación de la política de jubilación obligatoria. Efectivamente, el Estado parte admite que ya no reconoce que la edad de jubilación obligatoria a los 60 años sea necesaria para garantizar la seguridad. Los autores aducen que, desde un punto de vista objetivo y razonable, en realidad nunca había sido necesaria.

5.10 En cuanto al argumento del Estado parte de que el criterio probatorio pertinente debe ser lo que Australian Airlines *estimaba* razonable en el momento de los despidos, los autores señalan que este tipo de criterio "subjetivo" fue rechazado por la CDHIO. Aducen que el criterio de la justificación de la distinción debe ser objetivo; de lo contrario, el Estado parte simplemente puede afirmar su convicción de que una diferenciación era razonable para evitar que se considere que ha violado el Pacto. Los autores añaden que el Estado parte no había demostrado de qué forma la distinción hecha en el presente caso tenía por objeto alcanzar un propósito que es legítimo con arreglo al Pacto, siendo este un elemento adicional del criterio objetivo y razonable que satisfacer.

5.11 En todo caso, los autores sostienen que la decisión de la CDHIO era conforme a la interpretación internacional del Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de la Organización

Internacional del Trabajo (OIT)¹¹. La Comisión de Expertos de la OIT ha observado que "la calificación exigida" de tener una edad precisa para un empleo determinado debe ser proporcional a lo que se persigue y necesaria en razón al carácter de dicho empleo. Los autores sostienen que el dictamen de la Comisión de Expertos se debe tener en cuenta al determinar el criterio objetivo y razonable con arreglo al artículo 26.

5.12 En resumen, los autores invitan al Comité a que dictamine que la distinción no estuvo basada en motivos objetivos y razonables, acepte las conclusiones de la CDHIO o, si desea volver a examinar todas las pruebas en la materia, invite a los autores a aportar otras pruebas.

5.13 En cuanto a la tercera reclamación (que el Estado parte, en violación del Pacto, no facilitó que volvieran a contratar al Sr. Ivanoff), los autores rechazan los argumentos de inadmisibilidad del Estado parte. Con respecto a la justificación, consideran que la carta del abogado de la aerolínea, de 10 de mayo de 1996, dirigida a la CDHIO justifica la reclamación, porque pone en claro que Qantas no volvería a contratar al Sr. Ivanoff puesto que su política se basaba en la seguridad aérea y no era ilegal. En cuanto al argumento de que el Estado parte no cometió violación alguna, los autores repiten su argumentación precedente al respecto¹².

Observaciones adicionales del Estado parte

6.1 En nuevas exposiciones de 13 de mayo de 2002, el Estado parte respondió a los comentarios de los autores reiterando lo que había planteado anteriormente y formulando algunos otros comentarios.

6.2 En cuanto a la alegación de que con solo no dictar una prohibición general de la discriminación por motivos de edad se viola el artículo 26 (que es distinta de la alegación sobre la falta de aplicación de las recomendaciones de la CDHIO), el Estado parte mantiene que, como los despidos de los autores estaban basados en criterios razonables y objetivos y, por lo tanto, no eran discriminatorios, la ley no tenía nada que prohibir. En consecuencia, el hecho de no prohibir en general la discriminación por motivos de edad no violó el artículo 26 en lo que hace al caso de los autores.

6.3 El Estado parte rechaza el argumento del abogado de que ha reconocido implícitamente, al describir las medidas de reparación que se están adoptando, que la pretendida negativa de aprobar una disposición legislativa violó el artículo 26. Reitera que los autores no pueden aducir que se vieran afectados por la ausencia de legislación en abstracto, pues no se cometió ningún acto de discriminación contra ellos.

¹⁰ *Christie c. Qantas Airways Ltd.* [1995] AIRL 1,623 (3-134).

¹¹ En el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención se dispone que "Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación".

¹² Véase más arriba, párrafo 5.7.

6.4 El Estado parte niega que la legislación sobre la discriminación por motivos de edad que ha indicado se está elaborando responda a las conclusiones de la CDHIO en el caso de los autores. El Gobierno aplica incidentalmente la recomendación de establecer una prohibición general de la discriminación por motivos de edad más bien a raíz de las recomendaciones totalmente ajenas que se hacen en el informe de la CDHIO de junio de 2000 sobre cuestiones de edad. El Estado parte hace hincapié en que no está elaborando una prohibición legislativa general de dicha discriminación porque considere que está violando el Pacto, sino más bien para asegurarse de que exista un equilibrio entre la necesidad de poner fin a una discriminación injusta por motivos de edad y la necesidad de garantizar un grado suficiente de flexibilidad para que se reconozca la posibilidad de situaciones en que la edad exigida es especialmente importante.

6.5 En respuesta a la interpretación del caso *Pauger c. Austria*¹³ que hace el abogado, el Estado parte aduce que, como no se ha violado el Pacto, no hay motivo para que se conceda reparación a los autores. En respuesta al comentario del abogado de que (a diferencia del caso *Pauger*) no se ha facilitado suficiente información sobre la marcha de la proyectada prohibición legislativa de la discriminación por motivos de edad, el Estado parte sostiene que no es necesario hacerlo pues no ha habido violación del Pacto. No obstante, a fin de ayudar al Comité, declara que el Gobierno ha iniciado el proceso de elaboración de una ley sobre la discriminación por motivos de edad, y está consultando con los círculos empresariales y las organizaciones de la comunidad que representan a los ancianos, los niños y los jóvenes antes de adoptar decisiones equilibradas, con conocimiento de causa, sobre el contenido específico del proyecto de ley. Se ha iniciado la labor consistente en determinar los problemas y cuestiones principales que se plantean con respecto al contenido del proyecto de ley y es probable que este abarque la discriminación en diversas esferas de la vida pública, como el empleo, la educación y el acceso a bienes, servicios e instalaciones. El proyecto de ley será presentado durante el mandato del actual Gobierno.

6.6 En cuanto al argumento de que la falta de aplicación de las recomendaciones de la CDHIO viola el artículo 2 (además del artículo 26), el Estado parte señala que esta es una nueva alegación que se hace en una etapa avanzada de la tramitación de la comunicación y pide que el Comité estudie si cabe aceptar alegaciones que no figuraban en la comunicación inicial de los autores. En particular, se le pide que observe que la nueva alegación no guarda relación con pruebas o hechos nuevos y, por tanto, no hay motivo para que los autores no la hubiesen formulado en su comunicación inicial. En todo caso, según la jurisprudencia constante del Comité, el artículo 2 enuncia un derecho accesorio que no puede ser invocado sin hacer referencia a otro derecho. Como no se ha producido violación del

artículo 26 en el presente caso, no puede haber violación del artículo 2.

6.7 En cuanto al aspecto temporal de las pretendidas violaciones, el Estado parte niega que hubiese efectos persistentes (para los Sres. Craig, Ivanoff y Bone) que constituyesen *en sí* una violación del Pacto¹⁴. En concreto, con respecto a los efectos persistentes planteados por los autores, el Estado parte señala que el despido de estos fue un hecho único. Si se violó el Pacto, fue en el momento del despido. El hecho de que los autores no pudieran trabajar para su antiguo empleador a partir de la fecha del despido no es en sí una violación del Pacto. Por otro lado, tener derecho a presentar una denuncia (a la CDHIO) y hacerlo no refleja una violación del Pacto, al igual que el hecho de que la CDHIO haya dictaminado a su favor tampoco demuestra que haya habido tal violación. Por último, como negarse a aplicar las recomendaciones de un órgano nacional de derechos humanos no es una violación del Pacto, dicha negativa no puede constituir un efecto persistente pues no puede ser en sí una violación del Pacto.

6.8 El Estado parte aduce que no hay pruebas de la afirmación del abogado de que la CDHIO llegara a la conclusión implícita de que la distinción hecha por Australian Airlines no era ni objetiva ni razonable. Argumenta además que, aunque existiesen esas pruebas, el Comité debe adoptar su propia decisión sobre si los despidos de los autores fueron objetivos y razonables o no. El Comité, [no la CDHIO], es el órgano facultado por el Pacto para "recibir y examinar las comunicaciones". No estaría bien que el Comité subordinase su facultad de decisión a un órgano nacional cuando los Estados partes han acordado que la ejerza sin tener en cuenta las decisiones de los órganos nacionales.

6.9 En cuanto a lo expuesto por el abogado sobre el carácter subjetivo/objetivo del criterio probatorio a aplicar, el Estado parte declara que, si bien en su exposición hablaba de la convicción, no quiso decir que el Comité debía determinar si los despidos fueron razonables y objetivos considerando la convicción del órgano que adoptó la decisión. Al contrario, quería pedir que el Comité determinase si estuvieron basados en criterios razonables y objetivos. Asimismo, sostiene que se ha de determinar si los criterios fueron razonables y objetivos de acuerdo con la información que obraba en poder de dicho órgano en el momento de los despidos.

6.10 El Estado parte aduce que Australian Airlines basó su decisión de despedir a los autores en los criterios objetivos y razonables de que disponía en ese momento, conforme a normas internacionalmente aceptadas, a estudios e informes médicos, y al interés por la seguridad de los pasajeros. En cuanto al comentario del abogado de que el Estado no había demostrado de qué modo la distinción hecha en el caso de los autores tenía por objeto alcanzar un propósito legítimo con arreglo al Pacto, el Estado parte se remite a sus

¹³ *Op. cit.*

¹⁴ *M. A. c. Italia* (caso N° 117/1981, decisión adoptada el 10 de abril de 1984).

propias observaciones en que señala que una medida promulgada para garantizar la mayor seguridad posible a los pasajeros y demás personas afectadas por los viajes en avión constituye un propósito legítimo con arreglo al Pacto. Claramente, ese propósito está comprendido en el artículo 6 y no es contrario al Pacto.

6.11 En cuanto al argumento del abogado de que el enfoque de la CDHIO se ajustaba a la interpretación del Convenio N° 111 de la OIT y que el Comité debía respetarlo, el Estado parte argumenta que la interpretación del Convenio N° 111 no es pertinente ni un factor determinante en el caso sometido al Comité en virtud del Pacto.

6.12 En respuesta a los comentarios de los autores de que el criterio probatorio de las calificaciones exigidas, que aplica, entre otros, la Comisión de Expertos de la OIT, es esencialmente análogo al del carácter objetivo y razonable, el Estado parte sostiene que hay diferencias importantes, puesto que determinar si una calificación es necesaria no es lo mismo que determinar si es objetiva y razonable. Una calificación tal vez no sea necesaria en sentido absoluto, pero puede que sin embargo sea objetiva y razonable habida cuenta de lo que está en juego. El Estado parte pide que el Comité siga su jurisprudencia y aplique el criterio del carácter objetivo y razonable en vez del de las calificaciones exigidas o el de la necesidad.

6.13 En respuesta a los comentarios de los autores de que el Estado parte no ha cumplido las normas internacionales en que se basa para justificar la política de jubilación obligatoria a una edad determinada, el Estado parte señala que, si bien la norma de la OACI en cuestión no tiene cumplimiento directo en su legislación, sí se ajusta a ella cuando se efectúan vuelos de compañías australianas hacia un país o desde un país en que se observa dicha norma.

6.14 En respuesta a la petición que los autores formularon al Comité de que se solicitaran nuevas exposiciones si decide volver a examinar todas las pruebas en el presente caso para llegar a una decisión en razón del criterio del carácter objetivo y razonable, el Estado parte pide que el Comité observe que los autores son conscientes de que este puede llegar a una decisión en razón del criterio del carácter objetivo y razonable. Por tanto, pregunta por qué los autores no han aportado ya las pruebas de que disponen en apoyo de sus planteamientos, en vez de prolongar el examen de la comunicación al hacerlo por partes. El Estado parte está convencido de que la cuestión está ya lista para ser examinada, pero pide que se le dé la oportunidad de responder si el Comité solicita pruebas adicionales a los autores.

6.15 En cuanto a la alegación sobre la negativa de celebrar negociaciones para la reintegración en el empleo, el Estado parte mantiene que no se han aportado pruebas que indiquen que las decisiones de no celebrar dichas negociaciones ni de volver a contratar al Sr. Ivanoff se debieron a otra cosa que no fuesen consideraciones de orden jurídico. Por consiguiente, la alegación es infundada e inadmisibles.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

7.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar las alegaciones que se hagan en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

7.2 A efectos de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional. El Comité observa además que el Estado parte no ha aducido ningún argumento según el cual queden por agotar recursos de la jurisdicción interna y, por consiguiente, en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, puede examinar la comunicación.

7.3 En relación con los argumentos del Estado parte según los cuales las reclamaciones de tres de los cuatro autores (Sres. Bone, Craig e Ivanoff) quedan excluidas *ratione temporis*, el Comité considera que se puede suponer con razón que los actos de presunta discriminación tuvieron lugar en su totalidad en el momento de los despidos. El Comité no considera que los efectos persistentes de esos actos en el presente caso puedan constituir *por sí mismos* violaciones del Pacto ni tampoco que las negativas subsiguientes a celebrar negociaciones para la reintegración en el empleo puedan considerarse nuevos actos de discriminación independientes de los despidos originales. Se sigue de ello que las reclamaciones de los tres autores mencionados son inadmisibles *ratione temporis*. Ahora bien, la reclamación del Sr. Love basada en su despido, que ocurrió después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, no es inadmisibles por este motivo.

7.4 El Comité señala los argumentos adicionales del Estado parte sobre la admisibilidad, según los cuales el despido del Sr. Love fue en realidad un acto de la exclusiva competencia de Australian Airlines y, según las reglas de atribución de la responsabilidad de los Estados, no era imputable al Estado parte. Por otra parte, no se puede considerar que el Sr. Love sea una víctima, según los términos del Protocolo Facultativo, de la *inexistencia* de una prohibición de la discriminación por motivos de edad. El Comité considera que, habida cuenta de la necesidad de proceder a un examen riguroso y una evaluación de los hechos concretos y las disposiciones legislativas relativas a estas cuestiones, cabe examinar estos argumentos cuando se aborde la cuestión en cuanto al fondo, ya que están íntimamente vinculados a la determinación del alcance de la obligación del Estado parte, en virtud del artículo 26 del Pacto, de brindar igual protección contra un despido discriminatorio.

7.5 Con respecto a la reclamación de que el Pacto impone la obligación directa de aplicar las conclusiones de los órganos nacionales de derechos humanos (por ejemplo, la CDHIO) que no son vinculantes con arreglo

al derecho interno, el Comité estima que, si bien prestará la atención debida a las decisiones de dichos órganos que estén basadas total o parcialmente en las disposiciones del Pacto, en último término le corresponde a él interpretar el Pacto de la manera que considere correcta y apropiada. El Comité coincide con la posición del Estado parte según la cual los Estados partes han ratificado el Protocolo Facultativo en el entendimiento de que corresponderá al Comité ejercer su facultad de decisión en la interpretación de este sin tener en cuenta las decisiones de los órganos nacionales. Por consiguiente, considerar que el Pacto impone una obligación *per se* de aplicar conclusiones no obligatorias de dichos órganos no judiciales es incompatible *ratione materiae* con el Pacto, por lo que esta reclamación concreta es inadmisibles con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

8.1 De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité de Derechos Humanos ha examinado la comunicación tomando en cuenta toda la información que le han facilitado las partes.

8.2 La cuestión que el Comité ha de dirimir en cuanto al fondo es si el autor o los autores han sido objeto de discriminación, en violación de lo dispuesto en el artículo 26 del Pacto. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción constituye discriminación en violación del artículo 26, pero que las distinciones han de estar justificadas por motivos razonables y objetivos con vistas a lograr una finalidad que sea legítima según el Pacto. Si bien la edad en sí misma no se menciona entre los motivos de discriminación prohibida en la segunda oración del artículo 26, el Comité opina que una distinción relacionada con la edad que no se base en criterios razonables y objetivos puede ser una discriminación por motivos de "cualquier otra condición social" en el marco de la cláusula de que se trata, o una negación de la igual protección de la ley como se entiende en la primera oración del artículo 26. Ahora bien, no es evidente en absoluto que una edad de jubilación obligatoria constituya como norma general discriminación por razón de la edad. El Comité toma nota de que los regímenes que establecen una edad de jubilación obligatoria pueden obedecer a la necesidad de proteger al trabajador al limitar la duración de la vida laboral, en particular cuando existe un régimen general de seguridad social que garantiza la subsistencia de las personas a partir de esa edad. Además, puede haber motivos relacionados con la política de empleo a los que respondan las disposiciones legislativas o la política en materia de edad de jubilación obligatoria. El Comité observa que, si bien la Organización Internacional del Trabajo ha establecido un régimen perfeccionado de protección contra la discriminación en el empleo, no parece que en ninguno de sus convenios se prohíba fijar una edad de jubilación obligatoria. Por supuesto, estas consideraciones no liberarán al Comité de la tarea de determinar, a la luz del artículo 26 del Pacto, si es discriminatoria una disposición concreta al respecto.

8.3 En el caso presente, como señala el Estado parte, la finalidad de aumentar la seguridad para los pasajeros, la tripulación y las demás personas afectadas por los viajes en avión era legítima con arreglo al Pacto. En cuanto al carácter razonable y objetivo de la distinción hecha por razón de la edad, el Comité tiene en cuenta que la práctica nacional e internacional más difundida en el momento del despido del autor era fijar la edad de jubilación obligatoria a los 60 años. Para justificar la práctica de los despidos que mantenía en ese entonces, el Estado parte se ha remitido al régimen de la OACI, que tenía por objeto aumentar al máximo la seguridad aérea y que así se entendía. En estas condiciones, el Comité no puede llegar a la conclusión de que la distinción hecha no se basó, en el momento del despido del Sr. Love, en consideraciones objetivas y razonables. Por consiguiente, el Comité llega a la conclusión de que no puede establecer que se haya producido una violación del artículo 26.

8.4 A la luz de la conclusión anterior de que el Sr. Love no fue víctima de discriminación en violación del artículo 26, no es necesario decidir si el despido era directamente imputable al Estado parte o bien si el Estado parte sería responsable por no haber impedido una discriminación por terceros.

9. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos de que tiene conocimiento no ponen de manifiesto una violación del artículo 26 del Pacto.

APÉNDICE

Voto particular (concurrente) del miembro del Comité Sr. Nisuke Ando

Comparto la conclusión del dictamen mayoritario de que la imposición de una edad obligatoria de jubilación a los 60 años no constituye una violación del artículo 26. Sin embargo, no puedo estar de acuerdo con la declaración que se hace en ese dictamen de que una distinción relacionada con la edad puede equivaler a discriminación por "cualquier otra condición" según ese artículo o a una denegación de la igual protección de la ley en el sentido de la primera frase del artículo 26 (párr. 8.2) por las siguientes razones:

En primer lugar, considero que la "edad" no se debe incluir en "cualquier otra condición", porque la edad tiene un carácter distintivo diferente de todos los motivos enumerados en el artículo 26. Todos esos motivos son aplicables solamente a una parte de la humanidad y, por su carácter único en su género, la edad constituye una razón para tratar a un grupo de personas diferentemente de otras en el sentido general del Pacto. Por ejemplo, en el párrafo 5 del artículo 6 se prohíbe la imposición de la pena de muerte a "personas de menos de 18 años de edad", y en el párrafo 2 del artículo 23 se habla del derecho "del hombre y de la

mujer a contraer matrimonio... si tienen edad para ello". Además, términos como "todo niño" (art. 24) y "todos los ciudadanos" (art. 25) presuponen que una edad determinada es un motivo legítimo para diferenciar a las personas. A mi juicio, la expresión "cualquier otra condición" contenida en el artículo 26 se debe interpretar en el sentido de que comparte la característica común a todos los motivos enumerados en ese artículo, lo que excluye, pues, la edad. Naturalmente, ello no significa que la diferenciación fundada en la "edad" puede plantear problemas en relación con el artículo 26, pero el partitivo "de" que precede a la enumeración significa que no es necesario incluir la "edad" en "cualquier otra condición".

En segundo lugar, dudo que la cuestión que se plantea en el presente caso sea una denegación de la igual protección de la ley en el sentido de la primera frase del artículo 26. En esencia, los autores pretenden en el presente caso que la "idoneidad profesional" para pilotar se debe juzgar sobre la base de la capacidad física y de otra índole de cada persona (sus aptitudes), que la imposición de una edad obligatoria de jubilación ignora este hecho y que esta imposición constituye una discriminación por razones de edad, lo que está prohibido en el artículo 26. Ello equivale a pretender que dar un trato distinto a personas de la misma edad que tienen una capacidad diferente viola el principio de la igual protección de la ley. Sin embargo, la idoneidad profesional suele requerir una edad mínima, aunque una persona que no haya alcanzado esa edad puede perfectamente tener suficiente capacidad para ejercer la profesión. En otras palabras, una calificación profesional suele imponer una edad mínima determinada así como una edad máxima precisa y estos requisitos de edad no tienen gran cosa que ver con el principio de la igual protección de la ley.

En tercer lugar, a mi juicio, el caso presente guarda relación con "el derecho a trabajar" y con sus "limitaciones determinadas por ley" según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párrafo 1 del artículo 6 y artículo 4, respectivamente). Así, la cuestión en este caso es el equilibrio adecuado entre un derecho económico o social y sus limitaciones. Naturalmente, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la discriminación ante la ley o, de hecho, en cualquier sector regulado y protegido por las autoridades públicas, lo que se aplica también a los derechos económicos o sociales. Sin embargo, como en el caso presente, la limitación de ciertos derechos económicos o sociales, en particular el derecho a trabajar, a una pensión o a la seguridad social requiere un examen exhaustivo de diversos factores económicos y sociales, y el Estado parte interesado está por lo general en condiciones óptimas para proceder a una evaluación objetiva y razonable de esos factores y a su consiguiente adaptación. Ello significa que el Comité de Derechos Humanos debe respetar las limitaciones impuestas a esos derechos por el Estado parte interesado, a menos que entrañen irregularidades de procedimiento claramente injustificadas o resultados manifiestamente injustos.

*Voto particular (concurrente) del miembro del Comité
Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati*

La cuestión sobre la que hay que decidir es si puede decirse que la imposición de una edad obligatoria de jubilación a los 60 años para los pilotos de líneas aéreas constituye una violación del artículo 26 del Pacto. En el artículo 26 no se dice explícitamente que nadie será objeto de discriminación por motivos de edad. Los motivos por los que se prohíbe la discriminación se establecen en el artículo 26, pero la edad no figura entre ellos. Podría formularse, pues, el argumento de que el artículo 26 no es de aplicación en el presente caso.

Creo que ese argumento, aunque pueda parecer plausible, no es aceptable. Hay dos buenos motivos por los que mantengo esta opinión.

En primer lugar, en el artículo 26 se consagran la igualdad ante la ley y la no discriminación. Se trata de una garantía contra la arbitrariedad de la acción del Estado. La igualdad es la antítesis de la arbitrariedad. Así pues, el propósito del artículo 26 es combatir la arbitrariedad en la acción del Estado. Ahora bien, no puede decirse que el establecimiento de la edad de jubilación a los 60 años para los pilotos de líneas aéreas sea arbitrario. No es como si el Estado hubiera elegido arbitrariamente una fecha para la jubilación de los pilotos de líneas aéreas. No es raro encontrar en muchos países que la edad de jubilación de los pilotos de líneas aéreas se ha fijado a los 60 años, puesto que no parece irrazonable esperar que a esa edad los pilotos de líneas aéreas se vean afectados, especialmente si se tiene en cuenta que tienen que pilotar aviones, lo que requiere considerable rapidez, atención, concentración y facultades mentales. No creo que pueda decirse que la determinación de los 60 años como edad de jubilación obligatoria para los pilotos de líneas aéreas sea arbitraria o poco razonable en medida tal que constituya una violación del artículo 26.

En segundo lugar, las palabras "o de cualquier otra índole" que siguen a la enumeración de motivos que figura en el artículo 26 indican claramente que la lista de motivos que contiene es ilustrativa y no exhaustiva. Por tanto, la edad no queda excluida como motivo por el que se prohíbe la discriminación. En segundo lugar, puede interpretarse que en la expresión "cualquier otra condición social" queda incluida la edad. Así pues, es válido el argumento de que, si se produjera discriminación por motivos de edad, ello entrañaría la aplicabilidad del artículo 26. Pero, aun así, debe tratarse de una verdadera discriminación. No todas las diferenciaciones constituyen discriminación. Si una diferenciación se basa en un criterio objetivo y razonable que guarde una relación racional con el propósito que se persigue no sería contraria al artículo 26. En el presente caso, por los motivos que se han expuesto más arriba, no puede decirse que la prescripción de los 60 años como edad para la jubilación obligatoria de los pilotos de líneas aéreas sea arbitraria o poco razonable, teniendo en cuenta la necesidad de potenciar al máximo la seguridad, y, en consecuencia, no constituye una violación del artículo 26.

Comunicación N° 986/2001

Presentada por: Joseph Semey

Presunta víctima: El autor

Estado parte: España

Fecha de aprobación del dictamen: 30 de julio de 2003 (78° período de sesiones)

Asunto: Acusación de delitos relacionados con drogas

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos – Recurso sin ninguna posibilidad de prosperar – Asunto no sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional

Cuestiones de fondo: Derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior

Artículos del Pacto: 9, párrafo 1; 14, párrafos 1, 2, 3 d) y e), y 5; y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; 3; y 5, párrafo 2 a)

Conclusión: Violación (artículo 14, párrafo 5)

1. El autor de la comunicación es el Sr. Joseph Semey¹, ciudadano canadiense y camerunés, actualmente preso en el Centro Penitenciario de Segovia, España². Declara ser víctima de la violación por España de los párrafos 1, 2, 3 d) y e), y 5 del artículo 14, y del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En una segunda comunicación declara también ser víctima de violación por España del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto. El autor no está representado por abogado.

*Los hechos expuestos por el autor*³

2.1 El 29 de octubre de 1991, una mujer de nombre Isabel Pernas llega a Lanzarote, Islas Canarias, en un vuelo procedente de Madrid. Al llegar, la policía la detiene para un control. En esos momentos, un pasajero de raza negra con gorra y gafas abandona la sala de recogida de equipajes rápidamente, sin recoger una bolsa de viaje, supuestamente de su pertenencia, facturada a nombre de Remi Roger. La mujer, que lleva droga adosada al cuerpo, comunica que la droga le fue proporcionada por un tal Johnson en Madrid.

2.2 El autor de la comunicación, el Sr. Joseph Semey, declara haber sido detenido en Madrid el 7 de

febrero de 1992 y condenado por la Audiencia Provincial de las Palmas en marzo de 1995, siendo inocente, a 12 años de prisión por un supuesto delito contra la salud pública que nunca cometió. Según el autor, su implicación en los hechos tuvo lugar únicamente sobre la base de las manifestaciones verbales de la Sra. Isabel Pernas. Sostiene que le implicaron en los hechos por una relación de enemistad existente entre él mismo y la familia del novio de la Sra. Pernas, de nombre Demetrio. En este sentido, el autor informa al Comité de que anteriormente estuvo en prisión por implicación directa en un delito de homicidio contra el primo de Demetrio y que acababa de salir de la cárcel cuando se vio involucrado falsamente en esta historia.

2.3 Informa el autor de que la Sra. Isabel Pernas dijo a la Policía que le había conocido en una discoteca de Madrid la noche anterior a su detención con la droga y que fue en dicho encuentro cuando el autor supuestamente acordó con ella el transporte de la droga desde Madrid a Lanzarote. Según el autor, esto es falso, ya que el día 28 de octubre de 1991 tal discoteca (discoteca Los sueños) se encontraba cerrada por descanso (aporta un documento firmado por el gerente de la discoteca en este sentido).

2.4 Explica el autor, que la Sra. Pernas se inventó que él la había acompañado en el viaje a Lanzarote y que había utilizado el nombre de Remi Roger. Según el autor, Remi Roger era un amigo íntimo de Isabel y de su novio, Demetrio. Indica que Remi Roger, el autor y otro chico de raza negra compartían apartamento en Madrid. También afirma que en el juicio oral, la Sra. Ángela Peñalo Ortiz, novia del autor, confirmó la existencia real de Remi Roger, también de raza negra y de características similares a las del autor. Añade el autor que nunca se pudo demostrar que los objetos encontrados en la bolsa que quedó en la cinta transportadora en el aeropuerto de Lanzarote fueran de su pertenencia.

2.5 Según el autor, el juzgado de instrucción incurrió en una irregularidad, al permitir que uno de los guardias civiles encargados de la investigación del caso (el Sr. Francisco Falero) le identificara en una rueda de reconocimiento y testificara en su contra, todo esto un año después de los hechos. Según el autor, el policía conocía todos los detalles del caso y disponía de sus fotografías en el expediente policial.

2.6 Sostiene también que el tribunal lo juzgó únicamente en base a las declaraciones del sumario de la Sra. Isabel Pernas y que el tribunal no tuvo en cuenta las pruebas y testigos de descargo presentados por él. En este sentido, el autor alega que el día de los hechos estuvo por la mañana en la prisión de Herrera de la

¹ También conocido con el nombre de Johnson o Spencer Mas vickky.

² El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo del Pacto, entraron en vigor en el Estado parte respectivamente el 27 de julio de 1977 y el 25 de abril de 1985.

³ Los hechos han sido expuestos por el autor a través de tres comunicaciones, de fechas 18 de diciembre de 2000, 22 de marzo y 14 de noviembre de 2001.

Mancha para comunicar con su compatriota Nong Simon, lo que no fue posible porque había cambiado el horario de las comunicaciones, y que por la tarde viajó en compañía del matrimonio Bell a Estepona después de su visita a la citada prisión. Así lo declaró el Sr. Bell ante notario. Según el autor, lo que dijo la Sra. Pernas no puede tener más validez que lo dicho por otros testigos y reitera que no existe ninguna prueba de que él estuviera en Lanzarote.

2.7 El autor interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, pero este solo se limitó a pronunciarse sobre los motivos de casación, ratificando la sentencia del Tribunal sentenciador y en ningún momento revisó las pruebas en las que la Audiencia Provincial dijo basarse para condenarle. Interpuso también recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que no fue admitido por estar fuera de plazo, al no haberse presentado después de la resolución del Tribunal Supremo.

2.8 El autor interpuso denuncia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo, pero fue declarada inadmisibile por no haber agotado los recursos internos (extemporaneidad del recurso de amparo).

La denuncia

3.1 El autor sostiene ser víctima de una violación por parte del Estado Español de los siguientes artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

a) Artículo 26 y artículo 14, párrafo 1

3.2 El autor considera que fue condenado por ser negro, y menciona que en España se tiene la idea de que los negros y los sudamericanos se dedican al tráfico de droga. Según él, este hecho, unido al racismo existente, hace que tenga mucho más valor lo que pueda decir un español que un negro. Afirma que, si él hubiera sido español, con las declaraciones hechas en su contra no hubiera sido enviado a prisión. En este sentido, alega que se violó el principio de igualdad recogido en el artículo 26 del Pacto.

3.3 Alega también violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, ya que en su caso no hubo igualdad ante los tribunales y faltó imparcialidad. Así, a la Sra. Isabel Pernas la condenaron a 3 años de cárcel y a él a 12. Según el autor, el tribunal sentenciador vulneró las garantías procesales al juzgarle en base a declaraciones del sumario. Sostiene que se dictó auto de prisión contra él como responsable del delito simplemente en base a lo que dijo la Sra. Pernas sin haberle escuchado antes. Además, el juez convocó a los mismos guardias civiles que realizaron toda la investigación contra él, para que uno declarara en su contra y le identificara en una rueda de reconocimiento un año después de los hechos (testigo de cargo, Sr. Francisco Falero). El Sr. Falero había participado varias veces en su traslado del centro penitenciario al juzgado de instrucción durante las diligencias, por lo que ya le conocía. Expone

también que el auto de procesamiento se basó en las declaraciones de la Sra. Pernas y no tuvo en cuenta todo lo que había en su favor. Alega que no es él quien tiene que demostrar que no estuvo en Lanzarote ese día, sino que corresponde a la acusación demostrar que lo estuvo. Sostiene que no se pudo demostrar que utilizara el nombre de Remi Roger ni que fuera él el dueño del bolso de viaje abandonado en el aeropuerto. Reitera que una simple acusación no puede considerarse una prueba contundente para considerar a una persona autor de unos hechos.

b) Artículo 14, párrafo 2

3.4 Según explica el autor, la Sra. Isabel Pernas fue detenida en las Islas Canarias y, a partir de sus declaraciones, le detuvieron a él en Madrid. Antes de ser trasladado a Canarias para poder comparecer ante la autoridad judicial que ordenó su detención, se dictó un auto de prisión contra él como responsable de un delito contra la salud pública. Según el autor, ante una simple acusación verbal, como mucho el auto de prisión debía haberse dictado como presunto implicado y no como responsable de ningún delito. Las declaraciones de la Sra. Pernas no pueden dejar sin efecto la presunción de inocencia. Afirma el autor que cualquier persona debe ser oída por la autoridad judicial competente antes de poder dictar contra ella un auto de prisión con cargos. La responsabilidad criminal de una persona solo puede probarse en un juicio y tal responsabilidad solo puede declararse mediante sentencia firme y no mediante un auto de prisión.

c) Artículo 14, párrafo 3, apartado d)

3.5 Según el autor, el juez instructor (Juzgado de Instrucción N° 2 de Arrecife) le obligó a realizar sus primeras declaraciones sin asistencia de su abogado. Informa de que le correspondía a Da. Carmen Dolores Fajardo por el turno de oficio, pero ella no estuvo presente y el juez le hizo declarar solamente en presencia de la abogada de la acusación, la letrada África Zabala Fernández. Sostiene que el Tribunal Supremo indica falsamente que la persona que le implicó en los hechos y el autor habían designado para su defensa a la misma letrada, Da. África Zabala, lo cual es totalmente falso. Afirma el autor que no existe ninguna documentación que demuestre que él designara a esa señora para su defensa.

d) Artículo 14, párrafo 3, apartado e)

3.6 Según el autor, su abogada solicitó la prueba del careo entre la Sra. Isabel Pernas y él en varias ocasiones (28 septiembre, 22 de octubre y 6 noviembre 1992) pero fue denegada por el juez instructor del caso. Además, la Sra. Pernas fue juzgada antes que el autor y no pudo ser interrogada ni por el Tribunal ni por el abogado del autor. Según el autor, la abogada de la Sra. Pernas y el fiscal llegaron a un acuerdo por el que ella fue juzgada y condenada a 3 años de prisión.

e) *Artículo 14, párrafo 5*

3.7 Alega el autor que el Tribunal Supremo no volvió a evaluar las circunstancias que había llevado a la Audiencia Provincial a condenarle a 12 años de cárcel, no habiendo sido ratificada la acusación verbal en el juicio oral. Añade que la violación del derecho a un recurso efectivo ante el Tribunal Supremo es general en todos los recursos de casación, tal como lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos.

f) *Artículo 9, párrafo 1*

3.8 En una segunda comunicación el autor sostiene que el hecho de estar haciéndole cumplir la condena de 12 años íntegramente vulnera el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, porque está prevista la libertad condicional una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena según el artículo 98 del Código Penal español. Afirma que debería haber obtenido la libertad condicional pero que, debido a las denuncias interpuestas por el autor contra la justicia española, se le está haciendo cumplir la condena íntegramente.

3.9 Añade el autor, sin mencionar el artículo del Pacto que supuestamente se violó, que se violaron las garantías procesales al celebrarse dos juicios por la misma causa. El 26 noviembre de 1993, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria celebró juicio contra la Sra. Pernas, en el que esta fue condenada a tres años de prisión menor. Dos años después, la Sección Quinta de la misma Audiencia Provincial celebró nuevo juicio contra el Sr. Joseph Semey, al que no asistió la Sra. Pernas. Según el autor, el tribunal dice en su sentencia que las declaraciones de la Sra. Pernas pueden ser perfectamente tenidas en cuenta a pesar de su ausencia en el juicio oral contra él, lo que contradice lo establecido en la Ley de enjuiciamiento criminal, que establece que el sumario es una mera preparación del juicio oral y que este nunca puede ser una mera formalidad de las actuaciones del sumario. Tampoco compareció en el juicio oral el agente de policía que llevó a cabo la investigación contra él.

Informaciones y observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En sus observaciones de 17 de septiembre de 2001, el Estado parte solicita al Comité la declaración de inadmisibilidad de la comunicación. Expone que, según el artículo 2 del Protocolo Facultativo del Pacto, el individuo debe haber agotado todos los recursos internos disponibles, lo que significa una correcta utilización de estos y, por tanto, que hayan sido presentados dentro de los plazos establecidos legalmente. Si un individuo presenta extemporáneamente un recurso interno, el órgano correspondiente debe rechazarlo por extemporáneo. Mantiene el Estado parte que el comunicante no ha agotado los recursos internos disponibles, puesto que ello significa "correcto agotamiento".

4.2 En el presente caso, el Tribunal Supremo dictó sentencia el 16 de mayo de 1996, notificada al representante del Sr. Joseph Semey el día 13 de junio de 1996. El plazo para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional es de "veinte días siguientes a la notificación de la resolución judicial", según determina el artículo 42.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 2/1979, de 3 de octubre. El Sr. Joseph Semey presentó el recurso de amparo el día 11 de noviembre de 1998, dos años después de la notificación de la sentencia. Por tanto, en cumplimiento de la ley, el Tribunal Constitucional no admitió el recurso de amparo por extemporáneo. La falta de agotamiento de los recursos internos por extemporaneidad del recurso de amparo fue la causa del rechazo de la demanda del Sr. Semey ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Comentarios del autor sobre la admisibilidad de la comunicación

5.1 En su comunicación de fecha 14 de noviembre de 2001, el autor explica que el motivo de no haber agotado el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegado por el Estado español para solicitar la inadmisibilidad de la comunicación ya ha sido rechazado por el Comité de Derechos Humanos en ocasiones anteriores, concretamente en el caso de *Cesáreo Gómez Vázquez*, en el que, dice el autor, el abogado acudió directamente al Comité después de la resolución del Tribunal Supremo y no agotó el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. A tenor del caso de *Cesáreo Gómez Vázquez c. España*, el motivo planteado por el Estado parte debería también ser rechazado esta vez.

5.2 Según el autor, aunque hubiera interpuesto el recurso de amparo en el plazo indicado, este no hubiera sido admitido. El Tribunal Constitucional ha rechazado en diversas ocasiones recursos fundamentales en evidente violación del derecho a la presunción de inocencia. Además, según el autor, el Tribunal dice que no puede alterar los hechos ya probados, porque en España no hay posibilidad de que las pruebas del juicio puedan volver a ser evaluadas por un tribunal superior.

5.3 Respecto a lo previsto en el artículo 2 del Protocolo Facultativo, el comunicante afirma que según el párrafo 2, apartado b), del artículo 5 del Protocolo Facultativo, cuando los recursos internos se prolonguen injustificadamente no es obligatorio el agotamiento de dichos recursos, por lo que perfectamente se puede acudir al Comité sin haber agotado el recurso de amparo constitucional. Por último, es de considerar que los derechos de las personas están por encima de un simple trámite burocrático y no deberían quedar impunes todas las violaciones de las que ha sido víctima el autor por no haber agotado el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

5.4 Alega el autor que no hubo extemporaneidad en la presentación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Señala que, según la legislación espa-

ñola, el plazo para interponer cualquier recurso judicial se cuenta a partir del día siguiente a la última notificación de la sentencia o auto contra el que se quiere recurrir y, en este proceso, la última notificación judicial de esta causa fue la del testimonio de sentencia firme por parte del tribunal sentenciador. Según el autor, el último testimonio de sentencia firme con el sello y firma del Secretario judicial es de 25 de septiembre de 1998, y dentro del plazo legal de 20 días interpuso el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Alega el autor que el Tribunal Constitucional, en su sentencia N° 29/1981 de 24 de julio de 1981, reconoce a un recurrente el derecho a interponer recurso cuando tuviere en su poder el testimonio de sentencia.

5.5 Explica el autor que el Tribunal Constitucional no admitió el recurso de amparo por extemporaneidad, ya que, según dicho Tribunal, debería haberse interpuesto en 1996 dentro del plazo de 20 días siguientes a la notificación de la resolución dictada por el Tribunal Supremo. El autor señala que a él nadie le notificó dicha resolución y considera que, como afectado y a título de ser él el condenado, se le debería haber notificado personalmente.

5.6 Indica que, tal como aparece en los autos, el Tribunal Supremo envió la notificación al Sr. Vázquez Guillén, el procurador que llevó el recurso de casación ante dicho tribunal. Alega el autor que la notificación que se le hizo en su nombre no tenía ninguna validez legal, porque él nunca le dio poderes para que pudiera recibir notificaciones en su nombre. Dice que, para tal representación legal, es necesario un poder firmado por él ante notario, tal como establece la Ley de enjuiciamiento criminal en España. Añade que, en el momento de interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, él como extranjero desconocía las funciones de un procurador. Indica que el Sr. Guillén nunca le habló y que no se conocen. Informa el autor que para dicho recurso designó al Sr. Caballero como abogado.

Observaciones adicionales del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

6.1 En sus observaciones de fecha 16 de enero de 2002 el Estado parte vuelve a referirse a la cuestión de la admisibilidad. En este sentido, menciona que el denunciante reconoce expresamente que no hubo agotamiento de los recursos internos por presentación extemporánea del recurso de amparo y pretende justificar su conducta con tres argumentos:

a) *Día inicial del cómputo del plazo de 20 días para recurrir la sentencia del Tribunal Supremo ante el Tribunal Constitucional.* Según el autor, el plazo no se inicia con la notificación de la sentencia, sino con la última noticia de la misma. Expresa el Estado parte que la teoría del autor no es correcta y que va en contra de toda norma procesal pretender confundir la notificación de una sentencia para su impugnación con la recepción de un testimonio de la sentencia firme del Tribunal sentenciador, a los efectos de cumplimiento de la pena. Asimismo, el comunicante alega que el testi-

monio le fue notificado el 25 de septiembre de 1998 y que interpuso el recurso de amparo en el plazo de 20 días, el 11 de noviembre de 1998, es decir 47 días después.

b) *Dice el comunicante que no designó al Sr. Vázquez Guillén como procurador suyo ante el Tribunal Supremo.* El Estado parte presenta copia del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en el que se expresa "que a los efectos de que le represente ante esa Sala del Supremo, designa al Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, continuando en su defensa el Letrado de Lanzarote Don Felipe Callero González".

c) *Según el comunicante se le debe aplicar lo resuelto por el Comité en el caso de Cesáreo Gómez Vázquez.* Según el Estado parte, no hay ninguna circunstancia similar entre el caso del Sr. Joseph Semey y el objeto de la decisión sobre la admisibilidad en la comunicación N° 701/96. En el caso del Sr. Semey se presentó recurso de amparo, aunque extemporáneo. En la comunicación N° 701/96 no hubo recurso de amparo. En el caso del Sr. Semey, el recurso de amparo discutía la presunción de inocencia. En la comunicación N° 701/96 se alegó la innecesariedad del amparo por la reiterada posición del Tribunal Constitucional a considerar el recurso de casación como observancia del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

6.2 En conclusión, la realidad reconocida por el comunicante es que no hubo agotamiento correcto de los recursos internos, por lo que la comunicación resulta inadmisibles conforme al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.3 Respecto al fondo, señala el Estado parte que el autor de la comunicación manifiesta su disconformidad con la valoración de las pruebas efectuadas por los tribunales internos. El órgano internacional no entra a valorar las pruebas, pues ello es competencia de las autoridades internas. La misión del Comité es apreciar si la valoración de las pruebas en un proceso penal, apreciado en su globalidad, ha sido racional o, por el contrario, resulta arbitraria. Añade el Estado parte que el autor fue condenado en proceso penal mediante sentencia motivada y razonada, luego confirmada en el Tribunal Supremo, tras revisar la valoración de las pruebas.

6.4 El Estado parte menciona que la estrategia de defensa del Sr. Semey fue negar que hubiera sido la persona que había entregado la droga a la mujer, le había comprado el vestido y el billete de avión, y la había acompañado en el viaje, tras el que había abandonado una gran bolsa en la cinta transportadora. El Estado parte se refiere a la sentencia de la Audiencia provincial que razona sobre esta alegación:

"El acusado ha negado siempre cualquier vinculación con la conducta delictiva de Isabel Pernas San Román, atribuyendo el que esta lo acusara directamente como la persona que le proporcionó la droga (...) a que Isabel era novia de Demetrio, cuyo primo fue muerto por el procesado. Por otro lado, la defensa lamentó que

Isabel no hubiera sido traída al plenario para ser objeto de contradicción, ya que no lo pudo ser en la anterior vista de la causa.

Entendemos (...) que la declaración de Isabel puede ser perfectamente tenida en cuenta a pesar de su ausencia en este juicio porque, primeramente, sus declaraciones sumariales presentadas siempre en presencia de letrado han tenido acceso a este juicio oral por la vía documental dada por reproducida con anuencia de las partes, dando así entrada tanto a lo manifestado por Isabel en el anterior juicio oral al que expresamente fue convocada la representación del hoy enjuiciado y, por ende, su dirección técnica sin que se hubieran asistido sino a las declaraciones de la fase instructora entre las que destaca especialmente su declaración indagatoria en la que a presencia y a preguntas del abogado defensor, ahora y entonces, del procesado Joseph Semey, fue objeto de contradicción y en la que dijo que no tenía conocimiento de que Joseph Semey hubiera sido condenado por matar a un primo de Demetrio; en segundo lugar, la versión de Isabel tiene un apoyo decisivo por el testimonio del guardia civil D. Francisco Falero Guerra (...)"

6.5 En segundo lugar, el autor alega que él no estaba en Lanzarote el 29 de octubre de 1991, pues ese día estuvo visitando a un amigo preso en la cárcel de Herrera y luego viajó con un matrimonio inglés a Estepona, en la Costa del Sol. Sin embargo, no consta en absoluto su visita a la prisión, y los funcionarios de dicha cárcel negaron que esta hubiera existido, pues ese día no fue día de visita. En cuanto al viaje desde Herrera a Madrid y desde Madrid a Estepona con un matrimonio inglés, dice el Tribunal que esta segunda coartada "se reveló completamente artificiosa y escasamente fiable porque, por un lado, en su primera declaración ante el juez de instrucción (en presencia de dos abogados) el procesado únicamente mencionó su visita a Herrera y obvió inexcusablemente cualquier referencia a su viaje a Estepona (...) y, por otro lado, la declaración ante notario del matrimonio Bell se produce justamente ocho días antes de la declaración del Sr. Joseph Semey y a partir de una llamada telefónica del letrado defensor en ese sentido, lo que verdaderamente resta espontaneidad y frescura a lo dicho por los cónyuges británicos."

6.6 El Estado parte explica que se puede coincidir o no con la valoración de la coartada hecha por el Tribunal, pero esta valoración no puede ser tachada de arbitraria.

6.7 El Estado parte se refiere también a la conclusión del Tribunal Supremo:

"A la vista de todo ello, es preciso reconocer que el Tribunal a quo contó en el juicio oral con prueba testifical de los hechos y tuvo, además, suficientes elementos en las actuaciones para valorar la credibilidad de esta prueba, lo que excluye una vulneración del derecho a la presunción de inocencia

Por lo demás, ha de reconocerse que el Tribunal de instancia ha motivado convenientemente su sentencia y que el acusado ha sido defendido oportunamente por letrado de su designación, habiendo obtenido una respuesta motivada, dada por Tribunal competente."

6.8 En relación al careo entre él y la Sra. Isabel Pernas, el autor lamenta que no tuviera lugar. El abogado del Sr. Semey preguntó a la mujer, en la declaración indagatoria, todo lo que tuvo por conveniente, con respeto al principio de contradicción. Se señala que, en su escrito de calificación de los hechos y de apertura del juicio oral, el Sr. Semey no propuso ninguna prueba de careo entre él y la mujer. Se adjunta copia del acta del juicio, donde se puede constatar el respeto al principio de contradicción y donde el hoy comunicante y su abogado no formulan ninguna protesta sobre violación de sus derechos. Si la defensa del Sr. Semey quería interrogar y enfrentar en un careo a la mujer con su cliente en el juicio oral, era absolutamente imprescindible que en el escrito de calificación hubiera propuesto esta prueba. Además, por comunicación de 24 de enero de 2002, el Estado parte acredita que en el escrito de calificación el Sr. Semey no pide en ningún momento la comparecencia en el acto del juicio de la Sra. Pernas.

6.9 Respecto a la diferencia de condena entre él y la Sra. Pernas, la explicación es obvia. La mujer fue juzgada como autora de un delito contra la salud pública (mero correo) y, por la aplicación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, resultó condenada a 3 años de prisión. El Sr. Joseph Semey fue juzgado como traficante de droga, y por la aplicación de agravante de la reincidencia (condenado el 13 de julio de 1987 por un delito de homicidio), resultó condenado a 12 años de prisión.

6.10 Sobre la ausencia de abogado en su primera declaración ante el juez, el Estado parte señala que no hubo ninguna alegación al respecto ni en el juicio oral ni en el recurso de casación. Además, por comunicación de 24 de enero 2002, el Estado parte informa de que el 7 de febrero de 1992, tras ser detenido en Madrid, el Sr. Joseph Semey manifiesta que designa como letrado "al letrado de oficio". Ese mismo día declara también en Madrid ante el juez, afirmando que su verdadero nombre es Joseph Semey y no Spencer, en presencia de la letrada Da. Carmen Martínez González. Ya en Lanzarote, el 14 de mayo de 1992, declara ante el juez asistido de la letrada del turno de oficio Da. Carmen Dolores Fajardo.

6.11 Respecto a la no aplicación del principio "*in dubio, pro reo*", se expresa que el tribunal sentenciador aplica este principio cuando no tiene clara la responsabilidad criminal del acusado y, en dicho caso, la duda debe resolverse a favor de este. En el presente caso, el tribunal sentenciador "ha condenado al recurrente, sin tener ninguna duda", como expresa el Tribunal Supremo.

6.12 El Estado parte concluye diciendo que no se constata ninguna violación de las garantías establecidas en el artículo 14 del Pacto, por lo que se solicita la

inadmisibilidad de la comunicación y, en su caso, su no estimación.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

7.1 Por comunicación de fecha 11 de febrero de 2002, el autor señala que el documento aportado por el Estado parte como prueba de designación del procurador Sr. Vázquez Guillén carece de validez legal. Sostiene que, según el artículo 874 de la Ley de enjuiciamiento criminal, para la interposición del recurso de casación ante el Tribunal Supremo en España, el procurador es nombrado por el recurrente mediante escrito ante notario y, para que quede acreditada legalmente tal representación, es preciso que en dicho contrato notarial, a parte de la firma del recurrente y la del notario, figure la del propio procurador designado. Especifica el autor que en el documento que aporta el Estado parte solo obra su firma. Informa también de que nunca mantuvo contacto alguno con dicho procurador. Según el comunicante, carecen de validez todas las notificaciones que hizo el Tribunal Supremo al Sr. Vázquez en su nombre.

7.2 Respecto al no agotamiento del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, se vuelve a referir a la comunicación N° 701/96 y reitera que el párrafo 2, apartado b), del artículo 5 del Protocolo Facultativo no exige el agotamiento de todos los recursos internos si la tramitación de los mismos se prolonga injustificadamente. Respecto a lo manifestado por el Estado parte de que no hay similitud entre ambos casos, el comunicante considera lo contrario, es decir, que es lo mismo no haber interpuesto un recurso que haberlo interpuesto fuera del plazo establecido para ello. En ambos casos se considera que no se ha agotado dicho recurso y debería aplicársele lo resuelto por el Comité en la comunicación N° 701/96.

7.3 Respecto a la alegación del Estado parte sobre la inadmisibilidad del caso por parte del Tribunal Europeo debido a la falta de agotamiento de los recursos internos, señala el autor que el Comité no sigue necesariamente la misma doctrina que el Tribunal Europeo en este sentido, en particular teniendo en cuenta que el párrafo 2, apartado b) del artículo 5 del Protocolo Facultativo no exige el agotamiento de todos los recursos cuando su tramitación se prolongue injustificadamente.

7.4 En cuanto al fondo, el comunicante reitera lo expresado en anteriores comunicaciones en el sentido de que una acusación verbal no puede constituir ninguna prueba contundente, y reitera lo dicho respecto a las declaraciones del guardia civil D. Francisco Falero.

7.5 Respecto a su visita a la prisión de Herrera de la Mancha, reitera que estuvo allí. Cuatro días antes de los hechos habían autorizado la comunicación con su amigo Nong Simon, que se encontraba en la sección cerrada (módulo 2). Explica el autor que dicho módulo tenía turno de comunicación los lunes y jueves, por lo que el lunes 29 de octubre de 1991 fue a visitarle, pero le

informaron de que le habían cambiado de módulo hacia tres días y no pudo comunicar con él porque su nuevo módulo tenía autorizadas las visitas los miércoles y viernes. Así pues, al no haber podido comunicarse con su amigo, es lógico, explica el autor, que no conste oficialmente la visita. Cuando estuvo allí se entrevistó con el educador D. Juanjo y dicho funcionario declaró que se acordaba de haber estado hablando con él a finales de octubre, aunque no recordaba exactamente la fecha.

7.6 En cuanto a su viaje a Estepona, el hecho de no mencionar dicha coartada en su primera declaración ante el Juzgado de Instrucción no quiere decir que no sea cierta. Menciona el autor que no lo dijo porque tenía miedo de perjudicar a sus amigos citándoles como testigos en un asunto relacionado con el tráfico de drogas. Fue al comentarlo con su abogado cuando este le dijo que su testimonio era muy importante y decidió llamarlos por teléfono.

7.7 Según la ley, toda persona acusada de un delito es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad y en ningún momento dice la ley que una persona es culpable hasta que se demuestre su inocencia. El autor reitera que no existe ninguna prueba de tipo material que le implique en estos hechos, porque fue detenido, procesado y condenado solamente en base a lo que había contado la Sra. Isabel Pernas.

7.8 Respecto al hecho de que se le condenara a 12 años por la agravante de reincidencia, el autor menciona que, según el párrafo 8 del artículo 22 del Código Penal español, hay reincidencia cuando el culpable haya sido condenado ejecutoriamente con anterioridad por un delito de la misma naturaleza y especifica que, en su caso, esta fue la primera vez que resultó ser detenido y condenado por un delito relacionado con el tráfico de drogas.

7.9 Respecto a sus declaraciones sin letrado, señala el autor que es cierto que, cuando se le trasladó a la isla para ser interrogado por el juzgado de instrucción, se nombró a Da. Carmen Dolores Fajardo, del turno de oficio. Cuando fue llevado a declarar al juzgado por primera vez a finales de abril de 1992, la letrada no asistió por motivos de salud y en dicha comparecencia solo estaba la abogada de la Sra. Isabel Pernas, la letrada de la acusación, Da. África Zabala Fernández. Según el autor, en ese momento él creyó que la abogada presente era la suya, ya que no la conocía. Fue solo en la segunda declaración, de 14 de mayo de 1992, en la que estuvo presente Da. Carmen Dolores, cuando el autor supo que había declarado anteriormente sin la presencia de su abogada. Añade que su abogado privado protestó legalmente por ello en el escrito del recurso de reforma contra el auto de procesamiento y lo hizo también en el escrito del recurso de casación.

7.10 Alega el denunciante que la declaración que realizó ante el Juzgado de Instrucción N° 6 de Madrid, en presencia de la letrada Da. Carmen Martínez, no tiene nada que ver con la causa de Lanzarote por la que presentó esta comunicación ante el Comité. Esa declaración (a la que se refiere el Estado parte) se refería al

asunto del pasaporte inglés falso con el que fue detenido, y en dicho juzgado de Madrid no se le podía tomar declaración por el caso de Lanzarote, porque el juzgado no había recibido ningún exhorto del de Arrecife para tomarle declaración sobre el asunto de tráfico de drogas.

7.11 Reitera el autor nuevamente que se ha violado su derecho a ser oído, así como su derecho a un juicio justo y a una tutela judicial efectiva. Vuelve a referirse a la falsedad de las declaraciones hechas por la Sra. Isabel Pernas, y a las irregularidades en las declaraciones y el reconocimiento hechos por el guardia civil.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de considerar las alegaciones que se hagan en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos deberá decidir si la comunicación es o no admisible a tenor del Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 Con respecto a la exigencia del *agotamiento de los recursos internos*, el Comité observa la impugnación de la comunicación realizada por el Estado parte alegando la falta de agotamiento de los mismos. Sin embargo, es posición reiterada de este Comité que, para que un recurso tenga que ser agotado, este ha de tener posibilidades de prosperar. El Comité considera, como lo hizo en el caso de *Cesáreo Gómez Vázquez c. España* (comunicación N° 701/1996), que existe jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional español denegando el recurso de amparo en cuestión de revisión de sentencias, por lo que el Comité estima que no existe impedimento alguno para que la comunicación sea admitida.

8.3 De conformidad con el párrafo 2, apartado a), del artículo 5 del Protocolo Facultativo, antes de examinar una comunicación el Comité debe cerciorarse de que el mismo asunto no está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional. El Comité es consciente de que hay una discrepancia entre el texto en español del párrafo 2, apartado a), del artículo 5 y las versiones inglesa y francesa⁴ que va más allá de un mero error de traducción y que pone de manifiesto diferencias sustanciales en cuanto al fondo. Esta discrepancia fue discutida por los miembros del Comité en su cuarto período de sesiones en Nueva York, el 19

⁴ Artículo 5, párrafo 2, apartado a): "El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que: El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales"/"Le Comité n'examinera aucune communication d'un particulier sans s'être assuré que: La même question n'est pas déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement."/"The Committee shall not consider any communication from an individual unless it has ascertained that: The same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement".

de julio de 1978 (CCPR/C/SR.88)⁵. Así, y teniendo en cuenta la decisión tomada al respecto en 1978, reitera que el término "sometido", en la versión española, debe interpretarse a la luz de las otras versiones, por lo que debe entenderse como que "esté siendo examinado" por otro procedimiento de examen o arreglo internacionales. En base a esta interpretación, el Comité considera que el caso del Sr. Joseph Semey no está siendo examinado por el Tribunal Europeo. Asimismo, el Comité señala que el Estado parte no invocó la reserva formulada respecto al párrafo 2, apartado a), del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Por consiguiente, no existe tampoco impedimento en este sentido para que la comunicación sea admitida.

8.4 En cuanto a la alegación del autor relativa a la violación del artículo 26 del Pacto, ya que afirma haber sido condenado por ser negro, el Comité estima que el autor no ha proporcionado información para sustanciar su queja a los efectos de admisibilidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo Facultativo. Asimismo el Comité considera que la alegación del autor de que se ha violado el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, al obligársele a cumplir la totalidad de su condena tampoco ha sido suficientemente fundamentada a efectos de admisibilidad en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.5 Respecto a la denuncia de que la Sra. Isabel Pernas y el autor fueron juzgados en momentos distintos, el Comité señala que el autor no ha logrado establecer el vínculo con los derechos violados en el Pacto, por lo que esta alegación resulta también inadmisibles en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo.

8.6 El Comité observa que la denuncia del autor sobre la violación de los párrafos 1 y 2 del artículo 14 se refiere especialmente a la evaluación de hechos y pruebas. Tal como ha manifestado el Comité en otras ocasiones (*934/2000 G. c. el Canadá*), incumbe a los tribunales de los Estados partes y no al Comité evaluar los hechos en cada caso concreto. No es competencia del Comité revisar hechos ni declaraciones que han sido evaluados por los tribunales nacionales salvo que sea evidente que la evaluación fue arbitraria o que hubo un error judicial. La información a disposición del Comité no demuestra que la evaluación de los hechos realizada por los tribunales españoles fuera manifiestamente arbitraria o que pudiera considerarse que haya existido una denegación de la justicia. Por tanto, esta alegación no ha sido fundamentada a propósito de la admisibilidad de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.7 Respecto a la alegación sobre la violación del párrafo 3, apartado e), del artículo 14 del Pacto, relativa a la denegación de la prueba del careo, del material del que dispone el Comité se evidencia que las partes fueron sometidas al principio de contradicción y que el abogado defensor del autor tuvo la posibilidad de interrogar a la Sra. Isabel Pernas. Asimismo, de la

⁵ En la discusión los distintos miembros del Comité expresaron diversas opiniones al respecto.

información de la que dispone el Comité tampoco se evidencia que el autor planteara esta cuestión ante los tribunales nacionales antes de someterla al Comité. Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.8 En cuanto a la supuesta violación del párrafo 3, apartado d), del artículo 14, al no comparecer el abogado de oficio a las declaraciones ante el juez instructor en Arrecife, el Comité observa que, según el Estado parte, no hubo ninguna alegación al respecto ni en el juicio oral ni en el recurso de casación. Observa igualmente que, según el autor, esto fue mencionado en el escrito del recurso de reforma contra el auto de procesamiento y en el escrito del recurso de casación. Tras analizar el escrito del recurso de reforma, el Comité concluye que no hay mención alguna en el mismo sobre este hecho. Asimismo, al querer analizar el escrito del recurso de casación, el Comité se ha encontrado con una nota en la documentación presentada por el autor en la que dice "no he encontrado el escrito del recurso de casación". Consecuentemente, en virtud de la información sometida por el autor, el Comité concluye que esta parte de la comunicación es inadmisibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.9 En relación con la denuncia sobre la violación del párrafo 5 del artículo 14, el Comité considera que esta ha sido fundamentada en cuanto a la admisibilidad, por lo que pasa a examinar el fondo de la misma.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité toma nota de los argumentos del autor respecto a una posible violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, al no volver a evaluar el Tribunal Supremo las circunstancias que llevaron a la Audiencia Provincial a condenarle. El Comité también señala que,

según el Estado parte, el Tribunal Supremo sí revisó la valoración de las pruebas del tribunal sentenciador. No obstante la posición del Estado parte de que las pruebas fueron revisadas en casación, y sobre la base de la información y documentos en manos del Comité, este reitera el dictamen del caso de *Cesáreo Gómez Vázquez* y considera que la revisión no es completa de acuerdo con el artículo 14, párrafo 5, del Pacto.

9.2 El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto respecto al Sr. Joseph Semey.

9.3 De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. El autor debe tener derecho a una revisión de su condena de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. El Estado parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.

10. Teniendo en cuenta que, al constituirse en parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el Pacto y que, de conformidad con el artículo 2 del mismo, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, y a proporcionar un recurso efectivo y ejecutable si se determina que se ha producido una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité. Se solicita al Estado parte la publicación del presente dictamen.

Comunicación N° 1002/2001

Presentada por: Franz Wallmann y otros (representados por Alexander H. E. Morawa)

Presunta víctima: Los autores

Estado parte: Austria

Fecha de aprobación del dictamen: 1° de abril de 2004 (80° período de sesiones)

Asunto: Pertenencia obligatoria a la Cámara de Comercio e imposición de cuotas de afiliación

asociación con fines comerciales análogos o a afiliarse a ella

Cuestiones de procedimiento: Reserva del Estado parte – Mismo asunto – Concepto de "examen" – Concepto de víctima – Falta de fundamentación de la reclamación – Agotamiento de los recursos internos – Recursos sin posibilidades razonables de prosperar

Artículo del Pacto: 22, párrafo 1

Artículo del Protocolo Facultativo: 1; 2; y 5, párrafo 2 a)

Conclusión: Ausencia de violación

Cuestiones de fondo: Derecho a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar otra

1. Los autores de la comunicación son el Sr. Franz Wallmann (primer autor) y su esposa, la Sra. Rusella

Wallmann (segunda autora), ambos ciudadanos austriacos, así como el "Hotel zum Hirschen Josef Wallmann" (tercer autor), sociedad comanditaria que incluye una sociedad de responsabilidad limitada, representada por el Sr. y la Sra. Wallmann a los efectos de esta comunicación. Los autores declaran ser víctimas de violaciones del párrafo 1 del artículo 22 del Pacto cometidas por Austria¹. Están representados por abogado.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 El primer autor es el director del "Hotel zum Hirschen" de Salzburgo, sociedad comanditaria (*Kommanditgesellschaft*) que se presenta como tercer autor. Hasta diciembre de 1999, el primer autor y el Sr. Josef Wallmann eran socios comanditarios de esa sociedad, además de su socio colectivo, la sociedad de responsabilidad limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) "Wallmann Gesellschaft mit beschränkter Haftung". Desde diciembre de 1999, fecha en la que el primer autor y Josef Wallmann abandonaron la sociedad comanditaria, la segunda autora posee el 100% de las acciones de la sociedad de responsabilidad limitada y es socia comanditaria con el 100% de las acciones de la sociedad comanditaria.

2.2 El "Hotel zum Hirschen Josef Wallmann", una sociedad comanditaria, es miembro obligatorio (*Kommanditgesellschaft*) de la Sección Regional de Salzburgo de la Cámara de Comercio de Austria (*Landeskammer Salzburg*), con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 3 de la Ley de la Cámara de Comercio (*Handelskammergesetz*). El 26 de junio de 1996, la Cámara Regional impuso a la sociedad comanditaria el pago de sus cuotas de afiliación (*Grundumlage*) correspondiente a 1996, de un total de 10.230 chelines austriacos².

2.3 El 3 de julio de 1996, el primer autor apeló, en nombre de la sociedad comanditaria, ante la Cámara Federal de Comercio (*Wirtschaftskammer Österreich*), alegando una violación de su derecho a la libertad de asociación protegido en la Constitución austriaca (*Bundesverfassungsgesetz*) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El 9 de enero de 1997, la Cámara Federal de Comercio rechazó la apelación.

¹ El Pacto y el Protocolo Facultativo del Pacto entraron en vigor en el Estado parte el 10 de diciembre de 1978 y el 10 de marzo de 1988, respectivamente. Al ratificar el Protocolo Facultativo el 10 de diciembre de 1987, el Estado parte formuló la siguiente reserva: "En la inteligencia de que las disposiciones del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo significan que el Comité de Derechos Humanos previsto en el artículo 28 del Pacto no examinará ninguna comunicación de un individuo, a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido examinado por la Comisión Europea de Derechos Humanos establecida en virtud del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales".

² 1 euro equivale a 13,76 chelines austriacos.

2.4 El primer autor interpuso entonces un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional austriaco (*Verfassungsgerichtshof*) que, el 28 de noviembre de 1997, declaró inadmisibile el recurso debido a que no tenía posibilidades de prosperar a la luz de la jurisprudencia del Tribunal sobre la afiliación obligatoria a la Cámara de Comercio, y remitió el caso al Tribunal Supremo Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) para que examinase el cálculo de las cuotas anuales. En consecuencia, ese Tribunal no abordó la cuestión de la afiliación obligatoria de la sociedad comanditaria.

2.5 El 3 de julio de 1998, el primer autor presentó una demanda a la Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión Europea), en que denunciaba la violación de sus derechos establecidos en el párrafo 1 del artículo 6 (derecho a un juicio imparcial para decidir los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil), el artículo 10 (libertad de expresión), el artículo 11 (libertad de asociación) y el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo. En una carta fechada el 10 de julio de 1998, la secretaria de la antigua Comisión Europea informó al primer autor acerca de sus preocupaciones sobre la admisibilidad de su demanda y le informó de que, de conformidad con la jurisprudencia de la Comisión, el derecho a la libertad de asociación no abarcaba la afiliación a una cámara de comercio, ya que las cámaras de comercio no podían considerarse asociaciones en el sentido del artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Además, el artículo 6 del Convenio no se aplicaba a los procedimientos internos relativos a la recaudación de impuestos y tasas. Por tanto, la Comisión tendría que declarar su demanda inadmisibile. De no recibirse nuevas observaciones del autor, su demanda no podría registrarse ni transmitirse a la Comisión.

2.6 El primer autor respondió a la secretaria mediante carta de 22 de julio de 1998 y expuso sus argumentos a favor de que se registrase su demanda. El 11 de agosto de 1998, la secretaria de la Comisión Europea informó al autor de que se había registrado su demanda. Como consecuencia de la entrada en vigor, el 1º de noviembre de 1998, del Protocolo N° 11 del Convenio Europeo, la demanda del autor se trasladó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El 31 de octubre de 2000, un grupo de tres magistrados del Tribunal declaró la solicitud inadmisibile en virtud del párrafo 4 del artículo 35 del Convenio señalando "que se ha informado al demandante sobre los posibles obstáculos para su admisibilidad", y consideró que los asuntos denunciados "no revelan ningún indicio de violación de los derechos y las libertades establecidos en el Convenio o sus Protocolos"³.

³ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Tercera, decisión relativa a la admisibilidad de la solicitud N° 42704/98 (*Franz Wallmann c. Austria*), 31 de octubre de 2000.

2.7 El 13 de octubre de 1998 y el 16 de diciembre de 1999, respectivamente, la Cámara Federal de Comercio desestimó los recursos del tercer autor contra las decisiones de la Cámara Regional de Salzburgo que especificaban las cuotas anuales de afiliación de la sociedad comanditaria para 1998 y 1999. No se presentó ningún recurso de inconstitucionalidad contra estas desestimaciones.

La denuncia

3.1 Los autores afirman ser víctimas de una violación del párrafo 1 del artículo 22 del Pacto, porque la afiliación obligatoria de la sociedad comanditaria a la Cámara Regional de Comercio, en combinación con la obligación de pagar cuotas anuales de afiliación, les niega efectivamente su derecho a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar otra asociación con fines comerciales análogos o afiliarse a ella.

3.2 Los autores sostienen que la aplicabilidad del artículo 22 a la afiliación obligatoria a la Cámara Federal de Comercio de Austria y las cámaras regionales de comercio debe determinarse a partir de normas internacionales. Su calificación como organizaciones de derecho público con arreglo a la legislación austríaca no refleja su auténtico carácter, ya que las cámaras: 1) representan los intereses de las empresas que las integran, más que el interés público; 2) participan en multitud de actividades económicas de tipo lucrativo; 3) ayudan a sus miembros a establecer contactos comerciales; 4) no ejercen facultades disciplinarias contra sus miembros, y 5) carecen de las características de las organizaciones profesionales de interés público, ya que su único rasgo común es "hacer negocios". Los autores sostienen que el artículo 22 del Pacto es aplicable a las cámaras, ya que realizan las funciones de una organización privada que representa sus intereses económicos.

3.3 Los autores argumentan que, incluso si se considera que las cámaras son organizaciones de derecho público, la carga financiera impuesta a sus miembros mediante las cuotas anuales de afiliación les impide efectivamente asociarse entre sí fuera de ellas, ya que no puede esperarse objetivamente que empresarios particulares realicen semejantes contribuciones, además de las cuotas anuales de afiliación a las cámaras, para financiar otras asociaciones privadas a fin de mejorar sus intereses económicos. Por tanto, las cuotas anuales de afiliación sirven, y están pensadas, como una prohibición *de facto* del ejercicio del derecho a asociarse libremente fuera de las cámaras.

3.4 Para los autores, el sistema de afiliación obligatoria no es una limitación necesaria para promover ningún interés legítimo del Estado en el sentido del párrafo 2 del artículo 22 del Pacto. En la mayoría de los demás Estados europeos no existe ninguna afiliación obligatoria de ese tipo.

3.5 En cuanto a la reserva austríaca al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, los

autores alegan que, si se interpreta el texto de la reserva de forma literal, la "Comisión Europea de Derechos Humanos" no ha examinado el mismo asunto, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desestimó la demanda del primer autor ante la Comisión sin examinar el fondo del asunto, en particular en lo que respecta a las preguntas de si la Cámara de Comercio de Austria puede definirse como "asociación" y si la afiliación obligatoria a ella hace imposible que las personas ejerzan su derecho a la libertad de asociación fuera de la Cámara. El hecho de que la secretaria del Tribunal Europeo no informase primero al autor sobre su preocupación acerca de la admisibilidad de su demanda le privó de su derecho a elegir el foro retirando su demanda al Tribunal Europeo y presentándola al Comité. Se afirma que el hecho de que ya hubiese recibido una carta de la secretaria de la Comisión en julio de 1998 no es importante, dado que es anterior a la fecha de registro de su demanda y que la jurisprudencia del Tribunal ha evolucionado desde entonces.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 El 26 de septiembre de 2001, el Estado parte expuso sus argumentos acerca de la admisibilidad de la comunicación. En lo que respecta al primer autor, considera que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, en concordancia con la correspondiente reserva formulada por Austria, impide al Comité examinar el caso.

4.2 El Estado parte afirma que esa reserva es aplicable a la comunicación, porque el primer autor ya presentó el mismo asunto a la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuya secretaria le informó sobre su preocupación acerca de la admisibilidad de su demanda, llegando a la conclusión de que probablemente la demanda se declararía inadmisibile. Habida cuenta de que la secretaria no solo planteó cuestiones de forma en su carta al primer autor, sino que se refirió a varios precedentes de la jurisprudencia sustantiva de la Comisión, el Estado parte alega que la Comisión Europea procedió a un examen del fondo de la demanda y que, por tanto, "examinó" el mismo asunto.

4.3 Asimismo, el Tribunal Europeo, en su decisión de 31 de octubre de 2000, declaró que "había examinado la demanda". El hecho de que el Tribunal rechazara finalmente la demanda como inadmisibile no va en perjuicio de esta decisión, ya que no se desestimó por las razones de forma contempladas en los párrafos 1 y 2 del artículo 35 del Convenio. Por el contrario, la conclusión del Tribunal de que los asuntos denunciados "no revelan ningún indicio de violación de los derechos y las libertades establecidos en el Convenio o sus Protocolos" demuestra a las claras que el examen del Tribunal también abarcó "un análisis importante del fondo de la cuestión". Por tanto, la demanda se rechazó por razones de fondo, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 35 del Convenio, al ser manifiestamente infundada.

4.4 Para el Estado parte, la aplicabilidad de la reserva no se ve obstaculizada por su referencia

explícita a la Comisión Europea de Derechos Humanos. Incluso aunque la demanda del autor haya sido finalmente rechazada por el Tribunal Europeo y no por la Comisión Europea, el Tribunal ha asumido las funciones de la antigua Comisión tras la entrada en vigor del Protocolo N° 11 el 1° de noviembre de 1998, cuando todos los casos anteriores que la Comisión tenía pendientes se trasladaron al nuevo Tribunal Europeo. Por consiguiente, debe considerarse que el nuevo Tribunal es el sucesor de la antigua Comisión.

4.5 Por último, el Estado parte sostiene que el hecho de que el Tribunal Europeo no informase al primer autor sobre su intención de desestimar su demanda no constituye una razón para no aplicar la reserva austríaca al presente caso.

Comentarios de los autores

5.1 En una carta de fecha 15 de octubre de 2001, el primer autor modificó la comunicación para añadir a su esposa y a la sociedad comanditaria "Hotel zum Hirschen Josef Wallmann" como autores.

5.2 En respuesta a las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad, los autores sostienen que las reservas permisibles y debidamente aceptadas a los tratados internacionales pasan a ser partes integrantes de estos tratados y por tanto deben interpretarse a la luz de las normas establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Dado que la reserva formulada por Austria, según el sentido corriente de su formulación, se refiere claramente a un examen por parte de la Comisión Europea de Derechos Humanos, no deja lugar a ninguna interpretación basada en su contexto u objeto y propósito, y menos a los medios complementarios de interpretación de tratados establecidos en el artículo 32 de la Convención de Viena (trabajos preparatorios del tratado y circunstancias de su celebración). Habida cuenta de que el sentido corriente del texto de la reserva es igual de claro al exigir que el mismo asunto no haya "sido examinado"⁴ por la Comisión Europea, el mero hecho de que el primer autor *presentara* una demanda ante la antigua Comisión no basta para justificar la aplicabilidad de la reserva a su comunicación actual.

5.3 Los autores reiteran que la Comisión Europea nunca "examinó" la demanda, debido a que la carta de la secretaria, de 10 de junio de 1998, por la que se informaba al primer autor acerca de varios motivos de preocupación relativos a la admisibilidad se envió en un momento en que la demanda no se había registrado ni sometido a la atención de la Comisión. Del mismo modo, la Comisión nunca examinó la demanda después de que se hubiera registrado, debido a su remisión al nuevo Tribunal Europeo tras la entrada en vigor del Protocolo N° 11.

5.4 Los autores rechazan el argumento del Estado parte de que el nuevo Tribunal Europeo simplemente

sustituyó a la antigua Comisión Europea y que la reserva de Austria, a pesar de su formulación, debería abarcar los casos en los que el nuevo Tribunal haya examinado el mismo asunto sobre la base de que las competencias del nuevo Tribunal son más amplias que las de la antigua Comisión.

5.5 Asimismo, los autores alegan que, en cualquier caso, la referencia que se hacía en la decisión del Tribunal Europeo a la carta de la secretaria de 10 de julio de 1998, puso de manifiesto que el Tribunal rechazaba la demanda como inadmisibile *ratione materiae* según el artículo 11 del Convenio, lo que, sin embargo, no puede considerarse un examen en el sentido de la reserva formulada por Austria, de conformidad con la jurisprudencia del Comité⁵.

5.6 Los autores recuerdan que la reserva de Austria al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo es la única que hace una referencia explícita a la "Comisión Europea de Derechos Humanos" en lugar de a "otro procedimiento de examen o arreglo internacionales". Se afirma que la intención de los redactores de la reserva no hace al caso, porque el significado claro y corriente de la reserva de Austria no permite recurrir a medios complementarios de interpretación de tratados en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena.

5.7 Refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los autores destacan que las reservas a los tratados de derechos humanos deben interpretarse a favor del individuo. Debería rechazarse todo intento de ampliar el alcance de la reserva formulada por Austria, teniendo en cuenta que el Comité dispone de suficientes instrumentos para evitar el uso indebido de procedimientos paralelos, como los conceptos de "justificación de las denuncias" y "abuso del derecho de petición", además del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

5.8 Los autores llegan a la conclusión de que, en lo que respecta al primer autor, la comunicación es admisible a tenor del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, porque el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional y no se aplica la reserva austríaca. En lo que respecta a los autores segundo y tercero, no es necesario que el Comité examine si la reserva formulada por Austria al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 es aplicable, ya que estos autores no

⁴ Sin cursivas en el original.

⁵ Los autores se refieren a la comunicación N° 441/1990, *Robert Casanovas c. Francia*, dictamen aprobado el 19 de julio de 1994, párrafo 5.1 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/51/D/441/1990, y la comunicación N° 808/1998, *Georg Rogl c. Alemania*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 25 de octubre de 2000, párrafos 9.3 y siguientes del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/70/D/808/1998.

presentaron ninguna petición ante la Comisión ni ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶.

5.9 Por último, los autores afirman que han probado de manera suficiente, a efectos de la admisibilidad, que la Cámara Federal y las Cámaras Regionales de Comercio de Austria ejercen las funciones de las asociaciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 22 del Pacto.

Observaciones adicionales del Estado parte

6.1 El 30 de enero de 2002, el Estado parte presentó nuevos argumentos acerca de la admisibilidad, y asimismo del fondo, de la comunicación. Afirma que, en lo que respecta al tercer autor, la comunicación es inadmisibile con arreglo a los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo, debido a que, según la jurisprudencia del Comité⁷, las asociaciones y las empresas no pueden considerarse individuos, ni pueden afirmar ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos protegidos en el Pacto.

6.2 El Estado parte sostiene que la comunicación también es inadmisibile respecto a los autores primero y segundo, porque en lo esencial están denunciando violaciones de los derechos de su sociedad. Aunque, por tratarse de una sociedad comanditaria, el "Hotel zum Hirschen Josef Wallmann" no tiene personalidad jurídica, puede actuar del mismo modo que las entidades con personalidad jurídica en sus relaciones jurídicas, lo que se reflejó en el hecho de que el "Hotel zum Hirschen Josef Wallmann" fuera parte en los procedimientos internos. Habida cuenta de que todos los recursos internos se presentaron en nombre del tercer autor y que no se sustanció ninguna denuncia relacionada personalmente con los autores primero y segundo a los efectos del artículo 2 del Protocolo Facultativo, estos no tienen capacidad legal con arreglo al artículo 1 de dicho Protocolo. Los autores primero y segundo tampoco agotaron los recursos internos, ya que solo el tercer autor fue parte en los procedimientos internos.

6.3 Además, la segunda autora no puede alegar ser víctima de la decisión impugnada de la Cámara Regional de Comercio de Salzburgo, de 26 de junio de

⁶ A este respecto, los autores se refieren a la comunicación N° 645/1995, *Vaihere Bordes y John Temeharo c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 22 de julio de 1996, párrafo 5.2 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/57/D/645/1995.

⁷ El Estado parte se refiere a la comunicación N° 104/1981, *J. R. T. y el W. G. Party c. el Canadá*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 6 de abril de 1983, apartado a) del párrafo 8 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/18/D/104/1981; la comunicación N° 502/1992, *S. M. c. Barbados*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 31 de marzo de 1994, párrafo 6.3 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/50/D/502/1992; y la comunicación N° 737/1997, *Michelle Lamagna c. Australia*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 7 de abril de 1999, párrafo 6.2 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/65/D/737/1997.

1996, ya que solo se convirtió en socia de la sociedad comanditaria y accionista de la sociedad de responsabilidad limitada en diciembre de 1999.

6.4 En cuanto al argumento de los autores de que la reserva de Austria solo se refiere a la Comisión Europea y no al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Estado parte explica que la reserva se había formulado a partir de una recomendación del Comité de Ministros en la que se daba a entender que los Estados miembros del Consejo de Europa que firmaran o ratificaran el Protocolo Facultativo tal vez desearan "hacer una declaración [...] cuyo efecto sería que la competencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no comprendería la admisión y el examen de comunicaciones de particulares relacionadas con asuntos que ya hubieran sido o estuvieran siendo examinados con arreglo al procedimiento previsto en el Convenio Europeo"⁸.

6.5 El Estado parte sostiene que su reserva difiere de reservas similares formuladas por otros Estados miembros solo en la medida en que se refiere directamente al mecanismo pertinente del Convenio en aras de la claridad. Todas las reservas tienen por objeto evitar un nuevo examen por instancias internacionales tras la decisión del mecanismo de examen establecido por el Convenio Europeo. Por consiguiente, no procede denegar la validez o el campo de aplicación de la reserva formulada por el país basándose simplemente en la reforma estructural del mecanismo de examen.

6.6 El Estado parte señala que, debido a la fusión de la Comisión Europea de Derechos Humanos y el "antiguo" Tribunal, el "nuevo" Tribunal Europeo puede considerarse el "sucesor legítimo" de la Comisión, puesto que esta antes se ocupaba de la mayoría de las funciones básicas asumidas por el Tribunal. Habida cuenta de que la referencia a la Comisión Europea en la reserva del Estado parte se formuló específicamente con respecto a esas funciones, la reserva mantiene su plena vigencia tras la entrada en vigor del Protocolo N° 11. El Estado parte alega que, cuando formuló su reserva en 1987, no podía prever que se modificarían los mecanismos de examen del Convenio Europeo.

6.7 El Estado parte subraya de nuevo que el mismo asunto ya fue examinado por el Tribunal Europeo, que, al no hacer lugar a la demanda del autor por considerarla inadmisibile en virtud de los párrafos 3 y 4 del artículo 35 del Convenio Europeo, tuvo que examinar el fondo de la cuestión, aunque solo fuera sumariamente. Llega a la conclusión de que la comunicación es inadmisibile con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.8 En cuanto al fondo, el Estado parte sostiene que la Cámara de Comercio de Austria es una organización pública establecida por ley y no por iniciativa privada, a la que no se aplica el artículo 22 del Pacto. En el derecho austríaco es frecuente la afiliación obligatoria a

⁸ Consejo de Europa, resolución (70) 17 del Comité de Ministros, de 15 de mayo de 1970.

cámaras, como las cámaras de trabajadores y empleados, las cámaras agrícolas y las cámaras de trabajadores autónomos. La Constitución austríaca establece algunas de las características de la Cámara de Comercio, en particular la afiliación obligatoria, su estructura como organización de derecho público, su autonomía financiera y administrativa, su estructura democrática y su supervisión por parte del Estado, incluida la supervisión de sus actividades financieras por el Tribunal de Cuentas. Además, la Cámara participa en cuestiones de administración pública formulando observaciones sobre proyectos de ley del Parlamento que deben someterse a expertos de la Cámara y proponiendo candidaturas de jueces legos en los tribunales laborales y sociales, así como de delegados en un gran número de comisiones de la administración pública.

6.9 El Estado parte refuta los argumentos de los autores que equiparan la cámara federal y las cámaras regionales con asociaciones privadas (véase el párrafo 3.2), y alega que: 1) la representación de los intereses económicos comunes de los miembros de la cámara es de interés público; 2) la cámara es una organización sin fines de lucro, cuyas cuotas de afiliación son limitadas y no deben superar la cantidad requerida para los gastos necesarios, según el artículo 131 de la Ley de la Cámara de Comercio; 3) el público en general puede acceder a las direcciones de los miembros de la Cámara mediante el Registro de Comercio; 4) el hecho de que la Cámara no tenga facultades disciplinarias no obliga a concluir que no sea una organización profesional, ya que la existencia de facultades disciplinarias no es un elemento constitutivo de esas organizaciones; 5) salvo en lo que respecta a las cuestiones disciplinarias, la Cámara puede compararse en todo a las organizaciones profesionales de interés público.

6.10 El Estado parte sostiene que, si se hace una comparación con la estructura de las cámaras de comercio de otros países europeos, es preciso reconocer que la Cámara austríaca no podría desempeñar las funciones públicas que tiene asignadas si se la tratase en pie de igualdad con asociaciones privadas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también confirmó el carácter de derecho público de la Cámara⁹, en base a que se creó por ley y no por escritura privada y que desempeña funciones de interés público, como la prevención de prácticas de comercio desleal, la promoción de la formación profesional y la supervisión de las actividades de sus miembros. El Estado parte hace suya la conclusión del Tribunal Europeo de que el artículo 11 del Convenio Europeo no se aplica a la Cámara de Comercio y considera que este argumento es válido para el artículo 22 del Pacto.

6.11 En cuanto a la opinión del autor de que las cuotas anuales de afiliación a la Cámara tienen por efecto impedir a los miembros fundar otras asociaciones o

⁹ El Estado parte se refiere a la decisión del Tribunal sobre la admisibilidad de la demanda N° 14596/89 (*Weiss c. Austria*), de 10 de julio de 1991.

afiliarse a ellas, el Estado parte sostiene que estas cuotas son relativamente modestas en comparación con los demás gastos de los autores y que son desgravables, al igual que las contribuciones a organizaciones privadas profesionales o comerciales. La contribución anual a la Asociación (privada) de Propietarios de Hoteles, que oscila entre 5.000 y 24.000 chelines austríacos, no ha impedido a sus casi 1.000 miembros afiliarse a ella. En el caso de los autores, la cuota sumaría menos de 10.000 chelines austríacos, cantidad que está a su alcance.

Observaciones adicionales de los autores

7.1 En una carta de fecha 11 de marzo de 2002, los autores respondieron a las observaciones adicionales del Estado parte. Aunque están de acuerdo en que el Comité hasta ahora ha sostenido que, en principio, solo los particulares pueden presentar comunicaciones, alegan que nada impide que varias personas que participan en la misma actividad comercial presenten juntas una denuncia¹⁰. Según la jurisprudencia del Comité¹¹, esas "categorías de personas" forman una entidad semiindependiente a los efectos de la admisibilidad según lo previsto en los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo, mientras que las personas en cuestión están simplemente detrás de esa entidad. Así, la situación de las "categorías de personas" indica una práctica en evolución que, a la larga, dará lugar al reconocimiento de entidades formadas por particulares como autoras de comunicaciones.

7.2 Los autores afirman que, al negar que los autores primero y segundo hayan demostrado una violación de sus propios derechos, el Estado parte no tiene en cuenta que el derecho a la libertad de asociación según el artículo 22 está "por su propia naturaleza indisolublemente [vinculado] a la persona"¹². El hecho de que este derecho también esté vinculado, en cierta medida, a actividades comerciales no hace que esté menos protegido¹³. Dado que los autores primero y segundo se han visto afectados personalmente en sus actividades económicas por el cobro de cuotas anuales basadas en su afiliación obligatoria a la Cámara de Comercio, no han perdido sus derechos individuales por el simple hecho de haber fundado un negocio con

¹⁰ Los autores se refieren a la comunicación N° 273/1988, *B. d. B. y otros c. los Países Bajos*, decisión sobre la admisibilidad de 30 de marzo de 1989, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/35/D/273/1988.

¹¹ Se hace referencia a la comunicación N° 359/1989, *John Ballantyne, Elizabeth Davidson y Gordon McIntyre c. el Canadá*, dictamen aprobado el 31 de marzo de 1991, párrafo 10.4 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/47/D/359/1989.

¹² Cita de la comunicación N° 455/1991, *Allan Singer c. el Canadá*, dictamen aprobado el 26 de julio de 1994, párrafo 11.2 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/51/D/455/1991.

¹³ Los autores se refieren a la comunicación N° 359/1989, *John Ballantyne, Elizabeth Davidson y Gordon McIntyre c. el Canadá*, dictamen aprobado el 31 de marzo de 1991, párrafo 11.3 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/47/D/359/1989.

arreglo a los requisitos del derecho interno, ni el derecho a reclamar esos derechos mediante una petición individual¹⁴.

7.3 En lo que respecta a los recursos internos, los autores alegan que, puesto que el Estado parte no especifica qué otros procedimientos podían haber incoado los autores primero y segundo con arreglo al derecho austríaco para hacer valer su derecho a la libertad de asociación, aparte de apelar la decisión de la Cámara y presentar un recurso de inconstitucionalidad en nombre de la sociedad comanditaria, la objeción procesal del Estado parte no debe prosperar¹⁵. Además, mediante estos procedimientos, el Estado parte tuvo la oportunidad de corregir la supuesta violación del artículo 22 del Pacto, que, según la jurisprudencia del Comité¹⁶, es el objetivo principal del requisito de agotar los recursos internos.

7.4 En cuanto a la presunta falta de fundamentación por la segunda autora de su denuncia de que ha sido víctima de una violación del artículo 22, los autores sostienen que la sociedad comanditaria "Hotel zum Hirschen Josef Wallmann" continúa siendo miembro obligatorio de la Cámara de Comercio. Aunque en un principio la comunicación de los autores atacaba la decisión que determinaba las cuotas de afiliación para el año 1996, las decisiones posteriores sobre las cuotas de afiliación han sido parecidas. La segunda autora se vio afectada por estas decisiones tras convertirse en socia comanditaria y única accionista de "Wallmann Gesellschaft mit beschränkter Haftung".

7.5 En lo que respecta al agotamiento de los recursos internos contra las decisiones posteriores de la Cámara Regional de Salzburgo, los autores afirman que el 13 de octubre de 1998 y el 16 de diciembre de 1999, la Cámara Federal de Comercio desestimó los recursos del tercer autor contra las decisiones relativas a sus cuotas de afiliación correspondientes a los años 1998 y 1999, respectivamente. No se presentaron nuevos recursos contra estas desestimaciones, ya que estos habrían sido inútiles a la luz de la jurisprudencia invariable del Tribunal Constitucional y, en particular, de su decisión, de 28 de noviembre de 1997, de rechazar el recurso de

inconstitucionalidad sobre las cuotas de afiliación para 1996¹⁷.

7.6 Respecto a la reserva de Austria, los autores reiteran que nada impedía al Estado parte formular una reserva, al ratificar el Protocolo Facultativo, para evitar que el Comité examinara comunicaciones cuyo objeto ya hubiera sido examinado "con arreglo al procedimiento previsto por el Convenio Europeo", según la recomendación del Comité de Ministros, o utilizar la fórmula más amplia del examen previo por "otro procedimiento de examen o arreglo internacional", como hicieron otros Estados partes en el Convenio Europeo.

7.7 Por otro lado, los autores afirman que el Estado parte es libre de estudiar la posibilidad de formular una reserva a tal efecto ratificando nuevamente el Protocolo Facultativo, siempre y cuando tal reserva pudiera considerarse compatible con su objeto y finalidad. Lo que no es permisible, a su juicio, es ampliar el alcance de la actual reserva de manera que contravenga las normas fundamentales de interpretación de los tratados.

7.8 Los autores rechazan el argumento del Estado parte de que las funciones básicas del "nuevo" Tribunal Europeo, como por ejemplo las decisiones sobre la admisibilidad y la determinación de los hechos de un caso, fueran inicialmente competencia exclusiva de la Comisión Europea de Derechos Humanos, y argumentan que el "antiguo" Tribunal Europeo también se ocupaba sistemáticamente de esas cuestiones. Ponen en duda que la reestructuración de los órganos del Convenio no pudiera preverse en 1987 y citan pasajes del Informe explicativo del Protocolo N° 11 en los que se resume la evolución de las deliberaciones sobre la "fusión" entre 1982 y 1987.

7.9 En cuanto al fondo, los autores refutan los argumentos del Estado parte en el sentido de que la Cámara de Comercio es una organización de derecho público, y sostienen que: 1) el simple hecho de que la Cámara se crease por ley no la convierte en una organización de derecho público; 2) el derecho a formular observaciones sobre proyectos de ley no es exclusivo de las organizaciones de derecho público; 3) el Tribunal de Cuentas supervisa las actividades financieras de muchas entidades, incluidas las empresas de propiedad parcial del Estado; 4) los miembros de comisiones de la administración pública son nombrados no solo por determinadas cámaras, sino también por asociaciones que representan a importantes grupos de interés como los sindicatos o las iglesias.

7.10 Además, los autores alegan que: 1) aunque pueda ser de interés público el hecho de que grupos de personas tengan la oportunidad de ver sus intereses representados, esto no convierte los intereses económicos de los miembros de la Cámara en "interés

¹⁴ En apoyo a esta afirmación, los autores se refieren a la comunicación N° 273/1988, *B. d. B. c. los Países Bajos*, decisión sobre la admisibilidad de 30 de marzo de 1989, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/35/D/273/1988; y la comunicación N° 316/1988, *C. E. A. c. Finlandia*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 10 de julio de 1991, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/42/D/316/1988.

¹⁵ Los autores se refieren a la comunicación N° 83/1981, *Machado c. el Uruguay*, dictamen aprobado el 4 de noviembre de 1983, párrafo 6 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/20/D/83/1981.

¹⁶ Se hace referencia a la comunicación N° 220/1987, *T. K. c. Francia*, decisión sobre admisibilidad adoptada el 8 de noviembre de 1989, párrafo 8.3 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/37/D/220/1987; y la comunicación N° 222/1987, *H. K. c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 8 de noviembre de 1989, párrafo 8.3 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/37/D/222/1987.

¹⁷ Los autores se refieren a la comunicación N° 210/1985, *Wim Hendriks c. los Países Bajos*, dictamen aprobado el 27 de julio de 1988, párrafo 6.3 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/33/D/201/1985.

público"; 2) la Cámara realiza una extensa actividad económica de tipo lucrativo, ya que es accionista de empresas y realiza campañas de publicidad en nombre de sus miembros; 3) la labor de sancionar a los miembros que infringen sus deberes profesionales constituye la característica esencial de las organizaciones profesionales de interés público, de conformidad con la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁸; 4) en 1991 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirmó el carácter de derecho público de la Cámara de Comercio de Austria, basándose simplemente en las leyes nacionales por las que esta se establecía, sin hacer una evaluación del fondo de la cuestión¹⁹; 5) la Cámara es simplemente una asociación privada, a la que se han otorgado de forma injustificada facultades especiales para participar en todos los poderes del Estado y exigir afiliación obligatoria.

7.11 En lo que respecta a su libertad para fundar otras asociaciones y afiliarse a ellas, los autores sostienen que la afiliación obligatoria a una entidad afectará por lo general de forma negativa a su decisión de fundar otra asociación o afiliarse a ella, así como a sus posibilidades de convencer a otros miembros por obligación para que se afilien a la otra asociación. Reiteran que las cuotas anuales, que suman 40.000 chelines austríacos, representan una cantidad que no pueden pagar fácilmente, debido a las pérdidas de la sociedad comanditaria durante los últimos años y a la necesidad de mejorar las instalaciones del hotel²⁰.

7.12 Los autores reiteran que han fundamentado su denuncia de forma suficiente, al menos a los efectos de la admisibilidad.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.²¹

8.2 El Comité observa que el Estado parte ha invocado su reserva de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo,

¹⁸ Los autores se refieren a las decisiones de la Comisión sobre la demanda N° 19363/92 (*Gerhard Hirmann c. Austria*), de 2 de marzo de 1994, y la demanda N° 14331-2/88 (*Paul Revert y Denis Legallais c. Francia*), de 8 de septiembre de 1989.

¹⁹ La decisión criticada es la demanda N° 14596/89 (*Franz Jakob Weiss c. Austria*), decisión sobre la admisibilidad de 10 de julio de 1991.

²⁰ Las pérdidas de la sociedad comanditaria y las mejoras de las instalaciones del hotel se detallan en la comunicación.

²¹ Véase la comunicación N° 989/2001, *Kollar c. Austria*, decisión sobre admisibilidad adoptada el 30 de julio de 2003, párrafo 8.2 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/78/D/989/2003.

que impide al Comité examinar comunicaciones en caso de que la "Comisión Europea de Derechos Humanos" ya hubiese examinado el "mismo asunto" con anterioridad. En cuanto al argumento de los autores de que en realidad la demanda del primer autor a la Comisión Europea nunca fue examinada por ese órgano sino que fue declarada inadmisibile por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité observa que el Tribunal Europeo, a raíz de la enmienda del tratado en virtud del Protocolo N° 11, ha asumido legalmente las tareas de la antigua Comisión Europea de recibir las demandas presentadas en virtud del Convenio Europeo, decidir sobre su admisibilidad y hacer una evaluación preliminar del fondo de la cuestión. El Comité recuerda que, a los efectos de determinar la existencia de procedimientos paralelos o, en su caso, sucesivos ante el Comité y los órganos de Estrasburgo, el nuevo Tribunal Europeo es el sucesor de la antigua Comisión Europea por haber asumido sus funciones.

8.3 El Comité considera que una reformulación de la reserva del Estado parte, al volver a ratificar el Protocolo Facultativo, como proponen los autores, solo para especificar lo que de hecho constituye una consecuencia lógica de la reforma de los mecanismos del Convenio Europeo, sería un mero formalismo. Por razones de continuidad, y habida cuenta de su objetivo y finalidad, el Comité interpreta, pues, que la reserva del Estado parte se aplica también a las comunicaciones que hayan sido examinadas por el Tribunal Europeo²².

8.4 En lo que respecta a la pregunta de si el asunto objeto de la presente comunicación es el mismo que examinó el Tribunal Europeo, el Comité recuerda que el mismo asunto se refiere a los mismos autores, los mismos hechos y los mismos derechos sustantivos. Dado que se cumplen los dos primeros requisitos, el Comité observa que el párrafo 1 del artículo 11 del Convenio Europeo, según la interpretación de los órganos de Estrasburgo, es suficientemente similar al párrafo 1 del artículo 22 del Pacto²³ invocado en el presente caso, para llegar a la conclusión de que los derechos sustantivos pertinentes se refieren al mismo asunto.

8.5 Con respecto al argumento de los autores de que el Tribunal Europeo no había "examinado" el contenido de su denuncia cuando declaró inadmisibile la demanda del primer autor, el Comité recuerda su jurisprudencia de que, en los casos en que la Comisión Europea haya basado una declaración de inadmisibilidad no solamente en motivos de forma²⁴, sino también en motivos que incluyan una cierta consideración del fondo de la cuestión, ese asunto se habrá "examinado" en el sentido de las respectivas reservas al apartado a) del párrafo 2

²² Véase *ibíd.*, párr. 8.3.

²³ Véase Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary* (1993), pág. 387.

²⁴ Véase, por ejemplo, la comunicación N° 716/1996, *Pauger c. Austria*, dictamen aprobado el 25 de marzo de 1999, párrafo 6.4 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/65/D/716/1996.

del artículo 5 del Protocolo Facultativo²⁵. El Comité tiene el convencimiento de que el Tribunal Europeo no se limitó a un simple examen de criterios de admisibilidad puramente formales cuando declaró inadmisibles la demanda del primer autor, porque no reveló "ningún indicio de violación de los derechos y las libertades establecidos en el Convenio o sus Protocolos".

8.6 El Comité señala que los autores, basándose en la referencia que se hace en la decisión del Tribunal Europeo a la carta de la secretaria de la Comisión Europea, que explica los posibles obstáculos a la admisibilidad, alegan que la demanda se declaró inadmisibles *ratione materiae* con el artículo 11 del Convenio y que, por tanto, no se había "examinado" en el sentido de la reserva formulada por Austria. Ahora bien, en el presente caso no pueden determinarse los motivos exactos por los que el Tribunal Europeo desestimó la demanda del primer autor cuando la declaró inadmisibles de conformidad con el párrafo 4 del artículo 35 del Convenio²⁶.

8.7 Tras determinar que la reserva del Estado parte es aplicable, el Comité llega a la conclusión de que, en lo que respecta al primer autor, la comunicación es inadmisibles con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha examinado el mismo asunto.

8.8 El Comité observa que el examen de la demanda por el Tribunal Europeo no afectó a la segunda autora, cuya comunicación, además, se refiere a hechos distintos de los de la demanda del primer autor ante la Comisión Europea, a saber, la imposición de cuotas de afiliación por parte de la Cámara Regional de Salzburgo después de que se hiciera socia de la sociedad comanditaria y accionista de la sociedad de responsabilidad limitada en diciembre de 1999. Por tanto, la reserva del Estado parte no se aplica en lo que respecta a la segunda autora.

8.9 El Comité considera que la segunda autora ha demostrado, a los efectos del artículo 2 del Protocolo Facultativo, que *a priori* no puede excluirse la aplicabilidad del artículo 22 del Pacto a la Cámara de Comercio de Austria. Asimismo, observa que el "Hotel zum Hirschen Josef Wallmann KG", por tratarse de una sociedad comanditaria, no tiene personalidad jurídica de conformidad con la legislación austríaca. A pesar de que

²⁵ Véanse, por ejemplo, la comunicación N° 121/1982, *A. M. c. Dinamarca*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 23 de julio de 1982, párrafo 6 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/16/D/121/1982, y la comunicación N° 744/1997, *Linderholm c. Croacia*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 23 de julio de 1999, párrafo 4.2 del documento de las Naciones Unidas CCPR/C/66/D/744/1997.

²⁶ El párrafo 4 del artículo 35 del Convenio Europeo dispone, entre otras cosas, que "el Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo". Esto se refiere, entre otras cosas, a los motivos de inadmisibilidad establecidos en el párrafo 3 del artículo 35, es decir la inadmisibilidad *ratione materiae* y las demandas manifiestamente mal fundadas o abusivas.

el tercer autor tiene capacidad para participar en procesos judiciales internos y hace uso de ella, la segunda autora, que posee el 100% de las acciones de la sociedad comanditaria, es, en su calidad de socia, responsable de las obligaciones del tercer autor hacia sus acreedores. Así pues, el Comité considera que la segunda autora se ve directa y personalmente afectada por la afiliación obligatoria del tercer autor a la Cámara y las consiguientes cuotas anuales de afiliación, y que por tanto puede denunciar que es víctima de una violación del artículo 22 del Pacto.

8.10 En la medida en que la segunda autora denuncia que las cuotas anuales de afiliación le impiden en la práctica fundar otras asociaciones o afiliarse a ellas, el Comité considera que no ha demostrado, a los efectos de la admisibilidad, que los pagos anuales a la Cámara sean tan onerosos que constituyan una restricción efectiva de su derecho a la libertad de asociación. El Comité llega a la conclusión de que esta parte de la comunicación es inadmisibles de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.11 En cuanto a la objeción del Estado parte según la cual la segunda autora no agotó los recursos internos, como la propia sociedad comanditaria fue parte de los procesos internos, el Comité recuerda que cuando la jurisprudencia de los tribunales nacionales superiores ha decidido sobre el asunto en cuestión, y con ello se ha descartado cualquier posibilidad de que pueda prosperar un recurso ante los tribunales nacionales, no se exige a los autores que agoten los recursos internos²⁷. El Comité observa que el Estado parte no ha demostrado en qué se habrían diferenciado las posibilidades de un recurso de la segunda autora contra el cobro por la Cámara de cuotas anuales de afiliación a partir de 1999 de las del recurso presentado en nombre de la sociedad comanditaria, desestimado en su momento por el Tribunal Constitucional de Austria en 1998, por no tener posibilidades razonables de éxito.

8.12 Por consiguiente, el Comité llega a la conclusión de que la comunicación es admisible en la medida en que la segunda autora denuncia como tal la afiliación obligatoria de la sociedad comanditaria "Hotel zum Hirschen Josef Wallmann" a la Cámara de Comercio y las consiguientes cuotas de afiliación cobradas desde diciembre de 1999.

8.13 En lo que respecta al tercer autor, el Comité observa que el "Hotel zum Hirschen Josef Wallmann" no es un particular y, como tal, no puede presentar una comunicación con arreglo al Protocolo Facultativo. Por consiguiente la comunicación, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo Facultativo, es inadmisibles en la medida en que se presenta en nombre del tercer autor.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información

²⁷ Véase, por ejemplo, la comunicación N° 511/1992, *Länsman y otros c. Finlandia*, párr. 6.1.

que le han presentado las partes, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 La cuestión que se plantea ante el Comité es si la imposición al "Hotel zum Hirschen" (tercer autor) de cuotas anuales de afiliación por la Cámara Regional de Comercio de Salzburgo constituye una violación del derecho de la segunda autora a la libertad de asociación en virtud del artículo 22 del Pacto.

9.3 El Comité ha tomado conocimiento de la opinión de los autores de que, aunque la Cámara de Comercio constituya una organización de derecho público en virtud del derecho austríaco, su calificación como "asociación" en el sentido del párrafo 1 del artículo 22 del Pacto debe determinarse a partir de normas internacionales, dadas las numerosas funciones no públicas de la Cámara. Del mismo modo ha tomado conocimiento del argumento del Estado parte de que la Cámara es una organización pública con arreglo al derecho austríaco, por su participación en cuestiones de administración pública y por sus objetivos de interés público, y que por tanto queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 22.

9.4 El Comité observa que la Cámara de Comercio de Austria se fundó por ley y no mediante un acuerdo privado, y que sus miembros están subordinados por ley a su facultad de cobrar cuotas anuales de afiliación.

Asimismo observa que el artículo 22 del Pacto solo se aplica a asociaciones privadas, incluso a efectos de afiliación.

9.5 El Comité considera que, una vez que la legislación de un Estado parte establece las cámaras de comercio como organizaciones de derecho público, el artículo 22 del Pacto no impide a estas organizaciones imponer cuotas anuales de afiliación a sus miembros, a no ser que ese establecimiento con arreglo a derecho público trate de burlar las garantías contenidas en el artículo 22. Sin embargo, no parece desprenderse del material del que dispone el Comité que la calificación de la Cámara de Comercio de Austria como organización de derecho público, tal y como está previsto en la Constitución austríaca y en la Ley de la Cámara de Comercio de 1998, constituya una elusión del artículo 22 del Pacto. Por consiguiente, el Comité llega a la conclusión de que la afiliación obligatoria del tercer autor a la Cámara de Comercio de Austria y las cuotas anuales de afiliación impuestas desde 1999 no constituyen una interferencia con los derechos de la segunda autora en virtud del artículo 22.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, considera que los hechos que se le han expuesto no ponen de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 22 del Pacto.

Comunicación N° 1011/2001

Presentada por: Francesco Madafferi y Anna Maria Immacolata Madafferi (representados por los abogados Mauro Gagliardi y Acquaro)

Presunta víctima: Los autores y sus cuatro hijos, Giovanni Madafferi, Julia Madafferi, Giuseppina Madafferi y Antonio Madafferi

Estado parte: Australia

Fecha de aprobación de la decisión: 26 de julio de 2004 (81° período de sesiones)

Asunto: Separación de la familia en caso de traslado del padre

Cuestiones de procedimiento: Solicitud de adopción de medidas provisionales de protección – Agotamiento de los recursos internos – Recurso eficaz – Falta de fundamentación de la reclamación – Incompatibilidad con el Pacto

Cuestiones de fondo: Condiciones de detención – Derecho a abandonar el propio país – Concepto de "propio país" – Injerencia arbitraria en la familia – Protección del menor

Artículos del Pacto: 7; 9; 10, párrafo 1; 12, párrafo 4; 17; 23; y 24

Artículos del Protocolo Facultativo y del Reglamento: 2; 3; y 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo; y artículo 86 del Reglamento

Conclusión: Violación (artículo 10, párrafo 1; artículo 17, párrafo 1, interpretado conjuntamente con el artículo 23; y artículo 24, párrafo 1)

1.1 Los autores de la comunicación son el Sr. Francesco Madafferi, ciudadano italiano nacido el 10 de enero de 1961, y la Sra. Anna Maria Madafferi, ciudadana australiana, que también escriben en nombre de sus hijos Giovanni Madafferi, nacido el 4 de junio de 1991, Julia Madafferi, nacida el 26 de mayo de 1993, Giuseppina Madafferi, nacida el 10 de julio de 1996, y Antonio Madafferi, nacido el 17 de julio de 2001. Los cuatro niños son ciudadanos australianos. Francesco Madafferi vive actualmente con su familia en Melbourne, Victoria (Australia). Los autores afirman ser víctimas de violaciones por Australia de los artículos 2, 3, 5, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 16, 17, 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los

representan los abogados Sr. Mauro Gagliardi y Sr. Acquaro.

1.2 La solicitud de que se adoptasen medidas provisionales para impedir la deportación del Sr. Madafferi, presentada al mismo tiempo que la comunicación inicial, fue rechazada en un primer momento por el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones del Comité. Sin embargo, en vista del informe que se presentó sobre un peritaje psicológico, el Relator Especial, en ejercicio de las facultades que le confiere su mandato, decidió incluir la siguiente frase en la nota por la que se transmitió la comunicación al Estado parte y se le solicitó que informara sobre la admisibilidad y el fondo de la cuestión: "El Comité desea señalar a la atención del Estado parte el efecto psicológico de la detención sobre [el Sr. Madafferi] y la posibilidad de que la deportación, si se ejecutase mientras el Comité tiene ante sí la comunicación, pudiera representar una violación de las obligaciones contraídas por el Estado parte en virtud del Pacto"¹.

Los hechos presentados por los autores

2.1 El 21 de octubre de 1989, el Sr. Francesco Madafferi llegó a Australia con un visado de turista válido por seis meses a partir de la fecha de ingreso en el país. Procedía de Italia, donde había cumplido una pena de dos años de prisión y había recuperado la libertad en 1986. Al llegar a Australia, el Sr. Madafferi no tenía causas o sentencias penales pendientes en Italia.

2.2 A partir de abril de 1990, el Sr. Madafferi pasó a ser un no ciudadano en situación ilegal. El 26 de agosto de 1990, se casó con la ciudadana australiana Sra. Anna Maria Madafferi. Creía que su matrimonio le daba automáticamente la condición de residente. La pareja tuvo cuatro hijos, todos nacidos en Australia. Toda la familia ampliada del Sr. Madafferi reside en Australia.

2.3 En 1996, cuando su caso se señaló a la atención del Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales (en adelante "el Departamento"), el Sr. Madafferi presentó una solicitud de visado de cónyuge para residir en Australia permanentemente. En su solicitud informó de sus condenas anteriores y proporcionó detalles sobre las sentencias dictadas en rebeldía, en Italia, y de las que había tomado conocimiento con posterioridad a su entrevista inicial con los funcionarios de inmigración. Las autoridades italianas nunca solicitaron su extradición.

¹ Los autores presentaron el informe de un peritaje psicológico de fecha 4 de julio de 2001 en que el psiquiatra expresó su "profunda preocupación por el estado psicológico [del Sr. Madafferi] ante su prolongada detención. Es dable suponer... que los síntomas disfuncionales de su estado de estrés se vean exacerbados si se mantiene la detención... no solo tendrá graves problemas para dar instrucciones adecuadas a sus abogados sino que también existe la posibilidad de que se le produzca un daño psicológico de tal magnitud que le impida recobrar sus facultades anteriores...".

2.4 En mayo de 1997, el Departamento rechazó la solicitud de visado de cónyuge por estimarse que "carecía de integridad" según la definición de la Ley de migración, en vista de sus condenas anteriores. Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal Administrativo de Apelación.

2.5 El 7 de junio de 2000, al cabo de una audiencia de dos días, el Tribunal Administrativo de Apelación anuló la decisión que estaba examinando y remitió el caso al Ministro del Departamento (en adelante "el Ministro") para que lo volviera a examinar de conformidad con una instrucción de que "no se negara [al Sr. Madafferi] el visado por motivos de integridad únicamente sobre la base de la información con la que se contaba en ese momento..."². En julio de 2000, en lugar de volver a examinar la cuestión de conformidad con las instrucciones del Tribunal, el Ministro notificó su intención, adoptada en el marco de un artículo diferente de la Ley de migración de 1958 (el artículo 501A), de rechazar la solicitud de visado del Sr. Madafferi.

2.6 En agosto de 2000, las autoridades italianas anularon de oficio parte de las condenas pendientes y declararon que las condenas restantes prescribirían en mayo de 2002³. Según los autores, el Ministro no tomó en cuenta estas medidas de las autoridades italianas.

2.7 El 18 de octubre de 2000, el Ministro utilizó sus facultades discrecionales en virtud del artículo 501A para rechazar la decisión del Tribunal y denegar al Sr. Madafferi un visado permanente. El 21 de diciembre de 2000, tras una solicitud presentada por el abogado del Sr. Madafferi, el Ministro justificó su decisión aduciendo que, como el Sr. Madafferi había sido condenado en el pasado y tenía una condena pendiente en Italia, "carecía de integridad" y, por consiguiente, la

² Según esta decisión, aunque el Presidente Adjunto en un primer momento señaló que el Sr. Madafferi carecía de integridad, añadió que "no se cuenta con pruebas fehacientes de que haya cometido delitos desde mediados del decenio de 1980. En el momento de hacer su segundo intento de extorsión tenía 23 años y 24 cuando ocurrió la pelea en la cárcel. Ahora tiene 39 años... pienso que no sería adecuado juzgarlo por los delitos cometidos hace mucho tiempo en otro país". El Tribunal también señaló que algunas de las condenas en Italia se habían dictado en rebeldía y posiblemente eran susceptibles de apelación y revocación si el Sr. Madafferi decidiera valerse de dichos recursos. Además, esas condenas pronunciadas *in absentia* eran inaceptables para el derecho australiano y, por consiguiente, no deberían tomarse en consideración en el marco de la jurisprudencia del país. También se prestó la debida atención a los hijos del Sr. Madafferi que debían ser "la consideración primordial". La importancia que se asigna a los intereses de los hijos se ajusta a la decisión del Tribunal Superior de Australia en el caso *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh* (1995) 183 CLR 273. El juez que presidía el Tribunal llegó a la conclusión de que "... los factores que pesan en favor del otorgamiento del visado, en particular los intereses de los hijos, deben prevalecer sobre los factores que pesan en favor de su rechazo".

³ El 22 de junio de 2002 las autoridades italianas notificaron al Sr. Madafferi que habían anulado la condena pendiente y la orden de detención en su contra.

expulsión de Australia obedecía al "interés nacional". Según los autores, el Ministro no solicitó a las autoridades italianas la debida información y se basó indebidamente en el supuesto de que el Sr. Madafferi tenía aún pendiente una pena de prisión de más de cuatro años. Se solicitó al Ministro aclaraciones complementarias, que este proporcionó en enero de 2001. El 16 de marzo de 2001, el Sr. Madafferi se entregó a las autoridades y fue alojado en el Centro de Detención de Inmigrantes de Maribyrnong, en Melbourne, por un período indefinido.

2.8 El 18 de mayo de 2001, el Tribunal Federal desestimó una solicitud de revisión judicial de la decisión del Ministro. El 5 de junio de 2001, se apeló esta decisión al Pleno del Tribunal Federal. El 13 de noviembre de 2001, el Pleno del Tribunal Federal conoció de la apelación y reservó su decisión. El 31 de enero de 2002, se notificó al Sr. Madafferi que uno de los tres magistrados del Pleno del Tribunal Federal se había enfermado y que no podría dictar sentencia. El Sr. Madafferi optó por que un tribunal reconstituido dictara sentencia basándose en el expediente en lugar de que dictaran sentencia los dos magistrados restantes. El 17 de julio de 2002, el Pleno del Tribunal Federal reconstituido desestimó la apelación.

La denuncia

3.1 Los autores afirman que, como la Sra. Madafferi no tiene intención de acompañar a su esposo a Italia en caso de que lo expulsen, se violarán los derechos de todos los autores, en particular de los hijos, ya que se desintegrará la unidad familiar. Se afirma que esa separación ocasionará problemas psicológicos y financieros a todos los interesados, pero muy especialmente a los hijos, dada su corta edad.

3.2 Los autores consideran arbitraria la decisión del Ministro de rechazar la decisión del Tribunal sin contar con nuevos datos y sin tener en cuenta la información, los hechos y la opinión del Presidente del Tribunal. Se afirma que el Ministro abusó de sus facultades discrecionales y no trató con justicia el caso del Sr. Madafferi. Estiman que su decisión se vio influenciada políticamente por "el desprecio de los medios de comunicación por el Sr. Madafferi y otros miembros de su familia". Al respecto, los autores insisten también en que el Sr. Madafferi nunca fue condenado por delito alguno en Australia.

3.3 Por otra parte, los autores sostienen que en el centro de detención en que se encontraba el Sr. Madafferi no se respetan las normas sanitarias y humanas de que disfrutaban incluso las personas que han cometido delitos graves. También afirman que se han violado los derechos del Sr. Madafferi al negársele otras medidas de privación de libertad, como la detención domiciliaria o la detención domiciliaria alternada, que le habrían permitido permanecer con su familia, en particular en vista del nacimiento de su último hijo, hasta que se tomara una decisión sobre su situación de inmigrante. En ese sentido, se señala que no se permitió

al Sr. Madafferi asistir al nacimiento de su cuarto hijo, el 17 de julio de 2001.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En su comunicación de marzo de 2002, el Estado parte formuló observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. Afirma que esta es inadmisibles en su totalidad porque dice presentarse en nombre de la Sra. Madafferi y sus hijos, quienes no han dado su autorización para hacerlo. Sostiene que toda la comunicación es inadmisibles porque no se agotaron los recursos internos ya que, en el momento de su presentación, el Pleno del Tribunal Federal aún no había dictado sentencia y los autores aún tenían la posibilidad de apelar la decisión negativa de este Tribunal ante el Tribunal Superior. Además, manifiesta que los autores no habían interpuesto un recurso de hábeas corpus para que se examinase la legalidad de la detención del Sr. Madafferi, ni tampoco presentaron una denuncia ante la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades.

4.2 El Estado parte sostiene que toda la comunicación es inadmisibles porque no se fundamentaron las denuncias. Con excepción de las denuncias de que se han violado el párrafo 1 del artículo 9 y el párrafo 1 del artículo 10 con respecto al Sr. Madafferi, todas las denuncias contenidas en la comunicación son inadmisibles por incompatibilidad con el Pacto. Varias denuncias son inadmisibles en relación con algunos miembros de la familia, ya que no se puede considerar que sean víctimas de las presuntas violaciones.

4.3 Respecto del fondo de la cuestión, el Estado parte afirma que los autores no han proporcionado pruebas suficientes para poder examinar el fondo de las presuntas violaciones. En cuanto a la posible violación del artículo 7, el Estado parte dice que el trato dado al Sr. Madafferi y sus efectos sobre los demás autores no representaba sufrimientos físicos o psicológicos graves del grado que pueda constituir tortura, sino que era legítimo con arreglo a las leyes de inmigración del Estado parte. En cuanto a las evaluaciones psicológicas de los autores, sostiene que, aun cuando haya pruebas de que el Sr. Madafferi y sus hijos padecen sufrimiento emocional como resultado de su detención y perspectiva de expulsión, no representan una prueba de que se haya violado el artículo 7, ya que no se documentan padecimientos de una gravedad suficiente provocados por factores que van más allá de los efectos derivados de la detención y su consiguiente separación del resto de la familia. Como prueba se presenta una copia de un informe médico de fecha 20 de agosto de 2001, en que se llega a la conclusión de que, si bien el Sr. Madafferi presenta una serie de síntomas relacionados con el estrés, su intensidad es de leve a moderada y coincide con lo que sería dable esperar en vista de su detención y posible expulsión.

4.4 Con respecto a la presunta violación del artículo 9, el Estado parte dice que la detención del

Sr. Madafferi es legítima y conforme a los procedimientos establecidos por la legislación, concretamente la Ley de migración. Como no tiene un visado, es un no ciudadano en situación ilegal tal como se define en el artículo 14 de la Ley de migración. En virtud del artículo 189, es obligatorio detener a esos no ciudadanos en situación ilegal en Australia. El Estado parte afirma que el Ministro estaba facultado para ejercer los poderes discrecionales que le reconoce la Ley de migración y no otorgar un visado al Sr. Madafferi. Sus acciones en este sentido se han impugnado en todos los niveles del sistema judicial y se determinó que eran legítimas.

4.5 El Estado parte niega que la detención del Sr. Madafferi sea arbitraria. Sostiene que la detención en el contexto de la inmigración es una medida excepcional reservada a las personas que llegan a Australia o permanecen en el país sin autorización. El objetivo de dicha detención es garantizar que los posibles inmigrantes no ingresen en Australia antes de que sus solicitudes hayan sido debidamente evaluadas y se haya determinado que su entrada está justificada. También permite a los funcionarios australianos tener realmente acceso a esas personas a fin de investigar y tramitar sus solicitudes sin demora y, si estas carecen de fundamento, expulsarlas de Australia lo más rápidamente posible.

4.6 El Estado parte afirma que la detención de personas que intentan permanecer en Australia de manera ilegal es compatible con el derecho fundamental a la soberanía, según el cual los Estados pueden controlar el ingreso de los no ciudadanos en su territorio. El país no tiene un sistema de tarjetas de identidad ni otros medios nacionales de identificación, ni un sistema de registro obligatorio para tener acceso al mercado laboral, la educación, la seguridad social, los servicios financieros y otros tipos de servicio. Por ello, en comparación con otros países que sí cuentan con esos sistemas, a Australia le resulta más difícil detectar, controlar y detener a los inmigrantes ilegales en la comunidad.

4.7 A la luz de experiencias anteriores, cabe suponer razonablemente que, si en lugar de mantener bajo custodia a las personas cuya condición jurídica está pendiente de resolución se las dejara circular libremente en la sociedad, estas tendrían un gran incentivo para incumplir las condiciones de su libertad, fundirse en la población y quedarse en Australia ilegalmente, sobre todo en los casos en que esas personas tienen un historial de infracciones a las leyes de migración. La política de detención de inmigrantes del Estado parte también debe examinarse en el contexto más amplio del programa general de migración. Todas las solicitudes que se presentan para entrar o permanecer en Australia se estudian con detenimiento, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso. Si bien la obligación de agotar todos los recursos jurídicos hace a veces que el período de tramitación se prolongue, también garantiza a todos los solicitantes que se estudiarán, de manera detallada, todas las circunstancias que concurren en su caso. Esto es lo que ha sucedido en

el asunto del Sr. Madafferi. El Tribunal Superior examinó la racionalidad de las disposiciones relativas a la detención obligatoria del Estado parte en el asunto *Chu Kheng Lim v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*⁴.

4.8 El Estado parte sostiene que sus leyes de migración no son arbitrarias de por sí ni tampoco se han aplicado de manera arbitraria en el caso del Sr. Madafferi. Hay varios factores que demuestran que ese señor recibió un trato razonable, necesario, apropiado, previsible y proporcional a los fines que se pretendían, habida cuenta de las circunstancias de su caso. En primer lugar, se le trató siempre en consonancia con el ordenamiento jurídico interno. En segundo lugar, el hecho de que el Sr. Madafferi no haya demostrado ser persona de probada integridad, según se exige en el artículo 501A⁵ de la Ley de migración,

⁴ (1992) 176 CLR 1.

⁵ En el párrafo 2 del artículo 501A de la Ley de migración se prevé que, cuando el Ministro abrigue sospechas razonables de que una persona no cumple los requisitos de integridad, y dicha persona no le demuestre que los cumple, el Ministro podrá: revocar la decisión que hubieran adoptado un delegado o el Tribunal Administrativo de Apelación de no denegar la concesión de un visado a la persona o no denegar la cancelación del visado que se le haya expedido; y negarse a conceder un visado a la persona o cancelar el visado expedido, siempre que esté persuadido de que la denegación o la cancelación redundarán en beneficio del interés nacional. En el párrafo 6 del artículo 501 se prevé que una persona no cumple los requisitos de integridad en los siguientes supuestos: "a) cuando la persona tenga antecedentes penales graves (en los términos en que se los define en el párrafo 7), o b) cuando la persona esté, o haya estado, asociada con otra, o con un grupo u organización, respecto de los cuales el Ministro tenga sospechas razonables de que están o han estado implicados en actos delictivos, o c) cuando, teniendo en cuenta uno de los siguientes criterios o ambos: i) el comportamiento delictivo de la persona en la actualidad y en el pasado, y ii) el comportamiento general de la persona en la actualidad y en el pasado, se determine que la persona en cuestión no cumple los requisitos de integridad, o d) cuando, de permitirse su entrada o su estancia en Australia, exista peligro grave de que dicha persona: i) incurra en actividades delictivas en Australia; ii) hostigue, intimide o persiga a otra persona, o abuse de ella sexualmente, en Australia; iii) vilipendie a un sector de la sociedad australiana; iv) siembre la discordia en la sociedad australiana o en un sector de dicha sociedad; v) represente un peligro para la sociedad australiana o para un sector de dicha sociedad, bien porque existe la probabilidad de que se involucre en actividades que perturben, o en actos de violencia que amenacen con perjudicar, a esa sociedad o a un sector, o bien por otra razón. En defecto de los anteriores supuestos, se estimará que la persona cumple los requisitos de integridad". A los efectos de los requisitos de integridad que se enuncian en el párrafo 7 del artículo 501, se entenderá que la persona en cuestión posee "antecedentes penales graves" en los siguientes supuestos: "a) cuando la persona haya sido condenada a la pena capital; b) cuando haya sido condenada a cadena perpetua; c) cuando haya sido condenada a una pena de prisión de 12 meses o más; d) cuando haya sido condenada a dos o más penas de prisión (ya sea en una o en varias ocasiones) y la suma de las penas sea de dos años o más; o e) cuando la persona haya sido absuelta de un delito, por motivo

debido a que tiene antecedentes penales, el hecho de haber permanecido en Australia más tiempo del autorizado en su permiso de entrada, en dos ocasiones, y haber mostrado falta de honradez en su trato con los funcionarios del servicio de migración, significan que era razonable y previsible que se le negara el visado, pese a haber fundado una familia en Australia. En la directriz 17 figuran, entre otras cosas, las instrucciones sobre cómo aplicar los requisitos de integridad⁶.

4.9 En tercer lugar, la decisión del Ministro se basó en el estudio exhaustivo de todas las circunstancias que hacen al caso, como se desprende de la extensa motivación y de la motivación complementaria que aportó a su decisión. Entre esas circunstancias figuran las siguientes: los intereses de la Sra. Madafferi y de sus hijos; las obligaciones internacionales de Australia; los antecedentes penales del Sr. Madafferi; el comportamiento del Sr. Madafferi desde su llegada a Australia; el interés de preservar la integridad del régimen de inmigración australiano y de proteger a la sociedad australiana; las expectativas de la sociedad australiana y el efecto disuasorio de la decisión de denegar el visado al Sr. Madafferi.

4.10 En cuarto lugar, el Sr. Madafferi intentó impugnar, en vano, la decisión del Ministro en el Tribunal Federal, el cual determinó que dicha decisión no había sido fruto de un error de derecho, ni de abuso de autoridad ni parcialidad, que se había adoptado en consonancia con la Ley de migración y no adolecía de falta de pruebas que la fundamentaran. En quinto lugar, el Sr. Madafferi fue detenido para facilitar su expulsión del Estado parte y ha permanecido en esa situación mientras impugna la orden de expulsión. En sexto lugar, el Tribunal Federal revisó su detención y no la anuló. En fecha reciente, decidió autorizar la detención domiciliaria del Sr. Madafferi, previa aprobación de las medidas prácticas de esa detención.

4.11 El Estado parte niega que haya infringido lo dispuesto en el artículo 10 con respecto a las condiciones de detención. Aporta la declaración del Director de los Servicios Penitenciarios de Victoria (donde se sitúa el centro penitenciario en que está recluido el Sr. Madafferi) para demostrar que dicha persona ha recibido un trato humano durante su detención y que los servicios que se le han prestado han satisfecho sobradamente sus necesidades esenciales.

de desequilibrio mental o demencia y, de resultas de ello, haya sido ingresada en un servicio o establecimiento psiquiátrico".

⁶ El Estado parte explica que, además de las disposiciones legislativas, en la Ley de migración también se enuncian en el artículo 499 una serie de directrices encaminadas a garantizar que las facultades que se confieren en ella se ejerzan de manera cabal y coherente. El Ministro presenta al Parlamento esas directrices, que ni limitan la facultad discrecional de las autoridades ni autorizan a adoptar decisiones arbitrarias. En la fecha en que se resolvió denegar el visado al Sr. Madafferi, la directriz 17 se refería a lo dispuesto en el artículo 501 acerca de la denegación y cancelación de visados. En ella figuraban, entre otras cosas, instrucciones sobre la aplicación de los requisitos de integridad previstos en la ley.

4.12 Por lo que atañe a la alegación de que el Sr. Madafferi no pudo asistir al nacimiento de Antonio Madafferi, se señala que sí se le autorizó a asistir pero con vigilancia. Fue la Sra. Madafferi quien declaró que no deseaba que su esposo estuviera presente en el parto en esas condiciones. El Estado parte admite que se demoró en conceder al Sr. Madafferi autorización para visitar el hospital, pero que ello se rectificó rápidamente y le permitieron hacer una visita extraordinaria. Asimismo, sostiene que la exigencia de que el Sr. Madafferi estuviera vigilado era conveniente para evitar que se diera a la fuga.

4.13 El Estado parte sostiene que el Sr. Madafferi permanece en su territorio ilegalmente y que ello mismo contradice todas las afirmaciones de que se han lesionado los derechos que lo asisten en virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto. El hecho de que el párrafo 3 del artículo 12, en el que se enuncian las excepciones al ejercicio de los derechos reconocidos en el párrafo 1 del mismo artículo, sea aplicable a su caso implica que la detención del Sr. Madafferi no lesiona su derecho a la libertad de circulación o de residencia, en contravención de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12.

4.14 Por lo que respecta a la posible infracción del párrafo 4 del artículo 12, el Estado parte sostiene que los lazos que unen al Sr. Madafferi con Australia son insuficientes para aseverar que este sea su propio país a los efectos de la citada disposición. Ninguna de las circunstancias que concurren en el caso *Stewart c. el Canadá*⁷ y que, a juicio del Comité, daban lugar a lazos especiales con un país y a la posibilidad de alegar pretensiones al respecto, de modo que no cupiera considerarse a los no nacionales como simples extranjeros, existen en el caso del Sr. Madafferi y en su relación con Australia. No ha sido privado de su nacionalidad en contravención del derecho internacional. El Sr. Madafferi no ha intentado obtener el derecho a permanecer en el Estado parte respetando sus leyes de inmigración, pese a que dicho Estado dispone de mecanismos oficiales para solicitar la nacionalidad australiana y no opone impedimentos arbitrarios para su obtención.

4.15 Por lo que atañe al artículo 13, el Estado parte sostiene que el Sr. Madafferi no reside legalmente en Australia, que la decisión de expulsarlo está en consonancia con el ordenamiento jurídico australiano y que tuvo numerosas oportunidades para solicitar la revisión de dicha decisión.

4.16 Respecto de la afirmación de que se ha infringido lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14, el Estado parte se remite a la decisión adoptada por el Comité en el caso *Y. L. c. el Canadá*⁸, en la que examinó la definición de acción judicial de carácter civil, y la interpretó desde dos puntos de vista: el de la naturaleza del derecho en cuestión y el de la instancia que habría de dirimir el asunto. Por lo que atañe a la naturaleza del

⁷ Caso N° 538/1993.

⁸ Caso N° 112/81.

derecho en cuestión, el Estado parte se remite a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para demostrar que el derecho a obtener permiso de residencia no forma parte de los derechos previstos en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es muy parecido al artículo 14 del Pacto⁹. Una decisión administrativa en que se niega un visado en primera instancia no equivale a una acción judicial a los efectos de dicha disposición. No cabe equiparar tal decisión a la determinación de derechos y obligaciones propia de una acción judicial, ya que no se trata de que una persona haya interpuesto acciones judiciales para hacer valer sus derechos frente a otra, sino más bien de una decisión administrativa en la que una persona, atendiendo a una normativa, determina los derechos de otra. La decisión de permitir o no la entrada o la permanencia de una persona en su territorio incumbe al Estado interesado. Por lo que respecta a la instancia competente para decidir sobre ese derecho, el Estado parte reitera que la decisión administrativa de denegar un visado en primera instancia no es equiparable a una acción judicial.

4.17 Por lo que atañe al artículo 17, el Estado parte sostiene que el exigir a uno de los integrantes de una familia que salga de Australia al tiempo que se permite permanecer en ella a los demás no entraña necesariamente "una injerencia" en la vida familiar de la persona expulsada ni de las que se quedan¹⁰. Sostiene que dicho artículo tiene por objeto proteger la intimidad de la persona y las relaciones interpersonales dentro de la familia que dimanen de ese derecho a la intimidad. La detención y la expulsión propuesta del Sr. Madafferi no constituyen una injerencia en la intimidad de la familia Madafferi, ni en la de cada uno de los miembros ni en las relaciones entre ellos. La expulsión propuesta no tiene por objeto alterar ninguna de las relaciones entre los miembros de la familia, y el Estado parte no obstaculizará el mantenimiento ni el desarrollo de esas relaciones. El único objeto de la detención y la expulsión propuesta del Sr. Madafferi es velar por la

⁹ En cuanto a la naturaleza de los derechos en cuestión, el Estado parte se remite a los siguientes casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para demostrar que los procedimientos de deportación no son acciones judiciales: el caso *Agee c. el Reino Unido*, Nº 7729/76, DR 7, 164, sobre el derecho a residir en un país y la expulsión de extranjeros; el caso *X. c. el Reino Unido*, Nº 7902/77, DR 9, 224, sobre la anulación del permiso de residencia concedido a un extranjero y la decisión de deportarlo; y el caso *Appal y otros c. el Reino Unido*, Nº 8244/78, DR 17, 149, sobre una solicitud de permiso de residencia.

¹⁰ Se remite al caso *Winata c. Australia*, caso Nº 930/2000, en el que el Comité decidió que "el simple hecho de que un miembro de una familia tenga derecho a permanecer en el territorio de un Estado parte no significa necesariamente que el exigir a otros miembros de la familia que abandonen el Estado entrañe [...] injerencia". También se remite a varios casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para fundamentar su argumento de que un miembro de una familia no puede tener la pretensión legítima de seguir residiendo en el territorio de un Estado en el que ha residido de manera ilegal.

integridad del régimen de inmigración del Estado parte. Este considera que la decisión de si los demás integrantes de la familia seguirán viviendo en Australia o viajarán con el Sr. Madafferi a Italia o a cualquier otro país incumbe a la propia familia. Señala que solo el Sr. Madafferi es objeto de expulsión; sus hijos pueden permanecer en Australia con la Sra. Madafferi. Habida cuenta de que los hijos son menores y de que sus progenitores son de ascendencia italiana, podrían integrarse sin problemas en la sociedad italiana en caso de que el resto de la familia se uniera al Sr. Madafferi. A este respecto, el Estado parte se remite a la notificación de los autores de que el Sr. Madafferi no deberá cumplir las penas de prisión que tiene pendientes en Italia cuando regrese a ese país. Se afirma que, una vez que salga de Australia, podrá presentar una solicitud de visado desde el exterior para poder regresar.

4.18 En caso de que el Comité estime que el comportamiento del Estado parte para con el Sr. Madafferi constituye una "injerencia" en la vida de la familia Madafferi, esa injerencia no sería ni "ilegal" ni "arbitraria". Se aduce que en el Pacto se reconoce el derecho de los Estados a ejercer un control de la inmigración.

4.19 El Estado parte refuta la afirmación de que se ha infringido el artículo 23 y aduce que su obligación de proteger a la familia no le impide expulsar a un no nacional que reside en su territorio de manera ilegal simplemente porque esa persona ha fundado una familia con nacionales australianos. El artículo 23 debe interpretarse a la luz del derecho que asiste al Estado parte, al amparo de la normativa internacional, de supervisar la entrada, la residencia y la expulsión de extranjeros¹¹. En virtud de ese derecho, el Pacto permite que el Estado parte adopte medidas razonables para controlar la inmigración en Australia, aun cuando ello implique la expulsión de un progenitor. La circunstancia de que el Sr. Madafferi solo pueda estar con su familia si todos sus integrantes viajan a Italia es consecuencia no tanto del hecho de que el Estado parte no haya adoptado medidas para proteger la unidad familiar sino de la propia conducta del Sr. Madafferi. De los argumentos expuestos se deduce que la decisión de negar el visado al Sr. Madafferi se adoptó de conformidad con la legislación australiana y previo examen de las consecuencias que tendría tal decisión en la familia Madafferi, entre otras consideraciones.

4.20 El Estado parte observa que la afirmación de que se ha infringido el artículo 24 no parece fundamentarse más que en el hecho de que se ha propuesto expulsar de su territorio al Sr. Madafferi. Sostiene que esa medida no entraña negligencia alguna en cuanto a la adopción de las medidas de protección que exige la condición de menores de los hijos del Sr. Madafferi. Uno de los factores que tuvo presentes el Ministro al adoptar la decisión de denegar el visado al Sr. Madafferi fue el de

¹¹ Se remite al caso *Moustaquim c. Bélgica* (1991) 13 EHRR 802, pág. 814, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

defender el "interés superior" de sus hijos. Toda separación prolongada del Sr. Madafferi de sus hijos será resultado de las decisiones que tomen él y su esposa, no de la actuación del Estado parte. Los autores no han aportado pruebas que demuestren que la Sra. Madafferi no puede proteger a sus hijos debidamente, en caso de que se queden en Australia, o que hay impedimentos para que los menores prosigan una vida normal en Italia.

4.21 El Estado parte señala que la presunta infracción del artículo 26 tiene que ver, al parecer, con la garantía de igualdad ante la ley, ya que el Ministro negó al Sr. Madafferi el visado. El Estado parte refuta esa afirmación y se remite a los argumentos que ha esgrimido en relación con el artículo 9; sostiene que la decisión del Ministro fue necesaria, apropiada, previsible y proporcional y argumenta: que la decisión adoptada ha sido legítima; que el Sr. Madafferi no cumple los requisitos de integridad exigidos; que se le permitió presentar comunicaciones al Ministro antes de que este adoptara su decisión; que el Ministro motivó su decisión; y que un tribunal revisó dicha decisión y determinó que no hubo en ella error de derecho, ni abuso de autoridad ni parcialidad; que estaba en consonancia con la Ley de migración y no estaba indebidamente fundamentada por falta de pruebas.

4.22 Con respecto a la infracción de los artículos 2, 3 y 5, los párrafos 2 a 7 del artículo 14 y el artículo 16, el Estado parte expone argumentos pormenorizados en los que rechaza esa afirmación por considerarla inadmisibles y carente de fundamento jurídico.

Solicitud de adopción de medidas provisionales

5.1 El 16 de septiembre de 2003, los autores notificaron a la Secretaría que el Estado parte pretendía deportar al Sr. Madafferi el 21 de septiembre de ese mismo año y solicitaron que se adoptaran medidas provisionales para impedir su deportación. Asimismo, solicitaron al Comité que recomendara que se le aplicara el régimen de detención domiciliaria.

5.2 Los autores ofrecen información actualizada sobre cómo se desarrolló la situación en realidad. El 7 de febrero de 2002, habida cuenta de que el estado psíquico del Sr. Madafferi había empeorado y de que la separación afectaba a los demás miembros de la familia, el Ministro ordenó que se le aplicara el régimen de detención domiciliaria, lo cual tuvo lugar el 14 de marzo de 2002. Una vez en régimen de detención domiciliaria, siguió sufriendo trastornos mentales y recibió la visita de médicos, psiquiatras y otros especialistas, cuyos gastos corrieron por su cuenta. Los síntomas que presentaba al inicio de la detención domiciliaria remitieron, pero siguió sufriendo síntomas de trastorno mental.

5.3 El 20 de junio de 2003, se denegó al Tribunal Superior la autorización especial para examinar la capacidad del Ministro de intervenir y de revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Apelación. El 25 de junio de 2003, el Departamento de Inmigración y

de Asuntos Multiculturales e Indígenas rescindió el acuerdo de detención domiciliaria al haber aumentado el riesgo de que el Sr. Madafferi se diera a la fuga tras la decisión que había emitido el Tribunal Superior cinco días antes, según la cual se habían agotado los recursos internos. El mismo día el Sr. Madafferi fue trasladado nuevamente al Centro de Detención de Inmigrantes de Maribyrnong. El autor presentó un recurso de constitucionalidad que fue desestimado por el Tribunal Superior el 25 de junio de 2003.

5.4 Se ha comparado el procedimiento utilizado para devolver al Sr. Madafferi al régimen de detención con una "operación militar", durante la cual 17 agentes de la Policía Federal Australiana se presentaron armados y sin previo aviso en una furgoneta de escolta que iba acompañada por otros dos vehículos del cuerpo. El Sr. Madafferi se entregó sin oponer resistencia. La Sra. Madafferi quedó horrorizada al pensar en el peligro que podía correr su marido, ya que creía que lo iban a expulsar de Australia. Los dos hijos menores, que también presenciaron la escena, padecieron trastornos alimentarios durante varias semanas. Los autores sostienen que la actuación de las autoridades fue injustificada y desproporcionada con respecto a las circunstancias del caso, habida cuenta, sobre todo, de que el Sr. Madafferi había cumplido todas las condiciones del régimen de detención domiciliaria durante un período de 15 meses.

5.5 Antes de poner fin a la detención domiciliaria se presentaron pruebas médicas al Departamento, a petición suya, que apoyaban la opinión de que debía haberse mantenido esa forma de detención, puesto que las razones médicas por las que el Ministro la había ordenado inicialmente seguían existiendo o era probable que volvieran a aparecer si se volvía a trasladar al autor al Centro de Detención de Inmigrantes de Maribyrnong. Por lo tanto, los autores sostienen que, al poner fin a la detención domiciliaria, el Estado parte actuó contra el asesoramiento médico y psiquiátrico de sus propios servicios¹².

5.6 El 22 de junio de 2002, las autoridades italianas notificaron al Sr. Madafferi que habían revocado las sentencias pendientes y su orden de detención. En junio de 2003 el Sr. Madafferi pidió al Ministro que, a la luz de esa información, revisara su decisión de negarle un visado en calidad de cónyuge. El Ministro comunicó que no tenía una base jurídica para revisar la decisión; su posición fue confirmada por el Tribunal Federal el 19 de agosto de 2003; actualmente, la decisión está sometida a apelación ante el Pleno del Tribunal Federal.

¹² Según los autores, el agente de inmigración John Young presentó varios informes médicos al Departamento, entre ellos uno del Dr. Arduca en el que se afirmaba lo siguiente: "En mi opinión, el Sr. Madafferi corre un riesgo considerable de autolesionarse debido a este estado de grave conflicto psíquico. El hecho de alejarlo de su hogar y su familia e internarlo en un centro de detención aumentaría considerablemente ese riesgo".

5.7 El 18 de septiembre de 2003, en vista de los elementos proporcionados, del hecho de que la deportación estaba prevista para el 21 de septiembre de 2003 y de que estaba previsto que el Comité examinase la comunicación en su 79º período de sesiones (octubre de 2003), el Relator Especial, de conformidad con el artículo 86 del reglamento del Comité, pidió al Estado parte que no deportara al Sr. Madafferi hasta que finalizase ese período de sesiones. También pidió al Estado parte que proporcionase a la brevedad posible información sobre el traslado a detención domiciliaria u otras medidas adoptadas para reducir el riesgo de lesiones graves, en particular de lesiones autoinfligidas graves, cuya existencia habían determinado incluso las autoridades del Estado parte, en caso de que el Sr. Madafferi continuara en el centro de detención de inmigrantes.

5.8 Mediante comunicación de 17 de octubre de 2003, el Estado parte indicó que accedería a la petición del Relator Especial de no deportar al Sr. Madafferi hasta que el Comité hubiera examinado el caso en su 79º período de sesiones. Expuso los hechos del caso tal como fueron presentados por los autores y añadió que se había puesto fin a la detención domiciliaria del Sr. Madafferi tras haberse agotado los recursos internos, de conformidad con el artículo 198 de la Ley de migración, que exige que se expulse tan pronto como sea posible a los no ciudadanos que se encuentren en situación ilegal.

5.9 Por lo que respecta a las medidas adoptadas para reducir el riesgo de que se produjeran otras lesiones, el Estado parte se remite al informe médico, fechado el 26 de septiembre de 2003, en el que se resume el tratamiento recibido por el Sr. Madafferi desde que volvió a ingresar en el centro de detención. Este incluye consultas diarias con los servicios de enfermería y psicología del Centro y consultas periódicas con los servicios de salud mental de la región sudoccidental. Sin embargo, el estado de salud mental del Sr. Madafferi siguió deteriorándose, hasta el punto de que fue ingresado en un hospital psiquiátrico el 18 de septiembre de 2003 y declarado incapaz para viajar al extranjero¹³.

5.10 El 7 de noviembre de 2003, el Relator Especial, actuando de conformidad con el artículo 86 del reglamento del Comité, reiteró al Estado parte la solicitud hecha con respecto al artículo 86, hasta el 80º período de sesiones, a la luz de los nuevos comentarios recibidos de los autores y de una solicitud del Estado parte de que hiciera comentarios al respecto.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

6.1 Mediante comunicación de 30 de septiembre de 2003, los autores actualizan la información sobre los

¹³ El Sr. Madafferi permaneció ingresado como paciente involuntario durante aproximadamente seis meses. Desde entonces reside con su familia y está en tratamiento psiquiátrico. Al parecer, sigue incapacitado para viajar.

hechos contenida en la comunicación y formulan comentarios sobre la admisibilidad y el fondo. La detención domiciliaria del Sr. Madafferi, que se prolongó del 14 de marzo de 2002 al 25 de junio de 2003, se hizo "sobre la base de la recuperación real de los costos por el departamento". El costo estimado fue de 16.800 dólares mensuales, que se pagaron por adelantado y tras el depósito de una fianza de 50.000 dólares; el 14 de marzo de 2002 se puso al autor en detención domiciliaria. Los autores pagaron la mensualidad inicial de 16.800 dólares y otros 16.800 dólares. Desde entonces, no se han efectuado más pagos porque la familia no ha podido recaudar más fondos. Los autores sostienen que aceptaron bajo coacción las condiciones financieras de la detención domiciliaria, en contra de la opinión de sus abogados, ya que era la única manera de estar juntos. También afirman que la obligación de procurar la detención domiciliaria como alternativa a la detención en un centro de inmigrantes es un asunto que incumbe al Estado parte, dado el empeoramiento de las condiciones de salud del Sr. Madafferi, y que no son los autores quienes deben correr con los gastos para estabilizar su situación médica.

6.2 Los autores siguen afirmando que hubo violación de todos los artículos mencionados inicialmente (según el párrafo 1) y proporcionan aclaraciones sobre las denuncias relacionadas con los artículos 9, 10, 12, 13, 17, 23 y 24. Por lo que respecta al artículo 9, exponen que la denuncia se refiere únicamente al Sr. Madafferi. Sostienen que, aunque legal, la decisión de detenerlo fue arbitraria, ya que no estaba "justificada" ni era "necesaria" en todas las circunstancias de este caso. No existen pruebas de riesgo de fuga, pues el fundamento mismo de la solicitud era que el Sr. Madafferi deseaba quedarse con su familia en Australia. Tampoco había ninguna prueba de que hubiera cometido delitos desde su llegada a ese país. No mantiene vínculos con Italia, sino que vive en Australia desde hace 15 años, donde tiene una familia, un negocio (una frutería), un préstamo hipotecario y un número de identificación fiscal. Era el único sustento de su familia; si se le obligase a regresar a Italia, no tendría posibilidades de encontrar ningún empleo que le permitiera ganar lo suficiente para mantener y ayudar a su familia. En esas circunstancias, su detención es desproporcionada e injustificada. Debido a su detención, a la Sra. Madafferi le han denegado los beneficios de la seguridad social a los que tendría derecho como madre soltera, puesto que la legislación nacional no considera que las partes estén legalmente separadas. Tampoco tiene derecho a una pensión de invalidez o por prestar cuidados personales, debido a la incapacidad laboral del marido.

6.3 El Estado parte no consideró formas alternativas de detención antes del ingreso del Sr. Madafferi en el centro de detención de inmigrantes de Maribyrnong. La detención domiciliaria solo se puso en práctica a raíz de los problemas emocionales del Sr. Madafferi, y únicamente por un período limitado. El Estado parte no ha dado ninguna razón por la cual no consideró ni puso en práctica en otro momento la detención domiciliaria o

una forma similar de detención. Cuando el Ministro finalmente ordenó la detención domiciliaria, el Departamento tardó ocho semanas en ejecutar la orden.

6.4 Por lo que se refiere al argumento del Estado parte de que el Sr. Madafferi sobrepasó en dos ocasiones el período de estancia fijado en su visado, los autores señalan que, la primera vez, tenía 15 años y estaba bajo la tutela de su padre y, por lo tanto, no conocía la fecha de salida. La segunda vez ello se produjo porque creyó, erróneamente, que al casarse con una ciudadana australiana obtendría automáticamente el derecho a permanecer en Australia. Los autores destacan que el Sr. Madafferi entró al país antes de que Australia reforzara la disposición relativa a la integridad (directriz 17) de la legislación nacional¹⁴.

6.5 Según los autores, no se garantizó al Sr. Madafferi la equidad procesal, puesto que tenía la pretensión razonable de que, al examinar su solicitud, el Tribunal Administrativo de Apelación decidiría finalmente concederle el visado de cónyuge. El Ministro no recurrió la decisión del Tribunal y el Departamento no volvió a examinar la decisión de conformidad con las instrucciones del Tribunal. Al revocarse la decisión del Tribunal e iniciarse de nuevo el proceso de examen, no se garantizó al Sr. Madafferi la equidad procesal. Se afirma que, de no haber sido por la posterior intervención y decisión del Ministro de 18 de octubre de 2000, era razonable esperar que se aceptara la solicitud de visado de cónyuge del Sr. Madafferi tras el nuevo examen por el Departamento.

6.6 Los autores aclaran que la alegación de una violación del párrafo 1 del artículo 10 del Pacto se refiere únicamente al Sr. Madafferi. La detención prolongada del Sr. Madafferi en el centro de Maribyrnong no fue apropiada, ya que se considera que ese centro solo está destinado a detenciones breves. Las instalaciones son insuficientes y el hacinamiento ha sido frecuente. Se alega que la ansiedad y el estrés de la detención impiden a los detenidos cultivar normalmente sus hábitos, prácticas religiosas y costumbres. Los autores afirman que las condiciones de los centros de detención en Australia están bien documentadas.

6.7 Los autores señalan los siguientes ejemplos, que no son exhaustivos pero ilustran la violación de los derechos del autor de acuerdo con esta disposición. En primer lugar, el hecho de que no se permitiera al autor asistir al nacimiento de su cuarto hijo porque un funcionario del centro de detención afirmó que no se pudo llamar a un taxi a tiempo, a pesar de que el hecho se comunicó al Departamento con cuatro horas de antelación. Tras el nacimiento, la presencia de guardias de seguridad en la sala de partos intimidó a la Sra. Madafferi, por lo que se dio por terminada la visita. En segundo lugar, el hecho de que el Departamento no permitiera al autor visitar otra vez a su mujer y a su hijo en el hospital y a la llegada del niño a casa. El autor admite que el Estado parte le permitió visitar

nuevamente a su mujer y su hijo en el hospital, aunque debió hacerlo fuertemente escoltado por guardias del Estado parte.

6.8 En tercer lugar, la negativa del Departamento a consentir un acuerdo más liberal de detención domiciliaria para que la familia pudiese funcionar como unidad en beneficio de los niños. Se impidió al Sr. Madafferi asistir a reuniones familiares o se le permitió hacerlo escoltado por guardias, lo que llamaba la atención de la gente. Esto solo sirvió para aumentar la humillación pública del autor y su familia. En cuarto lugar, la manera en que el Departamento puso fin a la detención domiciliaria el 25 de junio de 2003, haciendo uso de una fuerza innecesaria y desproporcionada. En quinto lugar, la desatención y/o el rechazo de los consejos y advertencias de los médicos y psicólogos del propio Estado parte, según los cuales la detención del Sr. Madafferi en un centro de detención de inmigrantes tendría graves repercusiones sobre su salud mental. Durante un período prolongado el Sr. Madafferi no recibió tratamiento para sus problemas de salud mental. Si se hubieran atendido esas advertencias, podría haberse evitado su ingreso como paciente involuntario en un hospital psiquiátrico.

6.9 Los autores sostienen que el párrafo 1 del artículo 12 no se aplica a las circunstancias del presente caso y que ninguna de las disposiciones del párrafo 3 del artículo debiera limitar la aplicación del párrafo 1 a los hechos de este caso¹⁵. Los autores presentan los siguientes hechos para demostrar que el Sr. Madafferi ha creado vínculos con Australia que tienen las características necesarias para considerar que Australia es "su propio país" en el sentido del párrafo 4 del artículo 12: sus padres, que vivían en Italia, ya han fallecido; su abuelo llegó a Australia en 1923 y se estableció allí hasta su muerte; su padre llegó a Australia en los años cincuenta y regresó a Italia después de jubilarse, cobrando una pensión de jubilación de Australia; el Sr. Madafferi no ha regresado a Italia; su permiso de conducir es australiano, tiene un número de identificación fiscal y tarjeta de la asistencia sanitaria nacional y posee un comercio al por menor en el que tiene empleados y paga los impuestos correspondientes; tiene un pasaporte italiano que dejó caducar, renunció a su residencia en su lugar de nacimiento y ya no está empadronado en Italia; las autoridades italianas saben que reside en Australia y han tomado nota de ello; y los hermanos y la hermana del Sr. Madafferi han renunciado oficialmente a su ciudadanía italiana. Además, los autores mantienen que el Sr. Madafferi no ha cometido delitos en Australia. Por lo que respecta a la alegación de "ocultación de delitos imputados *in absentia* en Italia", los autores exponen que el Sr. Madafferi los desconocía en el momento de su primera entrevista con los funcionarios de inmigración que plantearon la cuestión.

¹⁴ Afirman que la directriz 17 ha sido objeto de examen judicial y posteriormente se ha sustituido por la directriz 21.

¹⁵ Los autores no proporcionan ninguna argumentación adicional.

6.10 En relación con el artículo 13, los autores mantienen que, para no conceder el visado de cónyuge al Sr. Madafferi, el Ministro se basó en parte en el hecho de que existía en Italia una orden de detención pendiente contra el autor. En junio de 2002, la orden de detención fue anulada tras la prescripción de las sentencias pendientes en Italia. Los autores alegan una violación del artículo 13, dado que el Ministro se negó a revisar su decisión a la luz de las nuevas circunstancias, afirmando que no tenía fundamento jurídico para hacerlo.

6.11 Por lo que se refiere a las presuntas violaciones de los artículos 17, 23 y 24 (referidas a todos los autores), se afirma que, de expulsarse al Sr. Madafferi de Australia, la Sra. Madafferi y los niños se quedarían en el país. Esa separación física forzada les sería impuesta por el Estado parte y, por lo tanto, constituiría una injerencia de su parte en la vida familiar y/o la unidad de la familia. No hay ningún indicio de que el matrimonio y el vínculo familiar no sean auténticos y sólidos, y existen pruebas médicas que demuestran que todos los miembros de la familia se verían afectados y apenados por la separación.

6.12. En cuanto al argumento de que la Sra. Madafferi y los niños deberían seguir al Sr. Madafferi, el autor sostiene que se trata de un argumento emotivo y no de un argumento jurídico. Son ciudadanos australianos y tienen derecho a quedarse en Australia. Su derecho a residir en el país está protegido por otros artículos del Pacto. Si se fuesen con el Sr. Madafferi a Italia, tendrían dificultades para integrarse. Los niños ya están sufriendo problemas emocionales y de lenguaje a raíz de su situación actual. Esos problemas se agravarían en Italia, donde su capacidad para comunicarse es limitada. La Sra. Madafferi y sus hijos nunca han estado en Italia. Únicamente la Sra. Madafferi habla un poco el italiano. En Italia no hay miembros de su familia extensa.

6.13 Se alega que, si la familia se quedara en Australia sin el Sr. Madafferi, la Sra. Madafferi no podría hacerse cargo de los niños. En el otoño de 2003 sufrió una crisis nerviosa aguda y fue ingresada durante cinco días en el Rosehill Hospital Essendon de Victoria. La presión del caso actual y las dificultades para criar y cuidar por sí sola a los cuatro niños pequeños han sido y siguen siendo insoportables.

6.14 Los autores afirman que la expulsión del Sr. Madafferi a Italia sería por un período indefinido sin perspectivas reales de regresar a Australia, ni siquiera de visita. Alegan que la cuestión de la "integridad" es un criterio esencial para la solicitud de un visado de cónyuge, tanto si se realiza dentro como fuera del país. El incumplimiento de este criterio implicaría, en términos prácticos, el rechazo de todas las solicitudes de visado del Sr. Madafferi para volver a entrar en Australia. Se señala que ningún delegado tendrá autoridad para invalidar la decisión personal adoptada por el Ministro en este caso, y que también puede ser un factor que disuada al Tribunal Administrativo de Apelación de ejercer sus facultades discrecionales, en

caso de que se rechace una solicitud en primera instancia y se recurra la decisión

Comentarios adicionales del Estado parte

7.1 Mediante comunicación de 6 de abril de 2004, el Estado parte expone que el nuevo abogado del caso no ha sido autorizado por los autores y que, por lo tanto, la comunicación es inadmisibile *ratione personae*. Señala que no tiene la obligación, como alegan los autores, de ordenar la detención domiciliaria como forma alternativa de detención, atendiendo al estado de salud del Sr. Madafferi, y que la detención alternativa solo se permite en circunstancias excepcionales. En cuanto al costo de la detención domiciliaria, afirma que el Sr. Madafferi lo aceptó, y en todas las etapas el Estado parte tomó medidas razonables para proporcionarle la atención adecuada.

7.2 Sostiene que no ha recibido ninguna prueba de que las sentencias o condenas hayan prescrito o se hayan eliminado del registro de antecedentes penales del Sr. Madafferi, y el hecho de que haya sido objeto de condenas y sentencias penales sería pertinente en cualquier decisión relativa a la concesión de un visado.

7.3 En cuanto a la afirmación del Sr. Madafferi, de conformidad con el artículo 9, de que su riesgo de fuga es mínimo, el Estado parte remite a la correspondencia del Departamento con el agente de inmigración que se ocupa del Sr. Madafferi, de 25 de junio de 2003, relativa a la finalización de la detención domiciliaria, en la que se afirma que, al haberse agotado los recursos internos, el riesgo de fuga es elevado. En cuanto a la afirmación de que el Ministro decidió volver a iniciar la cuestión en lugar de someterla a revisión como había indicado el Tribunal Administrativo de Apelación en su decisión de 7 de junio de 2000, el Estado parte reconoce que el Ministro a primera vista tenía la obligación de revisarla. Sin embargo, reitera que algunas decisiones del Tribunal pueden ser revocadas por el Ministro de conformidad con el artículo 501A de la Ley de migración de 1958 (nota a pie de página 11) y que la decisión del 18 de octubre de 2000 era válida.

7.4 En cuanto a la alegación de que el Sr. Madafferi podía razonablemente esperar que el Tribunal Administrativo de Apelación se pronunciara sobre su solicitud de visado de cónyuge, el Estado parte afirma que no compete a ese Tribunal determinar si el Sr. Madafferi tiene derecho a obtener tal visado, puesto que su función se limitaba a examinar la denegación del visado de cónyuge por motivos de integridad y que su instrucción de remitir el asunto se refería únicamente al criterio de integridad.

7.5 El Estado parte niega que el Centro de Detención de Inmigrantes de Maribyrnong esté clasificado como establecimiento de detención a corto plazo. Este centro se consideró adecuado para este caso, ya que los familiares y el abogado del Sr. Madafferi podían acceder a él con facilidad. En cuanto a la alegación de que el Estado parte debería haber autorizado una forma menos severa de detención domiciliaria, este último arguye que el Sr.

Madafferi tenía libertad para recibir visitas en su hogar y que se le concedieron permisos especiales para asistir a varios acontecimientos familiares, como una boda, las celebraciones de la confirmación de dos de sus hijos y un compromiso familiar. En relación con la afirmación de que se puso fin a la detención domiciliaria mediante el uso de una fuerza injustificada, el Estado parte alega que un funcionario del Departamento se presentó en el domicilio del Sr. Madafferi junto con ocho agentes de la Policía Federal Australiana y dos funcionarios administrativos del servicio penitenciario de Australasia. Según las informaciones, la visita duró ocho minutos. Tras encontrar al Sr. Madafferi en el camino de acceso a su domicilio, el funcionario del Departamento le informó de que, a partir de ese momento, pasaba a estar bajo custodia del Departamento y que debía regresar al Centro de Detención de Inmigrantes de Maribyrnong (Melbourne). El Sr. Madafferi fue escoltado hasta un vehículo estacionado en la calle. El funcionario del Departamento no recuerda que los agentes de la Policía Federal Australiana hayan exhibido sus armas. El 19 de enero de 2004, el Subdirector de los servicios clínicos del Programa de Salud Mental del Mercy Hospital de Werribee informó de que el Sr. Madafferi todavía no estaba en condiciones de recibir el alta del hospital.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 El Comité se ha cerciorado, conforme a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

8.3 En cuanto a la cuestión de la legitimidad para presentar comunicaciones y al argumento del Estado parte de que los abogados de los autores no tienen autorización para representarlos, el Comité señala que ha recibido la confirmación por escrito de que uno de los representantes está autorizado para actuar en nombre de los autores, los que a su vez presentaron nuevas observaciones formuladas por sus representantes legales en el país. Así pues, el Comité concluye que ambos representantes de los autores están legitimados para actuar en su nombre y que la comunicación no puede considerarse inadmisibles por esta razón.

8.4 Respecto del argumento del Estado parte de que no se han agotado los recursos internos porque los autores no han utilizado el recurso administrativo de presentar una queja a la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, el Comité se remite a su jurisprudencia anterior¹⁶ de que cualquier

decisión de ese órgano tendría únicamente carácter de recomendación y carecería de efectos vinculantes, por lo que no puede considerarse un recurso efectivo en los términos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

8.5 En cuanto a la alegación de que no se han agotado los recursos internos porque el Sr. Madafferi no interpuso un recurso de hábeas corpus y porque los recursos presentados ante el Pleno del Tribunal Federal y el Tribunal Superior acerca de la legalidad de la decisión del Ministro estaban pendientes de resolución, el Comité señala que, en el momento de examinarse esta comunicación, los autores habían agotado esos recursos.

8.6 En relación con las denuncias de los autores de la violación de sus derechos en virtud de los artículos 2 y 3, de los párrafos 1 a 3 del artículo 12, los párrafos 2 a 7 del artículo 14 y del artículo 16, el Comité considera que, a los efectos de la admisibilidad, esas denuncias no se han fundamentado, por lo que son inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo. Por lo demás, como en el artículo 5 del Pacto no se consagra ningún derecho individual, la alegación formulada con arreglo a esa disposición es incompatible con el Pacto y, por tanto, inadmisibles de conformidad con el artículo 3 del Protocolo Facultativo.

8.7 En cuanto a las alegaciones de que el Ministro no garantizó al Sr. Madafferi la equidad procesal al ejercer su facultad discrecional y al negarse a examinar de nuevo la solicitud de visado presentada por el Sr. Madafferi, el Comité observa que los autores no vincularon estas cuestiones a ningún artículo específico del Pacto. Por otro lado, el Comité señala que tanto el Tribunal Federal como el Pleno del Tribunal Federal examinaron judicialmente la legalidad de la decisión del Ministro de utilizar sus facultades discrecionales y que, asimismo, el Tribunal Federal examinó la cuestión de si el Ministro podía revisar dicha decisión. Por lo tanto, aun entendiendo que la aplicación de este procedimiento puede plantear cuestiones con respecto al párrafo 1 del artículo 14 y el artículo 13 del Pacto, el Comité estima que los autores no han fundamentado de manera suficiente ninguno de esos argumentos a los efectos de la admisibilidad. En consecuencia, el Comité considera que esta alegación es inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo. No obstante, considera que la alegación de falta de equidad procesal en el ejercicio por el Ministro de su facultad discrecional es pertinente con arreglo al artículo 26 y ha sido fundamentada debidamente a los efectos de la admisibilidad. Así pues, el Comité concluye que esta alegación es admisible con arreglo al artículo 26 del Pacto.

8.8 Respecto de cualquier cuestión que pueda plantearse sobre el período en que el Sr. Madafferi permaneció en detención domiciliaria, por ejemplo su obligación de pagar los servicios de seguridad prestados por el Estado parte y la presunta falta de supervisión por el Estado parte de su salud mental, los documentos proporcionados indican que las condiciones de la detención domiciliaria del Sr. Madafferi tenían una base contractual y habían sido aprobadas por los autores. Del

¹⁶ *C. c. Australia* (comunicación N° 900/1999).

examen de ese contrato se desprende que una de las condiciones era la obligación del autor de pagar sus gastos médicos, condición que no fue impugnada ante los tribunales nacionales. De hecho, el único aspecto de ese contrato que se impugnó ante los tribunales nacionales guardaba relación con las sumas adeudadas por los autores, sin que se cuestionara la legalidad propiamente dicha del contrato. Por esta razón, de conformidad con el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, cualquier reclamación que se formule en virtud del Pacto en relación con las condiciones contractuales de la detención domiciliaria es inadmisibles porque no se han agotado los recursos internos.

8.9 El Comité considera que las demás denuncias formuladas por los autores en virtud del artículo 9, del párrafo 4 del artículo 12, del párrafo 1 del artículo 10 y del artículo 7, en lo que respecta únicamente al Sr. Madafferi, y de los artículos 17, 23 y 24, en lo que respecta a todos los autores, son admisibles, por lo que procede examinarlas en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 En cuanto a la denuncia de una violación del artículo 9 respecto de la detención del autor, el Comité observa que el autor había estado detenido desde el 16 de marzo de 2001, aunque permaneció durante cierto tiempo en detención en el domicilio. El Comité recuerda su jurisprudencia de que, aunque la detención de personas que llegan a Australia sin autorización no es arbitraria por sí misma, la detención preventiva podría considerarse arbitraria si no fuera necesaria teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, lo que hace de la proporcionalidad un criterio pertinente. El Comité observa las razones que subyacen a la decisión del Estado parte de recluir al Sr. Madafferi y no puede concluir que su detención fuera desproporcionada respecto de dichas razones. Asimismo observa que, si bien el Sr. Madafferi comenzó a padecer problemas psicológicos durante su detención en el Centro de Detención de Inmigrantes de Maribyrnong hasta marzo de 2002, momento en el que, por consejo de los médicos, el Estado parte decidió someterlo a detención domiciliaria, no presentaba indicios de problemas psicológicos a su llegada al centro de detención un año antes. Aunque en la actualidad, una vez transcurridos los hechos, preocupa al Comité que la detención del Sr. Madafferi aparentemente haya contribuido en gran medida al deterioro de su salud mental, no puede recriminar al Estado parte que no haya previsto esta consecuencia. Por consiguiente, el Comité no puede concluir que la decisión del Estado parte de mantener detenido al Sr. Madafferi del 16 de marzo de 2001 en adelante sea arbitraria en el sentido de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

9.3 En cuanto al reingreso del Sr. Madafferi en el Centro de Detención de Inmigrantes de Maribyrnong el 25 de junio de 2003, en el que permaneció detenido hasta su reclusión en un hospital psiquiátrico el 18 de septiembre de 2003, el Comité observa el argumento del Estado parte de que, como el Sr. Madafferi había agotado para entonces los recursos internos, su detención facilitaría su expulsión, y de que había aumentado el riesgo de fuga. También observa los argumentos del autor, que no han sido impugnados por el Estado parte hasta la fecha, de que esta forma de detención era contraria a la opinión de varios médicos y psiquiatras consultados por el Estado parte, quienes coincidieron en aconsejar que un nuevo período en un centro de detención para inmigrantes conllevaría un mayor deterioro de la salud mental del Sr. Madafferi. Habida cuenta de ese dictamen y del posterior ingreso involuntario del Sr. Madafferi en un hospital psiquiátrico, el Comité estima que la decisión del Estado parte de ingresar de nuevo al Sr. Madafferi en el centro de Maribyrnong y la forma en que se realizó ese traslado no se basaron en una evaluación adecuada de las circunstancias del caso, sino que en sí fueron desproporcionadas. En consecuencia, el Comité considera que esta decisión y la detención resultante constituyeron una violación del párrafo 1 del artículo 10 del Pacto. A la luz de esta conclusión respecto del artículo 10, disposición del Pacto que se refiere específicamente a la situación de las personas privadas de libertad y que abarca respecto de ellas los elementos establecidos de manera general en el artículo 7, no se considera necesario examinar por separado las denuncias presentadas con arreglo al artículo 7.

9.4 El Comité señala la afirmación de los autores de que las condiciones en que se mantuvo recluido al Sr. Madafferi en el centro de detención, los presuntos malos tratos que se le infligieron (incluidos los hechos ocurridos en relación con el nacimiento de su hijo) y, en particular, el hecho de que el Estado parte no adoptara las medidas apropiadas respecto del deterioro de su salud mental, constituyen una violación de los derechos del Sr. Madafferi en virtud del párrafo 1 del artículo 10 y del artículo 7. El Comité recuerda que el Sr. Madafferi pasó un primer período de reclusión en el centro de detención, del 16 de marzo de 2001 hasta marzo de 2002, y que posteriormente se le concedió el régimen de detención domiciliaria, tras una decisión adoptada por el Ministro en febrero de 2002 a partir de pruebas médicas. Si bien considera lamentable que el Estado parte no actuara con mayor diligencia en la ejecución de la decisión del Ministro (la cual, según reconoció el Estado parte, solo se hizo efectiva al cabo de seis semanas), el Comité concluye que el retraso en sí no supuso violación alguna de las disposiciones del Pacto. De igual forma, el Comité considera que las condiciones de detención del Sr. Madafferi o los acontecimientos relativos al nacimiento de su hijo o a su reingreso en el centro de detención no constituyen una violación de las disposiciones del Pacto, más allá de las conclusiones formuladas en el párrafo anterior.

9.5 En cuanto a si se violaron los derechos del Sr. Madafferi en virtud del párrafo 4 del artículo 12 del

Pacto al privársele de forma arbitraria de su derecho a abandonar su propio país, el Comité debe considerar en primer lugar si Australia es efectivamente el "propio país" del Sr. Madafferi a los efectos de esta disposición. El Comité se remite a su jurisprudencia en el caso de *Stewart c. el Canadá*, según la cual toda persona que entra en un Estado con arreglo a las leyes de inmigración de ese Estado y con sujeción a las condiciones establecidas en dichas leyes no puede considerar normalmente dicho Estado como su "propio país" si no ha adquirido la nacionalidad de este y sigue manteniendo la nacionalidad de su país de origen. Cabría contemplar una excepción únicamente en determinadas circunstancias, a saber, cuando se ponen impedimentos poco razonables para la obtención de la nacionalidad. Esas circunstancias no se dan en el presente caso, y los demás argumentos aducidos por los autores tampoco bastan para oponer la excepción. En las circunstancias del caso, el Comité concluye que el Sr. Madafferi no puede afirmar que Australia sea su "propio país" a los efectos del párrafo 4 del artículo 12 del Pacto. En consecuencia, no puede existir una violación de esta disposición en el presente caso.

9.6 En relación con la presunta violación del artículo 17, el Comité toma conocimiento de los argumentos del Estado parte de que no se ha producido ninguna "injerencia", ya que la decisión respecto de si los demás miembros de la familia Madafferi acompañarán al Sr. Madafferi a Italia o permanecerán en Australia incumbe exclusivamente a la familia y no viene determinada por la actuación del Estado parte. El Comité reitera su jurisprudencia de que puede haber casos en que la negativa de un Estado parte a autorizar que un miembro de una familia permanezca en su territorio suponga una injerencia en la vida familiar de esa persona. Sin embargo, el simple hecho de que un miembro de una familia tenga derecho a permanecer en el territorio de un Estado parte no significa necesariamente que el hecho de exigir a otros miembros de la familia que abandonen el Estado suponga tal injerencia¹⁷.

9.7 En el presente caso, el Comité estima que se debe considerar una "injerencia" en la familia el hecho de que el Estado parte decida deportar a un padre de familia con cuatro hijos menores y obligue a la familia a escoger entre acompañarlo o permanecer en el Estado parte, al menos en circunstancias en que, como en este caso, de una forma u otra ello pueda ocasionar trastornos importantes en la vida que la familia se ha forjado durante años. Así pues, se plantea la cuestión de si esa injerencia sería o no arbitraria y, por lo tanto, contraria a lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto. El Comité señala que en los casos de una deportación inminente el momento decisivo para evaluar esa cuestión debe ser al conocer del caso. Señala, además, que en los casos en que una parte de la familia debe abandonar el territorio del Estado parte y se autoriza a la otra a permanecer en él, el criterio pertinente para determinar si la injerencia en la vida familiar de la persona se justifica objetivamente debe examinarse, por

una parte, a la luz de la importancia de las razones del Estado parte para expulsar a la persona de que se trata y, por otra parte, la magnitud de las dificultades que experimentarán la familia y sus miembros como consecuencia de la expulsión. En el presente caso, el Comité observa que el Estado parte justifica la expulsión del Sr. Madafferi con su presencia ilegal en Australia, la supuesta falta de honradez en sus relaciones con el Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales, y su "falta de integridad" debido a los hechos delictivos cometidos en Italia hace 20 años. El Comité observa, además, que las sentencias del Sr. Madafferi pendientes en Italia han prescrito y que no hay órdenes de detención pendientes en su contra. Al mismo tiempo, es consciente de las considerables dificultades que tendría que enfrentar una familia establecida hace 14 años. Si la Sra. Madafferi y sus hijos decidieran emigrar a Italia para evitar la separación de la familia, no solo tendrían que vivir en un país que no conocen y cuyo idioma los hijos no hablan (dos de ellos ya tienen 11 y 13 años), sino que tendrían que ocuparse, en un entorno desconocido para ellos, de un esposo y un padre cuya salud mental está muy deteriorada, debido en parte a hechos que pueden atribuirse al Estado parte. En estas circunstancias muy específicas, el Comité considera que las razones aducidas por el Estado parte con respecto a la decisión del Ministro de anular el fallo del Tribunal Administrativo de Apelación para expulsar de Australia al Sr. Madafferi no son lo suficientemente apremiantes para justificar, en el presente caso, una injerencia de esa magnitud en la vida familiar y una violación del derecho de los niños a beneficiarse de las medidas de protección necesarias teniendo en cuenta su condición de menores. Por lo tanto, el Comité considera que la expulsión del Sr. Madafferi por el Estado parte constituiría, en lo que respecta a todos los autores, una injerencia arbitraria en la familia, y violaría las disposiciones del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto, conjuntamente con el artículo 23, respecto de todos los autores y, en lo que respecta a los cuatro hijos menores, la denegación de las medidas de protección a que tienen derecho en tanto que menores, en violación del párrafo 1 del artículo 24.

9.8 A la luz de la conclusión del Comité de que se ha violado el artículo 17 junto con los artículos 23 y 24 del Pacto, relacionada en parte con la decisión del Ministerio de revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Apelación, el Comité considera que no debe examinar por separado la alegación de que esa decisión era arbitraria, en violación del artículo 26 del Pacto.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entiende que el Estado parte ha violado los derechos del Sr. Francesco Madafferi en virtud del párrafo 1 del artículo 10 del Pacto. Además, el Comité considera que la expulsión del Sr. Madafferi por el Estado parte constituiría, en lo que respecta a todos los autores, una injerencia arbitraria en la familia en violación del párrafo 1 del

¹⁷ *Winata c. Australia* (comunicación N° 930/2000).

artículo 17 del Pacto, conjuntamente con el artículo 23, y en lo que respecta a los cuatro hijos menores, la denegación de las medidas de protección necesarias, a las que tienen derecho en tanto que menores, en violación del párrafo 1 del artículo 24.

11. A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo y apropiado, incluida la posibilidad de no expulsar al Sr. Madafferi de Australia antes de que haya tenido la oportunidad de que se examine su solicitud de visado de cónyuge, teniendo debidamente en cuenta la protección que requieren sus hijos en tanto que menores. El Estado parte tiene también la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

12. Teniendo presente que, al adquirir la condición de Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoció la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide al Estado parte asimismo que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

Voto particular del miembro del Comité, Sr. Nisuke Ando

No opongo objeciones a la aprobación del dictamen del Comité en el presente caso. Sin embargo, debido a las irregularidades que he observado en el procedimiento que dio lugar a su aprobación, no participo en el consenso por el cual el Comité aprobó el dictamen.

Voto particular del miembro del Comité, Sra. Ruth Wedgwood

En Australia las solicitudes de visado se conceden sobre la base del criterio legal del "interés público". En la evaluación del presente caso, "el comportamiento delictivo de la persona en el pasado" y "el comportamiento general de la persona" pueden considerarse pruebas de falta de integridad. Toda denegación de visado por un funcionario subalterno puede ser revisada por un tribunal administrativo de apelación del Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales.

Sin embargo, el proceso administrativo de apelación no es dispositivo. El Ministro de Inmigración tiene competencia legal independiente para revocar una decisión favorable de un funcionario subalterno o un tribunal. El Ministro puede hacerlo si tiene "sospechas

razonables de que la persona no cumple los requisitos de integridad", si el solicitante no le ha demostrado lo contrario y si considera que la denegación del visado redundaría en el "interés nacional". Esa revocación no es tan subjetiva como parece, puesto que el hecho de que existan "antecedentes penales graves" constituye un fundamento jurídico para establecer la falta de integridad, y cualquier pena de prisión de 12 meses o más constituye un "antecedente penal grave".

El coautor de la comunicación, el Sr. Francesco Madafferi, fue objeto de una denegación de visado por el Ministro de Inmigración australiano, debido a sus numerosos antecedentes penales. El Tribunal Administrativo de Apelación australiano se inclinaba por adoptar medidas menos estrictas que las del Ministro, pero el Tribunal de Apelación también informó de antecedentes penales que superan los señalados por el Comité en su dictamen, véase la nota 2 de pie de página¹⁸.

El Comité ahora pretende, al invocar el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, impedir que se aplique la decisión del Ministro de deportar a Francesco Madafferi. El artículo 17 prohíbe las "injerencias arbitrarias o ilegales" en la vida privada. Sin embargo la decisión final del Estado parte con respecto al Sr. Madafferi no es arbitraria ni ilegal. La compasión que pueda sentirse por un solicitante de visado y su familia no autoriza a hacer caso omiso de los criterios razonables para conceder o denegar un visado. Los Estados tienen derecho a expulsar a las personas que tienen antecedentes delictivos graves. Se considera que las anteriores condenas y penas de prisión del Sr. Madafferi cumplen con creces el requisito legal de la

¹⁸ Según el Tribunal de Apelación, en 1980, el Sr. Madafferi se encargó de recoger el dinero en un violento plan de extorsión. Unos desconocidos hicieron estallar una bomba en la casa de tres hermanos y exigieron una suma de dinero. El Sr. Madafferi fue a recoger en nombre de ellos el pago de 3 millones de liras en un lugar previamente determinado y como recompensa le prometieron 500.000 liras. Por ese delito recibió una condena condicional de 22 meses de prisión. En otro incidente, ocurrido en 1980, fue condenado a 30 meses de prisión por haber causado múltiples heridas punzantes en la espalda y el abdomen a una persona en Seregno (Italia), aunque más tarde esa sentencia quedó sin efecto como parte de una amnistía. En 1982, apuñaló a un hombre durante una riña con el hermano mayor de este y fue condenado, por causar lesiones corporales intencionales con circunstancias agravantes, a una pena de 8 meses de prisión. En el mismo incidente, fue condenado a 40 meses de prisión y a una multa de 5 millones de liras por la posesión de 321 mg de heroína, 45 mg de monoacetilmorfina y 107 mg de cocaína. En 1984, mientras estaban estables aún esos cargos, participó nuevamente en un plan de extorsión, en el que exigió dinero y amenazó por teléfono a otra víctima. Fue condenado por ello a 30 meses de prisión y a una multa de 1,5 millones de liras. Posteriormente la condena fue reducida a 2 años de prisión y una multa de 1 millón de liras. Todas esas condenas se dictaron en Italia en presencia del acusado. Además, se dictaron en rebeldía contra él dos condenas por recepción de bienes robados y agresión a otro recluso, las cuales han sido revocadas por las autoridades italianas.

existencia de "antecedentes penales graves" como base de la decisión del Ministro de Australia.

Resulta evidente que el Comité no tiene competencia para determinar si es más importante proteger a la sociedad de una conducta delictiva reincidente o dar preferencia a las consideraciones familiares. Cada año se adoptan millones de decisiones sobre inmigración, y no tenemos derecho a "revocar" las decisiones de los gobiernos estatales solo porque evaluamos la situación de manera distinta. El expediente tampoco muestra que el regreso del Sr. Madafferi a Italia pueda implicar dificultades permanentes. Italia fue su país de origen hasta los 18 años y su familia tiene derecho a residir en Italia con él. Además, según las conclusiones del Tribunal Administrativo de Australia, tiene tres hermanas en Italia, y sus hijos, relativamente pequeños, entienden el italiano, que se habla en casa, aunque hablen inglés. El Sr. Madafferi tiene capacidad para administrar un negocio pequeño, como lo ha hecho en Australia. Además, no será objeto de detención o encarcelación tras su regreso a Italia. Evidentemente, el

Estado parte no puede deportarlo a menos que en el momento pertinente se encuentre en buenas condiciones de salud para viajar.

Australia aplica el principio de *jus solis*, otorgando la ciudadanía a todo niño nacido en su territorio. Sin embargo, el nacimiento de un hijo, por sí mismo, no protege al progenitor de las consecuencias de su entrada ilegal en el país, y una norma que disponga lo contrario plantearía dificultades importantes para la aplicación de las leyes de inmigración. En este caso no hay una separación inevitable entre miembros de la familia, ni una dificultad demostrada para mantener la ciudadanía australiana de los niños. Como señalan las diversas opiniones discrepantes en el caso *Winata c. Australia*, N° 930/2000, el artículo 17 del Pacto no es idéntico al del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el criterio relativo a los "trastornos importantes en la vida que la familia se ha forjado" quizás no sea apropiado en el caso de un pacto universal que se refiere a "injerencias arbitrarias o ilegales" en la vida familiar.

Comunicación N° 1015/2001

Presentada por: Paul Perterer (representado por el abogado Alexander H. E. Morawa)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Austria

Fecha de aprobación del dictamen: 20 de julio de 2004 (81° período de sesiones)

Asunto: Parcialidad en el trato otorgado al demandante en un procedimiento disciplinario

Cuestiones de procedimiento: Reserva del Estado parte – Compatibilidad *ratione materiae* – Falta de fundamentación de la reclamación – Agotamiento de los recursos internos – Recursos sin posibilidades de prosperar

Cuestiones de fondo: Concepto de "tribunal imparcial" – Igualdad de medios – Tiempo y medios adecuados para preparar la defensa – Dilación indebida – Igualdad ante los tribunales

Artículo del Pacto: 14, párrafo 1

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículo 14, párrafo 1)

26 del Pacto cometidas por Austria¹. Está representado por abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 En 1980 el autor era empleado de la municipalidad de Saalfelden, provincia de Salzburgo. En 1981 fue nombrado jefe de la oficina administrativa de la municipalidad. El 31 de enero de 1996 el alcalde de Saalfelden presentó una queja disciplinaria contra el autor ante la Comisión Disciplinaria para los empleados de las municipalidades de la provincia de Salzburgo en la que alegaba, entre otras cosas, que el autor no había asistido a las audiencias sobre proyectos de edificación, que había utilizado recursos de la oficina para fines privados y que se había ausentado en horas de trabajo, amén de otras faltas profesionales. El alcalde afirmaba asimismo que el autor había perdido su buena reputación y la confianza del público debido a su conducta privada.

1. El autor de la comunicación es el Sr. Paul Perterer, ciudadano austriaco. Alega ser víctima de violaciones del párrafo 1 del artículo 14 y del artículo

¹ El Pacto y su Protocolo Facultativo entraron en vigor para el Estado parte el 10 de diciembre de 1978 y el 10 de marzo de 1988, respectivamente.

2.2 El 29 de febrero de 1996 la sala judicial de la Comisión Disciplinaria inició un proceso contra el autor y el 28 de mayo de 1996 lo suspendió de sus funciones y redujo su salario en un tercio. El 4 de junio de 1996 el autor recusó al Presidente de la sala, Guntram Maier, con arreglo al párrafo 3² del artículo 124 de la Ley federal de funcionarios públicos. En la audiencia celebrada en junio de 1996 el propio Presidente rechazó la recusación, sosteniendo que la Ley de funcionarios municipales de Salzburgo³, así como la Ley federal de funcionarios públicos, permitía la recusación únicamente con respecto a los miembros, pero no en lo referente al Presidente de la sala.

2.3 Después de que el autor hubo presentado a la Comisión Disciplinaria el informe médico de un neurólogo que certificaba que no estaba en condiciones de soportar un juicio, dicho informe fue remitido, supuestamente por el Presidente de la sala, a la autoridad administrativa regional de Zell am See, que el 7 de agosto de 1996 conminó al autor a que se sometiera a un reconocimiento médico para evaluar su capacidad de conducir un vehículo. El autor presentó ante la justicia penal una querrela contra el Presidente, Sr. Guntram Maier, por violación de la confidencialidad en el ejercicio de una función pública. La querrela fue posteriormente rechazada.

2.4 El 4 de julio de 1996 la sala judicial de la Comisión Disciplinaria destituyó al autor. Por decisión de 25

² El párrafo 3 del artículo 124 de la Ley federal de funcionarios públicos estipula: "Junto con la orden que disponga la apertura del proceso (*Verhandlungsbeschluss*) se comunicará al acusado la composición de la sala, incluidos sus miembros suplentes. El acusado podrá recusar sin dar razones a un miembro de la sala dentro de la semana siguiente a la notificación de la orden. A petición del acusado, en la audiencia podrán estar presentes hasta tres funcionarios; de lo contrario, la audiencia se celebrará a puerta cerrada".

³ El artículo 12 de la Ley de funcionarios municipales de Salzburgo dice, en sus partes pertinentes: "1) Se crea una Comisión Disciplinaria para los funcionarios de las municipalidades en la Oficina del gobierno provincial, cuya tarea consistirá en sustanciar en primera instancia los procesos disciplinarios. 2) La Comisión Disciplinaria se compondrá de un presidente, varios vicepresidentes y el número necesario de miembros. 3) El gobierno provincial designará por un período de tres años al presidente y a los vicepresidentes, debiendo elegirlos entre los funcionarios públicos con formación jurídica empleados por la Oficina del gobierno provincial o por los servicios administrativos regionales, y designará asimismo a los miembros, cuya elección deberá recaer en funcionarios de las municipalidades que se rigen por la presente ley, con exclusión de quienes, con arreglo al artículo 5, se desempeñen como delegados de dichas municipalidades. 4) La Comisión Disciplinaria juzgará y fallará los casos en salas compuestas por un presidente y cuatro miembros. El presidente y dos miembros elegidos entre los funcionarios empleados por las municipalidades serán designados por el gobierno provincial. 5) Otros dos miembros de cada sala serán delegados de la municipalidad que sea parte en el proceso. Si la municipalidad no designa a dos miembros delegados o miembros delegados suplentes [...] en el plazo de tres días después de recibir solicitud escrita, el presidente escogerá a funcionarios públicos del gobierno provincial como miembros suplentes. [...]".

de septiembre de 1996, la Comisión Disciplinaria de Apelación para los funcionarios de las municipalidades (*Disziplinaroberkommission für Gemeindebedienstete*), al examinar una apelación del autor, devolvió el caso a la Comisión Disciplinaria por estimar que la participación del Presidente violaba el derecho del autor a un juicio con las debidas garantías, pues el derecho a recusar a los miembros de la sala también se aplicaba a su Presidente.

2.5 El 26 de marzo de 1997 la sala judicial de la Comisión Disciplinaria, presidida por el Sr. Michael Cecon, inició un segundo proceso contra el autor. En una audiencia celebrada en abril de 1997 el autor recusó la composición de la sala judicial, argumentando que los dos miembros que habían sido nombrados por la municipalidad de Saalfelden carecían de independencia e imparcialidad debido a su condición de jefes o funcionarios municipales. La sala rechazó la recusación y el 1º de agosto de 1997 volvió a destituir al autor. En una decisión sin fecha, la Comisión de Apelación ratificó la destitución. El 2 de diciembre de 1997 la municipalidad de Saalfelden puso término al pago del salario reducido del autor y a su afiliación al sistema público de seguro médico.

2.6 El 7 de enero de 1998 el autor presentó una reclamación contra la decisión de la Comisión de Apelación ante el Tribunal Constitucional de Austria, alegando que se había violado su derecho a un juicio con las debidas garantías ante un tribunal creado por ley. El 11 de marzo de 1998 el Tribunal se negó a dar curso a la apelación y remitió el caso al Tribunal Administrativo; el 10 de febrero de 1999, este Tribunal revocó la decisión de la Comisión de Apelación, afirmando que al autor se le había negado ilegalmente el derecho a recusar a los miembros de la sala judicial de la Comisión Disciplinaria.

2.7 Después de que la Comisión de Apelación hubo devuelto el asunto a la Comisión Disciplinaria, la sala judicial, por decisión procesal de 13 de julio de 1999, inició un tercer proceso, volviendo a suspender al autor de sus funciones. A continuación, el autor recusó al Presidente de la sala, Sr. Michael Cecon, y a otros dos miembros designados por el Gobierno provincial debido a su supuesta falta de imparcialidad, pues habían participado en el segundo proceso y habían votado a favor de su destitución. Por decisión procesal de 3 de agosto de 1999, el Presidente de la sala fue reemplazado por el Presidente suplente, Sr. Guntram Maier, que había presidido la sala judicial en el primer proceso y se había negado a inhibirse cuando fue recusado por el autor, y contra quien el autor había formalizado una querrela penal. El autor entonces reiteró su recusación, en particular la del Sr. Maier, sosteniendo que carecía *prima facie* de imparcialidad debido al papel que había desempeñado anteriormente. El 16 de agosto de 1999 el Presidente comunicó al autor que el Sr. Cecon reasumiría la presidencia.

2.8 Posteriormente el autor presentó objeciones ante el Tribunal Constitucional contra las decisiones procesales de 13 de julio y 3 de agosto de 1999,

alegando la violación de su derecho a ser procesado por un tribunal establecido por ley, debido a la composición de la sala judicial, pidiendo a la vez al Tribunal que revisara la constitucionalidad de la Ley de funcionarios municipales de Salzburgo (Ley de Salzburgo), pues contemplaba la participación de miembros delegados de la municipalidad interesada. El 28 de septiembre de 1999 el Tribunal rechazó las quejas y las remitió al Tribunal Administrativo, que las rechazó el 21 de junio de 2000.

2.9 Entretanto, el 23 de septiembre de 1999, la Comisión Disciplinaria había destituido al autor de sus funciones después de desestimar una solicitud formal para que citara a testigos de la defensa y aceptara más pruebas. El 11 de octubre de 1999 el autor presentó una apelación contra su destitución ante la Comisión de Apelación, que confirmó sin audiencia la decisión de la sala judicial de 6 de marzo de 2000, después de que el autor recusara a su Presidente (que posteriormente fue reemplazado) y a los dos miembros designados por el gobierno provincial, debido a su participación en decisiones anteriores en su caso. El 14 de marzo de 2000 la municipalidad de Saalfelden puso término una vez más al pago del salario reducido del autor, así como a su afiliación al seguro del sistema de salud pública.

2.10. El 25 de abril de 2000 el autor presentó ante el Tribunal Administrativo una reclamación contra la decisión de la Comisión de Apelación de 6 de marzo de 2000, por la que objetaba la composición de las salas judiciales y de apelación, la negativa de la sala a recibir declaraciones de testigos de la defensa y a aceptar nuevas pruebas, así como otras irregularidades procesales. El 29 de noviembre de 2000 el Tribunal rechazó la reclamación del autor por estimarla infundada. Remitiéndose a una decisión anterior, relativa a un caso diferente, el Tribunal desestimó la objeción del autor en relación con el hecho de que el Sr. Cecon hubiese asumido la presidencia en reiteradas ocasiones durante la tercera serie de actuaciones.

La denuncia

3.1 El autor alega que se han violado los derechos que le confieren el párrafo 1 del artículo 14, considerado junto con el artículo 25, y el artículo 26 del Pacto, pues su enjuiciamiento no tuvo las "debidas garantías" ni se realizó "públicamente" ni con rapidez, sino que fue demorado de manera injustificada y su sustanciación estuvo en manos de órganos que tenían una actitud parcial contra él. Argumenta que los procesos relativos a asuntos de empleo son "de carácter civil"/"materia... contenciosa" ("*suits at law*") de acuerdo con el significado del párrafo 1 del artículo 14, independientemente de la condición de una de las partes⁴.

⁴ El autor se refiere a las comunicaciones N° 112/1981, *Y. L. c. el Canadá*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 8 de abril de 1986, y N° 203/1986, *Rubén Toribio Muñoz Hermoza c. el Perú*, dictamen de 4 de noviembre de 1988.

3.2 El autor acepta que los Estados partes pueden crear tribunales especializados para que entiendan, entre otras cosas, de las controversias relativas al empleo de los funcionarios públicos, a condición de que la creación de esos tribunales se base en criterios razonables y objetivos y siempre que tales tribunales sean independientes e imparciales. Sin embargo, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 12 de la Ley de Salzburgo, dos miembros de las salas eran delegados de la municipalidad interesada y su desempeño se refería únicamente a un proceso específico, se violó el principio de que un tribunal debe ser independiente de las ramas ejecutiva y legislativa, así como de las partes en el juicio. El autor también sostiene que la duración de su mandato es un factor que debe tenerse en cuenta al evaluar la independencia de los miembros de un tribunal⁵.

3.3 El autor sostiene que se violó el derecho a un juicio público que le confiere el párrafo 1 del artículo 14, pues las audiencias de las salas judiciales de la Comisión Disciplinaria se celebraron a puerta cerrada, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 124 de la Ley federal, y ni la Comisión de Apelación ni los Tribunales Constitucional o Administrativo celebraron audiencia alguna en su causa. No existieron "circunstancias especiales"⁶ que justificaran la exclusión del público.

3.4 El autor sostiene que, en violación del principio de que los jueces no deben tener opiniones preconcebidas sobre el asunto que se somete a su conocimiento, varios miembros de la sala judicial participantes en el tercer proceso eran inevitablemente parciales, pues continuaban trabajando como funcionarios municipales en Saalfelden o habían sido recusados anteriormente por el autor. En especial, el hecho de que el Sr. Cecon volviera a asumir la presidencia después de haber sido recusado por el autor y reemplazado por el Sr. Maier, al que a su vez el autor también recusó debido al papel que había desempeñado en el primer proceso, ponía de realce que existía motivo comprensible, verificable y legítimo para sospechar que ambos Presidentes tenían una posición sesgada contra el autor debido a las recusaciones.

3.5 De acuerdo con lo sostenido por el autor, la sala judicial promovió los intereses de la otra parte, al facilitar a los testigos de la acusación copia de los testimonios prestados en el primer y segundo procesos, permitirles citar sus declaraciones anteriores y rechazar las peticiones del autor de que se llamara a diversos testigos y se aceptaran más pruebas. Al parecer, la sala judicial manipuló la transcripción de la audiencia de 1999 para dar la impresión de que los testigos de la acusación habían prestado realmente un testimonio original.

⁵ El autor se refiere a la Observación general N° 13 del Comité de Derechos Humanos, 21° período de sesiones (1984): Igualdad ante los tribunales y derecho a una audiencia justa y pública ante un tribunal establecido por la ley (art. 14), párr. 3.

⁶ Se hace referencia a *ibíd.*, párr. 6.

3.6 Supuestamente la transcripción manipulada fue transmitida a su abogado dos semanas y media después de vencido el plazo para apelar la decisión de destituirlo adoptada por el Comité Disciplinario el 23 de septiembre de 1999, por lo que se le privó de la oportunidad de descubrir las irregularidades procesales y denunciarlas a la Comisión de Apelación. Esas irregularidades, del mismo modo que la decisión de la sala judicial de escuchar únicamente a los testigos de la acusación, también vulneraban su derecho a la igualdad de medios garantizada por el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

3.7 El autor afirma que la duración de las actuaciones, que le causaron unos gastos de 1,2 millones de chelines austríacos en honorarios de abogado y se prolongaron durante casi cinco años, comenzando con la presentación de la queja disciplinaria en su contra por parte del alcalde de Saalfelden el 31 de enero de 1996 y terminando el 8 de enero de 2001, cuando recibió la decisión final del Tribunal Administrativo, constituye una demora injustificada, lo que viola su derecho a un proceso con las debidas garantías consagrado en el párrafo 1 del artículo 14. El autor argumenta que el tema de las actuaciones, si bien de especial importancia para él, no es complejo, como pone de manifiesto el hecho de que la decisión de la sala judicial de 23 de septiembre de 1999 se adoptó al cabo de apenas una hora de deliberaciones y solo ocupó cinco páginas. Cabe atribuir los retrasos posteriores, que sumaron tres años, al Estado parte, dado que los dos primeros procesos eran nulos y sin validez por haber sido fundamentados por las salas judiciales compuestas en flagrante violación del derecho procesal interno: a) desde el 4 de junio de 1996, cuando el Presidente de la sala judicial en el primer proceso se negó a ceder la presidencia, hasta el 26 de marzo de 1997, cuando se constituyó una nueva sala judicial; y b) desde el 8 de abril de 1997, cuando el autor recusó a los miembros de la sala judicial en el segundo proceso, hasta el 13 de junio de 1999, cuando se constituyó la sala judicial para el tercer proceso.

3.8 El autor sostiene que ha agotado los recursos internos y que el mismo asunto no está sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En una nota verbal de 26 de noviembre de 2001, el Estado parte cuestionó la admisibilidad de la comunicación, alegando que era incompatible con el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto y que el autor no había agotado los recursos internos.

4.2 El Estado parte sostiene que el autor no planteó ante los tribunales nacionales sus reclamaciones sobre la falta de publicidad del proceso ni sobre las supuestas irregularidades relativas a la transcripción de la audiencia de 1999. Aunque el hecho de que no haya planteado esta última reclamación ante la Comisión de Apelación podría justificarse por un "posible retraso" de la transcripción, no fue este el caso con respecto a sus últimas reclamaciones ante los Tribunales Constitucional y Administrativo. Del mismo modo, el autor había plan-

teado, únicamente en su apelación ante la Comisión de Apelación, la cuestión de que en el tercer proceso dos miembros de la sala judicial hubiesen sido nombrados por la municipalidad de Saalfelden y que los testigos de la acusación hubiesen recibido copias de sus declaraciones anteriores, sin reiterar esta reclamación en su denuncia posterior ante el Tribunal Administrativo.

4.3 El Estado parte alega que los únicos vicios de procedimiento que el autor planteó en su apelación ante el Tribunal Administrativo, de 25 de abril de 2000, se referían al rechazo de su solicitud de que se oyese a los testigos de la defensa y se admitiesen nuevas pruebas, a la supuesta parcialidad de los miembros de la Comisión Disciplinaria, al hecho de que la Comisión de Apelaciones no hubiera celebrado una vista oral y a la duración de las actuaciones. Con respecto a esto último, el autor no había agotado los recursos internos en relación con su reclamación de que el proceso se había retrasado indebidamente, ya que solo denunció este retraso de forma retroactiva, sin utilizar la posibilidad de presentar una solicitud de traslado de competencia (*Devolution-santrag*), que permite a los particulares elevar un caso al conocimiento de la autoridad superior competente si no se ha adoptado una decisión en un plazo de seis meses o presentar una reclamación ante el Tribunal Administrativo cuando la administración no ha adoptado una decisión en el plazo debido (*Säumnisbeschwerde*), a fin de reducir la duración del proceso.

4.4 El Estado parte afirma que el autor debería haber denunciado una violación de su derecho a un juicio imparcial invocando ante el Tribunal Constitucional la prohibición de arbitrariedad garantizada constitucionalmente, en lugar de apelar la decisión de la Comisión de Apelación de 6 de marzo de 2000 ante el Tribunal Administrativo, cuya competencia se limitaba a examinar la legalidad de las decisiones administrativas con arreglo al derecho común. El Estado parte concluye que la comunicación es inadmisibles de conformidad con el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

4.5 Por último, el Estado parte argumenta que la comunicación es inadmisibles *ratione materiae* con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo, ya que el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto no se aplica a los conflictos entre las autoridades administrativas y los funcionarios públicos que ejercen facultades propias de la administración pública, en lo que respecta a su contratación, su carrera o la rescisión de su contrato de trabajo con arreglo al derecho público⁷.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En una carta de 27 de enero de 2001, el autor alega que el propio Estado parte reconoce que el autor puso en tela de juicio la parcialidad de la sala judicial en

⁷ El Estado parte se refiere a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las demandas N° 28541/95, *Pellegrin c. Francia*, de 8 de diciembre de 1999, párrs. 64 y ss., y N° 39564/98, *G. K. c. Austria*, de 14 de marzo de 2000.

el tercer proceso, su rechazo de las solicitudes del autor para que se oyese a los testigos de la defensa y se admitiesen nuevas pruebas, el hecho de que la Comisión de Apelación no hubiese celebrado ninguna vista oral y el retraso indebido del proceso celebrado ante el Tribunal Administrativo, y que por consiguiente el Estado parte admitía que el autor había agotado todos los recursos internos con respecto a estas reclamaciones.

5.2 El autor rechaza la objeción del Estado parte de que no había denunciado ante el Tribunal Constitucional la violación de su derecho a un juicio imparcial mediante la invocación de la prohibición de arbitrariedad garantizada constitucionalmente y afirma que, en el tercer proceso, había presentado la reclamación contra su despido directamente ante el Tribunal Administrativo únicamente, porque el Tribunal Constitucional ya se había negado con anterioridad a entender de las reclamaciones, similares en lo esencial, relacionadas con su despido que él había formulado en el segundo proceso y con las decisiones procesales de 13 de julio y 3 de agosto de 1999, y las había remitido al Tribunal Administrativo. En esas reclamaciones, había alegado la violación de su derecho a un juicio imparcial, en particular a un juicio ante un tribunal establecido por ley y, en una ocasión, había solicitado al Tribunal Constitucional que examinase la constitucionalidad de la Ley de Salzburgo en la medida en que contemplaba la participación de miembros delegados por la municipalidad. En relación con la jurisprudencia del Comité, el autor argumenta que no tiene obligación de presentar una denuncia ante las autoridades nacionales una y otra vez si el mismo asunto ya ha sido rechazado con anterioridad⁸.

5.3 El autor rechaza el argumento del Estado parte de que no había presentado un recurso interno respecto de la manipulación de la transcripción del tercer proceso, alegando que se había ocultado la transcripción a su abogado de manera que las manipulaciones de las declaraciones de los testigos no se descubrieron hasta que el letrado revisó el caso para la presente comunicación. El hecho de que no se le transmitiese la transcripción a tiempo era atribuible al Estado parte, que por tanto no podría afirmar que no se hubiesen agotado los recursos internos a ese respecto. El autor concluye que el Estado parte tuvo oportunidad de corregir las supuestas violaciones, dado que todas las reclamaciones presentadas ante el Comité se habían planteado en lo esencial ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Administrativo de Austria.

5.4 En cuanto a la objeción *ratione materiae* del Estado parte, el autor sostiene que, de conformidad con la jurisprudencia del Comité⁹, el párrafo 1 del artículo

⁸ El autor se refiere a las comunicaciones N° 210/1986 y N° 225/1987, *Earl Pratt e Ivan Morgan c. Jamaica*, dictamen aprobado el 6 de abril de 1989.

⁹ Se hace referencia, entre otras cosas, a: comunicación N° 824/1998, *N. M. Nicolov c. Bulgaria*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 24 de marzo de 2000, párr. 8.3; comunicación N° 468/1991, *Angel N. Oló Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*, dictamen aprobado el 20 de octubre de

14 se aplica a los procesos relativos al despido de los funcionarios públicos. Ello se desprende del principio de que los tratados de derechos humanos deben interpretarse de la manera que más favorezca a la persona¹⁰, así como de un análisis "contextual" a la luz del artículo 25 del Pacto, que no tiene equivalente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales e indica que el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo 14 es más amplio que el del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio. Asimismo, sugiere que el Comité no debería aplicar el criterio restrictivo y artificial adoptado por el Tribunal Europeo en *Pellegrin c. Francia*, que excluyó a los funcionarios públicos que ejercían una parte de las facultades soberanas del Estado de la protección del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹.

5.5 Por último, el autor alega que el argumento del Estado parte de que podía haber acelerado el proceso mediante la solicitud de un traslado de competencia (*Devolutionsantrag*) o mediante la presentación de una reclamación sobre el retraso indebido del proceso (*Säumnisbeschwerde*) se refería más al fondo que a la admisibilidad de su queja sobre el retraso injustificado del proceso. En cuanto al fondo, argumenta que ninguna de las fases individuales de los tres procesos superó los seis meses de duración que se requieren para ejercer los mencionados recursos. Es más, aunque se exigía a los Estados partes que garantizaran procesos rápidos, no existía una obligación correspondiente para las personas a quienes se les formularan cargos disciplinarios. Por el contrario, las personas tenían derecho a ejercer todos los recursos para defenderse contra esos cargos, incluso si esos recursos alargaban el proceso.

Observaciones adicionales del Estado parte sobre la admisibilidad y observaciones en cuanto al fondo

6.1 En nota verbal de 27 de marzo de 2002, el Estado parte explicó en mayor detalle sus objeciones a la admisibilidad y presentó sus observaciones sobre el fondo de la comunicación. En cuanto a la admisibilidad, reitera que el autor no había agotado los recursos internos y añade que la desestimación por el Tribunal Constitucional de sus reclamaciones anteriores no le había eximido de tener que impugnar de forma expresa las supuestas deficiencias del tercer proceso. Mantiene que la solicitud del autor de que se procediese a una revisión constitucional del párrafo 5 del artículo 12 de la Ley de Salzburgo se basaba en una supuesta falta de

1993; y comunicación N° 203/1986, *Rubén Toribio Muñoz Hermosa c. el Perú*.

¹⁰ El autor se refiere, entre otras cosas, a la Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, serie A, N° 5.

¹¹ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda N° 28541/95, *Pellegrin c. Francia*, párrafo 65 de la sentencia, de 8 de diciembre de 1999.

claridad de esa disposición y no en la presunta falta de independencia de los miembros de la Comisión Disciplinaria que eran delegados de la municipalidad de Saalfelden.

6.2 Aunque admite que la transcripción del proceso de 1999 no se entregó al autor hasta dos semanas después de que expirase el plazo para recurrir ante la Comisión de Apelación, el Estado parte sostiene que, con arreglo a la ley aplicable, el autor podía haber denunciado cualquier deficiencia de la transcripción durante el proceso de apelación y en su recurso posterior ante el Tribunal Administrativo.

6.3 El Estado parte sostiene que, al igual que el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto no se aplica a los conflictos entre las autoridades administrativas y los funcionarios públicos que participan directamente en el ejercicio de facultades públicas¹², como el autor, tal y como se refleja en la analogía de ambas disposiciones y, en particular, en la formulación idéntica de las partes correspondientes en las versiones francesas que dan fe. La única excepción reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refería a los casos en que las quejas tenían que ver con un derecho esencialmente económico. El hecho de que a la larga el despido del autor hubiese podido tener repercusiones económicas no convertía su caso en una cuestión de derechos y obligaciones civiles¹³. El proceso disciplinario tampoco conducía a la determinación de una acusación penal contra el autor, a falta de una pena equivalente a una sanción penal.

6.4 A título subsidiario, el Estado parte afirma que, incluso si el párrafo 1 del artículo 14 fuera aplicable, el Comité se vería limitado a examinar si las supuestas irregularidades del proceso disciplinario constituían una denegación de justicia o eran arbitrarias de algún modo. Ello no sucedía en este caso, pues las autoridades nacionales se habían cerciorado de que se hubieran cumplido las normas procesales y solo confirmaron el despido del autor tras haber celebrado tres procesos. Del mismo modo, la evaluación de la pertinencia y el valor de las pruebas solicitadas era una cuestión que debían determinar los tribunales nacionales, sujetos únicamente a un control de abusos. Las solicitudes del autor en lo que respecta a las pruebas se desestimaron por motivos legítimos, ya que sus reclamaciones se referían a cuestiones respecto de las cuales ya había presentado prueba documental.

6.5 El Estado parte alega que el autor no fundamentó su queja sobre la supuesta parcialidad de los miembros de la sala judicial, que no podía deducirse de forma

¹² Se hace referencia, entre otras cosas, al voto particular disidente de los miembros del Comité Sres. Graefrath, Pocar y Tomuschat de la comunicación Nº 112/1981, *Y. L. c. el Canadá*, párr. 3.

¹³ El Estado parte se refiere a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Pierre-Bloch c. Francia*, sentencia de 21 de octubre de 1997, párr. 51, y *Pellegrin c. Francia*, sentencia de 8 de diciembre de 1999, párr. 60.

automática de su participación en los procesos anteriores. La participación de miembros que habían sido recusados sin motivo no significaba por sí sola que la imparcialidad del tribunal fuese cuestionable, dado que había que diferenciar entre el derecho a recusar a miembros de la sala sin expresar motivos y la recusación de un miembro de la sala por parcialidad.

6.6 El Estado parte sostiene que el derecho del autor a acudir a un tribunal independiente e imparcial estaba salvaguardado por la libertad de instrucción de que gozaban los miembros de la Comisión Disciplinaria (párrafo 6 del artículo 12 de la Ley de Salzburgo). Asimismo, las decisiones de la Comisión Disciplinaria son recurribles ante la Comisión de Apelación, así como ante el Tribunal Administrativo, ambos tribunales independientes que tienen competencia para examinar cuestiones de hecho y de derecho y, en el caso de la Comisión de Apelación, están integrados por miembros que no han sido delegados por las municipalidades interesadas y son nombrados por un período de tres años. Sin perjuicio del hecho de que el Estado parte considera que la Comisión Disciplinaria es un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14, sostiene que el derecho del autor a ser escuchado por un tribunal independiente e imparcial estaría garantizado incluso si se negase a la Comisión Disciplinaria el carácter de tribunal independiente e imparcial, dado que el párrafo 1 del artículo 14 no exige a los Estados partes que en todas las fases de la apelación exista una decisión sobre derechos civiles adoptada por un tribunal.

6.7 El Estado parte alega que la transcripción del proceso de 1997 se envió a los testigos a fin de facilitar a todas las personas que participaban en el proceso de 1999 "el mismo grado de información sobre sus declaraciones anteriores y las fases del procedimiento". La similitud de las actas de los procesos de 1997 y de 1999 reflejó simplemente que los testigos habían hecho declaraciones concordantes en las dos vistas orales. En virtud del artículo 44 de la Ley de procedimiento administrativo de Austria, no es necesario que las transcripciones de las audiencias citen las declaraciones de los testigos en su totalidad; el hecho de resumir el contenido pertinente de esa declaración no constituía manipulación.

6.8 En lo que respecta a la supuesta falta de publicidad del proceso, el Estado parte sostiene que la exclusión del público quedaba justificada en aras del secreto oficial, que a menudo constituye un problema en los procesos disciplinarios. A fin de proteger de la administración secreta de justicia a los funcionarios públicos acusados, el párrafo 3 del artículo 124 de la Ley federal permitía la presencia, durante la vista oral, de hasta tres funcionarios públicos nombrados por el acusado en calidad de personas de confianza.

6.9 El Estado parte rechaza la queja del autor de que no hubo vista oral durante el proceso de apelación, alegando que esta no es necesaria si el caso puede fallarse sobre la base de lo expuesto en el escrito de apelación. Dado que la apelación del autor se limitó a reclamaciones de carácter procesal y no planteaba

nuevos hechos, los órganos de apelación decidieron justificadamente no celebrar una nueva vista oral.

6.10 El Estado parte sostiene que el propio autor admitió que se había cumplido el plazo legal para adoptar una decisión en todas las fases de los distintos procesos de los que había sido parte; el autor había pasado por las distintas fases de apelación a iniciativa propia sin que ni las autoridades ni los tribunales hubieran ocasionado ningún retraso. Para el Estado parte, el autor no ha demostrado la violación de los derechos que le reconoce el párrafo 1 del artículo 14, considerado en conjunción con el artículo 26 del Pacto.

Comentarios adicionales del autor

7.1 En una nueva comunicación de 14 de junio de 2002, el autor reitera que no estaba obligado a presentar la misma reclamación ante el Tribunal Constitucional una y otra vez, dado que el Tribunal había afirmado claramente en sus decisiones de 11 de marzo de 1998 y 28 de septiembre de 1999 que el caso del autor no comportaba violación alguna de sus derechos constitucionales ni la aplicación de una ley inconstitucional, pese a que la Ley de Salzburgo disponía la participación de dos miembros de la sala delegados por la parte demandada.

7.2 El autor argumenta que, si un Estado decide dividir las competencias de revisar la imparcialidad de los procesos desde el punto de vista del derecho constitucional y del derecho común entre los dos tribunales superiores, a los recurrentes solo se les puede pedir que presenten una reclamación ante uno de ellos. Se han dado al Estado parte oportunidades suficientes para que cumpla su obligación de reparar las supuestas violaciones, puesto que el Tribunal Administrativo era competente para disponer esa reparación una vez hubiera examinado su recurso, aunque formalmente tiene una categoría diferente a la del Tribunal Constitucional.

7.3 El autor reitera que, de acuerdo con la jurisprudencia del Comité¹⁴, el párrafo 1 del artículo 14 engloba todos los juicios de carácter civil o penal, sean o no parte funcionarios u oficiales públicos. En contraste con el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto no establece distinción alguna entre las categorías de funcionarios y se aplica de forma general a las disputas en materia laboral. Ello se desprende de la clara redacción ("de carácter civil"/"materia... contenciosa" ("*suits at law*")) del párrafo 1 del artículo 14, que el Estado parte ha intentado ignorar al hacer referencia a la jurisprudencia contradictoria del Tribunal Europeo que no guarda relación con el sistema del Pacto.

7.4 El autor afirma que el Estado parte admite implícitamente que la participación de dos miembros de

la sala por delegación de la municipalidad de Saalfelden en los procesos disciplinarios constituyó una violación del párrafo 1 del artículo 14. La falta de independencia e imparcialidad de la Comisión Disciplinaria no se resolvió mediante una evaluación de su despido a la luz de los hechos y el derecho en la fase de apelación, puesto que ni la Comisión de Apelación ni el Tribunal Administrativo procedieron a investigar los hechos por iniciativa propia, ateniéndose a las conclusiones de hecho formuladas por la sala judicial de primera instancia. En ausencia de una vista oral contradictoria en la fase de apelación, se negó al autor su derecho a ser oído públicamente con las debidas garantías por un tribunal independiente e imparcial y, más concretamente, la posibilidad de impugnar las declaraciones de los testigos de cargo. Además, la sala de apelación fue tan parcial y falta de independencia como la sala judicial.

7.5 Para el autor, la decisión de llamar o no a declarar a testigos no puede dejarse a la total discreción de los tribunales nacionales y sostiene que el Estado parte no refutó su alegación de que la sala judicial le había negado la igualdad de medios en la presentación de su defensa. De manera semejante, las explicaciones del Estado parte relativas a la falsificación de la transcripción del proceso celebrado en 1999 no eran lógicas.

7.6 Por lo que se refiere a la duración del proceso, el autor reitera que no puede atribuírsele el hecho de que se viera obligado a interponer las apelaciones de primero y segundo niveles para que se dejaran sin efecto los actos claramente ilegales de la sala judicial.

7.7 El autor cuestiona que la exclusión del público de las vistas de la sala judicial se justificara en interés del secreto oficial, puesto que ninguno de los cargos que se le imputaban comportaba cuestiones de esa naturaleza. La mayoría de los cargos guardaban relación con alegaciones de conducta indebida, mientras que los otros estaban relacionados con cuestiones públicas más que con cuestiones secretas. En cualquier caso, la Comisión Disciplinaria podía haber tratado a puerta cerrada cualquier cuestión que exigiera el secreto y podía haber utilizado iniciales para resguardar la intimidad de terceros. La asistencia de hasta tres funcionarios oficiales a los procesos disciplinarios no satisfizo los requisitos de una "vista pública" en el sentido del párrafo 1 del artículo 14, que cumple asimismo el objetivo de salvaguardar la transparencia de la administración de justicia.

Observaciones adicionales del Estado parte y comentarios del autor

8. Las partes presentaron comunicaciones adicionales, una el 14 y la otra el 27 de enero de 2003. El Estado parte arguye que, al no haber solicitado una vista oral ante el Tribunal Administrativo, el autor renunció al derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías que le reconoce el párrafo 1 del artículo 14, puesto que debía haber sido consciente, dado que estaba representado legalmente por un abogado, de que sin una

¹⁴ El autor cita las comunicaciones N° 112/1981, *Y. L. c. el Canadá*, N° 203/1986, *Rubén Toribio Muñoz Hermoza c. el Perú*, y N° 824/1998, *N. M. Nicolov c. Bulgaria*, así como la comunicación N° 454/1991, *Enrique García Pons c. España*, dictamen aprobado el 30 de octubre de 1995.

petición expresa a este efecto, normalmente los procesos ante el Tribunal Administrativo solo se tramitan por escrito. El autor considera que las observaciones adicionales del Estado parte son inadmisibles desde el punto de vista procesal porque fueron presentadas fuera de plazo (más de seis meses después de que, el 14 de junio de 2002, presentara sus comentarios), con lo que se prolongó indebidamente el procedimiento.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

9.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

9.2 En lo que respecta a la cuestión de la objeción *ratione materiae* del Estado parte, el Comité recuerda que el concepto de "carácter civil"/"materia... contenciosa" ("*suits at law*") a tenor del párrafo 1 del artículo 14 se basa en el carácter del derecho de que se trata y no en la condición de una de las partes¹⁵. La imposición de medidas disciplinarias contra funcionarios públicos no constituye por sí misma una determinación de los propios derechos y obligaciones en un juicio, ni, excepto en el caso de sanciones que, independientemente de su calificación en la legislación interna, sean de carácter penal, equivale a la determinación de una acusación penal en el sentido de la segunda frase del párrafo 1 del artículo 14. En el presente caso, el Estado parte ha admitido que la sala judicial de la Comisión Disciplinaria era un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. Si bien la decisión sobre un despido disciplinario no debe ser adoptada por una corte o un tribunal, el Comité considera que siempre que, como en el presente caso, a un órgano judicial se le encomienda la tarea de decidir la imposición o no de medidas disciplinarias, este debe respetar la garantía de igualdad de todas las personas ante los tribunales, consagrada en el párrafo 1 del artículo 14, y los principios de imparcialidad, justicia e igualdad de medios que acarrea implícitamente esta garantía. En consecuencia, el Comité declara que la comunicación es admisible *ratione materiae* en la medida en que el autor alega ser víctima de violaciones de sus derechos en virtud del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

9.3 Sin embargo, por lo que se refiere a la alegación del autor de que la falta de una vista oral durante el proceso de apelación violaba su derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías consagrado en el párrafo 1 del artículo 14, el Comité ha tomado nota del argumento del Estado parte de que el autor podría haber solicitado una vista oral ante el Tribunal Administrativo y que, al no hacerlo, renunció a su

¹⁵ Véase la comunicación N° 112/1981, *Y. L. c. el Canadá*, párr. 9.2; comunicación N° 441/1990, *Robert Casanovas c. Francia*, dictamen aprobado el 19 de julio de 1994, párr. 5.2.

derecho a esta vista. El Comité observa asimismo que el autor no ha refutado este argumento en lo esencial y que durante el proceso estuvo representado por un abogado. Por consiguiente, considera que el autor no ha fundamentado, a efectos de admisibilidad, que se haya violado su derecho a una vista oral. El Comité concluye que esta parte de la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

9.4 El Comité ha tomado nota de la objeción del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos en relación con sus alegaciones relativas a la falta de independencia de los dos miembros de la sala judicial delegados por la municipalidad de Saalfelden en el tercer proceso, a la falta de publicidad de las audiencias de esa sala, al hecho de que se hayan enviado copias de las declaraciones realizadas en 1997 a los testigos de cargo antes de la audiencia celebrada en 1999 y a la presunta manipulación de las transcripciones del proceso de 1999. Tras un examen detenido de las reclamaciones presentadas por el autor a la Comisión de Apelación (reclamación de 11 de octubre de 1999) y al Tribunal Administrativo (reclamaciones de 21 de enero y 25 de abril de 2000), el Comité observa que el autor no formuló esas alegaciones ante la Comisión de Apelación ni tampoco ante el Tribunal Administrativo.

9.5 Además, del expediente que el Comité tiene a la vista no se desprende que el autor cuestionara la participación de los miembros de la sala judicial sobre la base de que estos hubieran sido designados por la municipalidad en la queja constitucional en que recusaba la decisión procesal de la sala judicial de 13 de julio de 1999. Por consiguiente, el Comité concluye que el autor no ha agotado los recursos internos con relación a estas reclamaciones y que, en consecuencia, esta parte de la comunicación es inadmisibile con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.6 Por lo que respecta al resto de la comunicación, el Comité ha tomado nota del argumento del Estado parte de que el autor debería haber presentado un recurso ante el Tribunal Constitucional contra la confirmación de su despido dictada por la Comisión de Apelación en el tercer proceso, para que esa decisión fuera revisada no solo en virtud del derecho ordinario sino también del derecho constitucional. En este sentido, el Comité recuerda su jurisprudencia invariable según la cual el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo no exige que se haga uso de los recursos internos que objetivamente no tienen ninguna posibilidad de éxito¹⁶. Pese a que el recurso constitucional del autor de 25 de agosto de 1999 se refería al segundo proceso y no al tercero, las alegaciones en que se basaba eran en cuanto al fondo similares a las planteadas en su reclamación de 25 de abril de 2000 al Tribunal Administrativo. El Comité observa asimismo que, cuando el autor apeló la decisión de la Comisión de Apelación de 6 de marzo de 2000, el

¹⁶ Véanse las comunicaciones Nos. 210/1986 y 225/1987, *Earl Pratt e Ivan Morgan c. Jamaica*, párr. 12.3.

proceso ya se había prolongado por más de cuatro años¹⁷. En estas circunstancias, el Comité considera que el autor, al presentar una reclamación contra su despido en el tercer proceso ante el Tribunal Administrativo, realizó esfuerzos razonables para agotar los recursos internos.

9.7 El Comité considera que el autor ha fundamentado suficientemente, a efectos de la admisibilidad, su argumento de que la supuesta parcialidad de los miembros de la sala judicial en el tercer proceso, la no admisión de la solicitud del autor para que se oyera a los testigos y se admitieran nuevas pruebas, la demora en el envío a este de las transcripciones del proceso celebrado en 1999 y la duración del proceso disciplinario son cuestiones contempladas en el párrafo 1 del artículo 14.

9.8 En la medida en que el autor alega una violación de los derechos que le confiere el artículo 26 del Pacto, el Comité considera que, a efectos de admisibilidad, no ha fundamentado denuncia alguna de una posible violación de ese artículo. Por consiguiente, la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo, por lo que se refiere al artículo 26.

Examen en cuanto al fondo

10.1 La cuestión que ha de decidir el Comité es si las actuaciones de la sala judicial de esa Comisión han violado el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

10.2 Por lo que respecta a la afirmación del autor de que varios miembros de la sala judicial en el tercer proceso adolecían de parcialidad contra él, ya fuera por su participación previa en el proceso, por el hecho de que ya hubieran sido recusados por el autor o debido a que tenían un empleo permanente en la municipalidad de Saalfelden, el Comité recuerda que la "imparcialidad" en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que, normalmente, no se puede considerar que un juicio viciado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido inhabilitado, sea un juicio justo e imparcial¹⁸. El Comité observa que el hecho de que el Sr. Cecon volviera a asumir la presidencia de la sala judicial tras haber sido recusado por el autor durante el mismo proceso, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 124 de la Ley federal de funcionarios públicos, plantea dudas acerca del carácter imparcial de la sala judicial en el tercer proceso. Estas dudas se ven corroboradas por el hecho de que el Sr. Maier fuera nombrado presidente suplente e incluso llegara a presidir temporalmente la sala, pese a que el autor hubiera interpuesto una querrela contra él.

¹⁷ Véase la comunicación N° 336/1988, *Andre Fillastre y Pierre Bizouarn c. Bolivia*, dictamen aprobado el 5 de noviembre de 1991, párr. 5.2.

¹⁸ Véase la comunicación N° 387/1989, *Arvo O. Karttunen c. Finlandia*, dictamen aprobado el 23 de octubre de 1992, párr. 7.2.

10.3 El Comité observa que, si en el derecho nacional de un Estado parte se reconoce el derecho de una parte a recusar, sin exponer los motivos, a los miembros de un órgano competente para juzgar cargos disciplinarios contra dicha parte, esta garantía procesal no puede quedar sin efecto por el hecho de que se vuelva a nombrar a un presidente que, durante la misma fase del proceso, hubiera renunciado a la presidencia debido al ejercicio por la parte concernida de su derecho a recusar a los miembros de la sala.

10.4 El Comité observa asimismo que, en su decisión de 6 de marzo de 2000, la Comisión de Apelación no abordó la cuestión de si la decisión de la Comisión Disciplinaria de 23 de septiembre de 1999 se había visto influida por ese vicio procesal y, en esa medida, simplemente hizo suyas las conclusiones de la Comisión Disciplinaria¹⁹. Además, cuando el Tribunal Administrativo examinó esta cuestión, lo hizo solo de manera sumaria²⁰. A la luz de lo que antecede, el Comité considera que en el tercer proceso la sala judicial de la Comisión Disciplinaria no poseía el carácter imparcial exigido en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto y que las instancias de apelación no corrigieron esta irregularidad procesal. El Comité concluye que ha sido violado el derecho del autor a un tribunal imparcial consagrado en el párrafo 1 del artículo 14.

10.5 En lo que respecta al rechazo por parte de la Comisión Disciplinaria de las solicitudes del autor de llamar a testigos y admitir nuevas pruebas en su defensa, el Comité recuerda que, en principio, no es de su competencia determinar si los tribunales nacionales han evaluado adecuadamente la pertinencia de las nuevas pruebas solicitadas²¹. En opinión del Comité, la decisión de la sala judicial de que las solicitudes de pruebas del autor eran irrelevantes dada la existencia de pruebas escritas suficientes no equivale a una denegación de la justicia, en contravención del párrafo 1 del artículo 14.

10.6 En cuanto al hecho de que la sala judicial no transmitiera las transcripciones del proceso celebrado en 1999 contra el autor antes de que expirara el plazo para apelar la decisión de la Comisión Disciplinaria de 23 de septiembre de 1999, el Comité observa que el principio de la igualdad de medios supone que las partes de un proceso deben disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de sus argumentos, lo cual, a su vez, requiere el acceso a los documentos necesarios para preparar dichos argumentos²². Sin embargo, el Comité observa que la preparación adecuada de la defensa no puede equipararse a la

¹⁹ Véase la página 3 de la decisión de 6 de marzo de 2000 de la Comisión de Apelación, N° 11-12294/94-2000.

²⁰ Véanse la página 7 y ss. de la decisión de 29 de noviembre de 2000 del Tribunal Administrativo, N° Z1.2000/09/0079-6.

²¹ Véase la comunicación N° 174/1984, *J. K. c. el Canadá*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 26 de octubre de 1984, párr. 7.2.

²² Véase la Observación general N° 13, párr. 9.

preparación adecuada de un recurso. Además, considera que el autor no ha demostrado que el envío tardío de la transcripción del proceso celebrado en 1999 le impidiera plantear las supuestas irregularidades ante el Tribunal Administrativo, en especial porque él mismo admite que la supuesta manipulación de las declaraciones no fue descubierta por el abogado hasta que preparó la presente comunicación. Por consiguiente, el Comité concluye que el derecho del autor a la igualdad de medios enunciada en el párrafo 1 del artículo 14 no ha sido violado.

10.7 En cuanto a la duración del proceso disciplinario, el Comité considera que el derecho a la igualdad ante los tribunales con arreglo al párrafo 1 del artículo 14 entraña una serie de requisitos, incluida la condición de que el proceso ante los tribunales nacionales deberá celebrarse con la suficiente celeridad como para no poner en peligro los principios de justicia y de igualdad de medios. El Comité observa que la responsabilidad por la demora de 57 meses para juzgar una cuestión de complejidad menor recae en las autoridades de Austria. Observa asimismo que el incumplimiento de esa responsabilidad no queda excusado por la circunstancia de que no haya existido una solicitud de traslado de competencias (*Devolutionsantrag*) ni por el hecho de que el autor no presentara una denuncia por dilación injustificada del proceso (*Säumnisbeschwerde*), dado que se debió principalmente a que el Estado parte no celebró los dos primeros procesos de conformidad con el derecho procesal nacional. El Comité concluye que el

derecho del autor a la igualdad ante los tribunales ha sido violado.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

12. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a garantizar al autor un recurso efectivo, incluido el pago de una indemnización adecuada. El Estado parte tiene asimismo la obligación de impedir que se cometan violaciones análogas en el futuro.

13. Teniendo presente que, al adquirir la condición de parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. También se pide al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 1023/2001

Presentada por: Jouni E. Länsman, Eino A. Länsman y el Comité de Pastores Muotkatunturi
(representados por Johanna Ojala)

Presunta víctima: Los autores

Estado parte: Finlandia

Declarada admisible: 1° de abril de 2003 (77° período de sesiones)

Fecha de aprobación del dictamen: 17 de marzo de 2005 (83° período de sesiones)

Asunto: Derechos de los pastores de renos respecto de las actividades de tala de árboles realizadas por el Estado parte

Cuestiones de procedimiento: Solicitud de revisión de la decisión de admisibilidad

Cuestiones de fondo: Escala a la que las autoridades estatales pueden realizar actividades de tala sin que se considere que violan los derechos de los pastores de renos

Artículo del Pacto: 27

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Ausencia de violación

1.1 Los autores de la comunicación son los Sres. Jouni E. Länsman y Eino A. Länsman, ambos ciudadanos finlandeses, y el Comité de Pastores Muotkatunturi (del que son miembros los dos autores individuales). Los autores dicen ser víctimas de una violación por Finlandia del artículo 27 del Pacto. Están representados por una abogada. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 23 de marzo de 1976.

1.2 El 31 de octubre de 2002, en virtud del artículo 86 del reglamento del Comité, este pidió al Estado parte, por conducto del Presidente del Comité, que se abstuviera de llevar a cabo talas de árboles que afectaran a la actividad de cría de renos realizada por el Sr. Jouni Länsman y otros en la zona de Angeli mientras el Comité examinaba su caso.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 El 30 de octubre de 1996, el Comité dio a conocer su dictamen en *Länsman y otros c. Finlandia* ("la comunicación anterior")¹, en el que concluyó, basándose en los hechos que se le habían presentado, que no se había producido una violación de los derechos que se reconocen en el artículo 27 a los dos autores particulares actuales (y a otros) por razón de la tala ya completada de unas 250 ha en Pyhäjärvi y la tala propuesta de 250 ha más en Kirkko-outa (ambos lugares se encuentran en la zona de Angeli).

2.2 El Comité expuso además lo siguiente:

10.6 En lo que respecta a las futuras actividades de tala, el Comité observa que, según la información de que dispone, las autoridades forestales del Estado parte han aprobado la tala en una escala que, si bien requiere esfuerzos y entraña gastos adicionales para los autores y otros pastores de renos, no parece poner en peligro la supervivencia de la cría de renos. La escasa rentabilidad económica de esa actividad no obedece, según la información disponible, a que el Estado parte fomente otras actividades económicas en la zona de que se trata, sino a otros factores económicos externos.

10.7 A juicio del Comité, si se aprobaran planes de tala en mayor escala que la de los ya aprobados para los próximos años en la zona de que se trata o si se pudiera demostrar que los efectos de las talas ya previstas son más graves de lo que cabe pensar actualmente, entonces cabría examinar la posibilidad de si ello constituye una violación del derecho de los autores a disfrutar de su propia cultura en el sentido del artículo 27. El Comité tiene presente, basándose en comunicaciones anteriores, que se proyecta realizar en la zona en que vive el pueblo sami otros proyectos de explotación en gran escala que afectan al medio natural, tales como la explotación de canteras. Aun cuando el Comité ha llegado, en la actual comunicación, a la conclusión de que los hechos del caso no revelan una violación de los derechos de los autores, considera que es importante subrayar que el Estado parte debe tener en cuenta, al adoptar medidas que afectan a los derechos enunciados en el artículo 27, que, si bien las distintas actividades en cuanto tales no constituyen una violación de dicho artículo, consideradas conjuntamente pueden menoscabar el derecho del pueblo sami a disfrutar de su propia cultura.

2.3 En 1999 se habían talado las 500 ha de las dos zonas denunciadas al Comité en la comunicación inicial. Además, en 1998 se habían talado 110 ha más en la zona de Paadarskaidi del Comité de Pastores (que no forman parte de las zonas a las que se refería la comunicación anterior).

2.4 Cuando se presentó la comunicación ya se había propuesto otra operación de tala en Paadarskaidi, de la que se había avisado al Comité de Pastores con una antelación mínima y dando una fecha de comienzo

inminente. En ese momento, el Comité de Pastores todavía no había recibido un plan escrito de la naturaleza y el alcance de la operación de tala. El Servicio de Bosques y Parques Nacionales había comunicado que enviaría los planes al Comité de Pastores en una fecha ulterior, tras haber indicado en su plan anterior que la siguiente operación de tala solo se llevaría a cabo pasado un año y en un lugar diferente.

La denuncia

3.1 Los autores afirman que se han violado los derechos que como pastores de renos les reconoce el artículo 27 del Pacto, tanto en lo que se refiere a las talas realizadas como a las propuestas. Empiezan por denunciar que, desde el decenio de 1980, se han talado unas 1.600 ha de la zona de pastoreo del Comité de Pastores en Paadarskaidi, lo que representa la pérdida de un 40% del líquen (utilizado para alimentar a los renos) en esa zona concreta.

3.2 En cuanto a los efectos de la tala sobre los renos que pastorean los autores, se afirma que el reno es un animal sensible que evita zonas en proceso de tala o de preparación para la misma. Por lo tanto, se aleja en busca de otros pastos, lo cual supone más trabajo para los pastores. Después de la tala, sus residuos impiden que pasten los renos y la nieve apelmazada dificulta la limpieza. Las operaciones de tala entrañan la pérdida total del líquen durante cientos de años en las zonas afectadas.

3.3 Los autores recuerdan que, tras intensas nevadas en 1997, los pastores tuvieron que dar por primera vez piensos a los renos, lo que exige mucho capital y mano de obra, puesto que no podían depender del líquen. Las talas en curso y cada vez más intensas de bosques de líquen de calidad aumentan la necesidad de proporcionar piensos y ponen en peligro la autosostenibilidad económica de la cría del reno, ya que esta depende de que el animal pueda mantenerse por sí solo.

3.4 Los autores recuerdan que el Ministerio de Agricultura y Silvicultura decide el número máximo de renos que puede mantener el Comité de Pastores. Al determinar dicho número máximo, incumbe por ley al Ministerio asegurar que el número de renos que pastan en la zona del Comité de Pastores en la estación invernal no exceda de la capacidad productiva sostenible de los pastizales de invierno de dicho Comité. Desde que el Comité pronunció su dictamen sobre la comunicación anterior, el Ministerio ha reducido dos veces el número de animales del Comité de Pastores: de 8.000 a 7.500 en 1998 y de 7.500 a 6.800 en 2000. Así pues, en dos decisiones administrativas adoptadas en el transcurso de dos años, el Ministerio consideró que la capacidad de sustento de los pastizales de invierno de Muotkatunturi era tan baja que se debía reducir en un 15% el número sostenible de renos. Los autores afirman que la causa principal de la regresión de los pastizales de invierno, y en particular de los pastos de líquen del género bryoria, son las operaciones de tala.

¹ Caso N° 671/1995.

3.5 Pese a estas reducciones recientes, el Servicio de Bosques y Parques Nacionales sigue llevando a cabo actividades de tala, destruyendo los pastizales del Comité de Pastores y empeorando aún más las condiciones de cría del ganado. Los autores afirman que esta situación viola el artículo 27, en cuanto que continúan las operaciones forestales y sus consecuencias son más graves de lo que se pensó al principio. Al mismo tiempo que prosigue la tala, se ha reducido el número de renos porque los pastizales aún disponibles no pueden mantener a los que había.

3.6 Los autores afirman que, por lo que respecta a la tala en Kirkko-outa y Pyhäjärvi, se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. Respecto de las otras zonas, los autores se basan en el dictamen del Comité sobre la comunicación anterior para sostener que no es necesario volver a someter la cuestión a los tribunales nacionales. Se afirma que se han cumplido estos requisitos, dado que el propio Estado parte reconoce que los efectos han sido más graves, si bien sigue talando árboles y planeando nuevas talas.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 El 31 de diciembre de 2001, el Estado parte presentó sus observaciones únicamente sobre la admisibilidad de la comunicación. El 8 de febrero de 2002, el Comité, por conducto de su Presidente, decidió examinar por separado la admisibilidad y el fondo del caso.

4.2 El Estado parte informó al Comité de que se abstenía de realizar actividades de tala en la zona de Angeli (párr. 10.1)², de conformidad con el dictamen del Comité sobre el caso N° 671/1995 (aprobado el 30 de octubre de 1996), que pudieran afectar a la cría de renos llevada a cabo por los autores individuales mientras el Comité estuviera examinando su comunicación.

4.3 El Estado parte señala que, por lo que respecta a la zona de Paadarskaidi, el Servicio de Bosques y Parques Nacionales llevó a cabo entre 1998 y 2000 talas de mejora (corte preparatorio) en un total de entre 200 y 300 ha. La distancia que separa la zona de Angeli de la de Paadarskaidi es de unos 30 km. Asimismo, considera que la comunicación es inadmisibles por tres motivos: por no estar debidamente facultado uno de los autores, por no haberse agotado los recursos internos y por no haber fundamentado las demandas a efectos de admisibilidad.

4.4 El Estado parte, aunque acepta la condición jurídica de los autores particulares, rechaza la competencia del Comité de Pastores para presentar una comunicación. Considera que este no está comprendido dentro de lo previsto en el artículo 27 del Pacto ni es un

² En el párrafo 10.1 se dice: "La cuestión que hay que determinar es si la tala forestal en una zona que abarca una superficie aproximada de 3.000 ha de la zona del Comité de Pastores Muotkatunturi (del que son miembros los autores), es decir, la tala ya realizada y la proyectada, viola los derechos de los autores enunciados en el artículo 27 del Pacto".

"individuo" en el sentido del artículo 2 del Protocolo Facultativo. Según la Ley sobre la cría del reno, los comités de pastores están integrados por todos los pastores de renos de una zona determinada que no sean responsables personalmente del desempeño de las funciones del Comité; así, toda denuncia en nombre de un Comité de Pastores equivale a una *actio popularis*.

4.5 El Estado observa que aún hay recursos internos disponibles, según demuestran las decisiones del Tribunal de Distrito, el Tribunal de Apelación y el Tribunal Supremo en la comunicación anterior, cuya efectividad no ha sido impugnada. Los autores no iniciaron ningún procedimiento respecto de las operaciones de tala planeadas o llevadas a cabo en las zonas de Angeli o de Paadarskaidi tras el dictamen del Comité respecto de la comunicación anterior.

4.6 El Estado parte señala que, en su dictamen sobre el caso N° 671/1995, el Comité se limitó a observar que, si los efectos de las talas fueran más graves o si se aprobaran nuevos planes, cabría examinar la posibilidad de que ello constituyera una violación de los derechos que reconoce a los autores el artículo 27. El Comité no daba a entender que en una nueva denuncia se pudiera prescindir del requisito de agotar los recursos de la jurisdicción interna. Esto resulta especialmente aplicable cuando, para evaluar una posible violación del artículo 27, se precisa una evaluación de las pruebas pertinentes, tanto por los tribunales nacionales como, a su vez, por el Comité. No hay pruebas de que los efectos de las anteriores operaciones de tala fueran más graves de lo previsto en su momento. Las decisiones del Ministerio de reducir el tamaño de los rebaños del Comité de Pastores no fundamentan ninguna denuncia de los efectos de ciertas operaciones de tala individuales. Tampoco puede considerarse la disminución del número de renos como una justificación para no valerse de los recursos de la jurisdicción interna, en los que se examinarían las denuncias.

4.7 En consecuencia, ni los autores han agotado los recursos de la jurisdicción interna de que disponen ni han demostrado la existencia de ninguna circunstancia especial que los pudiera eximir de hacerlo. Finalmente, el Estado parte afirma que la breve comunicación carece de bases materiales suficientes, inclusive las pruebas necesarias, que supongan algo más que una simple alegación. En consecuencia, puede afirmarse que el caso no está fundamentado.

Comentarios de los autores

5.1 El 15 de marzo de 2002, los autores presentaron comentarios, limitados a los argumentos del Estado parte sobre la admisibilidad.

5.2 En cuanto a la disponibilidad de recursos de la jurisdicción interna respecto de las demás zonas (no abarcadas por la comunicación anterior), los autores argumentan que la sugerencia del Estado parte relativa a los recursos disponibles no viene al caso. Ninguna acción judicial ideada para prohibir planes de tala determinados ha prosperado, en parte porque cualquier

terreno de tala concreto "nunca pasa de ser una parte aparentemente pequeña de todas las tierras que utilizan los samis para la cría de renos". Nada indica que pudiera prosperar un caso en el que se solicitara protección positiva para los criadores de renos samis y, de todas maneras, el fallo ya pronunciado por el Tribunal Supremo sería un nuevo obstáculo.

5.3 Los autores afirman que el Servicio de Bosques y Parques Nacionales ha actuado de manera demasiado restrictiva al facilitar información sobre sus actividades de tala que afectan a la vida de los samis de Angeli. En cuanto a la fundamentación de las demandas, los autores afirman haber demostrado que las disminuciones del número de renos decididas por el Ministerio fueron consecuencia directa de las repercusiones de la tala sobre los pastizales. Han expuesto en detalle los planes del Estado parte para continuar la tala a pesar del dictamen anterior del Comité. Los autores consideran que ello constituye fundamentación suficiente.

5.4 Finalmente, los autores afirman que el Servicio de Bosques y Parques Nacionales proyecta seguir realizando talas en la zona que ya es objeto de procedimientos judiciales, en el sector conocido como zona de Kippalrova.

Decisión del Comité sobre la admisibilidad

6.1 En su 77º período de sesiones, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación. En cuanto a la afirmación de que el Comité de Pastores Muotkatunturi no estaba facultado para presentar una denuncia en virtud del Protocolo Facultativo, el Comité se remitió a su invariable jurisprudencia en el sentido de que las personas jurídicas no son "individuos" competentes para presentar tal denuncia³. Tampoco había ninguna indicación de que los miembros individuales del Comité de Pastores Muotkatunturi hubieran autorizado a este a presentar una denuncia en su nombre, o de que los Sres. Jouni o Eino Länsman estuvieran autorizados a actuar en nombre del Comité de Pastores y sus miembros. Por consiguiente, aunque no se cuestionaba la capacidad legal de los Sres. Länsman de incoar la comunicación en su propio nombre, el Comité consideró que la comunicación era inadmisibles en virtud del artículo 1 del Protocolo Facultativo en lo que respecta al Comité de Pastores Muotkatunturi y a los miembros que lo constituyen, con excepción de los Sres. Jouni y Eino Länsman.

6.2 Respecto del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, el Comité señaló que con la decisión del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995 se agotaron las vías disponibles para impugnar la decisión de emprender actividades de tala en las zonas de Pyhäjärvi y Kirkko-outa (las zonas objeto de la comunicación anterior). Por lo tanto, el Comité

consideró admisible la cuestión de si la tala de esas zonas ha tenido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27, efectos mayores que los previstos por los tribunales finlandeses en esas actuaciones o por el Comité en su dictamen sobre la comunicación N° 671/1995.

6.3 Por lo que respecta a la zona de Kippalrova en la que *se proyectaban* actividades de tala, el Comité señaló que este bosque también estaba comprendido en la zona abarcada por la decisión del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995. Por consiguiente, no parecía, dentro de los límites de la información de que disponía el Comité, que hubiera más posibilidades de examen judicial de esa decisión. En consecuencia, el Comité consideró que las cuestiones derivadas de la propuesta de talar esta zona eran admisibles.

6.4 En cuanto a la tala de 1998 en los bosques de Paadarskaidi (fuera de la zona que abarca la decisión del Tribunal Supremo), el Comité señaló que todos los recursos de la jurisdicción interna que mencionaba el Estado parte eran instancias jurídicas que habían conocido, a tenor del artículo 27, de planes de tala *antes* de que se ejecutaran. En tales circunstancias, la decisión sobre los efectos futuros previstos de la tala no podía ser sino especulativa y solo los acontecimientos posteriores podían confirmar si la evaluación inicial había sido correcta o no. El Comité observó que otros casos mencionados por la abogada también habían sido impugnaciones de operaciones de tala propuestas de antemano. Asimismo, consideraba que el Estado parte no había demostrado mediante la información facilitada de qué recursos internos podrían valerse los autores que solicitan indemnización ni que existiera otro recurso apropiado contra una supuesta violación del artículo 27 debida a las operaciones de tala que *ya* se habían producido. En consecuencia, el Comité consideró que la cuestión de los efectos, a tenor del artículo 27, de la tala que ya se había llevado a cabo en los bosques de Paadarskaidi era admisible.

6.5 Respecto de las nuevas operaciones de tala propuestas en los bosques de Paadarskaidi, el Comité señaló la afirmación de los autores de que no había prosperado ninguna denuncia ante los tribunales finlandeses encaminada a impedir que se llevaran a cabo operaciones de tala. También tenía presente la necesidad de examinar si los recursos judiciales en cuestión estaban disponibles y eran efectivos en la práctica, pero carecía de información suficiente sobre el número de acciones incoadas, los argumentos esgrimidos y sus resultados para concluir que los recursos judiciales indicados por el Estado parte no eran efectivos. Por lo tanto, esta parte de la comunicación era considerada inadmisibles a tenor de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.6 Teniendo en cuenta la afirmación de los autores de que habían sufrido una importante reducción del número de renos que se les autorizaba a mantener en sus zonas de pastoreo, el Comité consideró que, a efectos de la admisibilidad, habían quedado fundamentadas las partes de la comunicación no declaradas inadmisibles

³ Véase, por ejemplo, *Hartikainen c. Finlandia*, caso N° 40/1978, decisión adoptada el 9 de abril de 1981; *J. T. c. el Canadá*, caso N° 104/1981, decisión adoptada el 6 de abril de 1983; y *Ominayak y otros c. el Canadá*, *op. cit.*

por falta de capacidad legal o por no haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna.

6.7 El 1º de abril de 2003, el Comité declaró la comunicación admisible en lo que se refería a los efectos acumulativos de las actividades de tala que se habían llevado a cabo en las zonas de Pyhäjärvi, Kirkko-outa y Paadarskaidi, además de las operaciones de tala propuestas en Kippalrova, en el ejercicio por los Sres. Jouni y Eino Länsman de sus derechos reconocidos por el artículo 27 del Pacto.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

7.1 El 1º de octubre de 2003, el Estado parte presentó comentarios sobre el fondo de la comunicación y pidió al Comité que reexaminara su decisión anterior sobre la admisibilidad por no haberse agotado los recursos internos. Recuerda que ciertas cuestiones complejas como la de los presuntos efectos de la tala en el presente caso deben y pueden ser investigadas a fondo, por ejemplo, mediante testimonios de expertos y testigos, inspecciones *in situ* e información concreta sobre las circunstancias locales. Es poco probable que pueda reunirse toda la información necesaria fuera de acciones iniciadas ante los tribunales nacionales. En el presente caso no parece existir circunstancia especial alguna que hubiera eximido a los autores del requisito de agotar los recursos internos disponibles. Los autores podían incoar una acción civil por daños y perjuicios contra el Estado en un tribunal de distrito en primera instancia y, de ser necesario, en apelación ante el Tribunal de Apelación, y a reserva de autorización para recurrir ante el Tribunal Supremo.

7.2 En relación con el fondo de la cuestión, el Estado parte reconoce que la comunidad sami es una comunidad étnica en el sentido del artículo 27, y que los autores, como miembros de esta comunidad, tienen derecho a protección conforme a esa disposición. Tras examinar la jurisprudencia del Comité sobre el artículo 27 del Pacto⁴, reconoce que el concepto de "cultura" en el sentido del artículo 27 abarca el pastoreo de renos, componente esencial de la cultura sami.

7.3 El Estado parte admite que el concepto de "cultura" en el sentido del artículo 27 entraña la protección de los medios tradicionales de sustento de las minorías nacionales, en la medida en que sean esenciales para la cultura y necesarios para su supervivencia. No todas las medidas ni sus consecuencias, que de alguna forma modifiquen las condiciones anteriores, pueden interpretarse como una injerencia prohibida en el derecho de las minorías a gozar de su propia cultura. El Estado parte se remite a la Observación general sobre el artículo 27, aprobada en abril de 1994, en la que se reconoce que la protección de los derechos enunciados en el artículo 27 tiene por

⁴ Dictámenes sobre los casos N° 167/1984 (*B. Ominayak y miembros de la Agrupación del Lago Lubicon c. el Canadá*), N° 197/1985 (*Kitok c. Suecia*) y N° 511/1992 (*I. Länsman c. Finlandia*).

objeto garantizar "la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas" (párr. 9). Recuerda la *ratio decidendi* del dictamen del Comité en *I. Länsman y otros c. Finlandia*⁵, en el que el Comité sostuvo que los Estados partes podrían tener a bien alentar el desarrollo económico y permitir la actividad económica, y que las medidas con cierta repercusión limitada sobre el modo de vida de las personas pertenecientes a una minoría no violan necesariamente el artículo 27.

7.4 El Estado parte señala que la zona a que se hace referencia en la comunicación es de propiedad del Estado y que la administra el Servicio de Bosques y Parques Nacionales, que está facultado, entre otras cosas, para talar bosques y construir carreteras a su discreción, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones de la legislación nacional y de los tratados internacionales pertinentes. En opinión del Estado parte, se observaban las debidas precauciones en todas las operaciones de tala realizadas en bosques de propiedad del Estado en Finlandia septentrional. En los últimos años las actividades de tala se han realizado principalmente para reducir la densidad de los bosques y garantizar así su debido crecimiento.

7.5 El Estado parte señala que la extensión del territorio administrado por el Comité de Pastores Muotkatunturi es importante. La superficie de las tierras que este administra es de aproximadamente 248.000 ha, de las que unas 16.100 son bosques (un 6% de las tierras administradas por el Comité) que se dedican a la explotación forestal en tierras de propiedad del Estado. De hecho, ha habido muy pocas actividades de tala en la zona, y la superficie de las tierras sujetas a tala representa aproximadamente el 1,2% de la zona administrada por el Comité. Las operaciones realizadas en este territorio entre 1983 y 2001 ascendieron a 152 ha por año, en tanto que las operaciones de tala proyectadas para el período de 2003 a 2012 ascenderían a 115 ha por año. Habida cuenta de la superficie total de las zonas de bosque, tanto las operaciones de tala ya realizadas como las previstas son menos extensas que las realizadas en los bosques privados de la región. Los propietarios de renos, si bien han pedido al Servicio de Bosques y Parques Nacionales que ponga fin a las actividades de explotación forestal en las tierras administradas por el Comité, no han reducido sus propias operaciones de tala.

7.6 El Estado parte niega que se hayan previsto nuevas operaciones de tala en la zona de Angeli (Pyhäjärvi y Kirkko-outa) y que se hayan realizado o proyectado operaciones de tala en la zona de Kippalrova. También señala que, por lo que respecta a la parte admisible de la queja relativa a la zona de Paadarskaidi, el Servicio de Bosques y Parques Nacionales llevó a cabo principalmente talas de mejora (corte preparatorio) en la región, en una superficie equivalente a unas 110 ha en 1998.

⁵ *Supra*.

7.7 El Comité de Derechos Humanos ya había tenido en cuenta, el 22 de noviembre de 1996, las operaciones de tala en Pyhäjärvi en 1996 (170 ha) y en 1999 (tala de regeneración en 60 ha), así como las operaciones en Kirkko-outa en 1998 (tala de regeneración en 70 ha y aclareo en 200 ha). Asimismo, había examinado las operaciones de tala realizadas hasta la fecha de la decisión, así como las operaciones proyectadas en la zona de Angeli y decidió que no había violación del artículo 27 del Pacto. Observó también que la tala de regeneración (300 ha) en la zona de Angeli representaba el 0,8% y que las operaciones de aclareo (200 ha) correspondían al 0,5% de los bosques administrados por el Comité de Pastores Muotkatunturi.

7.8 En cuanto a los efectos de la tala sobre el pastoreo de renos, el Estado parte señala que no se ha demostrado que los efectos de las operaciones de tala en el pasado fueran superiores a los previstos. Tampoco se ha demostrado que las operaciones de tala ocasionasen daños perdurables que impidieran a los autores seguir practicando el pastoreo de renos en la zona en la proporción actual. Observa que los efectos de la explotación forestal no deben examinarse a corto plazo o respecto de determinados sitios de tala, sino desde una perspectiva más amplia. De conformidad con una declaración hecha por el Instituto de Investigaciones sobre Caza y Pesca de Finlandia el 31 de enero de 2002, las operaciones mencionadas en la comunicación no acarrearán ningún efecto nocivo adicional significativo para el pastoreo de renos a largo plazo si se mantiene el número de renos aproximadamente a su nivel actual. Habida cuenta de la situación de las zonas de pastoreo de invierno, el número actual de renos es elevado.

7.9 El Estado parte señala que, debido a las rigurosas condiciones naturales existentes en la región administrada por el Comité de Pastores, se incluyen disposiciones para la preservación de la naturaleza y el medio ambiente, en particular, en el artículo 21 de la Ley sobre la cría del reno, en el que se dispone que el Ministerio de Agricultura y Silvicultura determinará el número máximo de renos que el Comité de Pastores podrá tener en sus rebaños, así como el número de renos que podrán poseer los distintos miembros del Comité. En la determinación de los números máximos de renos se aplica el principio enunciado en el párrafo 2 del artículo 21, según el cual el número de renos en los rebaños que pastan en tierras administradas por el Comité no deberá superar la capacidad productiva sostenible de los pastizales de invierno.

7.10 Aun después de las reducciones del número máximo de renos decididas por el Ministerio de Agricultura y Silvicultura en 1998-1999 y 2000-2001, el número permitido resulta más de tres veces el autorizado en el decenio de 1970. En 1973 este no superaba los 1.051, mientras que la cifra más alta en 1990 fue de 10.398. El Estado parte alega que el incremento significativo del número de renos en los distintos rebaños en los decenios de 1980 y de 1990 repercutió negativamente en la situación de los pastizales de invierno. El elevado número de renos en los rebaños del Comité de Pastores y el efecto negativo

consiguiente sobre los pastizales incrementan la necesidad de piensos adicionales, perjudicando así la cría de estos animales. El Estado parte sostiene que, aparte del número de renos por rebaño, las dificultades de los pastores de renos y el mal estado de los pastizales no resultan tan afectados por la explotación forestal como por otras formas de uso de los bosques. Para el Estado parte, la decisión del Ministerio sobre el número autorizado de renos no constituye por sí sola prueba fundamentada alguna de los efectos de determinadas talas, sino de los efectos de la elevada concentración de renos en los rebaños.

7.11 El Estado parte afirma que ha habido comunicación periódica entre las autoridades y el Comité de Pastores en forma de cartas, negociaciones e incluso visitas sobre el terreno. Señala que, independientemente de que el propietario sea el Estado o un particular, las posibles restricciones resultantes del derecho de los samis, de otros finlandeses o de nacionales de otros países del Espacio Económico Europeo a criar renos no pueden desposeer por completo de sus derechos a los propietarios de las tierras. También observa que los comités de pastores de renos entre los samis suelen ser de composición mixta, integrados tanto por samis como por otros finlandeses. Las disposiciones pertinentes de la Constitución de Finlandia se basan en el principio de que ambos grupos de población están, en cuanto al ejercicio de actividades profesionales, en pie de igualdad ante la ley, y no puede favorecerse a ningún grupo en detrimento del otro ni siquiera con respecto a la cría de renos.

Comentarios de los autores

8.1 El 5 de diciembre de 2003, los autores presentaron comentarios sobre la comunicación del Estado parte. Discrepan de la afirmación de que pueden incoar una acción civil por daños y perjuicios contra el Estado parte. Conforme al artículo 1 del capítulo 5 de la Ley finlandesa sobre la responsabilidad civil, de 1974, "se pagará una indemnización por daños y perjuicios en compensación por las lesiones personales y los daños materiales. Cuando las lesiones o daños hayan sido causados por un acto punible por la ley o en el ejercicio de la autoridad pública, o en otros casos cuando puedan atribuirse a razones especialmente importantes, también se pagará una indemnización por las pérdidas económicas no relacionadas con las lesiones personales o daños materiales". El Servicio de Bosques y Parques Nacionales, causante del daño, no ejerce autoridad pública alguna y las operaciones de tala no constituyen una infracción penal. Así pues, solo podría plantearse una compensación por perjuicios económicos con arreglo a la ley si existieran "razones especialmente importantes". La aplicación del concepto de "razones especialmente importantes" en la jurisprudencia finlandesa ha causado problemas de interpretación, y "no está nada claro que la disposición pueda aplicarse al daño sufrido por los autores". En todo caso, el proceso de litigio sería laborioso, oneroso y económicamente prohibitivo. La solución del litigio tardaría varios años.

8.2 Los autores rechazan la afirmación del Estado parte de que no proyecta realizar operaciones de tala en Kippalrova y presentan un mapa que, a su juicio, demuestra lo contrario. En octubre de 2003, el Servicio de Bosques y Parques Nacionales anunció que estaba preparando un nuevo proyecto de tala en Paadarskaidi.

8.3 En cuanto a las operaciones de tala realizadas en todo el territorio, los autores afirman que el territorio abarcado por el Comité de Pastores no es un bosque homogéneo, sino que está compuesto por diferentes tipos de pastizales. Aun cuando el Servicio de Bosques y Parques Nacionales solo explota una parte de la región administrado por el Comité, el 35% de los pastizales de la zona de pastoreo de invierno y el 48% de los pastizales de la zona de pastoreo de verano son objeto de operaciones de tala por parte del Estado y de propietarios privados. De conformidad con la demarcación actual de las tierras con fines de explotación forestal y las declaraciones formuladas por el Servicio de Bosques y Parques Nacionales, la zona de que se trata quedará absorbida tarde o temprano en el ciclo de tala. El ciclo de tala entraña una gama amplia de medidas, de las cuales incluso las menos invasivas son perjudiciales para la cría de renos. El 9% de todo el territorio del Comité es de propiedad privada y los propietarios no están sujetos a las mismas obligaciones que el Estado con respecto a la cría de renos.

8.4 El Servicio de Bosques y Parques Nacionales invitó al Comité de Pastores a hacer dos viajes sobre el terreno a Kippalvaara y Kippalrova en septiembre de 2001 y a Savonvaara-Pontikkamäki en enero de 2002, en los que los pastores expresaron su oposición a los proyectos de tala. No obstante, las operaciones se iniciaron en la región de Savonvaara-Pontikkamäki (no abarcada por la presente comunicación) a principios de la primavera de 2002. En octubre de 2003, el Servicio de Bosques y Parques Nacionales anunció que pronto se iniciaría la tala en ese lugar.

8.5 Con respecto a la participación del Comité de Pastores, aunque el Servicio de Bosques y Parques Nacionales organizó una audiencia abierta con los miembros del Comité y otros grupos interesados, la audiencia no fue en la práctica más que una reunión destinada a recabar opiniones. A juicio de los autores, el Servicio de Bosques y Parques Nacionales determina los principios, estrategias y objetivos de sus operaciones de explotación forestal exclusivamente en función de sus propias necesidades. Habida cuenta de que sus decisiones son inapelables, la participación no es efectiva.

8.6 En cuanto a los efectos de la tala, los autores se remiten a diversas investigaciones, estudios e informes del Comité preparados después del anterior caso *Länsman*, en los que presuntamente se demuestran los considerables daños causados por las operaciones de tala. En 1999 y 2000 se hizo un inventario de líquenes del tipo alectoria en el territorio del Comité de Pastores de Laponia, inventario en el que se confirmó que la incidencia de alectoria en las zonas taladas es muy baja y que las operaciones de tala causan un daño considerable a la cría de renos. Se llegó a resultados

similares en otros informes, en particular en diversos estudios suecos publicados en 1998 y 2000. Además, el Ministerio de Agricultura y Silvicultura de Finlandia, al considerar la población máxima autorizada de renos por rebaño, reconoció la importancia y la disponibilidad de la alimentación invernal para estos animales, a saber, los líquenes, la alectoria y la deschampsia, y que la tala ha reducido las existencias de los dos primeros alimentos.

8.7 Se afirma que, después de la tala, como los renos no pastan en las zonas explotadas, el resto del territorio se ve sometido a mayor presión en materia de pastoreo. Esto significa que los efectos de la tala se extienden también más allá de las zonas efectivamente explotadas. Los autores alegan que las repercusiones de las operaciones de tala son a largo plazo, prácticamente permanentes, y que las medidas tomadas crean nuevos daños, exacerban los daños existentes y amplían la superficie de la zona afectada por la tala. Desde las operaciones de tala, el acceso de los renos a sus alimentos de invierno depende más de otras variaciones en las zonas de Pyhäjärvi y Kirkko-outa, incluidas las debidas a fenómenos naturales, como un espeso manto de nieve, primaveras tardías y el aumento de predadores, en particular lobos.

8.8 En relación con el argumento del Estado parte de que, según el Instituto de Investigaciones sobre Caza y Pesca de Finlandia, "las talas mencionadas en la comunicación no tienen efectos negativos adicionales significativos sobre la cría de renos a largo plazo si el número de renos se mantiene aproximadamente a su nivel actual", los autores afirman que el Estado parte omitió el final de la opinión, que dice "... y el deterioro de los pastizales es compensado por la alimentación con piensos. Por otra parte, si el objetivo es la cría de renos sobre la base de pastos naturales exclusivamente, entonces las talas —incluso las calificadas de relativamente leves— tendrán más importancia para esa cría, ya comprometida por otras razones". Los autores hacen referencia a la opinión de los Comités de Pastores de Laponia y Kemin-Sompio, que ya señalaron que la alimentación artificial provoca desigualdades y litigios en el Comité de Pastores y se considera una amenaza para la tradición y cultura ancestrales de la cría de renos de los samis. En los últimos años, debido a la falta de alimentos naturales de invierno, los autores han tenido que recurrir a piensos artificiales, lo cual exige obtener ingresos adicionales de fuentes distintas de la cría de renos, que a su vez repercute sobre la rentabilidad de esta forma de sustento.

8.9 Los autores reconocen que en los últimos dos años las condiciones han sido favorables desde el punto de vista de la obtención de alimentos naturales, con lo que se ha conseguido una reducción considerable de los gastos por concepto de piensos adicionales y la tasa de supervivencia de los renos ha superado las expectativas. No obstante estas condiciones, no ha mejorado la rentabilidad de la cría de renos, puesto que las empresas que compran la carne de estos animales han bajado los precios hasta un 30% y han comprado menos. Además, el Estado cobra una multa al Comité de Pastores si este

excede su cuota de renos por rebaño a causa de una merma de la venta.

Examen de la admisibilidad

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la comunicación teniendo en cuenta toda la información facilitada por las partes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 Con respecto a la petición del Estado parte de que se revise la admisibilidad porque los autores no incoaron una acción civil por daños y perjuicios y, por consiguiente, no agotaron los recursos internos, el Comité considera que en el presente caso, en el que se examinan los efectos de talas anteriores, el Estado parte no ha demostrado que una acción por daños sería un recurso eficaz en relación con todos los aspectos pertinentes de la responsabilidad de dicho Estado en virtud del artículo 27 del Pacto a efectos de proteger el derecho de las minorías a gozar de su propia cultura, y en relación con la afirmación de que esta cultura se ha destruido o se está destruyendo. Por esta razón, el Comité no se propone reconsiderar su decisión sobre la admisibilidad.

9.3 Con respecto a la afirmación de que los efectos negativos de la tala *propuesta* en Kippalrova violarían los derechos reconocidos por el artículo 27, el Comité reconoce el compromiso del Estado parte, expresado en su exposición sobre el fondo de la comunicación, de no proceder a la tala en esta zona y, por lo tanto, estima que ya no es necesario considerar la posibilidad de futuras talas en esta zona por parte del Estado.

9.4 El Comité procede a examinar el fondo de las reclamaciones relativas a los efectos de talas anteriores en las regiones de Pyhäjärvi, Kirkko-outa y Paadarskaidi.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

10.1 En relación con las reclamaciones relativas a los efectos de la tala en las zonas de Pyhäjärvi, Kirkko-outa y Paadarskaidi del territorio administrado por el Comité de Pastores Muotkatunturi, el Comité señala que es indiscutible que los autores son miembros de una minoría en el sentido del artículo 27 del Pacto y que, como tales, tienen derecho a gozar de su propia cultura. También es indiscutible que la cría de renos es un elemento esencial de su cultura y que las actividades económicas podrían encajar en el ámbito del artículo 27, si constituyen un elemento esencial de la cultura de una comunidad étnica⁶. El artículo 27 dispone que no se negará a las personas que pertenezcan a una minoría el derecho a gozar de su propia cultura. Las medidas cuya repercusión equivalga a una negación de ese derecho son incompatibles con las obligaciones que impone el

artículo 27. Sin embargo, como señaló el Comité en sus dictámenes sobre el caso N° 511/1992 de *Länsman y otros c. Finlandia*, las medidas que solo tuvieran una repercusión limitada sobre el modo de vida y de sustento de las personas pertenecientes a una minoría no equivaldrían necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos por el artículo 27.

10.2 El Comité recuerda que en el caso anterior N° 511/1992, relativo a las zonas de Pyhäjärvi y Kirkko-outa, decidió que no había habido violación del artículo 27, pero determinó que, si se procediera a la tala en una escala superior a la ya prevista o si se demostrara que los efectos de la tala ya proyectada eran más graves que los previstos hasta ahora, entonces tal vez habría que considerar si ello podría entrañar una violación del artículo 27. Al ponderar los efectos de la tala o, de hecho, de cualesquiera otras medidas adoptadas por un Estado parte con repercusión sobre la cultura de una minoría, el Comité señala que los efectos combinados de una serie de actos realizados o de medidas adoptadas por un Estado parte durante cierto período, y en más de una zona del Estado ocupada por esa minoría, pueden redundar en una violación del derecho de dicha minoría a gozar de su propia cultura, establecido en el artículo 27. Así, el Comité debe considerar los efectos globales de esas medidas sobre la capacidad de la minoría de que se trate para continuar disfrutando su cultura. En el presente caso y teniendo en cuenta los elementos específicos señalados a su atención, debe considerar los efectos de esas medidas, no en un determinado momento —inmediatamente antes o después de su aplicación— sino los efectos de las talas pasadas, presentes y proyectadas sobre la capacidad de los autores de gozar de su cultura en común con los demás miembros de su grupo.

10.3 Los autores y el Estado parte discrepan sobre los efectos de la tala en las zonas de que se trata. Ambos expresan opiniones divergentes sobre todos los acontecimientos ocurridos desde que se inició la tala en estas zonas, en particular sobre las razones que dieron lugar a la decisión del Ministro de reducir el número de renos por rebaño: mientras los autores atribuyen la reducción a la tala, el Estado parte alega que el aumento del número de renos compromete la sostenibilidad de la cría de renos en general. El Comité señala la referencia de los autores a un informe del Instituto de Investigaciones sobre Caza y Pesca de Finlandia según el cual "las talas —incluso las calificadas de relativamente leves— tendrán más importancia para la cría de renos" si esa cría se basa en pastos naturales únicamente (párr. 8.8 *supra*), pero también toma nota de que no solo en ese informe sino también en muchas otras referencias que figuran en los documentos que tiene ante sí se mencionan otros factores que explican por qué la cría de renos sigue siendo poco rentable. Tiene en cuenta igualmente que, pese a las dificultades existentes, el número total de renos sigue siendo relativamente alto. Por estas razones, el Comité concluye que no se ha demostrado que los efectos de la tala realizada en las zonas de Pyhäjärvi, Kirkko-outa y Paadarskaidi sean lo suficientemente graves como para entrañar una violación del derecho de los autores a gozar

⁶ Dictámenes sobre el caso N° 197/1985 (*Kitok c. Suecia*), aprobado el 27 de julio de 1988, párr. 9.2, y sobre el caso N° 511/1992 (*I. Länsman y otros c. Finlandia*), aprobado el 26 de octubre de 1994, párr. 9.2.

de su propia cultura en común con los demás miembros de su grupo con arreglo al artículo 27 del Pacto.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí no ponen de manifiesto una violación del artículo 27 del Pacto.

Comunicación N° 1051/2002

Presentada por: Mansour Ahani (representado por abogado)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Canadá

Fecha de aprobación del dictamen: 29 de marzo de 2004

Asunto: Deportación del demandante a un país en el que corre riesgo de sufrir torturas o ser ejecutado

Cuestiones de procedimiento: Incompatibilidad *ratione materiae* – Grado de fundamentación de la reclamación – Falta de agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Derecho a la vida – Prohibición de deportar a personas a un país en el que puedan ser sometidas a torturas/muerte – Detención arbitraria – Derecho a ser juzgado con las debidas garantías por un tribunal independiente e imparcial – Derecho a impugnar ante la justicia la legalidad de una detención

Artículos del Pacto: 2, 6, 7, 9, 13 y 14

Artículos del Protocolo Facultativo: 1; 2; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículo 9, párrafo 4; y artículo 13, interpretado conjuntamente con el artículo 7)

1.1 El autor de la comunicación, presentada inicialmente el 10 de enero de 2002, es el Sr. Mansour Ahani, ciudadano de la República Islámica del Irán ("el Irán") nacido el 31 de diciembre de 1964. En el momento de la comunicación estaba detenido en el Centro Penitenciario de Wentworth (Hamilton, Ontario), en espera de la conclusión del procedimiento tramitado ante el Tribunal Supremo del Canadá sobre su expulsión. Alega ser víctima de violaciones por el Canadá de los artículos 2, 6, 7, 9, 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El autor está representado por un abogado.

1.2 El 11 de enero de 2002 el Comité, actuando por conducto de su Relator Especial para las nuevas comunicaciones y de conformidad con el artículo 86 de su reglamento, solicitó al Estado parte que, si en la sentencia del Tribunal Supremo prevista para ese mismo día se autorizaba la expulsión del autor, "se abstuviera de la deportación hasta que el Comité haya tenido la posibilidad de examinar las alegaciones, en particular las relativas a torturas, otros tratos inhumanos o incluso la muerte como consecuencia de la deportación". Por nota de 17 de mayo de 2002 el Comité, habiendo sido

informado por la abogada del peligro real de que el Estado parte no atendiera la solicitud formulada de que se adoptaran medidas provisionales de protección, reiteró su solicitud. El 10 de junio de 2002 el Estado parte expulsó al autor al Irán.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 14 de octubre de 1991, el autor llegó al Canadá desde el Irán y solicitó protección con arreglo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo por motivo de sus opiniones políticas y su pertenencia a determinado grupo social. Alegó en varias ocasiones: i) que había sido golpeado por miembros del Comité Revolucionario Islámico en el Irán por estar borracho, ii) que su regreso al Irán pondría en peligro su vida debido a su conocimiento de las operaciones encubiertas iraníes y su personal, conocimiento que había adquirido como recluta forzado en la sección de asesinatos en el extranjero del Ministerio de Relaciones Exteriores del Irán, iii) que había estado encarcelado cuatro años como resultado de su negativa a participar en una batida en busca de drogas que, en realidad, era un registro del hogar de un disidente iraní, con mujeres y niños, en el Pakistán, y iv) que había sido liberado después de haber fingido arrepentimiento. El 1º de abril de 1992, la Junta de Inmigración y Refugiados llegó a la conclusión de que el autor era un refugiado en el sentido de la Convención sobre la base de sus opiniones políticas y su pertenencia a un grupo social particular.

2.2 El 17 de junio de 1993 el Fiscal General del Canadá y el Ministro de Empleo e Inmigración, después de haber examinado los informes del servicio de seguridad en los que se declaraba que el autor había recibido instrucción como asesino por el Ministerio de Inteligencia y Seguridad iraní ("MIS"), certificaron, con arreglo al artículo 40 1) de la Ley de inmigración ("la Ley"), que en su opinión el autor no podía ser admitido en el Canadá a tenor del artículo 19 1) de la Ley, ya que había motivos razonables para creer que participaría en actos de terrorismo, que era miembro de una organización que realizaba actos de terrorismo y que había participado en actos de ese tipo. En la misma fecha, se presentó un certificado ante el Tribunal Federal, del que se entregó copia al autor, y de

conformidad con el artículo 40 1), 2) b) de la Ley, fue sometido a detención forzosa y permaneció privado de libertad hasta su expulsión nueve años más tarde.

2.3 El 22 de junio de 1993, de conformidad con el procedimiento legal establecido en el artículo 40 1) de la Ley para determinar si el certificado de los ministros era "razonable sobre la base de la información de que se disponía", el Tribunal Federal (Juez Denault) examinó los informes del servicio de seguridad en sesión privada y tuvo conocimiento de las demás pruebas presentadas por el Fiscal General y el Ministro, en ausencia del demandante. El Tribunal proporcionó luego al autor un resumen de la información, dado que la Ley exigía que la persona afectada fuera informada "razonablemente" de las circunstancias que habían motivado la certificación, que debía ser adecuadamente redactada a los efectos de la seguridad nacional, y ofreció al autor la posibilidad de responder.

2.4 En lugar de ejercer su derecho a ser oído con arreglo a este procedimiento, el autor impugnó la constitucionalidad del procedimiento de certificación y su detención posterior en una demanda separada presentada ante el Tribunal Federal. El 12 de septiembre de 1995 el Tribunal Federal (Juez McGillis) rechazó su impugnación, sosteniendo que el procedimiento representaba un equilibrio razonable entre los intereses en pugna del Estado y del individuo, y que la detención con arreglo a la certificación de los ministros en espera de la sentencia del Tribunal sobre su carácter razonable no era arbitraria. Los nuevos recursos presentados por el autor contra esa decisión fueron desestimados por el Tribunal Federal de Apelación y el Tribunal Supremo el 4 de julio de 1996 y el 3 de julio de 1997, respectivamente.

2.5 Después de la confirmación de la constitucionalidad del procedimiento cursado con arreglo al artículo 40 1), el Tribunal Federal (Juez Denault) prosiguió como era lógico el procedimiento inicial y, al cabo de dilatadas vistas, el 17 de abril de 1998 llegó a la conclusión de que el certificado era razonable. Entre las pruebas figuraban la información reunida por los servicios secretos de inteligencia en el extranjero, que se comunicó al Tribunal en sesión privada en ausencia del autor por motivos de seguridad nacional. El Tribunal escuchó también el testimonio prestado por el autor en su propia defensa por el que se oponía al carácter razonable del certificado. El Tribunal llegó a la conclusión de que había motivos para creer que el autor era miembro del MIS, que "patrocina o realiza directamente un amplio conjunto de actividades terroristas con inclusión del asesinato de disidentes políticos en todo el mundo". La sentencia del Tribunal Federal sobre esta cuestión no fue objeto de recurso o revisión.

2.6 Más tarde, en abril de 1998, un juez de inmigración sentenció que el autor era inadmisilible en el Canadá y ordenó su deportación. El 22 de abril de 1998 se informó al autor de que el Ministro de Nacionalidad e Inmigración evaluaría el riesgo que representaba el autor para la seguridad del Canadá, así como el posible

riesgo al que se enfrentaría si regresaba al Irán. El Ministro tuvo que examinar estas cuestiones para decidir, con arreglo al artículo 53 1) b) de la Ley¹ (que aplica el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados), si se podría levantar en el caso del autor la prohibición de expulsar a un refugiado en virtud de la Convención al país de origen. En consecuencia, se dio al autor la posibilidad de presentar comunicaciones al Ministro sobre estas cuestiones.

2.7 El 12 de agosto de 1998 el Ministro, tras las protestas del autor de que se enfrentaba a un claro peligro de tortura en el Irán, decidió, sin alegar razones y sobre la base de un memorando adjuntado a las comunicaciones del autor, otros documentos y un análisis jurídico efectuado por funcionarios, que: a) constituía un peligro para la seguridad del Canadá, y b) podía ser expulsado directamente al Irán. El autor solicitó el reexamen judicial de la opinión del Ministro. En espera de que se sustanciara la demanda, el autor reclamó su liberación en aplicación del artículo 40 1) 8) de la Ley, ya que habían transcurrido ya 120 días desde la emisión de la orden de expulsión contra él². El 15 de marzo de 1999 el Tribunal Federal (Juez Denault) halló motivos razonables para creer que su excarcelación sería perjudicial para la seguridad de personas residentes en el Canadá, particularmente disidentes iraníes, y rechazó la solicitud de excarcelación. El Tribunal Federal de Apelación confirmó esta decisión.

2.8 El 23 de junio de 1999 el Tribunal Federal (Juez McGillis) rechazó la solicitud del autor de reexamen judicial de la decisión del Ministro, al considerar que había importantes pruebas en apoyo de la decisión del Ministro de que el autor constituía un peligro para el Canadá y que la decisión de expulsarlo era razonable. El Tribunal desestimó también las objeciones de anticonstitucionalidad de los procedimientos, entre

¹ El pasaje pertinente del apartado b) del párrafo 1 del artículo 53 dice: "... Ninguna persona que haya manifestado la intención... de declararse refugiado con arreglo a la Convención... será expulsada del Canadá a un país en el que su vida o libertad estén amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas a menos que:

...
b) la persona esté incurso en alguna de las causas de inadmisibilidad descritas en los párrafos 19 1) e), f), g), j), k) o l) y el Ministro considere que la persona constituye un peligro para la seguridad del Canadá".

² Las disposiciones de interés del artículo 40 1) prescriben lo siguiente:

"8) El que, habiendo sido detenido de conformidad con el párrafo 7 no haya sido expulsado del Canadá en un plazo de 120 días después de que se haya dictado orden de expulsión contra él, podrá recurrir al [Tribunal Federal].

9) Cuando se presente una solicitud [de esa índole], el [Tribunal Federal] podrá, a reserva de las condiciones que considere apropiadas, ordenar que el interesado sea puesto en libertad si está convencido de que:

a) No será expulsado del Canadá durante un tiempo razonable; y

b) La excarcelación de la persona no irá en detrimento de la seguridad nacional ni de la seguridad de las personas."

otros, el conducente a la opinión del Ministro en cuanto a la peligrosidad. El 18 de enero de 2000 el Tribunal de Apelación rechazó el recurso del autor. A su juicio, "el Ministro podía llegar con razón a la conclusión de que [el autor] no estaría expuesto a un grave peligro de daños y menos a torturas", si fuera deportado al Irán. Convino en que había motivos razonables para respaldar la alegación de que el autor era, en realidad, un asesino a las órdenes del servicio secreto iraní, y en que no había base alguna para anular la opinión del Ministro de que constituía un peligro para el Canadá.

2.9 El 11 de enero de 2001 el Tribunal Supremo rechazó por unanimidad la apelación del autor, resolviendo que existía "un amplio apoyo" a la decisión del Ministro de que el autor constituía un peligro para la seguridad del Canadá. Declaró también que la decisión del Ministro de que solo corría "un riesgo mínimo de daño" y no un riesgo sustancial de tortura, en caso de regresar al Irán, era razonable e "irrefutable". En cuanto a la constitucionalidad de la expulsión de personas en peligro de sufrir daños con arreglo al artículo 53 1) b) de la Ley, el Tribunal se remitió a su razonamiento en el caso similar de *Suresh c. el Canadá (Minister of Citizenship & Immigration)*³ fallado ese mismo día, en el que sostenía que "salvo en circunstancias extraordinarias, la deportación que dé lugar a torturas violará en general los principios de la justicia fundamental". Como el Sr. Suresh había demostrado un riesgo plausible de tortura, se justificaba una protección procesal más amplia, poniendo concretamente en su conocimiento todas las informaciones y pareceres que el Ministro pudiera invocar, la posibilidad de formular observaciones por escrito sobre las pruebas y de que el Ministro le comunicara sus motivos por escrito. En el caso del autor, sin embargo, el Tribunal consideró que no había proporcionado el nivel mínimo probatorio que permitiera fundar una pretensión plausible y poder pretender la referida protección ampliada. El Tribunal opinó que, en virtud de la carta en que se le comunicaba la intención del Ministro de considerar que representaba un peligro para el Canadá así como los posibles riesgos en que incurriría en caso de expulsión, el autor "estaba plenamente informado de la acusación del Ministro contra él y de que se le daba la plena posibilidad de responder". El proceso seguido, según el Tribunal, fue, por tanto, compatible con los principios de la justicia fundamental y no resultó perjudicial para el autor, a pesar de que no se había seguido la doctrina sentada en el caso *Suresh*.

2.10 El mismo día el Comité cursó su petición de medidas provisionales de protección de conformidad con el artículo 86 de su reglamento, a pesar de lo cual las autoridades del Estado parte llevaron adelante sus disposiciones para proceder a la expulsión. El 15 de enero de 2002 el Tribunal Supremo de Ontario (Juez Dambrot) rechazó el argumento del autor de que los principios de la justicia fundamental, protegidos por la Carta, impedían su expulsión antes de que el Comité examinase su caso. El 8 de mayo de 2002 el Tribunal de

Apelación de Ontario confirmó la sentencia, sosteniendo que la solicitud de medidas provisionales no era vinculante para el Estado parte. El 16 de mayo de 2002, el Tribunal Supremo rehusó por mayoría admitir el recurso a trámite (sin formular sus razones). El 10 de junio de 2002 el autor fue deportado al Irán.

La denuncia

3.1 En su comunicación inicial (que precedió a la expulsión), el autor alega que el Canadá ha violado, o violaría si lo expulsara, los artículos 2, 6, 7, 9, 13 y 14 del Pacto. En primer lugar, afirma que los procedimientos jurídicos y administrativos aplicados en la decisión que le concierne no son compatibles con las garantías de los artículos 12 y 14 del Pacto. En particular, el poder discrecional del Ministro de Inmigración para ordenar la expulsión de una persona a un país podía verse afectado por consideraciones contrarias a los derechos humanos, con inclusión de la cobertura negativa de un caso por los medios de comunicación. Además, la función del Ministro de Inmigración en el proceso de expulsión no es independiente ni imparcial. El autor alega que el Ministro firma inicialmente una certificación en el sentido de que una persona representa una amenaza para la seguridad, defiende la certificación antes de la audiencia relativa a la "razonabilidad" en el Tribunal Federal e incrimina al interesado en las actuaciones referentes a la expulsión, antes de resolver sobre la expulsión de alguien que, solo posteriormente, resultará ser reo de expulsión. En opinión del autor, no debe ser un político elegido, sin dar razones, el que adopte esa decisión sobre una base subjetiva, sino un tribunal independiente e imparcial.

3.2 El autor aduce asimismo que el proceso es deficiente desde el punto de vista formal en el sentido de que no se explica suficientemente la acusación contra el interesado. Se le indica simplemente que los funcionarios de inmigración recomendarán al Ministro la expulsión de alguien con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53 1) de la Ley, sin indicar los motivos, y se le invita a que presente sus alegaciones. No constan las alegaciones de los funcionarios del Ministerio en respuesta a las del interesado, por lo que no se pueden rebatir. La falta de motivación en la decisión imposibilita la revisión judicial de la decisión tomada contra las alegaciones presentadas al Ministro.

3.3 El autor alega también como vicio la inexistencia de vía de recurso contra la decisión del Tribunal Federal sobre la "razonabilidad" del certificado inicial de seguridad. Tampoco pudo plantear cuestiones (fundamentales) con respecto a la equidad del procedimiento en la audiencia sobre la "razonabilidad". Afirma que el Tribunal no verificó las pruebas ni oyó a testigos independientes. No existe ningún motivo de seguridad nacional que justifique una excepción respecto de las garantías procesales, dado que, a juicio del autor, no había pruebas de que él representara una amenaza para la seguridad nacional canadiense ni de que tuviera una conducta delictiva (ni siquiera una

³ [2002] 1 SCR.

amenaza de conducta delictiva) en el Canadá. En opinión del autor, la preocupación por la seguridad no respeta, en consecuencia, las normas establecidas en los *Principios de Johannesburgo sobre seguridad nacional, libertad de expresión y acceso a la información*, de 1995⁴.

3.4 El autor sostiene asimismo que ha sido sometido a detención arbitraria, en contra de lo establecido en el artículo 9 del Pacto. Desde su detención en junio de 1993, solo tuvo derecho a un examen de su detención 120 días después de dictada la orden de expulsión en agosto de 1998. En ese momento llevaba cinco años detenido sin tener acceso a libertad bajo fianza, al examen de la detención o el hábeas corpus (este último no se reconoce en el Canadá a los extranjeros a propósito de la detención asociada al estatuto personal). Señala que su detención a tenor de la Ley de inmigración era forzosa, al igual que arbitraria, ya que, si bien el Tribunal Federal describió su detención como "lamentable", no la consideró como una violación de su libertad. Estima que esto es un ejemplo de trato discriminatorio de los no ciudadanos. Alega también que es perverso y, por consiguiente, arbitrario mantener la detención de una persona mientras está ejerciendo un derecho humano fundamental, a saber, el acceso a los tribunales.

3.5 El autor sostiene que la expulsión lo expondría a torturas, en violación del artículo 7 del Pacto. Se refiere a la Observación general N° 15 del Comité sobre la situación de los extranjeros y a la N° 20 sobre el artículo 7, así como a la decisión en el caso *Chahal c. el Reino Unido*⁵ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con respecto a la consideración de que el principio de no devolución no admite excepciones. Sostiene que el Estado parte está, por consiguiente, en un error con respecto a los argumentos de que i) no está en peligro de sufrir torturas, y ii) aunque lo estuviera, puede ser expulsado por motivos de amenaza a la seguridad nacional.

3.6 En cuanto a la afirmación de que, de hecho, corre el riesgo de ser torturado, el autor se refiere a diversos informes y pruebas que tratan en general de la situación de los derechos humanos en el Irán, incluida la detención arbitraria, la tortura y el asesinato extrajudicial y por vía sumaria de los disidentes políticos⁶. Alega que,

⁴ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1996/39 (anexo).

⁵ (1996) 23 E.H.R.R. 413.

⁶ El autor se refiere a "Iran: Trial of Political Activists Begins - Basic Rights Violated in Secret Detentions", Human Rights Watch, 8 de enero de 2002; "Iran: Journalists at Risk", Human Rights Watch, 22 de diciembre de 2001; "Iran: Release Detainees from Iran Freedom Movement", Human Rights Watch, 10 de noviembre de 2001; "Iran: Human Rights Developments" en *World Report 2001* y *World Report 1998*, Human Rights Watch; "Iran: A Legal System that Fails to Protect Freedom of Expression & Association", Amnistía Internacional, diciembre de 2001; "Iran: Halt the Surge of Executions" Amnistía Internacional, 17 de agosto de 2001; "Iran: The Revolutionary Court Must End Arbitrary Arrests", Amnistía Internacional, 11 de abril de 2001; "Iran: Time for

en su caso, el alto funcionario de inteligencia canadiense que testificó creía que tenía miedo de lo que podía sucederle en el Irán y que había desertado. Además, su condición de refugiado se había reconocido después de oírle detenidamente. Afirma que su caso tiene mucha notoriedad y que no tenía conocimiento de que podía solicitar una audición a puerta cerrada. Los detalles de la cooperación y de la información (confidencial) que había proporcionado a las autoridades del Estado parte, así como su resistencia a la expulsión, podrían "muy probablemente" constituir un delito de traición en el Irán, que ha estado siguiendo su caso. Por consiguiente, ya sea con arreglo a la descripción del Estado parte o a su propia descripción de su relación pasada con el MIS, no podía "haber un caso más claro" de persona que pudiera prever ser torturada en el Irán.

3.7 Sobre la misma base, el autor teme que su expulsión tenga por resultado su ejecución en el Irán, violando sus derechos a tenor del artículo 6. El autor saca asimismo del artículo 7 el corolario de que su reclusión desde junio de 1993 en una celda de un centro de internamiento por períodos cortos sin programas ni ocupación remunerada es en sí cruel.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En su escrito de 12 de julio de 2002, el Estado parte formuló objeciones en cuanto a la admisibilidad y el fondo de la comunicación y adujo que, por las razones que se exponen a continuación, todas las alegaciones son inadmisibles puesto que no constituyen una denuncia *prima facie* y, por consiguiente, no pueden admitirse, y carecen de fundamento en cuanto al fondo. Asimismo, se afirma que algunos elementos de la comunicación son inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos.

4.2 En cuanto a la presunta violación del artículo 2, el Estado parte cita la jurisprudencia del Comité según la cual dicho artículo otorga un derecho accesorio, y no aislado, que solo se plantea después de que se haya demostrado otra violación del Pacto. En consecuencia, no queda establecida una violación *prima facie*. Por otro lado, tampoco ha habido violación, puesto que la Carta Constitucional de Derechos y Libertades del Estado parte protege los derechos enunciados en el Pacto y los tribunales nacionales dictaminaron que no se había violado la Carta. En cuanto a la afirmación de que los ciudadanos y los no ciudadanos no disfrutaban por igual de los derechos enunciados en la Carta, el Estado parte

Judicial Reform and End to Secret Trials", Amnistía Internacional, 16 de septiembre de 1999; "Iran: Country Reports on Human Rights Practices for 2000", Departamento de Estado de los Estados Unidos, 23 de febrero de 2001; "Iran: Country Reports on Human Rights Practices for 1997", Departamento de Estado de los Estados Unidos, 30 de enero de 1998; "Iran" en *Annual Report for 1997*, Amnistía Internacional; "U.N. Urges Halt to Public Executions", *New York Times*, 23 de abril de 1998; "U.N. Rebukes Iran Over Human Rights Violations", *Toronto Star*, 19 de abril de 1998.

aduce que, en el Canadá, la mayoría de derechos, incluidos el derecho a la vida y el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, se aplican a todas las personas. En cuanto a la libertad de expresión y de asociación, en el caso *Suresh*, el Tribunal Supremo dictaminó que estos derechos no amparan a aquellas personas que, por emplear la expresión utilizada por el Estado parte, "estén o hayan estado asociados con elementos dirigidos a la violencia". Este dictamen se aplica por igual a los canadienses y a los no canadienses.

4.3 En relación con las presuntas violaciones de los artículos 6 y 7, en caso de devolución al Irán, el Estado parte aduce que los hechos establecidos por sus tribunales no corroboran estas alegaciones. El autor tampoco es digno de crédito, dado que la explicación de su colaboración con el MIS es incoherente, aspectos importantes de su relato no son plausibles y ha mostrado repetidas veces una conducta dolosa. Además, actualmente, las violaciones de derechos humanos en el Irán se perpetrán contra los opositores al régimen y no contra las personas que tienen las características del autor.

4.4 En cuanto a las alegaciones de riesgo, el Estado parte señala que el personal del Ministerio calificó de "mínimo" todo riesgo de daños, conclusión que confirmaron todos los tribunales federales hasta llegar al Tribunal Supremo, que estimó que era "irrefutable". Asimismo, los tribunales han establecido claramente que el autor no es digno de crédito basándose, entre otras razones, en sus afirmaciones incoherentes, contradictorias, engañosas y repetidamente falaces. Se basaron también en que el autor había reconocido que se le había impartido instrucción especializada cuando se le contrató en el servicio secreto, en que había revelado detalles del asesinato de dos disidentes y en que había tenido contacto con el servicio secreto *después* de haber obtenido la condición de refugiado, incluso se entrevistó con un "conocido asesino" en Europa. El Estado parte se remite al criterio del Comité de que, generalmente, no le incumbe sopesar las pruebas o reevaluar hechos que hayan examinado los tribunales nacionales y solicita, en caso de que el Comité decida revisar las conclusiones en relación con los hechos, la oportunidad de presentar alegaciones adicionales.

4.5 En opinión del Estado parte, tampoco están fundamentadas por pruebas independientes las alegaciones del autor relativas al riesgo. El Estado parte señala que los documentos que cita el autor se refieren principalmente a la detención y juicio de reformistas, disidentes y otros opositores al Gobierno, pero no de personas con las características del autor, ni personas que sean o hayan sido miembros del MIS. Ciertamente, el informe más reciente del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América sobre derechos humanos indica que el personal del MIS destaca menos por sufrir persecuciones que por su protagonismo y por cometer numerosas y graves violaciones de los derechos humanos⁷.

⁷ "Iran: Country Reports on Human Rights Practices for 2001", Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.

Aunque la situación en la esfera de los derechos humanos sigue siendo problemática, según los informes de Amnistía Internacional⁸ y del Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado de examinar la situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán, en el Estado parte hay signos de que se progresa hacia la reducción de la práctica de la tortura⁹. Por su parte, el derecho consuetudinario del Comité contra la Tortura tampoco ha caracterizado la situación de los derechos humanos en el Irán como "un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos". Por consiguiente, la situación general de los derechos humanos no es, *per se*, de tal clase o gravedad que corrobore tales alegaciones.

4.6 El Estado parte considera que la afirmación de que, en caso de regresar, se le ejecutaría sumariamente por conducta desleal es meramente especulativa e interesada. El autor no ha demostrado que ese acto sea la consecuencia "necesaria y previsible" de su expulsión. El autor tuvo plena oportunidad de demostrarlo en todas las instancias judiciales del Canadá, pero no lo consiguió. Por otra parte, aunque se considerara que hubo deslealtad, no ha podido demostrar que el juicio y la pena impuesta serían incompatibles con el Pacto. De manera parecida, y con respecto a la tortura, los tribunales estimaron que solo existía un riesgo mínimo de daños. El Estado parte subraya que se reconoció al autor la condición de refugiado antes de que viajara voluntariamente a Europa con un comandante del MIS y hubiera despertado la atención del servicio de seguridad. Añade que, si se hubiera conocido antes la identidad del autor como agente operativo entrenado, no se le habría dejado entrar en el país. Rechaza también que todo conocimiento del caso que tenga el Irán deba implicar necesariamente tortura, así como cualquier afirmación de que el alto oficial de los servicios secretos canadienses creyese que había desertado. Tampoco ha facilitado pruebas de malos tratos a su familia ni ha demostrado por qué la presunta cooperación con las autoridades del Canadá sería causa de tortura. Por ello, estas acusaciones carecen de fundamento incluso *prima facie*.

4.7 En cuanto a la presunta violación del artículo 7 a causa de las condiciones de detención, el Estado parte aduce que, a pesar de que se le informó sobre las posibilidades de reclamación, el autor no presentó una queja a los tribunales acogiéndose a la Carta, por lo que la queja es inadmisibles al no haberse agotado los recursos internos. En cualquier caso, la falta de actividades durante el tratamiento no puede considerarse cruel y el autor no ha demostrado que sus condiciones de detención causaran ningún daño físico o mental.

4.8 En cuanto a la cuestión de la detención arbitraria, el autor podría haber recurrido la confirmación de su detención por el Tribunal Federal de Apelación con arreglo al inciso 8 del párrafo 1 del artículo 40 de la Ley

⁸ "Iran: Time for Judicial Reform and End to Secret Trials", *op. cit.*

⁹ A/56/278, 10 de agosto de 2001.

del Tribunal Supremo, pero no lo hizo. Tampoco presentó posteriormente una petición de excarcelación con arreglo a ese artículo. Por ello, las quejas son inadmisibles, al no haberse agotado los recursos internos.

4.9 En cualquier caso, no ha habido violación *prima facie* del artículo 9, puesto que no se trató de una detención arbitraria. Puede usarse como orientación el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el "Convenio Europeo"), que permite explícitamente la prisión con fines de expulsión. Ciertamente, en el caso *Chahal*, citado por el autor, el Tribunal Europeo estimó que la prisión estaba justificada siempre que hubiera un proceso de expulsión abierto y se estuviera tramitando con la debida diligencia. La detención del Sr. Chahal, basada en que Secretarios de Estado sucesivos habían mantenido que era una amenaza para la seguridad nacional, no fue arbitraria, en vista de que existía un proceso para revisar los aspectos de seguridad nacional. El Estado parte aduce que tampoco es arbitraria la detención de una persona que no es de nacionalidad canadiense con arreglo a un procedimiento en el que dos ministerios establecen, de acuerdo con la Ley, que una persona tiene antecedentes o tendencias terroristas. Tal conclusión es revisada inmediatamente por un tribunal. De los 22 casos en que se ha seguido este proceso, 11 casos fueron revisados en 1 ó 2 meses, 3 lo fueron en un plazo de entre 3 y 4 meses, 4 entre 6 y 13 meses y 1 está en curso.

4.10 El Estado parte se remite a la jurisprudencia del Comité acerca de que la insistencia de una persona en no abandonar el territorio de un Estado es pertinente en la evaluación con arreglo al artículo 9¹⁰. De manera similar, la Comisión Europea ha dictaminado que una persona no puede objetar al paso del tiempo si en ningún momento ha solicitado que concluyan lo antes posible los procedimientos ni ha emprendido una vía litigiosa por la que pudiera optar¹¹. El autor no pidió al Ministro de Ciudadanía e Inmigración que ejerciera la facultad de excarcelar que le otorga el inciso 7 del párrafo 1 del artículo 40 de la Ley, con miras a la salida del país de una persona cuyo nombre aparece en un certificado de seguridad.

4.11 El Estado parte afirma que ha observado la debida diligencia en el proceso de expulsión y que el autor es responsable de que haya tomado tanto tiempo. Toda la demora anterior a la vista sobre la "razonabilidad" del referido certificado, prevista en el apartado 1 del artículo 40, se debió a que el autor había pedido un aplazamiento para impugnar la constitucionalidad del procedimiento. El autor dejó que tal impugnación se demorara durante plazos prolongados sin tomar las medidas que estaban a su alcance y que eran necesarias para que el proceso avanzara. De hecho, el Estado parte

explica que tomó numerosas medidas en este período para que el proceso avanzara con diligencia. De manera similar, tras publicarse la orden de expulsión, la demora adicional con la que se realizó tal expulsión se debió a que el autor ejerció los numerosos recursos de que disponía. El Estado parte explica las medidas que tomó para agilizar los procedimientos descritos en la cronología del caso y señala que el autor no tomó medidas para agilizarlo.

4.12 En cuanto a la afirmación del autor de que el hábeas corpus no se aplica a las personas que no son ciudadanas del Canadá cuando se trata de encarcelaciones relacionadas con la inmigración, el Estado parte afirma que, como el mantenimiento de la detención depende del resultado de la vista del Tribunal Federal sobre la "razonabilidad" del certificado de seguridad, no se necesita otra vista sobre el ingreso en prisión. En otras palabras, la vista obligatoria sobre la "razonabilidad" obligatoria es una revisión estatutaria de la encarcelación, dentro de las facultades prescriptivas del Parlamento a esos efectos. Los tribunales del Canadá también han confirmado que este procedimiento es un recurso alternativo adecuado y efectivo al hábeas corpus. Por consiguiente, el Estado parte rechaza la afirmación del autor de que sus tribunales estimaron que su encarcelación había sido "desafortunada" pero no una pérdida de libertad. De hecho, los tribunales determinaron que, aunque el certificado tiene como efecto inmediato la detención y el ingreso en prisión, que es la suerte que normalmente corren los delincuentes, no hubo violación de los artículos 7 y 9 de la Carta, que protegen los intereses de la libertad¹².

4.13 En relación con la queja presentada con arreglo al artículo 13 del Pacto, el Estado parte aduce, en primer lugar, que, según la jurisprudencia del Comité, esta disposición exige que la expulsión de un extranjero se efectúe con arreglo a los procedimientos previstos por la ley, con la salvedad de que el Estado haya obrado de mala fe o haya abusado de su poder¹³. El autor no ha aducido, ni mucho menos demostrado, que en este caso se haya dado tal excepción y, por consiguiente, lo propio sería que el Comité acatara la evaluación de los hechos y de la ley que hacen las autoridades del Canadá. En segundo lugar, el Estado parte alega razones de seguridad nacional en relación con los procedimientos que se siguieron. En su jurisprudencia, el Comité ha establecido que "no es competencia del Comité juzgar la apreciación por un Estado soberano del peligro que para su seguridad representa un extranjero"¹⁴ y que aceptará

¹⁰ *V. M. R. B. c. el Canadá*, caso N° 236/1987, dictamen aprobado el 26 de julio de 1988.

¹¹ *Osman c. el Reino Unido, Khan c. el Reino Unido y Kolompar c. Bélgica*.

¹² El artículo 7 de la Carta establece lo siguiente: "Todas las personas tienen derecho a la vida y a la libertad y seguridad personales y solo podrán ser privadas de estas de conformidad con los principios de justicia fundamental", mientras que el artículo 9 establece: "Nadie podrá ser detenido ni encarcelado de manera arbitraria".

¹³ *Maroufidou c. Suecia*, caso N° 58/1979, dictamen aprobado el 9 de abril de 1981.

¹⁴ *V. M. R. B. c. el Canadá, op. cit.*, y *J. R. B. c. Costa Rica*, caso N° 296/1988, dictamen aprobado el 30 de marzo de 1989.

esa apreciación de no haber arbitrariedad¹⁵. El Estado parte invita al Comité a que aplique los mismos principios y hace hincapié en que la decisión de expulsión no fue sumaria, sino que vino precedida de una minuciosa deliberación mediante procedimientos completos y justos, en los que el autor estuvo representado legalmente y pudo presentar amplios argumentos.

4.14 En cuanto a la vista del Tribunal Federal sobre la "razonabilidad" del certificado de seguridad, aunque en ella, que es de carácter urgente, no puedan plantearse cuestiones constitucionales, estas pueden ser objeto de una impugnación constitucional independiente, como hizo el autor hasta llegar al Tribunal Supremo. El Estado parte señala que el juez tiene la "pesada carga" de velar por que el autor esté razonablemente informado mediante un resumen del sumario abierto contra él y pueda responder y proponer testigos. De hecho, el autor tuvo ocasión de interrogar a dos agentes del servicio de seguridad del Canadá.

4.15 En cuanto al proceso de determinación del riesgo por el Ministro, el Estado parte señala que en el caso *Suresh* el Tribunal Supremo indicó unos requisitos mínimos de imparcialidad, en particular la motivación, que son aplicables cuando existen indicios racionales de tortura. En cuanto a la objeción de que la decisión fue tomada por un ministro que había participado anteriormente en el proceso, el Estado parte señala que los tribunales velan, mediante la revisión judicial, por que el dictamen se atenga a derecho. Aunque aceptan que el Ministro sopesa las pruebas, salvo que sea de forma manifiestamente irrazonable, los tribunales insisten en que se tengan en cuenta todos los factores pertinentes y solo ellos. El Estado parte aduce que el autor no ha podido demostrar que hubiera indicios de violación del artículo 13 puesto que los procedimientos fueron justos, de conformidad con la ley, y se aplicaron debidamente, al tener este acceso a los tribunales con representación letrada y sin que hubiera otros factores de parcialidad, mala fe o conducta indebida.

4.16 En cuanto a las reclamaciones con arreglo al artículo 14, el Estado parte estima que esta disposición no es aplicable puesto que el proceso de expulsión no es la sustanciación de una acusación de carácter penal ni la determinación de derechos u obligaciones de carácter civil. Se trata más bien de actuaciones de derecho público cuya imparcialidad queda garantizada por el artículo 13. En el caso *Y. L. c. el Canadá*¹⁶, el Comité, dada la existencia de revisión judicial, no se pronunció sobre si los procedimientos ante una Junta de Revisión de Pensiones podrían equipararse a un "proceso civil", mientras que en el caso *V. M. R. B.*¹⁷, el Comité no se pronunció sobre si el trámite de expulsión podía también caracterizarse como tal, puesto que en cualquier caso la reclamación carecía de fundamento. El Estado

parte afirma que, dada la equivalencia del artículo 6 del Convenio Europeo con el artículo 14, el Comité debería estimar convincente la jurisprudencia firme y coherente acerca de que tales procedimientos no recaen en el ámbito de este artículo. De ello se desprende que esta reclamación es inadmisibile *ratione materiae*.

4.17 En cualquier caso, los procedimientos respetaron las garantías previstas en el artículo 14, es decir, el autor tuvo acceso a los tribunales, tenía conocimiento de la acusación a que se enfrentaba, tuvo plena oportunidad de dar a conocer su punto de vista y de formular declaraciones durante el proceso y tuvo representación letrada en todas sus etapas. El Estado parte recuerda también al Comité su dictamen en el caso *V. M. R. B.*, en el que estableció que el proceso de certificación previsto en el párrafo 1 del artículo 40 de la Ley de inmigración era compatible con el artículo 14. Por consiguiente, no hay una violación *prima facie* de ese derecho.

4.18 En una nota de fecha 6 de diciembre de 2002, el Estado parte reiteró su opinión acerca de que las facultades del Comité de reevaluar hechos y pruebas son de alcance limitado y facilitó abundante información adicional sobre estas cuestiones para el caso de que el Comité realizara tal reevaluación. El Estado parte señaló que una evaluación equitativa de la información facilitada llevaba inevitablemente a las mismas conclusiones a las que habían llegado los tribunales nacionales, es decir, que el autor era un agente del MIS entrenado para llevar a cabo operaciones, que corría un riesgo de daño mínimo en el Irán y que sus pruebas no eran ni dignas de crédito ni fiables.

Otras cuestiones relacionadas con la solicitud del Comité de que se adoptaran medidas provisionales

5.1 Por carta de 2 de agosto de 2002 dirigida al representante del Estado parte ante las Naciones Unidas en Ginebra, el Comité, por conducto de su Presidente, lamentó profundamente la expulsión del autor, que se había realizado a pesar de la solicitud del Comité de que se le brindara una protección provisional. El Comité solicitó una explicación por escrito sobre los motivos que llevaron al Estado parte a hacer caso omiso de dicha solicitud de que se adoptaran medidas provisionales, así como una explicación de cómo pensaba garantizar el cumplimiento de dichas peticiones en el futuro. Por nota de 5 de agosto de 2002, el Comité, actuando por conducto de su Relator Especial para las nuevas comunicaciones, de conformidad con el artículo 86 de su reglamento, pidió al Estado parte que vigilara de cerca la situación y el trato de que era objeto el autor con posterioridad a su expulsión al Irán y que hiciera las gestiones pertinentes ante el Gobierno de la República Islámica del Irán con el fin de impedir la violación de los derechos del autor consagrados en los artículos 6 y 7 del Pacto.

5.2 Por comunicaciones de fecha 5 de diciembre de 2002, el Estado parte, respondiendo a la solicitud de explicaciones del Comité, afirmó que apoyaba plena-

¹⁵ *Stewart c. el Canadá*, caso N° 538/1993, dictamen aprobado el 18 de marzo de 1994.

¹⁶ Caso N° 112/1981, dictamen aprobado el 8 de abril de 1986.

¹⁷ *Op. cit.*

mente la importante función que se había encomendado al Comité y que en todos los casos haría todo lo posible por cooperar con él. Dijo que tomaba muy en serio las obligaciones que había contraído en virtud del Pacto y el Protocolo Facultativo y que cumplía plenamente con ellas. El Estado parte señaló que, junto con sus obligaciones en materia de derechos humanos, también tenía la obligación de proteger la seguridad de la población del Canadá y velar por que el país no se convirtiera en un refugio seguro para los terroristas.

5.3 El Estado parte observó que ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo disponían que se solicitaría la adopción de medidas provisionales y dijo que dichas solicitudes tenían un carácter de recomendación, pero que no eran vinculantes. Sin embargo, el Estado parte, por lo general, respondía favorablemente a dichas peticiones. Al igual que en otros casos, el Estado parte examinó la petición que se refiere al presente caso con toda seriedad antes de llegar a la conclusión de que en estas circunstancias en particular, incluida la conclusión (respaldada por la justicia) de que el autor corría un riesgo mínimo de sufrir daños en caso de retornar a su país, no podía demorar la expulsión. Asimismo, señaló que se había determinado hasta el nivel judicial más alto que la decisión de expulsar al autor era legal y compatible con la Carta. El Estado parte afirma que las medidas provisionales en el contexto de la inmigración plantean "algunas dificultades especiales" cuando, en ciertas ocasiones, otras consideraciones pueden ser más importantes que una solicitud de medidas provisionales. Las circunstancias particulares del caso, por consiguiente, no debían interpretarse como un menoscabo del compromiso del Estado parte con los derechos humanos o con el Comité.

5.4 En cuanto a la solicitud del Comité de que vigilara el trato que se impartía al autor en el Irán, el Estado parte dijo que no tenía jurisdicción sobre el autor y que se le pedía que vigilara la situación de un nacional de un tercer Estado parte en el territorio de este último. No obstante, en su deseo de cooperar de buena fe con el Comité, el Estado parte dijo que el 2 de octubre de 2002 las autoridades iraníes le habían notificado que el autor permanecía en el Irán y estaba bien. Además, el 26 de septiembre de 2002 un representante de la Embajada del Irán se había puesto en contacto con el Estado parte para notificarle que el autor se había interesado por las tres valijas que había dejado en el centro de detención y la Embajada había aceptado devolver al autor su equipaje. A juicio del Estado parte, esto indica que el autor no teme al Gobierno del Irán y que este está dispuesto a ayudarlo. Por último, el 10 octubre de 2002 el autor visitó la Embajada del Estado parte en el Irán, se reunió con dos de sus empleados y les entregó una carta. Ni en la conversación ni en la carta se plantearon cuestiones de malos tratos, sino que el autor afirmó que tenía problemas para encontrar trabajo. A juicio del Estado parte, esto indicaba que no tenía problemas para desplazarse libremente por Teherán. El Estado parte afirmó que había señalado al Irán que esperaba que cumpliera plenamente sus obligaciones internacionales

en materia de derechos humanos, en particular en lo que concernía al autor.

Comentarios de la abogada del autor

6.1 Por carta de 10 de septiembre de 2003, la abogada del autor respondió a las observaciones del Estado parte. Desde el punto de vista del procedimiento, la abogada observó que, antes de su expulsión, el autor le había dado instrucciones de que continuara tramitando la comunicación en caso de que él tuviera dificultades, pero que debía abandonar el caso si el autor no tenía dificultades tras su retorno al Irán, a fin de no colocarlo en una situación de riesgo mayor. Sobre la base de una llamada telefónica que recibió un mes después de la expulsión, la abogada entendía que, al llegar, el autor había sido detenido, pero no maltratado, y que luego había recuperado la libertad. Una fuente periodística posteriormente había hecho circular rumores de que lo habían detenido o matado. En sus reiterados intentos de llamar a la familia, la abogada fue informada de que el autor se encontraba en otra localidad y/o estaba enfermo. Los funcionarios canadienses habían mencionado varios contactos con el autor en el otoño de 2002, pero desde entonces no habían informado de ninguna novedad. Al mismo tiempo, Amnistía Internacional no había podido confirmar otros detalles. En vista de todo ello, la abogada suponía que el autor estaba en peligro y, por consiguiente, continuaba el trámite de la comunicación.

6.2 En cuanto al fondo, la abogada no deseaba continuar la reclamación sobre las condiciones de detención, en vista de que se había reconocido que no se habían agotado los recursos internos. En cuanto a las cuestiones restantes, profundizó su argumentación con respecto al procedimiento que aplicaron las autoridades del Estado parte. El certificado de seguridad inicial fue otorgado por dos funcionarios elegidos (ministros), sin que el autor tuviera oportunidad de comentar si era "razonable" considerar que era miembro de una organización terrorista o de si él personalmente revestía ese carácter. La única audiencia celebrada desde entonces ante el Tribunal Federal sirvió para determinar si esa idea era en sí misma razonable. El Estado parte presentó sus pruebas *in camera* y *ex parte*, sin que el Tribunal las verificara y sin que los testigos las corroboraran. Por consiguiente, la abogada afirma que se llegó a la conclusión de que existía una amenaza para la seguridad nacional, que posteriormente, durante el trámite de expulsión, fue sopesada con el riesgo de daño por un funcionario elegido (un ministro) al cabo de un proceso sin las debidas garantías. A su vez, la decisión de expulsar al autor fue examinada por los tribunales para determinar si no era abiertamente irrazonable, pero no para determinar si era correcta.

6.3 La abogada responde a los argumentos del Estado parte sobre la credibilidad del autor refiriéndose a la práctica del ACNUR, que sostiene que la falta de credibilidad no es óbice en sí misma para que exista un

temor fundamentado de persecución¹⁸. La abogada observa que la solicitud inicial del autor de que se le reconociera la condición de refugiado fue aceptada a pesar de las distintas versiones que había dado sobre su pasado y, además, que los organismos de seguridad del Canadá destruyeron las pruebas que tenían en su poder, en particular las entrevistas con el autor y las grabaciones magnetofónicas, y presentaron solo resúmenes. Estas pruebas podrían haberse examinado como correspondía ante el Comité de Examen de Inteligencia de Seguridad, donde un abogado independiente, autorizado desde el punto de vista de la seguridad, podía llamar a testigos e interrogarlos a puerta cerrada.

6.4 La abogada, a continuación, ataca la decisión que adoptó el Tribunal Supremo en el caso del autor con posterioridad a la presentación de la comunicación y observa que el Sr. Suresh, cuyo recurso se aceptó sobre la base de una protección insuficiente en materia de procedimiento, y el autor, cuyo recurso fue rechazado, fueron sometidos al *mismo* proceso. La decisión del Tribunal en el caso del autor se fundamentó en que no se habían mostrado indicios racionales de riesgo de tortura; sin embargo, la premisa básica de un proceso justo es que se pueda hacer una determinación exacta precisamente de esta cuestión. En cambio, el autor solo se benefició, con posterioridad a la decisión, de un examen judicial para determinar si era "razonable" llegar a esa conclusión, lo cual, a juicio de la abogada, es un nivel inadecuadamente bajo para una decisión que podría traer aparejadas torturas o la pérdida de la vida. La abogada también recuerda que en el caso *Suresh* el Tribunal contempló algunas situaciones extraordinarias en que una persona *podía* ser expulsada aunque se hubiera demostrado un peligro sustancial de tortura, lo que es contrario a la prohibición absoluta de la tortura en el derecho internacional.

6.5 Sobre la cuestión de la credibilidad del autor, la abogada señala que el funcionario superior de seguridad canadiense confirmó, en la audiencia relativa al certificado de seguridad, la afirmación del autor de que había desertado, por lo cual la única diferencia con el autor era si lo había hecho para evitar incorporarse al MIS o después de haberse incorporado a este. De cualquier manera, su desertión lo convierte en un opositor, real o percibido, del régimen iraní, y la prensa lo calificó de esta manera. Un funcionario consular iraní lo visitó mientras estaba detenido antes de su expulsión, y el Gobierno del Irán era plenamente consciente de sus reclamaciones y del carácter de su caso. De cualquier manera, la abogada considera falso basarse en la credibilidad, ya que gran parte del material para llegar a esta conclusión consistió en pruebas no verificadas presentadas *in camera* y *ex parte*. La abogada también afirma que no es exacto calificar al autor de agente del régimen y, por consiguiente, no como blanco de violaciones, ya que al ser un desertor y brindar

¹⁸ *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, párrs. 198 y ss.

información de inteligencia de seguridad al Canadá, es muy probable que se lo considere opositor al régimen. Si, como se sugiere, el autor era simplemente un agente clandestino "descubierto", no se habría resistido a la expulsión durante su detención, o sea, durante nueve años. Además, una presunta acción para restringir las torturas en el Irán debe verse en el marco de la tortura y el asesinato recientemente reconocidos de un ciudadano canadiense en ese país. En lugar de gozar de un juicio justo sobre lo que el Estado parte no proporciona ninguna prueba, es más probable que los opositores sean torturados y ejecutados. Según la abogada, el Estado parte tampoco supervisó el retorno del autor al Irán.

6.6 Sobre la cuestión del riesgo de tortura u otras formas de tratos crueles, la abogada observa que el Tribunal Supremo calificó de "irrefutable" la conclusión de que el autor solo corría un riesgo mínimo con "especial deferencia" a la decisión del Ministro, quien consideraba que las cuestiones eran "en gran medida ajenas al ámbito de los tribunales de revisión". En cuanto al riesgo concreto, la abogada señala que es imposible "demostrar" lo que probablemente le sucedería al autor, pero este ha llegado a conclusiones razonables a partir de datos conocidos, en particular el interés del Gobierno del Irán en el caso, las violaciones de los derechos humanos de las que son víctimas en ese país las personas que el régimen percibe como opositores, el conocimiento público de su cooperación con los funcionarios del Canadá al proporcionarles información confidencial, etc.

6.7 Respecto del proceso de detención arbitraria y expulsión en el marco de los artículos 9, 13 y 14, la abogada dice que el autor permaneció detenido durante cinco años, de manera forzada y automática, antes de que se examinara dicha detención. En el marco del régimen impuesto por la ley, la certificación de seguridad trae aparejada la detención automática de los extranjeros hasta el final de los procedimientos y luego se ordena la expulsión de la persona, que puede permanecer en el Canadá 120 días más. Ningún juez tomó la decisión de encarcelar al autor, y este no tuvo acceso a un recurso de hábeas corpus en su calidad de extranjero detenido con arreglo a la legislación de inmigración, mientras que se rechazó su recurso constitucional respecto del proceso de certificación. La abogada señala que el Estado parte tenía la posibilidad de utilizar otros procedimientos de expulsión que no habrían tenido estos efectos. Observa que la práctica del Estado parte contradice su afirmación de que la detención era necesaria por motivos de seguridad nacional, ya que no todos los presuntos terroristas se encuentran realmente detenidos, y subraya que en el caso *V. M. R. B.*¹⁹, la detención, a diferencia del régimen actual, no fue automática ni forzosa, y se revisaba semanalmente. En cambio, la abogada hace referencia a los casos *Torres c. Finlandia* y *A. c. Australia* para sostener que los extranjeros tienen derecho a impugnar, en términos sustantivos, la legalidad de la detención ante un tribunal sin demoras y *de novo*, y luego a

¹⁹ *Op. cit.*

intervalos razonables²⁰. Observa que el Convenio Europeo, en virtud del cual se adoptó la decisión *Chahal* a la que hace referencia el Estado parte, dispone específicamente la detención por motivos de inmigración.

6.8 La abogada observa, con respecto a la solicitud de puesta en libertad formulada por el autor en el marco del artículo 40 1) 8) de la Ley, una vez transcurridos 120 días a partir de la fecha de la orden de expulsión, que la puesta en libertad puede disponerse si la persona no es expulsada en un plazo razonable y si no resulta perjudicial para la seguridad nacional o de terceros. El Tribunal Federal determinó que recaía sobre el autor la carga de demostrar si se cumplían estos dos criterios, pero la abogada señala que tanto el Tribunal de Primera Instancia como el de Apelación estimaron que el autor habría podido ser expulsado en un plazo razonable si no hubiera sido por sus reiterados recursos a la justicia y que, por ende, no podía satisfacer este aspecto de los requisitos necesarios. El Tribunal de Apelación también determinó que el autor había sido detenido por motivos de seguridad y que, por consiguiente, tendría que demostrar que se había producido algún cambio significativo o proporcionar nuevas pruebas no disponibles anteriormente. A juicio de la abogada, esto simplemente no cumple los requisitos que se desprenden del Pacto respecto de una revisión de la detención *de novo*.

6.9 La abogada rechaza el argumento del Estado parte de que la audiencia celebrada en el Tribunal Federal para determinar si el certificado de seguridad era "razonable" fue suficiente como revisión de la detención, y afirma que en esta audiencia solo se examinó la "razonabilidad" del certificado y no la justificación de la detención. Además, si esta audiencia hubiera tenido por objeto examinar la detención, no habría habido necesidad de una nueva revisión 120 días después de la orden de expulsión. En respuesta al argumento de que la detención prolongada fue causada por el propio autor, la abogada afirma que, aunque la audiencia sobre el carácter "razonable" del certificado se hubiera celebrado sin interrupciones, habrían transcurrido muchos meses hasta que finalizara el procedimiento, se realizara la investigación sobre la expulsión y se dejaran transcurrir 120 días para permitir la revisión de la detención en virtud del artículo 40 1) 8). Asimismo, observa que en otros casos menos complicados que el del autor se necesitó bastante más de un año para revisar la detención. Por último, también observa que el Estado parte nunca ayudó al autor a buscar otro país que pudiera recibirlo. Este no tenía más opción que la detención, ya que no podía viajar a ningún otro país.

²⁰ Caso N° 291/1998, dictamen aprobado el 5 de abril de 1990, y caso N° 560/1993, dictamen aprobado el 30 de abril de 1997. La abogada también cita, a los mismos efectos, los casos *Ferrer-Mazorra c. los Estados Unidos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe N° 51/01, de 4 de abril de 2001.

Alegaciones suplementarias del Estado parte

7.1 Mediante una comunicación de fecha 15 de octubre de 2003, el Estado parte aduce que la información facilitada por la abogada sobre los acontecimientos posteriores a la expulsión constituye una base insuficiente para concluir que el autor fue realmente detenido, desaparecido, torturado o tratado de cualquier otra manera contraria al artículo 7, y mucho menos para concluir que en el momento de la expulsión existía un riesgo real de que se produjeran esas circunstancias. El Estado parte hace hincapié en que la abogada reconoce que el autor no fue maltratado al llegar y que los rumores de la fuente periodística de que lo "habían detenido o matado" databan de antes de su presentación ante la Embajada del Estado parte en Teherán. El Estado parte agrega que, en la semana del 6 al 10 de octubre de 2003, un representante del Estado parte en Teherán habló con la madre del autor, quien indicó que estaba vivo y bien, aunque sometándose periódicamente a tratamiento médico por una úlcera. Según el Estado parte, la madre del autor dijo que en ese momento él estaba desempleado y llevaba "una vida totalmente normal". No se dan otros detalles de la posible confidencialidad u otros arreglos de la conversación. El Estado parte sostiene que, al expulsarlo al Irán, no violó los derechos que tiene el autor en virtud del Pacto²¹.

7.2 El Estado parte impugna también la invocación de las decisiones del Comité y otros órganos internacionales. Con respecto a la decisión *Ferrer-Mazorra* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se establece que los cubanos a los que Cuba se ha negado a aceptar no pueden permanecer detenidos indefinidamente, el Estado parte señala que en el presente caso no había una presunción automática e indeterminada de detención. Antes que por una "mera presunción", el autor fue detenido sobre la base de la doble certificación de seguridad de los Ministros de que representaba una amenaza para la seguridad de la población canadiense. Además, a diferencia del caso cubano, *había habido* una decisión de expulsión y su detención era pertinente y justificada a tal fin.

7.3 Con respecto a la determinación del Tribunal Federal de que incumbía al autor la carga de justificar su excarcelación en el marco del artículo 40, 1), 8), el Estado parte observa que el Ministro ya había cumplido con su carga de justificar la detención, por lo que las prolongadas actuaciones realizadas tendrían que repetirse si el Ministro tuviera la carga de justificar su mantenimiento. Por consiguiente, no es arbitrario, habiéndose demostrado que hay motivos razonables para considerar que un extranjero es miembro de un grupo terrorista, que corresponda a esa persona la carga

²¹ El Estado parte también facilitó un artículo, de fecha 13 de septiembre de 2003 y titulado "Un iraní expulsado admite que mintió", publicado en el periódico *National Post*. Teniendo en cuenta la declaración expresa del Estado parte de que no ha utilizado dicho artículo, el Comité no hará referencia al mismo.

de justificar su excarcelación. En cuanto a la revisión judicial de la detención solicitada por el Comité en *A. c. Australia*, el Estado parte sostiene que la audiencia por "razonabilidad" ante el Tribunal Federal, al haber permitido una revisión real y no simplemente formal, satisface ese propósito. La duración de esas actuaciones, durante las cuales el autor estuvo detenido, fue razonable en esas circunstancias, ya que el retraso se debió principalmente a las propias decisiones del autor, incluida su resistencia a salir del Estado parte. El Estado parte prosigue afirmando que el Comité, al evaluar la detención preventiva no justificada individualmente de que se trata en *A. c. Australia*, destacó el caso *V. M. R. B.*, que es más parecido al presente. En *V. M. R. B.*, como ahora, una evaluación ministerial individual provocó la detención del individuo en cuestión. Esa detención fue razonable y necesaria por tratarse de una persona que planteaba un riesgo para la seguridad nacional, y no se mantuvo más allá del período respecto al cual pudo proporcionarse una justificación.

La desatención por el Estado parte de la solicitud de medidas provisionales formulada por el Comité

8.1 El Comité observa, en las circunstancias del caso, que el Estado parte violó sus obligaciones en virtud del Protocolo Facultativo al expulsar al autor antes de que el Comité pudiera examinar las denuncias del autor de que se habían producido daños irreparables a sus derechos consagrados en el Pacto. El Comité observa que la tortura es, junto con la imposición de la pena de muerte, la más grave e irreparable de las posibles consecuencias para un particular de las medidas adoptadas por el Estado parte. Por consiguiente, toda acción del Estado parte que cree el riesgo de que se produzcan tales daños, como se indica *a priori* en la solicitud de medidas provisionales, debe examinarse de la manera más estricta posible.

8.2 Las medidas provisionales con arreglo al artículo 86 del reglamento del Comité, aprobado de conformidad con el artículo 39 del Pacto, son esenciales para que este pueda desempeñar su cometido en el marco del Protocolo. Ignorar el artículo, en particular aplicando medidas irreversibles como la ejecución de la presunta víctima o su expulsión de un Estado parte a un tercer país donde puede sufrir torturas o morir, socava la protección que ofrece el Protocolo Facultativo de los derechos consagrados en el Pacto.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

9.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

9.2 El Comité toma conocimiento, con respecto a la denuncia de detención arbitraria contraria al artículo 9, de la alegación del Estado parte de que la denuncia es

inadmisible porque no se agotaron los recursos internos interponiendo un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo en relación con la solicitud de excarcelación presentada por el autor conforme al artículo 40 1) 8) de la Ley. Asimismo, observa que, según la Ley, la posibilidad de que el autor solicitara la excarcelación en virtud de ese artículo solo surgió en agosto de 1998, tras expirar el plazo de 120 días a contar desde el día en que se dictó la orden de expulsión, siendo el plazo total de 5 años y 2 meses, a contar desde la detención inicial. Como el Estado parte no presentó argumento alguno en cuanto a los recursos internos de que pudo disponer el autor antes de agosto de 1998, el Comité considera que la denuncia presentada por el autor conforme al artículo 9 antes de agosto de 1998 hasta ese momento no es inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos. Sin embargo, el hecho de que el autor no haya hecho llegar al Tribunal Supremo su solicitud de excarcelación en virtud del artículo 40 1) 8), vuelve inadmisibles, por no haberse agotado los recursos internos, sus denuncias formuladas con arreglo al artículo 9 en relación con la detención después de ese momento. Por consiguiente, estas últimas denuncias son inadmisibles en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.3 El Comité observa que la abogada del autor ha retirado las denuncias sobre las condiciones de encarcelamiento por no haberse agotado los recursos internos, por lo que se abstendrá de examinar esta cuestión.

9.4 El Comité observa que el Estado parte alega que las restantes denuncias son inadmisibles, porque a la luz de la importante argumentación basada en el fondo de los hechos y el derecho pertinentes, las denuncias están insuficientemente fundamentadas, a los fines de la admisibilidad, o escapan al Pacto *ratione materiae*. En tales circunstancias, el Comité considera que las denuncias se examinan más apropiadamente en la etapa de examen del fondo de la comunicación.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

10.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información que le han facilitado las partes, como se prevé en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

10.2 En cuanto a las denuncias formuladas de conformidad con el artículo 9 y relacionadas con la detención arbitraria y la falta de acceso al tribunal, el Comité toma conocimiento del argumento del autor de que su detención conforme al certificado de seguridad y el mantenimiento de dicha detención hasta la expulsión constituyeron una violación de ese artículo. También observa que, si bien el autor fue objeto de detención forzosa a la vista del certificado de seguridad, conforme a la ley del Estado parte, el Tribunal Federal debe examinar con prontitud, es decir, en el plazo de una semana, el certificado y las pruebas que lo fundamentan para determinar su "razonabilidad". En caso de que se determine que el certificado no es razonable, la persona

cuyo nombre figura en él es excarcelada. El Comité observa, en consonancia con su jurisprudencia anterior, que la detención basada en un certificado de seguridad extendido por dos ministros por motivos de seguridad nacional no se convierte *ipso facto* en arbitraria y, por tanto, en contraria al párrafo 1 del artículo 9. Sin embargo, como la persona detenida en virtud de un certificado de seguridad no ha sido condenada por ningún delito ni sentenciada a una pena de prisión, según el párrafo 4 del artículo 9 debe tener un acceso adecuado a la revisión judicial de la detención, es decir, la revisión de la justificación sustantiva de la detención, así como a una revisión suficientemente frecuente.

10.3 En cuanto a la presunta violación del párrafo 4 del artículo 9, el Comité está dispuesto a aceptar que la celebración de una vista sobre la cuestión de la "razonabilidad" ante el Tribunal Federal poco tiempo después del inicio de la detención forzosa del autor sobre la base de un certificado de seguridad emitido por los ministros, en principio, constituye una revisión judicial suficiente de la justificación de la detención a los fines del cumplimiento de los requisitos del párrafo 4 del artículo 9 del Pacto. Sin embargo, el Comité observa que, cuando las actuaciones judiciales que incluyen la determinación de la legalidad de la detención se prolongan, se plantea la cuestión de si esta decisión judicial se dictó "a la brevedad posible", según los términos de la disposición citada, cuando el Estado parte no se ha preocupado de que se solicite una autorización judicial provisional específica para tal detención. En el caso del autor, no se produjo tal autorización específica, aunque su detención forzosa hasta la celebración de la vista sobre la "razonabilidad" durara cuatro años y diez meses. Si bien una parte sustancial de esa demora se puede atribuir al propio autor, que optó por impugnar la constitucionalidad del procedimiento basado en la certificación de seguridad, en lugar de proceder directamente a solicitar una vista sobre la "razonabilidad" ante el Tribunal Federal, este último procedimiento incluyó diversas audiencias y duró nueve meses y medio a partir de la decisión definitiva sobre la cuestión de la inconstitucionalidad, que se produjo el 3 de julio de 1997. Esta demora, por sí sola, en opinión del Comité, es demasiado prolongada si se tiene en cuenta el requisito que establece el Pacto de que la decisión judicial sobre la legalidad de la detención se produzca a la brevedad posible. Por consiguiente, ha habido una violación de los derechos que corresponden al autor en virtud del párrafo 4 del artículo 9 del Pacto.

10.4 En cuanto a la posterior detención del autor, después de la emisión de una orden de deportación en agosto de 1998, durante un período de 120 días antes de poder solicitar la excarcelación, el Comité considera que este período de detención, en el caso del autor, fue lo suficientemente próximo a la decisión judicial del Tribunal Federal como para considerarlo autorizado por un tribunal y, por consiguiente, estimar que no constituye una violación del párrafo 4 del artículo 9.

10.5 En cuanto a las denuncias presentadas en virtud de los artículos 6, 7, 13 y 14, con respecto al proceso y a

la expulsión del autor, el Comité observa que en la etapa inicial del proceso, en la vista ante el Tribunal Federal sobre la "razonabilidad" del certificado de seguridad, aquél suministró al autor un resumen redactado por razones de seguridad en el que se le informaba razonablemente de las acusaciones que se le formulaban. El Comité observa que el Tribunal Federal era consciente de la "pesada carga" que le incumbía de garantizar a lo largo del proceso que el autor conociera adecuadamente las acusaciones que se le formulaban y respondiera a ellas, y que el autor pudo presentar sus propios argumentos e interrogar a los testigos de la parte contraria. En las circunstancias de seguridad nacional en cuestión, el Comité no está convencido de que el proceso se haya sustanciado sin las debidas garantías para el autor. Recordando su función limitada en la evaluación de hechos y pruebas, tampoco encuentra en el expediente ningún elemento de mala fe, abuso de poder u otra arbitrariedad que vicie la evaluación por el Tribunal Federal de la razonabilidad del certificado en el que consta la participación del autor en una organización terrorista. El Comité también observa que el Pacto no prevé nominativamente un derecho de recurso contra las decisiones de los tribunales, excepto en las causas penales. Por consiguiente, el Comité no debe determinar si la detención inicial y los procedimientos de certificación en cuestión entran en el ámbito de aplicación del artículo 13 (en cuanto decisión conforme a la cual se expulsa a un extranjero que se halla legalmente en el territorio) o 14 (a título de determinación de derechos u obligaciones de carácter civil), ya que en todo caso el autor no ha justificado que hubiera habido una violación de los requisitos de estos artículos en la manera en que se celebró la vista sobre la "razonabilidad" ante el Tribunal Federal.

10.6 En cuanto a las alegaciones del autor formuladas en virtud de los mismos artículos con respecto a la ulterior decisión del Ministro de Nacionalidad e Inmigración de que podía ser expulsado, el Comité observa que el Tribunal Supremo sostuvo que, en el caso gemelo *Suresh*, había sido incorrecto el proceso de determinación por el Ministro de si la persona afectada corría un riesgo de daño importante y debía ser expulsada por motivos de seguridad nacional, ya que no se le había proporcionado la documentación completa en la que el Ministro basó presuntamente su decisión ni la oportunidad de formular observaciones por escrito al respecto, y, además, porque la decisión del Ministro no había sido razonada. El Comité observa asimismo que, en los casos en que está en juego uno de los valores supremos protegidos por el Pacto, esto es, el derecho a no ser sometido a torturas, la corrección del procedimiento aplicado para determinar si una persona corre un riesgo importante de ser torturada debe examinarse de la manera más rigurosa. El Comité hace hincapié en que ese riesgo fue puesto de relieve en este caso por su petición de que se adoptaran medidas provisionales de protección.

10.7 A juicio del Comité, el hecho de que el Estado parte no haya proporcionado al autor, en esas circunstancias, las garantías procesales consideradas

necesarias en el caso *Suresh*, basándose en que el presente autor no había justificado indicios racionales de riesgo de daño, no cumple el necesario criterio de trato equitativo. Al respecto, observa que la mencionada denegación de esas garantías sobre la base alegada conduce a un círculo vicioso, porque el autor tal vez habría podido demostrar el necesario grado de riesgo si se le hubiera permitido justificar que corría el peligro de ser torturado en caso de que fuera expulsado, al haber podido basarse en la documentación de la causa incoada por las autoridades administrativas contra él para impugnar una decisión que incluía los motivos de la decisión del ministro orientada a su expulsión. El Comité hace hincapié en que, como ocurre con el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas exige que el Estado parte no solo se abstenga de practicar la tortura sino que además obre con la debida diligencia para evitar que determinadas personas sean objeto de amenazas de tortura por parte de terceros.

10.8 El Comité observa además que, en principio, el artículo 13 es aplicable a la decisión del Ministro sobre el riesgo de daño, al ser la decisión que originó la expulsión. Dado que el procedimiento interno autorizaba al autor a proporcionar (un número limitado de) razones contra su expulsión y a que su caso se revisara en cierta medida, no sería apropiado que el Comité aceptara que, en el caso que está examinando, existían "razones imperiosas de seguridad nacional" para eximir al Estado parte de la obligación que le impone ese artículo de proporcionar las garantías procesales en cuestión. A juicio del Comité, el hecho de que el Estado parte no haya proporcionado al autor las garantías procesales concedidas al autor en el caso *Suresh*, basándose en que el autor no justificó el riesgo de daño, constituye un incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 13 de permitir que el autor exponga las razones que lo asistan en contra de su expulsión a la luz de las acusaciones formuladas por las autoridades administrativas contra él, y someta las correspondientes alegaciones completas a revisión ante la autoridad competente, lo que implica la posibilidad de hacer observaciones sobre la documentación sometida a la consideración de esta última. Por lo tanto, el Comité considera que ha habido una violación del artículo 13 del Pacto, interpretado junto con el artículo 7.

10.9 El Comité observa que, como el artículo 13 trata directamente la situación del presente caso e incorpora nociones de garantías procesales que también están reflejadas en el artículo 14 del Pacto, desde el punto de vista del sistema del Pacto sería inapropiado aplicar directamente las disposiciones más amplias y generales del artículo 14.

10.10 Habiendo concluido que el proceso que condujo a la expulsión del autor fue incorrecto, el Comité no necesita adoptar una decisión acerca del alcance del riesgo de tortura antes de su expulsión o de si el autor sufrió torturas u otros malos tratos tras regresar. Sin embargo, el Comité remite, en conclusión, al *dictum* del Tribunal Supremo en el caso *Suresh* de que la expulsión de una persona, cuando se considera que existe un riesgo importante de tortura, no está necesariamente

excluida en todas las circunstancias. Si bien los tribunales del Estado parte o el Comité no han determinado que en el caso del autor *existía* un riesgo importante de tortura, el Comité no expresa ninguna otra opinión sobre esta cuestión, pero señala que la prohibición de la tortura, que figura expresamente en el artículo 7 del Pacto, es absoluta y no admite razonamiento edulcorante.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que ha examinado ponen de manifiesto violaciones por el Canadá del párrafo 4 del artículo 9, y del artículo 13, interpretado junto con el artículo 7, del Pacto. El Comité reitera su conclusión de que el Estado parte incumplió las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo Facultativo al expulsar al autor antes de que el Comité se pronunciara sobre su denuncia.

12. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor una reparación efectiva, e incluso una indemnización. Habida cuenta de las circunstancias del caso, el Estado parte, al no haber determinado apropiadamente si existía un riesgo importante de tortura que permitiera impedir la expulsión del autor, tiene la obligación a) de proporcionar reparación al autor si llegara a saberse que realmente sufrió tortura tras la expulsión, y b) adoptar las medidas adecuadas para que en el futuro el autor no sea sometido a torturas como consecuencia de su presencia en el Estado parte y de su expulsión de este. El Estado parte también tiene la obligación de evitar violaciones similares en el futuro, incluso adoptando las disposiciones apropiadas para que las medidas provisionales de protección solicitadas por el Comité se cumplan.

13. Teniendo presente que, al convertirse en parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar asimismo un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en el plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el dictamen del Comité. Se pide también al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

Voto particular del miembro del Comité, Sr. Nisuke Ando

No puedo compartir la conclusión del Comité de que los hechos que concurren en el presente caso ponen de manifiesto violaciones por el Estado parte del párrafo

4 del artículo 9, así como del artículo 13, interpretado junto con el artículo 7.

En lo que respecta al artículo 13 del Pacto, el Comité afirma que "no sería apropiado que el Comité aceptara que, en el caso que se está examinando, existían "razones imperiosas de seguridad nacional" para eximir al Estado parte de la obligación que le impone ese artículo de proporcionar las garantías procesales en cuestión" (10.8). En opinión del Comité, el autor debió gozar de las garantías procesales estipuladas en el asunto *Suresh*, otro iraní en situación similar. Sin embargo, la razón por la que no se proporcionaron al autor las mismas garantías procesales es que, mientras que el Sr. Suresh aportó un principio de prueba del riesgo de tortura en caso de que volviera al Irán, no así el autor. Considerando que la aportación de ese principio de prueba es una condición necesaria para obtener protección procesal, la conclusión del Comité de que debió haberse proporcionado al autor la misma protección procesal equivale a afirmar que la carreta debe ponerse delante de los bueyes, lo que en mi opinión es insostenible lógicamente.

En lo que respecta al párrafo 4 del artículo 9, el Comité admite que una parte sustancial de la demora en las actuaciones procesales del presente caso es atribuible al propio autor, quien optó por impugnar la constitucionalidad del certificado de seguridad en lugar de acudir ante el Tribunal Federal a propósito de la "razonabilidad". No obstante, el propio Comité concluye que la vista sobre la razonabilidad se prolongó nueve meses y medio y que un período tan prolongado incumple el requisito del párrafo 4 del artículo 9 de que el Tribunal decida sobre la legalidad de la detención "a la brevedad posible" (10.3). No obstante, el procedimiento de la vista sobre la razonabilidad ante el Tribunal Federal impone una pesada carga al juez, que ha de asegurarse de que el autor está razonablemente informado de las alegaciones contra él con el fin de que pueda prepararse para replicar y pedir la comparecencia de testigos en caso necesario. Además, considerando que en el presente caso se trata de la expulsión de un extranjero debido a "razones imperiosas de seguridad nacional" y que el Tribunal tenía que evaluar diversos hechos y pruebas, el período de nueve meses y medio *no parece ser injustificadamente prolongado*. Cabe añadir que el Comité no aclara por qué no procede admitir que para el Estado parte existen "razones imperiosas de seguridad nacional" en el presente caso (10.8), ya que la existencia de tales razones depende fundamentalmente del juicio del Estado parte en cuestión, salvo si dicho juicio es manifiestamente arbitrario o infundado, lo que en mi opinión no sucede en el presente caso.

Voto particular de la Sra. Christine Chanet, miembro del Comité

Comparto la posición de base del Comité según la cual la detención administrativa por motivos de seguridad nacional no constituye de por sí detención arbitraria.

Sin embargo, para que tal detención no se pueda calificar de arbitraria se deben cumplir las demás

condiciones previstas en el artículo 9 del Pacto. De lo contrario, el Estado comete una violación de la primera frase del párrafo 1 del artículo 9, por cuanto no garantiza el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad personales.

El artículo 9 no es el único texto del Pacto que, a mi juicio, debe ser interpretado de esta manera.

Así, la ejecución de una mujer embarazada, violación flagrante del párrafo 5 del artículo 6, constituye un atentado contra el derecho a la vida previsto en el párrafo 1 del artículo 6.

Lo mismo sucede en el caso de una persona a la que se ejecuta en violación del párrafo 4 del artículo 6 del Pacto sin que haya podido ejercer su derecho a solicitar el indulto.

Este razonamiento es aplicable por analogía a los artículos del Pacto que enuncian de entrada un principio en el primer párrafo y definen luego en el cuerpo del artículo las condiciones que se imponen para garantizar el goce del correspondiente derecho (art. 10); estas adoptan la forma de actos positivos que el Estado debe facilitar, como, por ejemplo, el acceso a una instancia judicial, o de prohibición de un acto, como en el caso del párrafo 5 del artículo 6.

Por consiguiente, si una detenida no puede recurrir ante una instancia judicial sin demora según se prevé en el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto, significa que se ha ignorado la primera frase del párrafo 1 del artículo 9.

Voto particular (disidente) de Sir Nigel Rodley y de los Sres. Roman Wieruszewski e Ivan Shearer, miembros del Comité

No estamos de acuerdo con la constatación del Comité de que existe una violación del párrafo 4 del artículo 9. El Comité parece aceptar, si bien en unos términos que implican un cierto grado de incertidumbre, que los primeros cuatro años de detención del autor no suponen una violación del párrafo 4 del artículo 9, ya que fue el propio autor quien optó por no iniciar un procedimiento sobre la "razonabilidad" en espera de que se resolviera la cuestión de la inconstitucionalidad (párr. 10.4 *supra*). El Comité acepta que la vista sobre la "razonabilidad" cumple los requisitos del párrafo 4 del artículo 9. Por consiguiente, su constatación de que existe una violación se basa en el magro argumento de que la vista sobre la "razonabilidad" se prolongó nueve meses y medio y de que este hecho por sí solo supone una violación del derecho a una decisión judicial sobre la legalidad de la detención a la brevedad posible. No ofrece ninguna explicación del motivo por el que tal período constituyó una violación de esa disposición. Tampoco hay nada en el expediente que pudiera haber utilizado como fundamento. No hay ninguna prueba de que el procedimiento se prolongara indebidamente ni, de haber sido así, de a qué parte hay que atribuir la responsabilidad. En ausencia de tal información o de una explicación de otro tipo del razonamiento del Comité, no podemos sumarnos a su conclusión.

Comunicación N° 1069/2002

Presentada por: Ali Aqsar Bakhtiyari y Roqaiha Bakhtiyari (representados por Nicholas Poynder)

Presunta víctima: Los autores y sus cinco hijos, Almadar, Mentazer, Neqeina, Sameina y Amina Bakhtiyari

Estado parte: Australia

Fecha de aprobación del dictamen: 29 de octubre de 2003 (79° período de sesiones)

Asunto: Reclusión prolongada durante la tramitación de una solicitud de visado

Cuestiones de procedimiento: Solicitud de medidas provisionales de protección – Agotamiento de los recursos internos – Recurso eficaz – Carácter hipotético de la demanda – Falta de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Detención arbitraria – Imposibilidad de recurrir la detención por vía judicial – Protección del menor – Separación familiar – Deportación

Artículos del Pacto: 7; 9, párrafos 1 y 4; 17; 23, párrafo 1; y 24, párrafo 1

Artículos del Protocolo Facultativo y del reglamento: 2; y 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo; y artículo 86 del reglamento

Conclusión: Violación (artículos 9, párrafos 1 y 4; y 24, párrafo 1; y, posiblemente, artículos 17, párrafo 1; y 23, párrafo 1)

1.1 Los autores de la comunicación, inicialmente de fecha 25 de marzo de 2002, son el Sr. Ali Aqsar Bakhtiyari, presuntamente nacional del Afganistán y nacido el 1° de enero de 1957, su esposa, la Sra. Roqaiha Bakhtiyari, presuntamente nacional del Afganistán y nacida en 1968, y sus cinco hijos, Almadar Hoseen, Mentazer Medi, Neqeina Zahra, Sameina Zahra y Amina Zahra, todos presuntamente nacionales del Afganistán y nacidos en 1989, 1991, 1993, 1995 y 1998 respectivamente. En el momento de presentarse la comunicación, el Sr. Bakhtiyari residía en Sidney (Australia), mientras que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos se encontraban reclusos en el centro de detención de inmigrantes de Woomera, en Australia Meridional. Los autores afirman haber sido víctimas de violaciones por parte de Australia del artículo 7, los párrafos 1 y 4 del artículo 9, el artículo 17, el párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 1 del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Están representados por abogado.

1.2 El 27 de marzo de 2002 el Comité, por conducto de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones y en cumplimiento del artículo 86 de su reglamento, pidió al Estado parte que suspendiera la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos hasta que el Comité hubiera tenido la oportunidad de examinar las denuncias que estos habían presentado a tenor del Pacto, en caso de

que el Ministro de Inmigración adoptara una decisión negativa sobre su solicitud de octubre de 2001 en que le pedían que, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, les permitiera permanecer en Australia. A raíz de la decisión negativa del Ministro y de la notificación de que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos habían apelado ante el Tribunal Supremo de Australia, el 13 de mayo de 2002 el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones supeditó su solicitud de suspensión de la expulsión a una decisión negativa del Tribunal Supremo sobre la apelación.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 En marzo de 1998 el Sr. Bakhtiyari salió del Afganistán rumbo al Pakistán, donde posteriormente su esposa, sus cinco hijos y el hermano de la Sra. Bakhtiyari se reunieron con él. En lugar de hacer entrar ilegalmente en Alemania al Sr. Bakhtiyari como este creía, un traficante no identificado le hizo pasar ilegalmente por Indonesia a Australia, donde perdió contacto con su esposa, hijos y cuñado. El 22 de octubre de 1999 entró ilegalmente en Australia en una embarcación. A su llegada fue recluso en el centro de detención de inmigrantes de Port Hedland. El 29 de mayo de 2000 presentó una solicitud de visado de asilo. El 3 de agosto de 2000 se le concedió un visado de asilo por tener la nacionalidad afgana y pertenecer a la etnia hazara.

2.2 Sin que, según parece, lo supiera el Sr. Bakhtiyari, el mismo traficante también llevó posteriormente a la Sra. Bakhtiyari, a sus hijos y al hermano de esta a Australia, país en que entraron ilegalmente en una embarcación el 1° de enero de 2001, siendo trasladados al centro de detención de inmigrantes de Woomera. El 21 de febrero de 2001 solicitaron un visado de asilo, que fue denegado por un delegado del Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas ("el Ministro") el 22 de mayo de 2001, basándose en que el análisis lingüístico llevado a cabo hacía pensar que la Sra. Bakhtiyari era pakistaní y no afgana, como ella afirmaba, y en que no supo dar respuestas satisfactorias a diversas preguntas sobre el Afganistán. El 26 de julio de 2001 el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio ("RRT") desestimó la solicitud de los autores de que se revisara la denegación del visado. Este tribunal aceptó el hecho de que la Sra. Bakhtiyari perteneciera a la etnia hazara, pero no quedó convencido de que tuviera nacionalidad afgana, habida

cuenta de su "poca credibilidad" y de sus declaraciones "inverosímiles" y "contradictorias".

2.3 Algún tiempo después de julio de 2001, un recluso de la etnia hazara que había sido puesto en libertad del centro de detención de Woomera contó al Sr. Bakhtiyari que su esposa e hijos estaban en Australia recluidos en Woomera. El 6 de agosto de 2001 el Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas ("el Departamento"), siguiendo el procedimiento habitual vigente cuando no prospera una apelación ante el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio, evaluó el caso a la luz de las directrices del Ministerio sobre el interés público¹ conforme a las cuales se examinan las obligaciones internacionales, en particular las previstas en el Pacto. Se decidió que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no cumplían los requisitos establecidos en esas directrices. En octubre de 2001 la Sra. Bakhtiyari solicitó al Ministro de Inmigración que, en el ejercicio de las facultades discrecionales que le confería el artículo 417 de la Ley de migración y en aras del interés público, reemplazara la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio por una decisión más favorable, basándose en que eran miembros de la familia del Sr. Bakhtiyari.

2.4 En un incidente ampliamente divulgado acaecido el 26 de enero de 2002, el hermano de la Sra. Bakhtiyari se autolesionó deliberadamente en el centro de Woomera para atraer la atención sobre la situación de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos. El 25 de marzo de 2002 se presentó esta comunicación ante el Comité de Derechos Humanos.

2.5 El 2 de abril de 2002 el Ministro rehusó ejercer sus facultades discrecionales en favor de la Sra. Bakhtiyari. El 8 de abril de 2002 se presentó una solicitud ante el Tribunal Supremo de Australia en el marco de sus competencias constitucionales originales de revisar las decisiones de los funcionarios públicos. En la solicitud se impugnaban: i) la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio, aduciendo que este debería haber tenido en cuenta el hecho de que el Sr. Bakhtiyari tenía un visado de asilo; y ii) la decisión del Ministro adoptada a tenor del artículo 417 de la Ley de migración. En la solicitud se pedía que el Ministro concediera un visado a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos, dado que ya le había sido concedido al Sr. Bakhtiyari.

2.6 El 12 de abril de 2002, habiendo sido informado de que el Sr. Bakhtiyari no era agricultor afgano, como él había sostenido, sino fontanero y electricista, y que

¹ En estas directrices, facilitadas por los autores, se dice que pueden plantearse cuestiones de "interés público" en varias circunstancias como, por ejemplo, cuando es posible que surjan amenazas importantes para la seguridad de las personas, los derechos humanos o la dignidad humana al regresar al país de origen, o cuando existe una situación que puede conducir al examen de las obligaciones contraídas por el Estado parte con arreglo al Pacto, la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, o cuando la legislación ha tenido consecuencias no deseadas pero especialmente injustas o irrazonables.

provenía de Quetta (Pakistán), el Departamento le comunicó que se iba a examinar la anulación de su visado y le brindó la posibilidad de formular observaciones sobre los motivos aducidos. El 26 de abril de 2002 la Sra. Bakhtiyari volvió a presentar al Ministro una solicitud en virtud del artículo 417 de la Ley de migración, pero fue informada de que normalmente no se sometían esas cuestiones al Ministro mientras el asunto estuviera *sub judice*.

2.7 El 11 de junio de 2002 el Tribunal Supremo dictó una orden provisional en relación con la solicitud de la Sra. Bakhtiyari y sus hijos por considerar que se había presentado un caso con fundamento. El 27 de junio de 2002 unos 30 reclusos, entre los que se encontraban los hijos mayores de la Sra. Bakhtiyari, Almadar y Mentazer, se fugaron del centro de Woomera. El 16 de julio de 2002 la Sra. Bakhtiyari volvió a presentar al Ministro una solicitud en virtud del artículo 417 de la Ley de migración, pero fue informada una vez más de que normalmente no se sometían esas cuestiones al ministro mientras el asunto estuviera *sub judice*. El 18 de julio de 2002 los dos muchachos que se habían fugado se entregaron en el Consulado del Reino Unido en Melbourne (Australia) y solicitaron asilo. Su solicitud fue denegada y se los devolvió al centro de Woomera.

2.8 El 2 de agosto de 2002 se presentó una solicitud ante el Tribunal de Familia de Adelaida en nombre de Almadar y Montazer, en el sentido de que se ordenara al Ministro, en virtud del artículo 67ZC de la Ley de familia de 1975², que pusiera en libertad a los muchachos y que fueran reconocidos por un psicólogo.

2.9 El 30 de agosto de 2002, a raíz de que el Sr. Bakhtiyari iniciara actuaciones judiciales para obligar al Departamento a que le facilitaran los detalles del presunto fraude que había cometido en relación con el visado, el Departamento le comunicó que había obtenido información adicional sobre su identidad y nacionalidad, incluida una solicitud presentada por él en 1975 de documentos de identidad pakistaníes, y documentos de 1973 y 1982 para inscribir a su familia en el registro, en los que figuraban su lugar de nacimiento, su ciudadanía y su residencia permanente como pakistaní. En la carta también se hacía referencia a artículos de prensa de investigación publicados en los periódicos australianos de mayor tirada y escritos por periodistas que no pudieron encontrar a nadie de la región afgana de la que el autor afirmaba provenir que le conociera, ni ninguna otra prueba de que hubiera vivido allí. El 20 de septiembre de 2002 el Sr. Bakhtiyari respondió a esas cuestiones.

² En el artículo 67ZC se estipula lo siguiente:

"1) Además de la jurisdicción que la presente Sección confiere a un tribunal en relación con los niños, este también tiene jurisdicción para dictar órdenes relativas al bienestar de los mismos.

2) Al decidir si dictará una orden relativa a un niño a tenor del párrafo 1) del presente artículo, el tribunal debe tener presente que el interés superior del niño es la consideración primordial."

2.10 El 9 de octubre de 2002 el Tribunal de Familia (Juez Dawe) rechazó la solicitud que se le había presentado por considerar que carecía de competencia para dictar órdenes respecto de niños recluidos en centros de inmigración. El 5 de diciembre de 2002 se anuló el visado de asilo del Sr. Bakhtiyari, que fue recluido en el centro de detención de inmigrantes de Villawood, Sydney. El mismo día presentó una solicitud de revisión de esta decisión ante el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio, así como una solicitud de visado transitorio ante el Departamento para que lo pusieran en libertad en espera de la resolución del proceso incoado ante dicho Tribunal. El 9 de diciembre de 2002 un delegado del Ministro denegó la solicitud de visado transitorio. El 18 diciembre de 2002 el Tribunal de Revisión de Migración ratificó la decisión de denegar dicho visado.

2.11 Tras los daños sufridos por el centro de Woomera a principios de enero de 2003, la Sra. Bakhtiyari y sus hijos fueron trasladados al recién estrenado centro de detención de inmigrantes de Baxter, cerca de Port Augusta. Después de rechazarse las impugnaciones presentadas contra su traslado ante el Tribunal Federal, el 13 enero de 2003 el Sr. Bakhtiyari fue trasladado de Villawood al centro de Baxter para que pudiera reunirse con su mujer y sus hijos.

2.12 El 4 de febrero de 2003, el Tribunal Supremo, por mayoría de cinco magistrados contra dos, denegó la solicitud de visado de asilo presentada por la Sra. Bakhtiyari y sus hijos, basándose en la situación jurídica del Sr. Bakhtiyari. El Tribunal concluyó que, como el Ministro no estaba obligado a tomar una nueva decisión, no serviría de nada anular la que ya había adoptado; en cualquier caso, esa decisión no era ilegal, inapropiada ni constituía un error jurisdiccional. De la misma manera, la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio sobre su apelación no constituía un error jurisdiccional.

2.13 El 4 de marzo de 2003 el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio confirmó la decisión de anulación del visado de asilo del Sr. Bakhtiyari. El 22 de mayo de 2003 el Tribunal Federal (Juez Selway) desestimó la solicitud de revisión judicial de la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio presentada por el autor, si bien estimó que la conclusión a la que llegó este Tribunal podría ser recurrida a tenor de las pruebas aportadas. El autor presentó una apelación contra esta decisión ante el Pleno del Tribunal de Familia.

2.14 El 19 de junio de 2003 el Pleno del Tribunal de Familia decidió por mayoría que el Tribunal era competente para dictar órdenes contra el Ministro, incluso de puesta en libertad, si ello correspondía al interés superior del niño. Por consiguiente, se señaló el caso para su vista con carácter urgente respecto de las órdenes que serían apropiadas en las circunstancias concretas de los niños. El 8 de julio de 2003 el Pleno del Tribunal de Familia autorizó al Ministro a apelar ante el Tribunal Supremo, pero desestimó su solicitud de que se suspendiera la orden de celebrar una nueva vista con carácter urgente. El 5 de agosto de 2003 el Tribunal de Familia (Juez Strickland) desestimó una solicitud de

amparo interlocutorio a efectos de que se pusiera en libertad a los niños antes de que se examinara la cuestión de determinar las órdenes finales que corresponderían al interés superior de los mismos. El 25 de agosto de 2003 el Pleno del Tribunal de Familia admitió un recurso y ordenó la puesta en libertad de los niños en espera de que se llegara a una decisión definitiva respecto de la solicitud. La orden se cumplió el mismo día y desde entonces los niños residen en Adelaida con tutores.

2.15 El 30 de septiembre y el 1º de octubre de 2003 el Tribunal Supremo examinó la apelación del Ministro contra la decisión del Pleno del Tribunal de Familia de declararse competente para dictar órdenes relativas al bienestar de los niños recluidos en centros de inmigración. El Tribunal se reservó su decisión.

La denuncia

3.1 Los autores afirman que el Estado parte ha incumplido efectiva o potencialmente el artículo 7. Sostienen que, como se puso de manifiesto que el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio había cometido un error al concluir que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no eran nacionales del Afganistán, serían enviados a ese país si fueran devueltos al Pakistán. En el Afganistán temen ser víctimas de torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Invocan la Observación general N° 20 del Comité sobre el artículo 7, así como la jurisprudencia del Comité³ al afirmar que el Estado parte sería responsable del incumplimiento del artículo 7 si, como consecuencia necesaria y previsible de la expulsión, directa o indirecta, de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos al Afganistán, estos fueran víctimas de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

3.2 Los autores afirman que la reclusión prolongada de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos es contraria a lo dispuesto en los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del Pacto. Indican que, en virtud del párrafo 1 del artículo 189 de la Ley de migración, se debe detener a su llegada a las personas que no son nacionales (como los autores) y se encuentran en situación ilegal. No se les puede poner en libertad salvo que se les expulse o conceda un permiso, y no está prevista la revisión administrativa o judicial de su reclusión. No se ha presentado ninguna justificación de su reclusión. En consecuencia, si se aplican los principios expuestos por el Comité en el caso *A. c. Australia*⁴ los autores consideran que su reclusión es contraria al Pacto y reclaman una indemnización adecuada.

3.3 Los autores afirman que la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos vulneraría el artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23. Comparan estas disposiciones con los artículos correspondientes (12 y 8) del Convenio

³ *A. R. J. c. Australia*, caso N° 692/1996, dictamen aprobado el 11 de agosto de 1997, y *T. c. Australia*, caso N° 706/1996, dictamen aprobado el 4 de noviembre de 1997.

⁴ Caso N° 506/1993, dictamen aprobado el 4 de marzo de 1993.

Europeo de Derechos Humanos y consideran que los derechos del Pacto deben expresarse de manera más clara y menos restrictiva. En consecuencia, el derecho del individuo al respeto de la vida familiar prevalece sobre cualquier derecho de injerencia del Estado y, por consiguiente, el "ejercicio de equilibrio" y el "margen de apreciación" característicos de las decisiones de los órganos europeos tendrán menos importancia en los asuntos planteados con arreglo al Pacto. En este contexto, los autores invitan al Comité a adoptar el planteamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de ser restrictivos con los que intentan entrar en un Estado para formar una familia, pero más flexibles con los que no son ciudadanos y son miembros de familias que ya se encuentran en ese Estado⁵.

3.4 Conforme al Pacto, la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos, que los separaría del Sr. Bakhtiyari, equivale a una injerencia en la familia. Aunque esta injerencia es legal, también debería ser razonable, según la Observación general N° 16 del Comité sobre el artículo 17, en las circunstancias particulares del caso. En opinión de los autores, enviar a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos al Afganistán mientras que el Sr. Bakhtiyari, de la etnia hazara, no puede volver con seguridad a ese país debido a la actual situación de incertidumbre, resultaría arbitrario.

3.5 Por último, los autores sostienen que se ha violado lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 24, que debería interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño. No se ha justificado en absoluto la reclusión prolongada de los niños, lo que vulnera "claramente" el artículo 24. No se ha examinado si el hecho de haber pasado más de un año en un centro de reclusión aislado era mejor para ellos que haber sido puestos en libertad; la reclusión ha sido una medida de primera, y no de última, instancia. No se puede aceptar la respuesta de que se ha atendido el interés superior de los niños al enviarlos al centro en que se encontraba la Sra. Bakhtiyari, ya que tampoco se ha justificado la reclusión prolongada de esta, y no existen motivos que podrían haber impedido ponerla en libertad con sus hijos en espera de que concluyeran las actuaciones pendientes sobre sus solicitudes de asilo. En cualquier caso, en el momento en que se supo que se había concedido un permiso al Sr. Bakhtiyari y que este residía en Sidney, se le debían haber entregado sus hijos.

3.6 En cuanto a las cuestiones de admisibilidad, los autores observan que, aunque la Sra. Bakhtiyari y sus hijos podrían haber solicitado ante el Tribunal Federal la revisión judicial de la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio por la que se confirmaba la denegación del visado de asilo, no lo hicieron porque no existía ningún error de derecho manifiesto que pudiera

⁵ Los autores se remiten a Lambert, H.: "The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion", (1999) 11 (3) *International Journal of Refugee Law* 427.

haber justificado la anulación de la decisión de ese tribunal, con lo que esa solicitud se habría presentado en vano. La decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio se basó en un error de hecho, a saber, que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no eran nacionales afganos. Según los autores, este era un dato manifiestamente erróneo, ya que el Sr. Bakhtiyari, cosa que desconocía ese tribunal, había probado a las autoridades de inmigración del Estado parte que en el momento de solicitar el visado de asilo *tenía* la nacionalidad afgana y, por lo tanto, derecho al asilo. No obstante, la legislación del Estado parte establece claramente que los errores de hecho no son revisables en los tribunales⁶. En cualquier caso, el error de hecho solo salió a la luz tras la expiración del plazo no prorrogable de 28 días para la presentación de solicitudes ante el Tribunal Federal.

3.7. Los autores sostienen que se podría haber presentado una solicitud ante el Tribunal Supremo en el marco de sus competencias originales de revisión de las decisiones de los funcionarios públicos, pero las perspectivas de éxito de esos procedimientos desaparecieron con la entrada en vigor, el 27 de septiembre de 2001, de la Ley de 2001 por la que se modifica la Ley de migración (revisión judicial) y en la que se dispone que las decisiones del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio son definitivas y firmes, y no pueden ser impugnadas, revisadas, anuladas, cuestionadas, ni se puede recurrir contra ellas, en otros tribunales. (Sobre esta cuestión, en una exposición posterior de 9 de abril de 2002, el abogado de los autores afirmó que desconocía el reconocimiento por el Tribunal Supremo de la existencia de un caso defendible, que de hecho se presentó más adelante tras recibirse asesoramiento jurídico adicional de otras fuentes. En vista de la falta de precedentes de la solicitud, existían "dudas considerables" en aquel momento sobre sus posibilidades de éxito.) Por otra parte, no se puede impugnar ni revisar en ningún tribunal la negativa del Ministro a ejercer sus facultades discrecionales en virtud del artículo 417 de la Ley de migración.

3.8 Los autores afirman que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

Solicitud ulterior de medidas cautelares de protección

4.1 El 8 de mayo de 2002 los autores proporcionaron al Comité un informe de un psicólogo, fechado el 2 de diciembre de 2001, un informe del Departamento de Servicios Humanos del Gobierno de Australia Meridional, de 23 de enero de 2002, y un informe de un monitor de jóvenes de la administración penitenciaria de Australia fechado el 24 de enero de 2002. En esos informes se determinaba que la detención provocaba una profunda depresión en los niños y en los dos muchachos, Almadar y Mentazer. Se decía que se habían autolesionado en varias ocasiones, por ejemplo que los dos

⁶ *Waterford c. el Commonwealth* (1987) 163 CLR 54.

muchachos se cosieron los labios (Almadar en dos ocasiones), se hicieron cortes en los brazos (Almadar se grabó con un cuchillo la palabra "libertad" en el antebrazo), que habían dejado de comer, que su comportamiento era imprevisible y que sus dibujos reflejaban problemas emocionales. Además, los niños vieron que la Sra. Bakhtiyari se había cosido los labios. Debido a estas circunstancias, el Departamento de Servicios Humanos recomendó encarecidamente que se evaluase la situación de la Sra. Bakhtiyari y de los niños *fuera* del centro de Woomera.

4.2 El 13 de mayo de 2002 el Comité, por conducto de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, pidió al Estado parte, en cumplimiento del artículo 86 de su reglamento, que le informase en un plazo de 30 días acerca de las medidas que hubiera adoptado atendiendo a las evaluaciones realizadas por instituciones especializadas del propio Estado parte en las que se determinó que, debido a las lesiones que al menos dos de los niños se habían infligido, se debía evaluar la situación de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos fuera del centro de detención de Woomera para garantizar que no se repitieran actos de ese tipo.

4.3 En su comunicación de 18 de junio de 2002 el Estado parte respondió a la petición del Comité, indicando que se llevaba a cabo un seguimiento puntual de la familia y que existían planes de atención individualizada y de gestión del caso que se revisaban periódicamente. El Estado parte señalaba que la calidad de la atención médica del centro Woomera era "muy alta", que comprendía continuos reconocimientos efectuados por un médico generalista y por enfermeros, entre ellos uno especializado en psiquiatría, y que se disponía también de psicólogos, asesores, dentistas y un oculista. Existían varios servicios recreativos y educativos para el mantenimiento de la salud mental y el fomento del desarrollo individual.

4.4 Por lo que se refiere a la cuestión de la puesta en libertad, el Estado parte no consideraba que esa medida fuese apropiada. Se estaba examinando detalladamente la situación de la familia, y el Ministro y el Departamento conocían sus circunstancias. El Estado parte señaló que, de acuerdo con sus procedimientos, no estaba obligado a conceder protección a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos. Además, el Ministro examinó personalmente el caso teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, las obligaciones del Estado parte en virtud del Pacto y decidió que sustituir la decisión por otra más favorable no sería conforme al interés público. Además, dado que se estaba considerando la anulación del visado del Sr. Bakhtiyari por presunto fraude, no se consideraba conveniente poner en libertad a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos en ese momento.

4.5 Mediante carta de 8 de julio de 2002, los autores respondieron a las observaciones del Estado parte a la petición del Comité y pusieron en tela de juicio que la calidad de la asistencia médica proporcionada fuera la que sostenía el Estado parte. Se hacía referencia a las pruebas aportadas a la investigación nacional sobre la situación de los niños en los centros de detención de

emigrantes que realizaba en aquel momento la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, en la que varios departamentos estatales criticaban abiertamente la preparación del personal y la calidad de los servicios sanitarios, entre ellos los de salud mental, las necesidades de desarrollo, la higiene dental y la nutrición. Se criticó también la prestación de servicios de enseñanza, de preescolar en adelante, que eran muy inferiores a los que se proporcionaban a los niños australianos, así como el escaso acceso a los programas de esparcimiento⁷.

4.6 En lo que respecta al argumento del Estado parte de que no se debía poner en libertad a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos dado que se había determinado que no existía obligación de concederles protección, los autores señalaron que el requisito de no detener arbitrariamente a una persona no dependía de la existencia de la obligación de proporcionar protección, sino, más bien, de que existiesen motivos de peso que justificasen la detención. En cualquier caso, seguían adelante los procedimientos judiciales para impugnar la decisión de no conceder un visado de asilo. Además, el principio de unidad familiar exigía que los autores, en tanto que personas a cargo del Sr. Bakhtiyari, a quien se había concedido un visado de asilo, fuesen puestos en libertad para estar con él. Por lo que se refiere a la medida de anular el visado del Sr. Bakhtiyari basándose en las alegaciones de que era del Pakistán y en los resultados de un análisis lingüístico del dialecto, el abogado indicó que el Estado parte había rechazado las solicitudes que había presentado en repetidas ocasiones para consultar las alegaciones y el análisis y que se estaba intentando reunir esa información por vía judicial. Además, el análisis lingüístico efectuado por el especialista que había contratado el Sr. Bakhtiyari y las declaraciones de personas que lo conocieron en el Afganistán confirmaban su declaración inicial.

4.7 En su carta de 12 de septiembre de 2002, los autores presentaron al Comité un informe de evaluación fechado el 9 de agosto de 2002 del Departamento de Servicios Humanos (servicios para la familia y la juventud). Dicha evaluación había sido solicitada por el Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas a fin de determinar las mejores condiciones de vida para la familia. En el informe se recomendaba, entre otras cosas, que se dejara en libertad a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos para evitar mayores daños sociales y emocionales a los niños, especialmente a los muchachos. Lo mejor sería que se realizase mediante la concesión de un visado provisional, aunque el traslado de toda la familia a una vivienda mejoraría también su situación. En caso de que la familia debiese permanecer en reclusión, se la debería trasladar al Centro de Villawood, en Sydney, para que estuviera más cerca del Sr. Bakhtiyari. Además, se deberían prestar más y mejores servicios sanitarios, educativos y recreativos, y aumentar la atención para proteger y defender a los

⁷ Se pueden consultar estas comunicaciones en Internet en la siguiente dirección: www.hreoc.gov.au/human_rights/children_detention/index.html.

niños de situaciones peligrosas y traumáticas en el centro. Este informe se presentó a la Cámara de Representantes de Australia Meridional, y el Primer Ministro pidió al Gobierno federal que respondiese y actuase de acuerdo con las recomendaciones.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

5.1 En su comunicación de 7 de octubre de 2002, el Estado parte impugna la admisibilidad y el fondo de la comunicación. En primer lugar, aduce que debe desestimarse toda la comunicación por no haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna, puesto que en ese momento la acción judicial emprendida por los autores ante el Tribunal Supremo, que podría haberles otorgado plena reparación, seguía pendiente de decisión. Además, por lo que se refiere al artículo 9, el Estado parte señala que el medio para que pudiera verificarse judicialmente la legalidad de cualquier detención, administrativa o de otro tipo, habría sido un procedimiento de hábeas corpus de conformidad con la Ley de la Constitución de 1901.

5.2 Por lo que se refiere a las denuncias en relación con el artículo 7, el Estado parte aduce que este aspecto de la comunicación debería declararse inadmisibles por fundamentación insuficiente. Los autores afirman simplemente, sin ninguna explicación, que si fuesen deportados al Pakistán serían enviados desde allí al Afganistán y correrían el riesgo de ser sometidos a tratos contrarios a lo previsto en el artículo 7.

5.3 En primer lugar, el Estado parte señala que tanto la persona encargada de tomar la decisión en primera instancia como el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio (RRT) llegaron a la conclusión de que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no eran del Afganistán. Dicha persona señaló que la Sra. Bakhtiyari no sabía cuál era la moneda del Afganistán, ni conocía ninguna de las principales ciudades o aldeas que se encontraban cerca de la suya, ni los nombres de las provincias que rodeaban a su aldea o por las que había pasado al salir del país, ni podía decir el nombre de un río o una montaña que se encontrase cerca de su aldea. A la hora de establecer las conclusiones desfavorables relativas a la veracidad de lo expuesto por la Sra. Bakhtiyari, el encargado de adoptar la decisión tuvo explícitamente en cuenta la edad, el nivel de educación, el género y la experiencia vital para determinar los conocimientos que, de manera razonable, cabía esperar de esa persona, y tuvo en cuenta las limitaciones a las que se vio expuesta en tanto que mujer en un país musulmán. El RRT señaló también, entre otras cuestiones, que, según los resultados de los análisis idiomáticos, la Sra. Bakhtiyari tenía un claro acento pakistaní, desconocía cuál era la moneda afgana y los años del calendario afgano en que habían nacido sus hijos. Aunque no pudo proporcionar ninguna información sobre la ruta seguida desde el Afganistán a la persona encargada en primera instancia de adoptar la decisión, cuando su reclamación llegó al RRT su situación había, en palabras del RRT, "evolucionado considerablemente" y el tribunal

consideró que era evidente que se había preparado durante los meses transcurridos.

5.4 El Estado parte invita al Comité a que siga el planteamiento de fraude en la nacionalidad que adoptó en el caso *J. M. c. Jamaica*⁸ en el que el Estado parte, en respuesta a una denuncia por denegación de pasaporte, presentó información que demostraba que el autor nunca había tenido ni la nacionalidad ni un pasaporte de Jamaica; además, el autor era incapaz de proporcionar la mínima información básica sobre ese país, a pesar de sostener que había vivido allí antes de perder su pasaporte. En consecuencia, el Comité determinó que el autor no había sido capaz de demostrar que era ciudadano de Jamaica y, por lo tanto, no había podido probar sus denuncias de violación del Pacto. En el presente caso, las dos instituciones encargadas de adoptar una decisión dictaminaron que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no eran de nacionalidad afgana, y los autores no han presentado ninguna otra prueba que demuestre lo contrario; por lo tanto, no hay base para la alegación de que serían enviados al Afganistán si se los expulsara al Pakistán.

5.5 En segundo lugar, aun suponiendo que fueran afganos, no han probado, a efectos de la admisibilidad, que correrían el riesgo de ser sometidos a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La responsabilidad de demostrar ese riesgo recae sobre los autores. El Estado parte señala que el ACNUR calcula que entre el 70 y el 80% del territorio del Afganistán es seguro para los repatriados, y nada hace pensar que la familia Bakhtiyari no se instalaría en esas zonas seguras. El ACNUR confirma también que se ha producido un cambio sustancial y positivo en la situación de los hazaras y que la discriminación contra ellos ha disminuido significativamente. En consecuencia, las denuncias en relación con el artículo 7 no se han fundamentado de manera suficiente.

5.6 Por otro lado, el Estado parte aduce que las denuncias relativas al artículo 7 deben ser desestimadas al no haberse revelado una "injusticia real". Por ejemplo, en el caso *A. R. S. c. el Canadá*⁹ el Comité decidió que una comunicación era inadmisibles a tenor de los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo porque era simplemente hipotética. En el presente caso, dado que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos habían iniciado acciones judiciales ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal de Familia, no se había considerado la posibilidad de expulsarlos de Australia ni, en caso de que tal cosa ocurriera, se había determinado el país al que serían expulsados. Estas cuestiones se decidirán cuando terminen los procedimientos judiciales en curso. Por lo tanto, las alegaciones relativas al regreso al Afganistán y el consiguiente incumplimiento de las disposiciones del artículo 7 son hipotéticas e inadmisibles.

⁸ Caso N° 165/1984, decisión adoptada el 26 de marzo de 1986.

⁹ Caso N° 91/1981, decisión adoptada el 28 de octubre de 1981.

5.7 Por lo que respecta al fondo de la comunicación, el Estado parte aduce que no se ha puesto de manifiesto ninguna violación del Pacto. En cuanto a las denuncias en relación con el artículo 7, el Estado parte hace referencia a sus argumentos sobre la admisibilidad de esta denuncia y señala que, habiéndose comprobado que no son de nacionalidad afgana, no existen pruebas de que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos serían enviados al Afganistán desde el Pakistán, ni mucho menos de que corran el riesgo, como consecuencia necesaria y previsible, de ser sometidos en aquel país a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

5.8 Tratándose de la denuncia en virtud del párrafo 1 del artículo 9, el Estado parte considera que la detención es en todas circunstancias razonable y sigue estando justificada, dada la situación especial de la familia. La Sra. Bakhtiyari y sus hijos llegaron al país ilegalmente y tenían que ser detenidos de conformidad con la Ley de migración. Era conveniente que los niños permaneciesen con su madre en el centro de detención, en lugar de ser alojados en otros centros de acogida. El objetivo de la detención de las personas que llegan ilegalmente al país es garantizar que se puedan tramitar las solicitudes de asilo y efectuar los controles necesarios de identidad, seguridad, conducta y salud, así como llevar a cabo la expulsión en caso de que se rechacen las solicitudes de asilo. Estos objetivos reflejan el derecho soberano del Estado parte de acuerdo con el derecho internacional a reglamentar la admisión de extranjeros y, consecuentemente, la detención no es injusta, inadecuada ni improcedente; por el contrario, guarda proporción con los objetivos señalados.

5.9 El Estado parte subraya que se proporciona a los detenidos asesoramiento jurídico gratuito para solicitar los visados de asilo y que se han invertido recursos considerables a fin de que la tramitación de las solicitudes sea más rápida y, en consecuencia, el período de reclusión más corto. En el presente caso, las solicitudes se tramitaron rápidamente: la de la Sra. Bakhtiyari, efectuada el 21 de febrero de 2001, fue rechazada el 22 de mayo de 2001 por la persona encargada de tomar la decisión en primera instancia. El 26 de julio de 2001 se informó a la interesada de la decisión del RRT sobre su recurso. Acto seguido, el Ministro desestimó su solicitud de una medida discrecional de conformidad con el artículo 417 de la Ley de migración. En la situación actual esa ley exige que la Sra. Bakhtiyari sea expulsada tan pronto como sea "razonablemente factible". Sin embargo, dado que los autores presentaron una solicitud al Ministro y posteriormente emprendieron acciones judiciales, se han aplazado las medidas habituales relativas a la expulsión hasta que se adopte una decisión.

5.10 El Estado parte rechaza la alegación de que los niños deberían haber sido puestos en libertad y bajo la tutela de su padre. En el momento de la presentación de las comunicaciones el visado del padre podía ser anulado por fraude, concretamente porque él era también de nacionalidad pakistaní, y el Departamento estaba estudiando su respuesta a la información incriminatoria. La anulación del visado conllevaría su

detención en un centro de inmigrantes, y, por lo tanto, no se consideraba conveniente que los hijos estuviesen bajo su tutela.

5.11 Por lo que se refiere a la denuncia en virtud del párrafo 4 del artículo 9, el Estado parte observa que el Comité dictaminó en el caso *A. c. Australia* que la detención arbitraria contraria a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 se debería poder probar ante un tribunal. Sin embargo, el Estado parte reitera su posición en respuesta al dictamen del Comité en el caso *A. c. Australia* de que en ninguna parte del Pacto se indica que la palabra "legal" signifique "legal conforme al derecho internacional" o "no arbitraria". Por lo demás, cuando en el Pacto se utilizan expresiones referidas a la legalidad se refieren claramente a la legislación nacional (arts. 9.1, 17.2, 18.3 y 22.2). Ni en las observaciones generales del Comité ni en los *travaux préparatoires* del Pacto se sugiere esa idea. Si la aplicación del párrafo 4 del artículo 9 debiera trascender la legislación nacional, los encargados de elaborar el Pacto no habrían tenido más que añadir la palabra "arbitraria" o la expresión "en incumplimiento del Pacto". Al menos se podría haber esperado que esa interpretación amplia quedase reflejada en el debate y las discusiones que precedieron al acuerdo sobre el texto, pero los *travaux* muestran que este principio "suscitó pocas observaciones". En el presente caso, la presentación de un recurso de hábeas corpus ante el Tribunal Supremo, que puede ser financiado por la asistencia jurídica, da a los autores el derecho a impugnar la legalidad de su detención, lo que es coherente con el párrafo 4 del artículo 9. Aunque no han hecho uso de este derecho, no se puede decir que se les haya negado el recurso al mismo.

5.12 Por lo que se refiere a las denuncias en relación con el artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23, el Estado parte aduce, en primer lugar, que las "injerencias" se refieren a actos que hayan dado lugar a la separación *inevitable* de la familia. A este respecto, el Estado parte considera que el voto particular de cuatro de los miembros del Comité en el caso *Winata c. Australia*¹⁰ que afirmaron que "no es evidente, ni mucho menos, que las acciones de un Estado parte que supongan cambios en la vida que la familia se ha forjado entrañen interferencia en la familia, cuando no hay ningún obstáculo a que se mantenga la unidad familiar", refleja correctamente la opinión imperante en el derecho internacional. En el caso que se está examinando, el Sr. Bakhtiyari es libre de abandonar el país con su esposa e hijos y, si es necesario, se le facilitarán los preparativos para el viaje. Si decide quedarse en el país, es una decisión que toma él, no el Estado parte. Por lo tanto, el Estado parte niega que en este caso, al aplicar sus leyes de inmigración, la unidad de la familia sea objeto de injerencias.

5.13 En cualquier caso, no toda injerencia es arbitraria. El Estado parte rechaza que su legislación sobre expulsión de ciudadanos que se encuentran en

¹⁰ Caso N° 930/2000, dictamen aprobado el 26 de julio de 2001.

situación ilegal se pueda calificar de arbitraria; de conformidad con el derecho internacional, los extranjeros no tienen derecho a entrar, vivir y desplazarse libremente en un país y no ser expulsados¹¹. Las leyes son razonables y se basan en principios válidos de política pública, coherentes con la posición del Estado parte en tanto que nación soberana que mantiene sus obligaciones internacionales, entre ellas las que dimanarían del Pacto. Las leyes son predecibles, puesto que se informa ampliamente sobre ellas, y se aplican de manera coherente y sin discriminación. Si estas leyes se aplican a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos, será mediante el efecto predecible y previsible, que se les ha explicado, de haber agotado los procedimientos disponibles de solicitud y recurso, que tienen debidamente en cuenta sus circunstancias individuales y las obligaciones de no devolución del Estado parte.

5.14 En lo que respecta al párrafo 1 del artículo 23, el Estado parte hace referencia al razonamiento de Nowak de que esta obligación requiere que el matrimonio y la familia sean considerados instituciones especiales en el derecho privado y protegidos contra la injerencia del Estado y de particulares¹². Existe todo un sistema federal de derecho de familia que se complementa mediante leyes que protegen rigurosamente al niño en los Estados y territorios y que están respaldadas por los departamentos, las dependencias especializadas y los servicios de policía de los Estados y territorios. Estas leyes se aplican a las personas que se encuentran en los centros de detención de inmigrantes (salvo en casos incompatibles con la legislación federal). El Estado ha elaborado programas y políticas para ayudar a las familias que se encuentren en esos centros de detención y ha formulado normas apropiadas para quienes prestan los servicios pertinentes. El personal médico, enfermeros, asesores y funcionarios de protección social prestan apoyo y ayuda a los padres en el cuidado de los hijos y en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales. Los organismos públicos de protección del niño proporcionan también a los padres formación apropiada para cuidar de los hijos. Por lo tanto, el Estado parte niega que no haya protegido a la familia en tanto que institución; ha puesto en práctica leyes, métodos y políticas para proteger y ayudar a las familias, en particular las que se encuentran en centros de detención de inmigrantes.

5.15 Refiriéndose a las alegaciones en relación con el párrafo 1 del artículo 24, el Estado parte, como cuestión previa, rechaza que esta disposición deba interpretarse de manera similar a la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité ha señalado que no tiene competencia para examinar denuncias de violaciones de

otros instrumentos internacionales¹³ y, por lo tanto, debería limitar su examen a las obligaciones que dimanarían del Pacto. En cualquier caso, es evidente que el párrafo 1 del artículo 24 es diferente a los derechos y obligaciones enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño y que, tal como señaló Nowak, es una obligación general garantizar la protección de todos los niños dentro de la jurisdicción del Estado parte¹⁴ ya sea mediante la prestación de apoyo a la familia o a los correspondientes centros privados para niños o mediante otras medidas. La obligación no es total y se extiende únicamente a las medidas de protección que requiere la condición del niño como menor.

5.16 El Estado parte sostiene que se ha cumplido esta obligación en lo que respecta a los hijos de la familia Bakhtiyari, y remite a la información sobre la calidad de los servicios médicos, educativos y recreativos que resumió en su respuesta a la petición del Comité de que presentara información en cumplimiento del artículo 86 de su reglamento¹⁵. Además, el personal de los centros de detención debe informar a las autoridades locales encargadas de la protección del niño de las situaciones en que consideren que un niño corre riesgo de sufrir daños; a este respecto, por lo que se refiere al centro de Woomera, el 6 de diciembre de 2001 se concertó un acuerdo entre el Departamento y el Departamento de Servicios Humanos de Australia Meridional.

5.17 En los centros de detención de inmigrantes, como en todo el Estado parte, la vigilancia de los hijos es responsabilidad de los padres, por lo que, aunque se pueden hacer formulaciones generales sobre los servicios y las instalaciones disponibles, normalmente no se mantienen registros de asistencia. No obstante, a raíz de la preocupación motivada por el bienestar de la familia Bakhtiyari, se pusieron en práctica medidas de protección especiales. Un funcionario se encargó específicamente de supervisar la participación de los niños en las actividades educativas y recreativas y trabajó junto con la Sra. Bakhtiyari para animarles a que participasen. Los registros indican que los dos hijos mayores asisten a la escuela con regularidad, utilizan las instalaciones informáticas, juegan al fútbol con frecuencia y asisten a las clases de educación física. Participan en las excursiones en grupo que se realizan a menudo, se divierten viendo la televisión y Muntazar ha enseñado con diligencia a otros niños a montar en bicicleta. Por lo que se refiere a los otros hijos de la familia, las niñas en edad escolar asisten a la escuela y participan en actividades de esparcimiento, entre ellas actividades de costura con su madre.

5.18 Debido a las preocupaciones de que era objeto la familia, el Departamento pidió a las autoridades locales encargadas de la protección del niño (bajo los auspicios del Departamento de Servicios Humanos de Australia Meridional) que realizase una evaluación de la misma

¹¹ C. Tiburcio: "The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law", *International Studies in Human Rights*, vol. 65 (Nijhoff, 2001), pág. 20.

¹² Nowak, M.: *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. (NP Engel, Kehl, 1993), pág. 402.

¹³ El Estado parte se refiere al caso N° 59/1979, *K. L. c. Dinamarca*, decisión adoptada el 26 de marzo de 1980.

¹⁴ Nowak, obra citada, pág. 426.

¹⁵ Véase el párrafo 4.3.

en el centro. La familia no cooperó en la evaluación realizada en agosto de 2002, y la Sra. Bakhtiyari no permitió que las autoridades hablasen con sus dos hijos mayores, lo que puso en peligro el resultado de la evaluación. Un psicólogo independiente llevó a cabo una evaluación durante los días 2 y 3 de septiembre de 2002 y formuló recomendaciones que el Departamento está examinando.

5.19 El Estado parte sostiene que se ha examinado la cuestión de si los niños deberían permanecer en el centro de detención. En octubre de 2001, cuando la Sra. Bakhtiyari presentó una solicitud al Ministro de conformidad con el artículo 417 de la Ley de migración, se sabía que el Sr. Bakhtiyari estaba en la comunidad. Sin embargo, se disponía también de información que sugería que podía haber incurrido en fraude en la obtención del visado. El Ministro tuvo en cuenta todos estos factores al tomar la decisión de no sustituir la decisión del RRT por otra más favorable. Puesto que en el momento de la comunicación del Estado parte se estaba examinando la anulación del visado del Sr. Bakhtiyari, hubiera sido impropio poner a los niños bajo su tutela.

5.20 El Estado parte observa, para terminar, que se han realizado esfuerzos para trasladar a la Sra. Bakhtiyari y a los niños a centros más confortables. En agosto de 2002 se les propuso el traslado al nuevo centro de Baxter, ya que habían declarado que el centro de Woomera estaba aislado y era demasiado duro para los niños. En el centro de Baxter existen instalaciones para las familias y una escuela creada a tal efecto en la que se imparte enseñanza de calidad. En el momento de la presentación de las comunicaciones, los interesados se habían negado a trasladarse a pesar de las prolongadas conversaciones mantenidas con el personal y prefirieron quedarse en el centro de Woomera. No obstante, la opción del traslado sigue abierta.

Comentarios de los autores sobre las observaciones del Estado parte

6.1 Por carta de 31 de marzo de 2003, los autores respondieron a la exposición del Estado parte, observando que, a partir de ese momento, habiendo denegado el Tribunal Supremo su solicitud, la Sra. Bakhtiyari y sus tres hijos más pequeños no tenían más opciones legales que les permitieran continuar en Australia y permanecerían detenidos hasta su expulsión. El fallo a favor de los dos hijos Almadar y Montazer dictado por el Tribunal de Familia podía tener como resultado su puesta en libertad. La única posibilidad que tenía el Sr. Bakhtiyari de permanecer en el Estado parte era que el Tribunal Federal revocara la confirmación por parte del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio de la anulación de su visado.

6.2 En respuesta a la comunicación del Estado parte, los autores sostienen que la detención del Sr. Bakhtiyari durante nueve meses hasta que se le concedió el visado violaba los párrafos 1 y 4 del artículo 9. El Sr. Bakhtiyari ha renunciado a presentar una exposición

sobre su actual detención en espera de la expulsión. En el momento en que presentaron los comentarios, la Sra. Bakhtiyari y sus hijos habían permanecido detenidos durante dos años y cuatro meses, lo que constituía una violación de los párrafos 1 y 4 del artículo 9 y del párrafo 1 del artículo 24. Un recurso de hábeas corpus no sería útil puesto que las detenciones eran, y son, legales con arreglo a la legislación del Estado parte y, por consiguiente, este recurso estaría condenado al fracaso. En lo que respecta a los niños, la próxima sentencia que dicte el Tribunal de Familia no resta valor a las denuncias de violaciones que han presentado hasta la fecha.

6.3 Los autores subrayan la "condena universal" de que son objeto los intentos del Estado parte de justificar la detención obligatoria en todas las llegadas no autorizadas¹⁶. No se ha ofrecido ninguna justificación de la prolongada detención de la Sra. Bakhtiyari y sus hijos, y la nacionalidad real o presunta de la familia no es pertinente en este asunto. El caso actual no es materialmente distinto del dictamen del Comité en *A. c. Australia* y *C. c. Australia*¹⁷; si acaso, la detención de varios niños hace que las violaciones sean más graves.

6.4 En la medida en que ahora se ha reunido a la familia en condiciones de detención pretendidamente ilegal, y siendo probable que cualquier expulsión afecte a toda la familia, ya no se mantiene la afirmación de que la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos violaría el artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23.

Exposiciones complementarias de las partes

7.1 El 7 de mayo de 2003 los autores presentaron al Comité una carta escrita el 28 de abril de 2003 por el Fiscal del Gobierno de Australia al Presidente del Tribunal de Familia, en la que informaba al Tribunal acerca de la evolución del caso. En particular, como la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no tenían ningún proceso pendiente, el Ministro se consideraba en la obligación, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 198 de la Ley de migración, de expulsarlos tan pronto como fuera "razonablemente factible" y se estaban haciendo gestiones encaminadas a obtener la documentación necesaria para la expulsión. Dado que el Sr. Bakhtiyari tenía pendientes una solicitud de revisión de la anulación de su visado, que se desestimó posteriormente, y una solicitud de un visado de asilo permanente, en la que no figuraban la Sra. Bakhtiyari ni sus hijos, la obligación de expulsarlo no había surgido todavía y la expulsión no era inminente.

7.2 Los autores consideraban que la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos en esas circunstancias representaba una violación de los artículos 7 y 17, del

¹⁶ Los autores se refieren a un informe de la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades "Those who've come across the seas: Detention of unauthorized arrivals", disponible en Internet en www.hreoc.gov.au/pdf/human_rights/asylum_seekers/h5_2_2.pdf.

¹⁷ Caso N° 900/1999, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2002.

párrafo 1 del artículo 23 y del artículo 24 del Pacto. Como consecuencia, el 8 de mayo de 2003, el Comité, por conducto de su Relator Especial, de conformidad con el artículo 86 de su reglamento, recordó y renovó la demanda formulada al Estado parte de que no expulsara a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos en espera de una decisión del Comité sobre el caso.

7.3 El 22 de julio de 2003, durante el 78º período de sesiones del Comité, el Estado parte presentó exposiciones adicionales, en las que informaba al Comité de que la Sra. Bakhtiyari y sus tres hijas residían a la sazón en el Complejo de Viviendas de Woomera, adaptado a las necesidades especiales de mujeres y niños. Se alojaban en una de ocho casas estándar del poblado de Woomera, que el Departamento consideraba como otro lugar de reclusión posible. La Sra. Bakhtiyari y sus tres hijas pueden salir de la casa siempre que vayan acompañadas por funcionarios penitenciarios. El Sr. Bakhtiyari y los dos hijos continúan en el Centro de Recepción de Inmigrantes de Baxter. Los hijos han superado la edad límite para ser trasladados al Complejo de Viviendas por razones de "sensibilidad cultural y seguridad". El Sr. Bakhtiyari está autorizado a visitar a su mujer y sus hijas en el Complejo de Viviendas dos veces a la semana.

7.4 Por carta de 8 de octubre de 2003, los autores respondieron a las exposiciones del Estado parte, poniendo al día al Comité sobre la evolución de las actuaciones en el Tribunal de Familia y el Tribunal Supremo, por lo que respecta a los niños, y en el Tribunal Federal, en lo tocante al Sr. Bakhtiyari. Afirmaron que, si se desestimaba la apelación ante el Tribunal Supremo, los niños volverían a ser reclusos. Señalaron que la Sra. Bakhtiyari sigue recluida, aunque en la actualidad se encuentra en el hospital de Adelaida esperando el nacimiento de un niño. El Sr. Bakhtiyari permaneció en el Centro de Baxter y quedaría separado de su mujer y sus hijos si se produjera la expulsión inminente de estos.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 En cuanto al argumento del Estado parte de que no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna, el Comité se refiere a su práctica de decidir la cuestión del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, en los casos impugnados, en el momento de examinar la comunicación, sobre todo porque una comunicación respecto de la cual se hubieran agotado los recursos de la jurisdicción interna después de ser presentada podría volverse a presentar inmediatamente al Comité si se declarara inadmisibile por esa razón. Sobre esa base, el Comité observa que las acciones ejercidas por la Sra. Bakhtiyari y sus hijos ante el

Tribunal Supremo han concluido entretanto de manera desfavorable para estos. En cuanto al recurso de hábeas corpus propuesto, el Comité observa, como ha hecho anteriormente, que puesto que la legislación del Estado parte establece la detención obligatoria para las llegadas ilegales, una solicitud de hábeas corpus solo permitiría comprobar si las personas poseen de hecho esa condición (no controvertida), en vez de verificar si la detención individual estaba justificada. Por consiguiente, no se ha demostrado que el recurso propuesto sea efectivo, a efectos del Protocolo Facultativo. En consecuencia, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo no excluye la posibilidad de que el Comité examine la comunicación.

8.3 En cuanto al argumento del Estado parte de que la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y sus hijos es hipotética y, por consiguiente, no existe un "motivo de queja real" a efectos del Protocolo Facultativo, el Comité observa que, aparte de cuál fuera la posición del Estado parte en el momento en que presentó su exposición, según la información más reciente el Estado parte se ve en la obligación de expulsar a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos tan pronto como sea "razonablemente factible" y está tomando medidas con tal fin. Por consiguiente, las denuncias basadas en la amenaza de expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos no son inadmisibles en base a su naturaleza hipotética.

8.4 Por lo que respecta a los argumentos de que, de ser expulsados al Afganistán, la Sra. Bakhtiyari y sus hijos temen ser sometidos a un trato contrario al artículo 7 del Pacto, el Comité observa que, como los autores no han sido expulsados de Australia, la cuestión que se le plantea al Comité es la de determinar si la ejecución de tal expulsión en la actualidad entrañaría un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 7 a consecuencia de la misma. El Comité observa, además, que, en las actuaciones realizadas hasta la fecha, las autoridades del Estado parte han determinado que, en realidad, los autores no proceden del Afganistán y que, por consiguiente, no corren el riesgo de ser devueltos a ese país por el Estado parte. Por otro lado, los autores no han demostrado que si regresaran a cualquier otro país, como, por ejemplo, el Pakistán, serían enviados al Afganistán, donde correrían el riesgo de ser tratados de manera contraria al artículo 7. Los autores tampoco han probado que incluso si regresaran al Afganistán, directa o indirectamente, harían frente, como una consecuencia necesaria y previsible, a un trato contrario al artículo 7. Por consiguiente, el Comité estima que la afirmación de que, si el Estado parte los devuelve en la actualidad, la Sra. Bakhtiyari y sus hijos se enfrentarían a un trato contrario al artículo 7 no se ha fundamentado lo suficiente ante el Comité, a efectos de admisibilidad, y es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.5 En cuanto a las denuncias de separación de la unidad familiar formuladas en virtud de los artículos 17 y 23, el Comité observa que, pese a que tales denuncias se retiraron suponiendo que una vez que se reuniera el

Sr. Bakhtiyari con su familia se tratarían conjuntamente, la información más reciente sugiere que el Estado parte está realizando gestiones para expulsar a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos, mientras prosiguen las actuaciones judiciales contra el Sr. Bakhtiyari. Por consiguiente, el Comité estima que estas denuncias son todavía pertinentes y considera que, tanto ellas como las denuncias restantes, están suficientemente fundamentadas a efectos de admisibilidad.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 En cuanto a las denuncias de detención arbitraria, contraria al párrafo 1 del artículo 9, el Comité recuerda su jurisprudencia de que, para evitar que se la califique de arbitraria, la detención no se debe prolongar más allá del período en relación con el cual el Estado parte pueda aportar una justificación adecuada¹⁸. En el presente caso, el Sr. Bakhtiyari llegó en barco, sin personas a su cargo, con dudas sobre su identidad y afirmando proceder de un Estado que sufría graves desórdenes internos. Habida cuenta de estos factores y del hecho de que se le concedió un visado de asilo y se le puso en libertad dos meses después de que hubiera presentado una solicitud (unos siete meses después de su llegada), el Comité no puede concluir que, pese a que la duración de su primera detención puede haber sido objetable, fuera también arbitraria y constituyera una violación del párrafo 1 del artículo 9. A la luz de esta conclusión, el Comité no necesita examinar la denuncia basada en el párrafo 4 del artículo 9 respecto al Sr. Bakhtiyari. El Comité señala que el segundo período de reclusión del Sr. Bakhtiyari, que continúa hasta la fecha desde que fue detenido el 5 de diciembre de 2002 para ser expulsado, puede suscitar cuestiones análogas a tenor del artículo 9, pero no expresa una nueva opinión al respecto al no haber presentado argumentos ninguna de las partes.

9.3 En cuanto a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos, el Comité observa que la primera ha permanecido detenida por las autoridades de inmigración durante dos años y diez meses y sigue privada de libertad, en tanto que sus hijos permanecieron detenidos por dichas autoridades durante dos años y ocho meses hasta ser puestos en libertad por orden provisional del Tribunal de Familia. Cualquiera que fuese la justificación de la detención inicial a efectos de determinar la identidad y otras cuestiones, en opinión del Comité, el Estado parte no ha demostrado que la detención estuviera justificada durante un período tan prolongado. Teniendo en cuenta, en particular, la composición de la familia Bakhtiyari, el Estado parte no ha demostrado que no hubiera medios menos drásticos de alcanzar el mismo objetivo, es decir, la aplicación de la política de inmigración del Estado

parte, como son la imposición de la obligación de presentarse a las autoridades competentes, el depósito de fianza u otras condiciones que tuviesen en cuenta las circunstancias particulares de la familia. Como consecuencia, la prolongación de la detención de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos por las autoridades de inmigración durante los períodos arriba mencionados, sin que hubiera una justificación adecuada, fue arbitraria y contraria al párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

9.4 En cuanto a la denuncia basada en el párrafo 4 del artículo 9 en relación a este período de detención, el Comité remite a su examen anterior de la admisibilidad en el presente documento y observa que la revisión judicial disponible para la Sra. Bakhtiyari se limitaría a una evaluación formal de la cuestión de si se trataba de un "extranjero" sin permiso de entrada. El Comité observa que los tribunales nacionales no tenían facultad discrecional de examinar la justificación de su detención en cuanto al fondo y considera que la imposibilidad de impugnar judicialmente una detención que era o había acabado siendo contraria al párrafo 1 del artículo 9 constituye una violación del párrafo 4 del artículo 9.

9.5 Respecto de los niños, el Comité observa que, hasta que el Pleno del Tribunal de Familia decidió el 19 de junio de 2003 que era competente, en virtud de la legislación sobre protección del niño, para ordenar que fueran puestos en libertad, dichos niños se encontraron en la misma situación que su madre y fueron víctimas de una violación de sus derechos a tenor del párrafo 4 del artículo 9 hasta ese momento y por las mismas razones. El Comité considera que la competencia de un tribunal para ordenar la puesta en libertad de un niño si estima que ello corresponde al interés superior del mismo, cosa que ocurrió posteriormente (aunque fuera con carácter provisional), constituye una revisión suficiente de la justificación sustantiva de la detención a los efectos de cumplir con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto. Por consiguiente, por lo que respecta a los niños, la violación del párrafo 4 del artículo 9 terminó cuando el Tribunal de Familia decidió que era competente para dictar tales órdenes.

9.6 En cuanto a la denuncia formulada en virtud del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23, el Comité observa que separar al cónyuge y a los hijos que llegan a un Estado del cónyuge que reside legalmente en el mismo Estado puede plantear cuestiones en virtud de los artículos 17 y 23 del Pacto. En el presente caso, sin embargo, el Estado parte sostiene que, en el momento en que la Sra. Bakhtiyari presentó su solicitud al Ministro con arreglo al artículo 417 de la Ley de migración, este ya disponía de información sobre el presunto fraude en el visado del Sr. Bakhtiyari. Dado que no está claro si se señaló a la atención de las autoridades del Estado parte la existencia de la relación antes de este momento, el Comité no puede considerar arbitrario que el Estado parte estimara improcedente reunir a la familia en esa fase. No obstante, el Comité observa que en la actualidad el Estado parte tiene la intención de expulsar a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos tan pronto como sea "razonablemente factible", mientras que por el momento no tiene planes de hacerlo por lo

¹⁸ *A. c. Australia y C. c. Australia, op. cit.*

que respecta al Sr. Bakhtiyari, que tiene pendientes actuaciones judiciales ante instancias nacionales. Teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, concretamente el número y la edad de los hijos, inclusive un recién nacido, las traumáticas experiencias de la Sra. Bakhtiyari y los niños durante su prolongada detención por las autoridades de inmigración en contravención del artículo 9 del Pacto, las dificultades a que harían frente la Sra. Bakhtiyari y sus hijos si fueran devueltos al Pakistán sin el Sr. Bakhtiyari y la falta de argumentos del Estado parte que justifiquen la expulsión en estas circunstancias, el Comité concluye que la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y sus hijos sin esperar el resultado definitivo de las actuaciones en que es parte el Sr. Bakhtiyari constituiría una injerencia arbitraria en la familia de los autores que violaría el párrafo 1 del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23 del Pacto.

9.7 Por lo que respecta a la denuncia basada en el artículo 24, el Comité considera que el principio de que en todas las decisiones que afectan al niño su interés superior ha de ser una consideración primordial forma parte integrante del derecho de cada niño a las medidas de protección que requiere, debido a su condición de menor, por parte de su familia, la sociedad y el Estado, según se exige en el párrafo 1 del artículo 24 del Pacto. El Comité observa en este caso que los niños han padecido efectos negativos demostrables, documentados y continuos de la detención de que han sido objeto, en particular los dos hijos mayores, hasta que fueron puestos en libertad el 25 de agosto de 2003, en circunstancias en que la detención era arbitraria y violaba el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto. A consecuencia de ello, el Comité considera que las medidas adoptadas por el Estado parte no estuvieron basadas en el interés superior de los niños hasta que el Pleno del Tribunal de Familia determinó que era competente en materia de protección del niño y, por tanto, pusieron de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto, es decir del derecho de los niños a estas medidas de protección que requiere su condición de menores, hasta la fecha mencionada.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación por Australia de los párrafos 1 y 4 del artículo 9, y del párrafo 1 del artículo

24, así como una posible violación del párrafo 1 del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 23 del Pacto.

11. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a garantizar a los autores un recurso efectivo. En lo que concierne a la violación de los párrafos 1 y 4 del artículo 9 con respecto a la Sra. Bakhtiyari, el Estado parte debe ponerla en libertad y pagarle una indemnización adecuada. Por lo que respecta a las violaciones de los artículos 9 y 24 de que fueron víctimas los niños en el pasado y que terminaron con su puesta en libertad el 25 de agosto de 2003, el Estado parte está obligado a pagarles una indemnización adecuada. El Estado parte también deberá abstenerse de expulsar a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos mientras el Sr. Bakhtiyari esté involucrado en procedimientos internos, ya que, si el Estado parte adoptara semejante medida, cometería una violación del párrafo 1 del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 23 del Pacto.

12. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide también al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

Voto particular (parcialmente disidente) del miembro del Comité Sir Nigel Rodley

Por las razones que expuse en mi voto particular en el caso *C. c. Australia* (caso N° 900/1999, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2002), estoy de acuerdo con la conclusión del Comité de que ha existido una violación del párrafo 1 del artículo 9, pero no con su conclusión de que se ha violado el párrafo 4 de dicho artículo.

Comunicación N° 1077/2002

Presentada por: Jaime Carpo, Oscar Ibao, Warlito Ibao y Roche Ibao (representados por Ricardo A. Sunga III)

Presunta víctima: Los autores

Estado parte: Filipinas

Fecha de aprobación del dictamen: 28 de marzo de 2003

Asunto: Imposición preceptiva de pena de muerte por asesinato

Cuestiones de procedimiento: Solicitud de medidas provisionales

Cuestiones de fondo: Asesinato como delito "sumamente grave" – Imposición preceptiva de la pena de muerte – Derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior

Artículos del Pacto: 6, párrafo 2; y 14, párrafo 5

Artículos del Protocolo Facultativo y del reglamento: artículo 86 del reglamento

Conclusión: Violación (artículo 6, párrafo 1)

1.1 Los autores de la comunicación, de fecha 6 de mayo de 2002, son el Sr. Jaime Carpo, sus hijos Oscar y Roche Ibao y su sobrino Warlito Ibao, todos ellos de nacionalidad filipina, detenidos en la prisión de New Bilibid, ciudad de Muntinlupa. Los autores declaran ser víctimas de la violación por parte de Filipinas del párrafo 2 del artículo 6 y del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. Están representados por abogado. El Pacto entró en vigor para el Estado parte el 23 de enero de 1987 y el Protocolo Facultativo lo hizo el 22 de noviembre de 1989.

1.2 El 14 de mayo de 2002, el Comité de Derechos Humanos, a través de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, pidió al Estado parte que, de conformidad con el artículo 86 de su reglamento, no aplicara la pena de muerte a los autores mientras el caso estuviera siendo examinado por el Comité.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 Antes de 1987 la pena de muerte existía en la legislación de Filipinas y numerosos delitos, entre ellos el asesinato, se castigaban con esa pena. El 2 de febrero de 1987 entró en vigor una nueva Constitución, aprobada por una "abrumadora mayoría" del pueblo filipino en un plebiscito, en cuyo apartado 1) del párrafo 19) del artículo 3 se abolía la pena de muerte en los siguientes términos:

"No se impondrán multas ejecutivas ni se aplicarán penas crueles, degradantes o inhumanas. Tampoco se impondrá la pena de muerte a menos que, por motivos imperiosos y en relación con delitos

odiosos, el Congreso así lo disponga. Todas las penas de muerte ya impuestas se conmutarán por cadena perpetua."

2.2 El Congreso de Filipinas, mediante la Ley N° 7659 de la República, reintrodujo la pena de muerte por electrocución para castigar "ciertos delitos odiosos", entre ellos el asesinato en diversas circunstancias¹. La esencia del delito de asesinato permanece invariable.

2.3 En la noche del 25 de agosto de 1996, fue lanzada una granada en el dormitorio de la familia Dulay. La explosión mató a Florentino Dulay y a sus hijas Norwela y Nissan, e hirió a otra hija, Noemi. El 25 de octubre y el 9 de diciembre de 1996, respectivamente, fueron detenidos los autores del hecho, Jaime Carpo y Roche Ibao. Inmediatamente se entregaron los restantes autores, Oscar y Warlito Ibao.

2.4 El 22 de enero de 1998, el Tribunal Regional de Tayung, Pangasinan, condenó a los autores por "asesinato múltiple y asesinato frustrado", los sentenció a la pena de muerte y valoró la responsabilidad civil en 600.000 pesos. El 4 de abril de 2001, en revisión automática del caso, una sala de la Corte Suprema integrada por 15 jueces confirmó la condena después de examinar detenidamente los hechos y redujo la indemnización por responsabilidad civil a 330.000 pesos. En cuanto a la pena de muerte, el tribunal

¹ Por el artículo 6 de esa ley se modificó el artículo 248 del Código Penal revisado, que ahora dice:

"Artículo 248 - *Asesinato* - Toda persona a la que no sean aplicables las disposiciones del artículo 26 [parricidio] y que mate a otra será culpable de asesinato y será castigada con una pena de reclusión perpetua a muerte si hubiere cometido el delito con una o más de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Abuso de confianza, abuso de fuerza, ayuda de hombres armados, alevosía o empleo de medios o personas para garantizar u obtener la impunidad.

2. Por precio, recompensa o promesa.

3. Por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, naufragio, varamiento de buque, descarrilamiento o asalto al ferrocarril, caída de aeronave, empleo de vehículos de motor o utilización de cualquier otro medio que produzca gran ruina y devastación.

4. Por motivo de cualquiera de las calamidades enumeradas en el párrafo precedente o de terremotos, erupciones volcánicas, ciclones destructores, epidemias u otras calamidades públicas.

5. Con premeditación manifiesta.

6. Con crueldad, agravando de manera deliberada e inhumana el sufrimiento de la víctima o con ultraje o escarnio de su persona o cadáver."

consideró que era aplicable al caso el artículo 48 del Código Penal revisado, con arreglo al cual había que imponer la pena más grave correspondiente al más grave de varios delitos². Como la pena máxima por el delito más grave cometido por los autores, es decir el asesinato, era la muerte, el Tribunal consideró aplicable el artículo 48 y, por ende, la pena capital. En la sentencia se señalaba también que, aunque cuatro jueces de la sala habían sostenido que la Ley N° 7659 de la República, en la medida en que prescribía la pena de muerte, era anticonstitucional, esos jueces habían aceptado el veredicto mayoritario de la Corte según el cual dicha ley era constitucional y, por consiguiente, debía imponerse la pena de muerte en el caso de los autores.

2.5 La Corte Suprema ordenó también que los autos del proceso se enviaran a la Oficina del Presidente de Filipinas para que este considerara la posibilidad de conceder un indulto. Hasta la fecha, el Presidente no ha tomado ninguna medida de gracia.

La denuncia

3.1 Los autores sostienen que la reimplantación de la pena de muerte y su aplicación en el presente caso no es compatible con la primera oración del párrafo 2 del artículo 6 del Pacto, que permite la imposición de la pena de muerte en los países "que no hayan abolido la pena capital". Además, los autores alegan que, como el "asesinato" no era punible con la pena de muerte antes de la reintroducción de esa pena, no puede ser uno de los "más graves delitos" (a los que el párrafo 2 del artículo 6 permite aplicar la pena de muerte) después de la reintroducción de la pena capital, cuando, por lo demás, la definición sustantiva del delito de asesinato ha permanecido totalmente invariable.

3.2 En cuanto a la reclamación relacionada con el párrafo 5 del artículo 14, los autores sostienen que su caso no fue objeto de "ninguna revisión efectiva en la Corte Suprema" en virtud del procedimiento de revisión automática. Afirman que no se les dio "ninguna oportunidad efectiva de ser oídos" porque la Corte no permitió la defensa oral y "prácticamente excluyó la presentación de cualquier prueba nueva". Por consiguiente, según los autores, la revisión automática por la Corte Suprema no fue ni auténtica ni efectiva para permitir una determinación de la suficiencia o validez de la condena y de la pena.

3.3 Los autores afirman que esa misma cuestión no ha sido sometida a examen en virtud de ningún otro procedimiento de investigación o arreglo internacional.

² El artículo 48 del Código Penal revisado establece lo siguiente: "*Penas por delitos múltiples* - Cuando un solo acto constituya dos o más delitos graves o menos graves o cuando un delito sea el medio necesario para cometer otro, se impondrá la pena que corresponda al delito más grave con la duración máxima".

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En su comunicación de 8 de julio de 2002, el Estado parte afirmó que la comunicación carecía de fundamento y era inadmisibles respecto a todas las alegaciones expuestas.

4.2 En lo concerniente al párrafo 2 del artículo 6, el Estado parte estima que el argumento expuesto es de carácter "normativo" y no puede ser examinado por el Comité. Aduce que se trata simplemente de un argumento sobre el acierto de la imposición de la pena de muerte por ciertos delitos, cuando la determinación de los delitos que podrían merecerla es un puro asunto de discreción interna. Según el Estado parte, el Pacto no pretende limitar el derecho de los Estados partes a determinar por sí mismos la prudencia de una ley que impone la pena de muerte. El Estado parte sostiene que la constitucionalidad de la ley sobre la pena de muerte es una cuestión que el propio Estado parte tiene que decidir y señala que su Corte Suprema ha sostenido la constitucionalidad de esa ley³. Aduce además que no compete al Comité interpretar la Constitución de un Estado parte para determinar si este obra de acuerdo con el Pacto.

4.3 El Estado parte establece una distinción entre los Estados que tienen actualmente leyes que permiten la pena de muerte y los que han reimpuesto la pena de muerte después de haberla abolido o suspendido, y señala que en el artículo de la Constitución que dispone la abolición de la pena de muerte hay una disposición específica que prevé la posibilidad de que el Congreso la reintroduzca. El Pacto no impide esa reintroducción, ya que el párrafo 2 del artículo 6 hace referencia únicamente a los países en los que existen leyes que permiten la pena de muerte. Lo que el Pacto exige es más bien que la pena de muerte se imponga respetando estrictamente las normas de proceso con las debidas garantías. En este caso no hay ninguna razón para afirmar que el Estado parte no se ha ajustado a sus procedimientos internos.

4.4 En cuanto al argumento de los autores de que la pena de muerte se impuso por delitos que no son los "más graves", el Estado parte señala que los Estados tienen una potestad amplia para interpretar esta disposición a la luz de la cultura, las necesidades que se observan y otros factores, ya que la noción de "los más graves delitos" no se define de forma más explícita en el Pacto. Asimismo, considera falaz el razonamiento de los autores de que, como la pena de muerte no podía imponerse por *ningún* delito antes de su reintroducción, ningún delito podía ser considerado uno de los "más graves delitos" que pudieran castigarse con dicha pena después de su reintroducción —el delito de asesinato seguía y sigue figurando entre los más graves en el ordenamiento interno, incluso medido por la severidad del posible castigo de que se disponía entonces.

³ *El pueblo c. Echeagaray* (GR N° 117472, sentencia de 7 de febrero de 1997).

4.5 Respecto del párrafo 5 del artículo 14, el Estado parte rechaza los argumentos de los autores, ya que todo condenado a muerte ve su causa reexaminada automáticamente. Además, el hecho de no conceder una audiencia que permitiera la defensa oral no significa que no se haya examinado verdaderamente el caso, pues es la práctica arraigada de la Corte escuchar la defensa oral únicamente en los casos que presentan nuevas cuestiones de derecho. En cuanto a la clemencia del Presidente, el Estado parte señala que, con arreglo a su legislación, esta prerrogativa sigue siendo potestad puramente discrecional del Presidente, a quien incumbe de manera exclusiva el resultado de todas esas peticiones de clemencia que se reciben y tramitan.

Comentarios de los autores

5.1 En una carta de 24 de noviembre de 2002, los autores respondieron a las declaraciones del Estado parte. Señalan que, al convertirse en parte en el Pacto y en el Protocolo Facultativo, el Estado parte aceptó que el Comité tenía competencia para determinar si sus actos eran compatibles con las disposiciones de esos instrumentos. En lo referente al párrafo 2 del artículo 6 del Pacto, los autores aprecian la existencia en el Pacto de una "postura abolicionista" que no prevé una revocación de la abolición, como hizo el Estado parte. En cuanto a la supuesta potestad del Estado parte de determinar el contenido de la noción de "más graves delitos", los autores señalan que existe un consenso internacional que los limita a los delitos intencionales que provoquen la muerte o tengan otras consecuencias extremadamente graves⁴. Los autores indican que, en cambio, en la larga lista de delitos punibles con la pena de muerte en el Estado parte figuran el secuestro, los delitos relacionados con las drogas, el saqueo y el soborno calificado.

5.2 En lo referente al párrafo 5 del artículo 14, los autores indican que la falta de vista oral en el caso de los autores no permitió a la Corte Suprema evaluar por sí misma el testimonio de los testigos y la obligó a basarse en la evaluación del tribunal de rango inferior. Los autores aducen que no es posible una revisión efectiva cuando la Corte tiene que sopesar la credibilidad del acusado frente a la de la víctima sin poder oír el testimonio de testigos esenciales.

5.3 Los autores hacen referencia a hechos ocurridos con posterioridad, entre ellos un artículo aparecido en un diario en el que se decía que, aunque el Presidente había anunciado a principios de octubre de 2002 la suspensión de las ejecuciones hasta nuevo aviso para brindar al Congreso la posibilidad de aprobar la legislación sobre la abolición, ya se habían realizado los preparativos para la ejecución de los autores. Si bien el Presidente había concedido recientemente el indulto a algunos condenados que iban a ser ejecutados, hasta la fecha los autores no habían recibido ninguna

⁴ Resolución 1984/50 del Consejo Económico y Social, de 25 de mayo de 1984, refrendada en la resolución 39/118 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1984.

notificación al respecto. Además, la ejecución de los autores sería ilegal con arreglo a la legislación interna, ya que tendría lugar después del período de 18 meses prescrito por la ley como tiempo máximo para llevarla a efecto una vez que sea firme la sentencia.

Intercambios posteriores con las partes

6. Pese a las invitaciones transmitidas al Estado parte en dos recordatorios de fechas 27 de noviembre de 2002 y 8 de enero de 2003 para que formulara comentarios, este no ha añadido nada más sobre el fondo a los argumentos ya aducidos en relación con la admisibilidad.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

7.1 Antes de examinar una alegación formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible, según lo dispuesto en el Protocolo Facultativo del Pacto.

7.2 El Comité señala que la única afirmación del Estado parte sobre la admisibilidad de las alegaciones de los autores es que son infundadas, pese a los diversos argumentos formulados en cuanto al fondo. Por lo tanto, el Comité considera más apropiado abordar las cuestiones planteadas en este punto. Así, al no haber ningún otro obstáculo a la admisibilidad, el Comité considera admisibles las alegaciones de los autores.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

8.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información presentada por las partes, según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

8.2 En cuanto a la alegación formulada en virtud del párrafo 2 del artículo 6 del Pacto, el Comité observa de entrada, en respuesta al argumento del Estado parte de que la función del Comité no consiste en evaluar la constitucionalidad de la legislación de los Estados partes, que su labor consiste más bien en determinar la compatibilidad, únicamente en relación con el Pacto, de las alegaciones que se presentan.

8.3 El Comité señala que el delito de asesinato tipificado en la legislación del Estado parte se define de manera muy amplia y solo exige que se haya matado a una persona. En el presente caso, el Comité observa que la Corte Suprema consideró aplicable el artículo 48 del Código Penal Revisado, según el cual, si un solo acto constituye a la vez dos delitos, debe aplicarse la pena máxima que corresponda al delito más grave. Al ser los delitos cometidos mediante un solo acto tres asesinatos y un asesinato frustrado, se impuso automáticamente en aplicación del artículo 48 la máxima pena posible por asesinato, es decir, la pena de muerte. El Comité hace referencia a su jurisprudencia según la cual la

imposición preceptiva de la pena de muerte constituye una privación arbitraria de la vida, en violación del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto, en los casos en que la pena de muerte se impone sin que se puedan tener en cuenta las circunstancias personales del acusado ni las circunstancias del delito⁵. De ahí que la imposición automática de la pena de muerte a los autores en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 del Código Penal Revisado violara el derecho que les reconoce el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto.

8.4 Habida cuenta de la conclusión anterior, es decir, que se ha violado el artículo 6 del Pacto, el Comité no tiene que abordar las restantes denuncias de los autores, que se refieren todas a la imposición en su caso de la pena capital.

9. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto.

10. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a garantizar a los autores un recurso efectivo y adecuado, incluida la conmutación de la pena. El Estado parte tiene asimismo la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas en el futuro.

11. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide también al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

Voto particular (disconforme) del miembro del Comité Sr. Nisuke Ando

No puedo estar de acuerdo con la declaración mayoritaria que figura en el dictamen, a saber: "el Comité hace referencia a su jurisprudencia según la cual la imposición preceptiva de la pena de muerte constituye una privación arbitraria de la vida, en violación del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto, en los casos en que la pena de muerte se impone sin que se

puedan tener en cuenta las circunstancias personales del acusado ni las circunstancias del delito" (párr. 8.3).

En primer lugar, dudo de que la jurisprudencia establecida del Comité sea que "la imposición preceptiva de la pena de muerte constituye una privación arbitraria de la vida en violación del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto". El dictamen emitido por mayoría se funda en el dictamen del Comité en el caso N° 806/1998, aprobado el 18 de octubre de 2000 (*Thompson c. San Vicente y las Granadinas*. El Comité tomó una decisión análoga en el caso N° 845/1998, *Kennedy c. Trinidad y Tabago*, pero los hechos son diferentes en uno y otro caso). Debo señalar, sin embargo, que cinco miembros del Comité añadieron al dictamen dos votos disconformes (uno de Lord Colville y otro de los Sres. Kretzmer, Amor, Yalden y Zakhia). Yo estaba por azar ausente cuando se aprobó el dictamen y no pude expresar mi opinión. Si hubiese participado en la decisión, habría confirmado los dos votos disconformes.

En todo caso, como ponían de relieve el Sr. Kretzmer y los demás y Lord Colville, el dictamen del Comité en el caso *Thompson* se alejaba de su práctica existente entonces. Antes de esa decisión, el Comité había examinado numerosas comunicaciones de personas condenadas a muerte en un sistema legislativo en el que la pena preceptiva por asesinato era la pena capital. Sin embargo, en ninguna de esas ocasiones había declarado el Comité que el carácter preceptivo de la pena constituía una violación del artículo 6 ni de ninguna otra disposición del Pacto. Además, en el cumplimiento de sus funciones a tenor del artículo 40 del Pacto, el Comité ha examinado informes de Estados partes cuya legislación nacional prevé la imposición automática de la pena de muerte por asesinato, pero nunca ha declarado en sus observaciones finales que la condena automática a muerte por asesinato sea incompatible con el Pacto. Además, en su Observación general N° 6 relativa al artículo 6, el Comité no da indicación alguna de que la condena automática a la pena de muerte sea incompatible con el artículo 6. Naturalmente, como el Sr. Kretzmer y los demás cosignatarios señalan, el Comité no está obligado por su jurisprudencia. Sin embargo, si desea modificarla, debería explicar las razones del cambio al Estado parte y a la persona interesada. Desafortunadamente, esa explicación no figura en el dictamen del Comité sobre el caso *Thompson*, ni tampoco en el dictamen que ha emitido en el presente caso.

En segundo lugar, Lord Colville dice claramente que, en las jurisdicciones de derecho anglosajón, los tribunales deben tener en cuenta las circunstancias personales y aquellas en que se cometió el delito para imponer la pena de muerte en caso de homicidio. Según él, los tribunales examinan minuciosamente factores tales como la defensa propia, la provocación por parte de la víctima, la proporcionalidad de la reacción del acusado y su estado de ánimo, y el cargo de asesinato se puede reducir a homicidio. De igual modo, en las jurisdicciones de derecho civil, hay que tener en cuenta diversas circunstancias atenuantes o agravantes como la

⁵ *Thompson c. San Vicente y las Granadinas*, caso N° 806/1998, dictamen aprobado el 18 de octubre de 2000; y *Kennedy c. Trinidad y Tabago*, caso N° 845/1998, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2002.

defensa propia, la necesidad, la perturbación y la capacidad mental del acusado para pronunciar una sentencia condenatoria en cada caso de homicidio. Estos puntos se tuvieron necesariamente en cuenta antes de que los tribunales competentes de Filipinas tomaran su decisión en el presente caso, pero el dictamen mayoritario no se refiere en absoluto a ellos e indica sencillamente que "el delito de asesinato tipificado en la legislación del Estado parte se define de manera muy amplia y *solo exige que se haya matado a una persona*" (párr. 8.3, hincapié personal).

Sin embargo, según se indica en la nota 1 (párr. 2.2.), el artículo 248 del Código Penal revisado de Filipinas define el "asesinato" de la siguiente manera: "Toda persona que mate a otra será culpable de asesinato y será castigado con la pena de muerte cuando concorra alguna circunstancia agravante como el abuso de confianza, el abuso de fuerza, la ayuda de hombres armados, la alevosía o el empleo de medios o personas para garantizar u obtener la impunidad o cuando se cometa por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, naufragio, varamiento de buque, descarrilamiento o asalto a un ferrocarril, caída de aeronave, empleo de vehículos de motor o utilización de cualquier otro medio que produzca gran ruina y devastación". Evidentemente, los tribunales de Filipinas han examinado estas disposiciones, además de las circunstancias agravantes y atenuantes, como antes se dijo.

En el dictamen mayoritario se dice que la Corte Suprema de Filipinas consideró que era aplicable al caso el artículo 48 del Código Penal revisado, según el cual, si un solo acto constituye a la vez dos delitos, debe aplicarse la pena máxima que corresponda al delito más grave. Como los delitos cometidos mediante un solo acto fueron tres asesinatos y un asesinato frustrado, se impuso *automáticamente* la máxima pena posible por asesinato, es decir, la pena de muerte en aplicación de las disposiciones del artículo 48 (párr. 8.3, hincapié personal). Me parece que las disposiciones del artículo 48 que se citan son las que figuran habitualmente en los códigos penales de muchísimos Estados y, sin embargo, el dictamen continúa "de ahí que la imposición *automática* de la pena de muerte a los autores en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 del Código Penal revisado violara el derecho que les reconoce el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto" (párr. 8.3, hincapié personal). Los delitos cometidos por los autores son ciertamente "los más graves de conformidad con las leyes en vigor en el momento de cometerse el delito" en Filipinas y la aplicación del artículo 48 a estos delitos es ciertamente el procedimiento penal normal. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, debo llegar a la conclusión de que no está de ningún modo justificado describir la imposición de la pena de muerte a los autores en el presente caso como "preceptiva" o "automática".

En tercer lugar, me pregunto si el dictamen mayoritario es justificable solo en el supuesto de que la pena de muerte sea de por sí una privación arbitraria de la vida. Sin embargo, este supuesto es contradictorio con la estructura del Pacto, que admite la pena de

muerte para los delitos más graves (párrafo 2 del artículo 6). Es igualmente contradictorio con el hecho de que el Protocolo que aspira a la abolición de la pena de muerte es "facultativo". Las disposiciones del párrafo 6 del artículo 6 dan a entender que la abolición de la pena de muerte es aconsejable, pero ello no hace que la abolición sea una obligación legal. Es cierto que, en ciertas regiones del mundo, la mayoría de los Estados han abolido la pena de muerte. Al mismo tiempo, también es cierto que, en las demás regiones del globo, la mayoría de los Estados han mantenido la pena de muerte. A mi juicio, el Comité de Derechos Humanos, que se basa en la comunidad mundial de los Estados, debe tener en cuenta esta situación cuando interpreta y aplica las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

*Voto particular (disconforme) del miembro del Comité
Sra. Ruth Wedgwood*

El Comité de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que el Estado parte ha causado un agravio a los cuatro autores de esta comunicación por la "imposición automática de la pena de muerte" que "constituye una privación arbitraria de la vida, en violación del párrafo 1 del artículo 6" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase el párrafo 8.3 del dictamen del Comité. El Comité afirma que la pena de muerte se impuso sin tener en cuenta las "circunstancias del delito". *Ibíd.*, párr. 8.3.

La posición adoptada por el Comité en este asunto es, en el mejor de los casos, problemática. En la comunicación de los autores no se formula ninguna queja sobre la condena presuntamente preceptiva, de modo que el Estado parte se ha visto enteramente privado de la posibilidad de comentar los argumentos que el Comité defiende ahora *motu proprio*. La comunicación de los autores está fechada el 6 de mayo de 2002, mucho después de la publicación de las opiniones anteriores del Comité sobre la cuestión de la pena de muerte preceptiva*, y los autores no suscitan ninguna cuestión de este orden ante el Comité, siendo así que disponían del asesoramiento profesional de un letrado. El Comité no pidió al Estado parte que formulase comentarios sobre la cuestión de la condena preceptiva a la pena de muerte, aunque este asunto puede influir de un modo crucial en la interpretación de la legislación filipina sobre el asesinato y los delitos múltiples. En efecto, el Comité tomó su decisión sin tener siquiera ante sí copia del veredicto del tribunal.

La jurisprudencia anterior del Comité en la que se ponía en tela de juicio la condena "preceptiva" a la pena de muerte se refería a casos en los que, durante la

* *Thompson c. San Vicente y las Granadinas*, caso N° 806/1998, dictamen aprobado el 18 de octubre de 2000, y *Kennedy c. Trinidad y Tabago*, caso N° 8465/1998, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2002. Comparto las dudas expresadas por el Sr. Ando en relación con estas decisiones anteriores, pero las tomaré como punto de partida en el caso actual.

comisión de un delito grave, se produjo una muerte no premeditada y en los que existía una disposición legal aplicable indiferenciadamente al asesinato (aplicación de la pena de muerte por todos los homicidios dolosos)*. Es mucho más radical suponer que un código penal democráticamente aprobado en el que se especifican cuidadosamente las circunstancias agravantes que deben concurrir para que el asesinato lleve aparejada la pena de muerte contraviene en cierto modo una prohibición implícita de la condena preceptiva a la pena de muerte en virtud del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto, la ausencia de semejante pretensión en la petición de los autores puede reflejar la opinión de que dicha pretensión no sería persuasiva en estas circunstancias.

Al examinar las condenas y las sentencias pronunciadas en este caso, la Corte Suprema de Filipinas observó que el Código Penal revisado filipino prevé la pena de muerte por homicidio solo si se ha demostrado la existencia de una o más circunstancias agravantes, en este caso un asesinato doloso con "engaño". Los autores fueron condenados por el asesinato de Florentino Dulay y sus dos hijas y por el asesinato frustrado de una tercera hija. Los delitos se cometieron "lanzando una granada en el dormitorio de la familia Dulay" por la noche, cuando las niñas dormían. Véase el veredicto de la Corte Suprema de Filipinas de 4 de abril de 2001, pág. 13. El motivo, según la Corte Suprema, era impedir que Florentino Dulay testimoniase en contra de uno de los autores de la comunicación en otro proceso por asesinato. La víctima más joven era una niña de 5 años, a la que mató la metralla. Los acusados habían sido identificados por un testigo ocular que los conocía de antiguo y el tribunal rechazó las coartadas que habían presentado porque no eran plausibles. La Corte Suprema de Filipinas en pleno examinó la condena y, aunque cuatro miembros hicieron constar su posición de que la pena de muerte era incompatible con la Constitución nacional, estuvieron de acuerdo en aceptar el veredicto mayoritario de la Corte según el cual la ley era constitucional y, por consiguiente, debía imponerse la pena de muerte. (Veredicto, pág. 16.) Nadie alegó en la Corte Suprema de Filipinas que la pena de muerte era preceptiva y, por lo tanto, impropia.

El artículo 248 del Código Penal revisado prevé la imposición de la pena de muerte solo si se comprueba la existencia de una circunstancia agravante, por ejemplo "la alevosía" o la "explosión" cuando se cometió el asesinato. Según la Corte Suprema, la definición legal de alevosía se aplicaba porque la alevosía consiste en utilizar una fuerza superior, recibir ayuda de hombres armados, emplear medios que debiliten la defensa, o el recurso a personas o medios que garanticen u ofrezcan la impunidad. En este caso, "las víctimas estaban durmiendo cuando se arrojó de pronto una granada en el dormitorio" y "no se les dio la ocasión de defenderse o repeler el ataque. Evidentemente, el ataque se llevó a cabo de modo que ninguno de los acusados corriera el riesgo de que las víctimas se defendiesen". Veredicto, pág. 12, nota 23. La Corte Suprema observó que el

factor agravante de "explosión" se podía también haber invocado en este caso, aunque la acusación no lo mencionó.

El Comité no pone en duda la legitimidad del artículo 248 en sí; supone más bien que la pena de muerte era preceptiva porque en la sentencia se aplicó también la figura del "delito múltiple" del artículo 48 del Código Penal revisado. Se hizo así porque la condena correspondía a un asesinato frustrado y asesinatos múltiples. El artículo 48 prevé que "cuando un solo acto constituya dos o más delitos graves o menos graves... se impondrá la pena que corresponda al delito más grave con la duración máxima".

El artículo 48 está aparentemente concebido para evitar el problema de la llamada "multiplicidad", es decir, la posible multiplicación de cargos y penas por un solo acto culpable. La solución más lógica era prever la "imposición de la pena correspondiente al delito más grave con la duración máxima". Es dudoso desde el punto de vista sintáctico que la expresión "duración máxima" se refiera a la pena de muerte**. En todo caso, no hay nada en el artículo 48 que evite o atenúe el requisito impuesto en el artículo correspondiente al asesinato, el artículo 248, de que el tribunal debe *necesariamente* comprobar la existencia de una circunstancia agravante para imponer con debido fundamento la pena de muerte.

En otras palabras, la sentencia a la pena de muerte impuesta con debido fundamento por un asesinato con alevosía no es preceptiva solamente porque iba acompañada de una condena adicional por asesinato frustrado. El Comité no da ninguna razón convincente para su conclusión de que la pena de muerte se impuso "automáticamente" o "sin tener en cuenta... las circunstancias del delito".

** El Comité afirma sin explicación que el artículo 48 exige siempre la aplicación de la "pena más grave" del más grave de varios delitos. Dictamen del Comité, párrafo 2.4 (hincapié personal). Sin embargo, el artículo 48 dice textualmente "la pena que corresponda al delito más grave con la *duración máxima*" (hincapié personal). También en este caso sería de desear que se hubiese solicitado la opinión del Estado parte sobre esta interpretación de la legislación local. Las opiniones sobre la admisibilidad de la pena de muerte en las sociedades modernas difieren. El párrafo 2 del artículo 6 del Pacto, por el que se rige este Comité, dispone que "en los países que no hayan abolido la pena capital solo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito...". Prudentemente quizá, el Comité no ha aceptado la invitación de los autores a concluir que el asesinato de niños dormidos por explosión de una granada no es uno de los "delitos más graves". Tampoco ha tenido el Comité ocasión de examinar la afirmación de los autores de que la modificación para mejorar la Constitución de Filipinas, con la que se limita la pena de muerte a los "delitos odiosos", constituye en cierto modo una reinstauración prohibida de la pena de muerte, presuntamente excluida por el párrafo 2 del artículo 6. En su intento por suscitar una cuestión que las propias partes han evitado, el Comité se ha fundado en una interpretación dudosa de la legislación filipina y no ha medido acertadamente el alcance de sus propias decisiones anteriores.

Comunicación N° 1080/2002

Presentada por: David Michael Nicholas (representado por John Podgorelec)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Australia

Fecha de aprobación del dictamen: 19 de marzo de 2004

Asunto: Condena impuesta al autor por actos que no estaban tipificados como delito en el momento en que se cometieron

Cuestiones de procedimiento: Grado de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: "Nullum crimen sine lege" – Penalización retroactiva de una conducta anteriormente considerada de índole no penal

Artículo del Pacto: 15, párrafo 1

Artículo del Protocolo Facultativo: 2

Conclusión: Ausencia de violación

1. El autor de la comunicación, de fecha 24 de abril de 2002, es el Sr. David Nicholas, nacido en 1941, que en la actualidad cumple condena de reclusión en la cárcel de Port Phillip. Dice ser víctima de la violación por Australia del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto. Sin especificar artículos de este, alega también que el tratamiento médico que se le da en la cárcel tiene un nivel insuficiente. Está representado por letrado. El Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigor para el Estado parte el 13 de noviembre de 1980 y el 25 de diciembre de 1991, respectivamente.

Los hechos expuestos

2.1 El 23 de septiembre de 1994, agentes de seguridad tailandeses y australianos practicaron una "importación controlada" de una cantidad considerable de heroína (traficable). Un investigador de estupefacientes tailandés y un agente de la policía federal de Australia viajaron de Bangkok (Tailandia) a Melbourne (Australia) para hacer entrega de la heroína que había sido encargada desde Australia. Tras la llegada, el investigador tailandés, que operaba con la policía federal australiana, efectuó varias llamadas telefónicas para organizar la entrega de los estupefacientes, los cuales fueron recogidos oportunamente por el autor y un amigo.

2.2 El 24 de septiembre de 1994, el autor y su amigo fueron detenidos poco después de la entrega de los estupefacientes y acusados de una serie de delitos federales tipificados en la Ley de aduanas, así como de otros delitos castigados en la legislación de los Estados. Un elemento de los delitos federales consistía en que los estupefacientes se importaron en Australia "contraviniendo [la Ley federal de aduanas]"¹. En abril de 1995,

¹ En el artículo 233 B 1) c) de la Ley de aduanas se dispone que:

el Tribunal Superior de Australia falló en el caso *Ridgeway v. The Queen*², que no guardaba relación con el presente, a propósito de un caso de importación de estupefacientes en 1989; el Tribunal entendió que la prueba de la importación era inadmisibles cuando resultaba de una conducta ilegal de los agentes de la autoridad.

2.3 Imputado en dos ocasiones —octubre de 1995 y marzo de 1996— el autor se declaró no culpable de todos los cargos. Nadie negó que los agentes de la autoridad habían importado los estupefacientes en Australia contraviniendo la Ley de aduanas.

2.4 En mayo de 1996, en una vista preliminar, el autor pidió que se sobreseyera definitivamente la causa por delitos federales fundándose en que (como en *Ridgeway v. The Queen*), los agentes de la autoridad habían cometido delito al importar los estupefacientes. El 27 de mayo de 1996, fue concedido el sobreseimiento, sin perjuicio de los delitos previstos en la legislación estatal.

2.5 El 8 de julio de 1996, entró en vigor la Ley federal de enmienda penal (operaciones controladas), aprobada en respuesta a la sentencia del Tribunal Superior en *Ridgeway v. The Queen*. En el artículo 15X³ se ordena a los tribunales que no tengan en cuenta los actos ilegales anteriores de los agentes de la autoridad en relación con la importación de estupefacientes. El 5 de agosto de 1996, el Fiscal Jefe pidió que se anulara el sobreseimiento. Por su parte, el autor impugnó la constitucionalidad del artículo 15X de la ley. El 2 de febrero de 1998, el Tribunal Superior, por mayoría de cinco magistrados contra dos, confirmó la

"Cometerá delito:

El que, c) sin motivo razonable (y sobre quien recaerá la carga de la prueba) tenga en su posesión sustancias cuya importación esté prohibida, a las que resulte aplicable el presente artículo y se hayan importado en Australia contra lo dispuesto en la presente ley."

² (1995) 184 CLR 19 (Tribunal Superior de Australia).

³ El texto del artículo 15X de la ley dice, en el pasaje pertinente:

"Al determinar, a los efectos del enjuiciamiento de un delito previsto en el artículo 233B de la Ley de aduanas de 1901 o de un delito conexo, si debe probarse que los estupefacientes se importaron en Australia en contravención de la Ley de aduanas de 1901, se tendrá en cuenta el hecho de que un agente de la autoridad haya importado delictuosamente los estupefacientes o haya participado a sabiendas en su importación a título de coautor, cómplice, inductor o de cualquier otra forma, si:

a) el agente de seguridad, al cometer el delito, estuviera realizando, en el ejercicio de sus funciones, una operación controlada [debidamente autorizada]..."

constitucionalidad de la ley y la validez de la revocación del sobreseimiento de la causa del autor. Por lo tanto, se remitió el asunto al Tribunal del Condado para que siguiera el proceso.

2.6 Como resultado de ello, el 1º de octubre de 1998 el Tribunal del Condado anuló el sobreseimiento y dictó el procesamiento del autor, quien, el 27 de noviembre de 1998, fue declarado culpable de posesión de cantidades traficables de heroína y de tentativa de hacerse con cantidades comerciales de la misma sustancia, y condenado a 10 años de reclusión por el primer cargo y a 15 años de reclusión no acumulable por el segundo. La condena efectiva era, en consecuencia, de 15 años de reclusión con la posibilidad de obtener la libertad condicional al cabo de 10 años. El 7 de abril de 2000, el Tribunal de Apelación de Victoria desestimó la apelación del autor, aunque redujo la condena a 12 años de reclusión con la posibilidad de quedar en libertad condicional al cabo de ocho años. El 16 de febrero de 2001, el Tribunal Superior denegó la súplica del autor.

La denuncia

3.1 El autor denuncia ser víctima de la aplicación inadmisibles de una ley penal con carácter retroactivo, en violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto. De no haber mediado aplicación retroactiva de una ley, hubiera seguido surtiendo efecto el sobreseimiento definitivo en su favor. El resultado de la nueva ley consistió en ordenar a los tribunales, en perjuicio del autor, que no tuvieran en cuenta un hecho anterior, que en *Ridgeway v. The Queen* resultó determinante en la decisión de no admitir ciertas pruebas. El autor señala que, a todos los efectos, el comportamiento ilegal enjuiciado en *Ridgeway v. The Queen* era idéntico a su propio comportamiento años más tarde. La violación se ve agravada por el hecho de que, en el juicio que se celebró tras revocarse el sobreseimiento, un elemento fundamental del delito por el que fue condenado fue la conducta delictiva de los agentes de la autoridad.

3.2 El autor aduce la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en favor de la tesis de que una ley no puede aplicarse de manera retroactiva en perjuicio del acusado⁴. En el mismo sentido, los tribunales nacionales han fallado que no es admisible que los tribunales o la legislación impidan alegar con posterioridad a la comisión del delito una excepción invocable cuando se cometió el delito⁵. En cambio, en el derecho australiano, la presunción contra la aplicación retroactiva de una ley penal se limita a las cuestiones de fondo, y no se aplica a las de procedimiento, ni tampoco al campo probatorio.

⁴ *Ecer y otros c. Turquía*, demandas Nos. 29295/95 y 29363/95; sentencia de 27 de febrero de 2001 y *Kokkinakis c. Grecia*, serie A N° 260-A, 22; sentencia de 25 de mayo de 1993.

⁵ *Kring c. Missouri* (107 US 221), *Dobbert c. Florida* (432 US 282) y *Bowie c. Colombia* (378 US 347) (Tribunal Supremo de los Estados Unidos).

3.3 El autor, pues, aduce que el principio de irretroactividad se aplica no solo a la imposición, agravación o nueva tipificación de la responsabilidad penal por actos anteriores, sino también a las leyes que modifican las normas probatorias aplicables para obtener una condena. Además de esta categoría de leyes, existe la exigencia fundamental de la seguridad jurídica y el principio que prohíbe privar al acusado del beneficio de una ley a la que podía acogerse con anterioridad. Estos elementos son necesarios a fin de garantizar a la persona una protección adecuada frente al enjuiciamiento y condena arbitrarios, y el privarla de ellos constituye violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto.

3.4 En vista de lo anterior, el autor pide al Comité que exija de Australia la reparación adecuada de la infracción de que ha sido víctima y, en particular, la liberación inmediata, una indemnización apropiada y que adopte medidas para que no se produzcan infracciones semejantes en el futuro.

3.5. El autor afirma, además, sin aducir ningún artículo del Pacto, que durante su encarcelamiento (cuatro años en el momento de presentar la comunicación) ha padecido graves problemas de salud, entre ellos un ataque de endocarditis bacteriana (en una válvula cardíaca ya defectuosa) y la ablación de un quiste aracnoideo, que produjo una inflamación prostática que exigió un tratamiento delicado para evitar un nuevo ataque bacteriano. Dado que su primer ataque de endocarditis se produjo en la enfermería de la cárcel de Port Phillip, dice que está justificado su deseo de no recibir tratamiento en ella.

3.6 En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, afirma que todas las vías de recurso internas a las que razonablemente pudiera acceder han quedado agotadas, y señala que los principios del artículo 15 no gozan de protección constitucional u otra protección jurídica en el Estado parte. Sostiene que acudir ante la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades sería inútil e ineficaz, ya que esta no puede ordenar reparación, sino solo formular recomendaciones no vinculantes. Por otra parte, el autor aduce que las vías de recurso que brinda el derecho nacional resultarían injustificadamente prolongadas. También confirma que el mismo asunto no se ha presentado a examen en virtud de ningún otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 El Estado parte, en su escrito de 20 de noviembre de 2002, impugna la comunicación en cuanto a la admisibilidad y el fondo. A fin de precisar los hechos, el Estado parte señala que la "operación controlada" en el caso del autor, y siguiendo la práctica en aquel entonces habitual, se llevó a cabo de conformidad con el Acuerdo Ministerial de 1987 que regulaba ese tipo de operaciones y con las directrices detalladas de la Policía Federal de Australia. Antes de la operación, los

Servicios de Aduanas dirigieron una petición a la Policía Federal para que se eximiera a los agentes de seguridad de una inspección aduanera rigurosa. Se entendía, en aquel entonces, que con ese proceder no se ponía en peligro el enjuiciamiento de presuntos traficantes de estupefacientes, ya que otras jurisdicciones de derecho común habían declarado admisible este tipo de actuación como prueba de la importación ilegal.

4.2 El Estado parte afirma que la comunicación es inadmisibles *ratione materiae*. Dice que el significado evidente del párrafo 1 del artículo 15 es prohibir leyes con las que se pretenda tipificar como delito de manera retroactiva actos que no lo eran cuando se cometieron. Sin embargo, tal y como el Tribunal Superior interpretó la situación, el autor fue declarado culpable conforme al artículo 233 1) b) de la Ley de aduanas, disposición que ya existía cuando se produjo su detención y juicio.

4.3 El Estado parte afirma que el artículo 15X de la Ley de enmienda no establece ningún delito que determine la responsabilidad por una conducta determinada. No puede acusarse o condenarse a nadie por quebrantar ese artículo ni tampoco se altera ningún elemento de ningún delito; antes bien, se trata de una norma procesal que regula la celebración de juicios. El Estado parte señala el respeto que manifiesta el Comité por los tribunales nacionales en lo que respecta a la interpretación del derecho nacional⁶ y afirma que, si el Comité acepta (como sería procedente) la calificación que da el Tribunal Superior a la Ley de enmienda como norma procesal que no entra en los elementos de ningún delito, entonces no se plantea ninguna cuestión en el ámbito del párrafo 1 del artículo 15.

4.4 El Estado parte rechaza el argumento del autor de que el párrafo 1 del artículo 15 va más allá de la prohibición de las leyes penales retroactivas y abarca *cualesquiera* leyes que tengan efecto retroactivo en perjuicio o detrimento de un acusado. Asimismo, sostiene que esa interpretación no recibe apoyo del sentido ordinario del texto del artículo, por el que se prohíben leyes que tipifiquen retroactivamente como delictivos (es decir, punibles) actos u omisiones que no tenían tal carácter cuando se cometieron. Tampoco abonan el punto de vista del autor los *travaux préparatoires* del Pacto, que indican que la finalidad y propósito de esa disposición consistía en prohibir la aplicación extensiva de las leyes penales por analogía, prohibir la creación de delitos con carácter retroactivo y velar por el respeto del principio de la tipificación de los delitos en la ley⁷. Análogamente, en la causa *Kokkinakis*

⁶ *Maroufidou c. Suecia*, comunicación N° 58 (1979), dictamen aprobado el 9 de abril de 1981.

⁷ El Estado parte se remite a las deliberaciones de la Tercera Comisión (1960), en las que "Muchos representantes se mostraron a favor del texto presentado por la Comisión de Derechos Humanos. En el proyecto de artículos se plasmaba el principio de *nullum crimen sine lege* y se prohibía la aplicación del derecho penal con carácter retroactivo. Se señaló que no podía haber ningún delito que no estuviera especificado en la ley, ya fuese en el derecho nacional o en las

c. Grecia, que cita el autor, la Comisión Europea dijo que el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos alude concretamente al derecho penal y no a ningún otro derecho cuando dice que queda prohibida "la aplicación retroactiva del derecho penal cuando vaya en perjuicio del acusado". Dado que la Ley de enmienda del presente caso no constituye una ley penal, no se plantea ninguna cuestión que afecte al párrafo 1 del artículo 15.

4.5 En cuanto al fondo, el Estado parte remite a los argumentos ya mencionados con respecto a la admisibilidad, en particular que el "delito" de que se trata lo fue en todo momento conforme a las disposiciones sin modificar del artículo 233 1) b) de la Ley de aduanas, y aduce además otros argumentos en favor del punto de vista de que no ha habido violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto. Sostiene que la Ley de enmienda, por tener carácter procesal, afecta meramente a la admisibilidad de determinadas pruebas en el juicio del autor.

4.6 El Estado parte afirma además que la decisión en *Ridgeway v. The Queen* no creaba ni reconocía ningún tipo de "excepción", sino que se refería al ejercicio de la discreción del tribunal para excluir determinados tipos de prueba por motivos de orden público. El ejercicio de la discreción por los tribunales para excluir determinadas pruebas puede afectar al resultado de la acusación, pero una norma probatoria no es lo mismo que una "excepción", que es una cuestión de derecho o de hecho que, de demostrarse, excluye la responsabilidad del acusado. De ahí que, si en la sentencia de *Ridgeway v. The Queen* no se introducía ni se reconocía ninguna excepción, la Ley de enmienda no podía suprimir o alterar la existencia de tal excepción.

4.7 El Estado parte señala también que, después de la Ley de enmienda, los tribunales seguían teniendo discreción para excluir pruebas que colocaran al acusado en situación desventajosa o que fueran en detrimento de la imparcialidad del juicio. También señala que su Tribunal Superior rechazó la idea de que la enmienda de la ley estuviera dirigida contra el autor; su propio Presidente indicó que la ley en cuestión no ordena al tribunal declarar que una persona en particular es culpable o inocente y que su solo efecto consiste en poner más pruebas a disposición de los tribunales.

4.8 En cuanto a los problemas de salud del autor, el Estado parte impugna la pertinencia de esas cuestiones con la denuncia fundada en el artículo 15. El Estado parte señala que el Servicio Médico Penitenciario de St. Vincent, que presta cuidados médicos básicos y secundarios en la cárcel de Port Phillip, brinda, entre otras cosas, personal médico y de enfermería 24 horas al día, un pabellón de 20 camas para pacientes ingresados dentro de la cárcel, instalaciones de reanimación, que incluyen las de desfibrilación, la visita dos veces por semana de un médico para consultas y la posibilidad, en

normas internacionales". M. Bossuyt: *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1987, en 323.

caso de problemas cardíacos graves, de traslado al Hospital St. Vincent (que cuenta con un pabellón de cardiología de diez camas, destinado a pacientes internos). Estos servicios médicos satisfacen todas las normas australianas y el Estado parte refuta cualquier sugerencia de que el autor no recibiese el tratamiento profesional más esmerado.

Comentarios del autor y nuevas alegaciones del Estado parte

5.1 Por carta de 28 de marzo de 2003, el autor rebatió las afirmaciones del Estado parte. Contestando a la invitación formulada por este al Comité de respetar la evaluación del derecho interno por parte del Tribunal Superior, el autor afirma: i) que las atribuciones del Tribunal están regidas por derecho australiano incompatible con el Pacto, ii) que el Tribunal Superior se ocupó de una cuestión de interpretación constitucional y no de las cuestiones referentes al Pacto sometidas a la consideración del Comité y iii) que el autor no aduce que se aplicara indebidamente el derecho interno, como en *Maroufidou c. Suecia*⁸, sino que el derecho interno no es compatible con el Pacto.

5.2 El autor no está de acuerdo en que, atendiendo a la lectura textual del párrafo 1 del artículo 15, no se plantee ninguna cuestión en cuanto al Pacto. Debido a la conducta ilegal de la policía, no pudo probarse, sobre la base del derecho penal aplicable cuando se cometió el delito, un elemento fundamental del delito (un "acto u omisión" según dice el artículo). Así pues, la conducta del autor no pudo constituir ni constituyó delito en el momento de la pretendida comisión y por eso interviene el párrafo 1 del artículo 15.

5.3 El autor señala que, a diferencia de sus propias conclusiones, el Estado parte no ha invocado ninguna norma internacional en apoyo de su interpretación estricta del párrafo 1 del artículo 15, que solo sería aplicable al delito que se describe en el artículo 233B de la Ley de aduanas. El autor destaca que, si el legislador no puede promulgar leyes penales retroactivas, tampoco puede lograr el mismo resultado en la práctica mediante leyes penales calificadas de normas "de procedimiento".

5.4 El autor opina que, habida cuenta del efecto real de la Ley de enmienda sobre su propia situación, y no conociendo la intención del legislador al promulgarla, es "artificial" negar la existencia de un efecto penal retroactivo en circunstancias en que se hacen intervenir elementos de prueba, por lo demás inadmisibles, de un aspecto fundamental del delito. Con semejante argumento se eleva de manera inaceptable la forma sobre el fondo ya que, desde cualquier punto de vista, al hacer abstracción de los actos ilegales de los funcionarios del Estado parte, la Ley de enmienda modifica una ley penal en perjuicio del acusado (bien alterando la ley que rige los elementos del delito o bien tratando de legalizar una conducta ilegal de la policía).

5.5 El autor estima que deben respetarse rigurosamente las salvaguardias del Pacto, teniendo en cuenta la gravedad de las consecuencias para las personas y las posibilidades de abuso. Debido a que, conforme al derecho australiano, la gravedad de un delito y la sentencia que entraña se determinan en parte por la cantidad de droga de que se trate, los funcionarios del Estado que llevan a cabo "operaciones controladas" pueden determinar de antemano la gama de condenas importando cantidades específicas, lo que es particularmente cierto en el caso del autor, ya que, a pesar de no haber prueba de que mantuviera comunicaciones o hiciera pedidos, se le condenó a la grave pena de 12 años de reclusión, debido a la cantidad de drogas en cuestión.

5.6 En cuanto a las cuestiones de salud, el autor dice que recientemente fue tratado por radioterapia de un cáncer de próstata de desarrollo medio y que está a la espera de los resultados. De ser positivos, será operado de una hernia y de hidrocele.

5.7 En una presentación posterior, de 6 de agosto de 2003, el Estado parte hizo algunas observaciones adicionales sobre lo afirmado por el autor. Esta nueva presentación se recibió el mismo día que el Comité, en su 78º período de sesiones, estaba considerando su Dictamen sobre el caso, por lo que el examen fue aplazado a fin de dar al autor la oportunidad de responder a la nueva presentación del Estado parte. No se han recibido observaciones ulteriores del autor.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 Antes de examinar las reclamaciones contenidas en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 El Comité ha comprobado que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.3 En cuanto a las cuestiones relativas al nivel de asistencia médica prestada al autor, el Comité, teniendo en cuenta las respuestas del Estado parte a las cuestiones planteadas por el autor, considera que este no ha demostrado, a efectos de admisibilidad, que la índole del tratamiento médico que se le ha dado plantea ninguna cuestión conforme al Pacto. Este aspecto de la comunicación es, pues, inadmisibile en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.4 En cuanto a los argumentos propuestos por el autor a propósito del agotamiento de los recursos internos, el Comité observa que, como el Estado parte no ha invocado este motivo de inadmisibilidad, no tiene que ocuparse más de esta cuestión.

6.5 Por lo que se refiere al argumento del Estado parte de que la comunicación queda fuera del ámbito del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto, interpretado

⁸ *Op. cit.*

debidamente, y de que, por lo tanto, es inadmisibile *ratione materiae*, el Comité señala que este argumento plantea cuestiones complejas de hecho y de derecho que será más oportuno abordar al examinar la comunicación en cuanto al fondo.

6.6 En defecto de otras objeciones en cuanto a la admisibilidad de la denuncia conforme al párrafo 1 del artículo 15 del Pacto, el Comité declara admisible esta parte de la comunicación y procede a examinar la denuncia en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 Antes de considerar el fondo de la denuncia del autor en relación con el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto, el Comité observa que la cuestión que tiene ante sí no es si era o podía ser permisible con arreglo al Pacto que la posesión por el autor de una cantidad de heroína fuera penalmente punible en la jurisdicción del Estado parte. La comunicación que el Comité tiene ante sí y todos los argumentos de las partes se limitan a la cuestión de si la condena del autor en virtud de la Ley federal de aduanas, es decir por un delito relacionado con la importación de la cantidad de heroína en Australia, estaba conforme con la mencionada disposición del Pacto. El Comité ha observado que aparentemente el autor fue acusado también de algunos delitos con arreglo a una legislación estatal, pero carece de información sobre si esos cargos se referían a la misma cantidad de heroína y si el autor fue condenado por ellos.

7.3 En cuanto a la denuncia en virtud del párrafo 1 del artículo 15, el Comité señala que el derecho aplicable en el momento en que se cometieron los actos, según la doctrina que sentó después el Tribunal Superior en el asunto *Ridgeway v. The Queen*, preceptuaba que la prueba de uno de los elementos de los delitos de que se acusaba al autor, es decir, la exigencia de que sustancias prohibidas en su posesión se hubieran "importado en Australia contraviniendo la Ley de aduanas", no era admisible debido a la conducta ilegal de la policía. En consecuencia, se dictó orden de sobreseimiento de la causa contra el autor, lo que constituía un impedimento permanente a su enjuiciamiento conforme al derecho aplicable entonces. Sin embargo, conforme a la normativa posterior, los tribunales debían considerar admisible la referida prueba relativa a la conducta ilegal de la policía. Así pues, se plantean las dos cuestiones siguientes. En primer lugar, si la revocación del sobreseimiento de la causa y la condena del autor, al admitirse pruebas anteriormente inadmisibles, constituye una penalización retroactiva de una conducta no delictiva en el momento en que se produjeron los hechos, en violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto. En segundo lugar, incluso si la retroactividad no estuviese prohibida,

se plantea la cuestión de si el autor fue condenado por un delito cuyos elementos no se daban íntegramente, en realidad, en el caso del autor, y si, por consiguiente, la condena quebranta el principio *nullum crimen sine lege*, amparado por el párrafo 1 del artículo 15.

7.4 En cuanto a la primera cuestión, el Comité observa que el párrafo 1 del artículo 15 enuncia en términos inequívocos que el delito por el que se condena a una persona es un delito en el momento de la comisión de los actos de que se trata. En el caso presente, el autor fue condenado por la comisión de delitos previstos en el artículo 233B de la Ley de aduanas, cuyas disposiciones permanecieron prácticamente inalterables durante todo el período pertinente, que va desde la conducta delictiva hasta el juicio y la condena. Por consiguiente, aun cuando el procedimiento a que se sometió al autor puede suscitar cuestiones con arreglo a otras disposiciones del Pacto que el autor no ha invocado, el Comité considera que no puede concluir que se haya violado en el presente caso la prohibición contra la ley penal retroactiva que figura en el párrafo 1 del artículo 15.

7.5 En cuanto a la segunda cuestión, el Comité observa que, según el párrafo 1 del artículo 15, es necesario que el acto u omisión por el que se condena a un acusado constituya "delito". Si un acto u omisión debe traducirse en una condena penal no es cuestión que pueda determinarse en abstracto; por el contrario, se trata de una cuestión a la que solo se puede responder tras un juicio en el que se presenten pruebas que produzcan la convicción necesaria acerca de los elementos del delito. Si no puede probarse debidamente la existencia de un elemento necesario del delito, según se tipifica en el derecho nacional (o internacional), la conclusión es que la condena del acusado de ese acto u omisión quebrantaría el principio *nullum crimen sine lege*, así como la seguridad jurídica estipulados en el párrafo 1 del artículo 15.

7.6 En el caso presente, conforme al derecho del Estado parte, interpretado de manera autorizada en *Ridgeway v. The Queen* y aplicado después al autor, el Comité observa que no pudo condenarse al autor por los actos imputados, ya que la prueba de la importación ilegal de estupefacientes por la policía no era admisible ante los tribunales. El efecto de la interpretación definitiva del derecho nacional cuando se sobreseyó la causa contra el autor, fue la imposibilidad de probar el elemento del delito previsto en el artículo 233B de la Ley de aduanas, es decir, la importación ilegal de los estupefacientes, ya que, si bien la importación se fundaba en un acuerdo entre las autoridades del Estado parte a nivel ministerial por el que se exoneraba la importación de estupefacientes por parte de la policía de la inspección aduanera, persistía técnicamente la ilegalidad de la misma y, en consecuencia, la prueba era inadmisibile.

7.7 Si bien el Comité considera que la introducción de cambios en las normas sobre procedimientos y prueba después de cometido un presunto acto criminal puede, en ciertas circunstancias, ser pertinente para la determinación de la aplicabilidad del artículo 15,

especialmente si tales cambios afectan a la naturaleza de un hecho punible, observa que en el caso del autor no se dieron tales circunstancias. En su caso, el Comité observa que la legislación de enmienda no suprimió la anterior ilegalidad del comportamiento de la policía al importar los estupefacientes. Antes bien, la ley ordenaba que los tribunales pasaran por alto, a los efectos probatorios de determinar la admisibilidad de la prueba, la ilegalidad de la conducta de la policía. Así pues, la conducta de la policía era ilegal en el momento de la importación y siguió siendo ilegal desde entonces, hecho que no se ve alterado por la falta de procesamiento de los agentes que dieron pruebas de conducta ilegal. No obstante, a juicio del Comité, todos

los elementos del delito de que se trata concurrían en el momento en que se cometió el delito, y cada uno de esos elementos fue demostrado por pruebas admisibles en el momento de la condena del autor. De ello se desprende que el autor fue condenado según una ley claramente aplicable, por lo que no hay violación del principio *nullum crimen sine lege*, amparado por el párrafo 1 del artículo 15.

8. El Comité de Derechos Humanos, en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos expuestos no ponen de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto.

Comunicación N° 1086/2002

Presentada por: Sholam Weiss (representado por el abogado Edward Fitzgerald)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Austria

Fecha de aprobación del dictamen: 3 de abril de 2003 (77° período de sesiones)

Asunto: Detención de un prófugo en virtud de una orden de detención internacional, y extradición

Cuestiones de procedimiento: Solicitud de medidas provisionales – Agotamiento de los recursos internos en caso de daño irreparable – Reserva del Estado parte – Mismo asunto ya sometido a "examen"

Cuestiones de fondo: Condena en rebeldía – Declaración de culpabilidad y condena dictadas contra el autor en otro Estado – Igualdad ante la ley – Derecho a un recurso eficaz y jurídicamente exigible

Artículos del Pacto: 2, párrafo 3; 7; 9; 10, párrafo 1; y 14, párrafos 1 y 5

Artículos del Protocolo Facultativo y del reglamento: 5, párrafo 2 a) y b) del Protocolo Facultativo; y artículo 86 del reglamento

Conclusión: Violación (artículo 14, párrafo 1 (primera oración), interpretado conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3)

1.1. El autor de la comunicación, inicialmente de fecha 24 de mayo de 2002, es el Sr. Sholam Weiss, ciudadano de los Estados Unidos de América e Israel, nacido el 1° de abril de 1954. En la fecha de presentación de la comunicación, se encontraba detenido en Austria pendiente de su extradición a los Estados Unidos de América ("los Estados Unidos"). El autor afirma ser víctima de violaciones por parte de Austria del párrafo 3 del artículo 2, del artículo 7, del párrafo 1 del artículo 10 y del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Afirma asimismo ser víctima de la violación de su

derecho a no ser detenido ilegalmente y de su derecho a la "igualdad ante la ley", lo que posiblemente plantea cuestiones en relación con el artículo 9 y el párrafo 1 del artículo 14, respectivamente. A consecuencia de su extradición, también afirma ser víctima de la violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, así como de los artículos 1 y 5 del Protocolo Facultativo. El autor está representado por abogado.

1.2 El 24 de mayo de 2002 el Comité, por conducto del Relator Especial para nuevas comunicaciones y de conformidad con el artículo 86 de su reglamento, pidió al Estado parte que no extraditara al autor hasta que el Comité hubiera recibido y examinado las observaciones del Estado parte sobre si existía riesgo de daño irreparable para el autor, como sostenía el abogado. El 9 de junio de 2002 el Estado parte, sin haber presentado sus observaciones al Comité, lo extraditó a los Estados Unidos.

1.3 En el momento de la ratificación del Protocolo Facultativo, el Estado parte introdujo una reserva en los siguientes términos: "La República de Austria ratifica el Protocolo Facultativo... en la inteligencia de que las disposiciones del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo significan que el Comité... no examinará ninguna comunicación de un individuo, a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido examinado por la Comisión Europea de Derechos Humanos establecida en virtud del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales".

Los hechos expuestos por el autor

2.1. En un juicio que empezó el 1° de noviembre de 1998 en el Tribunal de Distrito de la Florida, el autor

fue juzgado por numerosos cargos de fraude, extorsión e intimidación y blanqueo de dinero. Estuvo representado durante todo el juicio por un abogado de su elección. El 29 de octubre de 1999, cuando estaban a punto de comenzar las deliberaciones del jurado, el autor abandonó la sala y se dio a la fuga. El 1º de noviembre de 1999 fue declarado culpable de todos los cargos. Tras los argumentos de la fiscalía, con la oposición del abogado del autor, sobre si se debía dictar sentencia en su ausencia, el 18 de febrero de 2000 el Tribunal lo sentenció finalmente en rebeldía a 845 años de prisión (con la posibilidad de rebajar la pena por buena conducta a 711 años (*sic*)) y a penas pecuniarias superiores a 248 millones de dólares de los Estados Unidos.

2.2 El abogado del autor interpuso recurso dentro del plazo de diez días estipulado por ley. El 10 de abril de 2000 el Tribunal de Apelación del Undécimo Circuito de los Estados Unidos rechazó la petición del abogado del autor de aplazar el sobreseimiento del recurso, basándose en la doctrina "inhabilitación del prófugo". Según esta doctrina, un tribunal de apelación puede rechazar un recurso presentado por un prófugo únicamente porque el apelante es prófugo. Con esta decisión concluyó el proceso penal contra el autor en los Estados Unidos¹.

2.3 El 24 de octubre de 2000 el autor fue detenido en Viena (Austria) en virtud de una orden de detención internacional, y el 27 de octubre de 2000 fue trasladado a un centro de detención en espera de ser extraditado. El 18 de diciembre de 2000 los Estados Unidos presentaron una solicitud de extradición del autor a las autoridades austríacas. El 2 de febrero de 2001 el juez instructor del Tribunal Penal Regional de Viena (*Landesgericht für Strafsachen*) recomendó al Tribunal Superior Regional de Viena (*Oberlandesgericht*), que es el tribunal de primera y última instancia por lo que se refiere a la admisibilidad de una solicitud de extradición, que declarase la extradición del autor admisible.

2.4 El 25 de mayo de 2001 el Tribunal Superior Regional de Viena recabó el asesoramiento de las autoridades de los Estados Unidos sobre si el autor tenía la posibilidad de recurrir su declaración de culpabilidad y condena. A continuación, el 21 de junio de 2001 el Fiscal de los Estados Unidos presentó una petición de urgencia para readmitir el recurso del autor ante el Tribunal de Apelación del Undécimo Circuito de los Estados Unidos. El abogado del autor no tomó posición explícitamente respecto a la petición, pero cuestionó la

competencia del Estado para elevar una solicitud de esa índole en nombre del autor. El 29 de junio de 2001 este Tribunal denegó la petición. El 5 de julio de 2001 el Fiscal de los Estados Unidos presentó otra petición de urgencia ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Medio de la Florida, que pretendía anular el fallo de ese Tribunal con respecto al autor. El 6 de julio de 2001 el Tribunal rechazó la petición y confirmó que su fallo era inapelable.

2.5 El 13 de agosto de 2001 el autor recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("el Tribunal Europeo") alegando que su extradición violaba las siguientes disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio Europeo"): el artículo 3, por cuanto debía cumplir prisión perpetua obligatoria; el artículo 6 y el artículo 2 del Protocolo N° 7, puesto que se declaró su culpabilidad y se le condenó en rebeldía, y no podía presentar recurso; el artículo 5, por cuanto su detención con miras a la extradición fue ilegal; y el artículo 13.

2.6 El 11 de septiembre de 2001 el Tribunal Superior Regional de Viena rechazó la solicitud de extradición del autor presentada por los Estados Unidos. El único motivo del rechazo fue que la extradición sin la garantía de que el autor tendría derecho a entablar plenamente los procedimientos de apelación sería contraria al artículo 2 del Protocolo N° 7 del Convenio Europeo².

2.7 El Fiscal del Estado (que es el único que está habilitado para presentar un recurso de estas características) recurrió la decisión del Tribunal Superior Regional ante el Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*). El 9 de abril de 2002 el Tribunal Supremo declaró nula la decisión del Tribunal Superior Regional, porque este no tenía competencia para examinar el derecho a recurrir enunciado en el artículo 2 del Protocolo N° 7 del Convenio Europeo. El Tribunal Superior Regional podía examinar únicamente los aspectos específicos que figuran en la Ley de extradición (si el autor ha tenido un juicio justo y si su condena implica tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes); en cambio, el Ministro de Justicia era la única autoridad con competencia para examinar cualquier otra cuestión (incluido el derecho a recurrir) cuando decidiera o no extraditar a una persona cuya extradición había sido declarada admisible judicialmente. El fallo del Tribunal Superior Regional fue anulado en consecuencia y el caso fue abierto nuevamente.

2.8 El 8 de mayo de 2002 el Tribunal Superior Regional, tras un nuevo examen, resolvió que la extradición del autor era admisible por lo que respecta a todos los cargos excepto el de "perjurio como procesado" (por el que el autor había sido condenado a diez años de prisión). De conformidad con la decisión

¹ El autor se basa en una decisión de otro tribunal de distrito de los Estados Unidos en *United States v. Bakhtiar* 964 F Supp. 112. Según ese caso, cuando una persona haya sido extraditada por menos cargos de por los que haya sido declarada culpable, la declaración de culpabilidad y la condena originales serán inamovibles, pero se presentará una solicitud de hábeas corpus ante el ejecutivo una vez se haya cumplido la condena correspondiente a los delitos extraditables. (Para más información véanse los párrafos 4.5 (frase final) y 5.4.).

² "Toda persona declarada culpable de un delito por un tribunal tiene derecho a la revisión de su condena o sentencia por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, incluidos los fundamentos del mismo, estará regido por la ley."

del Tribunal Supremo, el Tribunal concluyó que el autor había tenido un juicio justo y que su condena no era cruel, inhumana ni degradante. No abordó la cuestión de su derecho a recurrir. El 10 de mayo de 2002 el Ministro de Justicia autorizó la extradición del autor a los Estados Unidos, sin hacer referencia a ninguna cuestión relacionada con sus derechos humanos³.

2.9 El 10 de mayo de 2002 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó medidas cautelares y suspendió la extradición del autor. El 16 de mayo de 2002, tras examinar las alegaciones del Estado parte, el Tribunal decidió no prorrogar la aplicación de las medidas cautelares. A instancias del autor, el 17 de mayo de 2002 el Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) dictó un mandamiento judicial suspendiendo (hasta el 23 de mayo de 2002) su extradición.

2.10 El 23 de mayo de 2002 el Tribunal Constitucional se negó a admitir a trámite el recurso del autor por considerar que este no tenía suficientes posibilidades de éxito y no era ajeno a la competencia del Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*). En consecuencia, el Tribunal puso fin al mandamiento judicial. El mismo día, el autor presentó un nuevo recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos solicitando medidas cautelares, que fue desestimado.

2.11 El 24 de mayo el autor informó al Tribunal Europeo de que deseaba retirar su solicitud "con efecto inmediato". El mismo día, el autor interpuso un recurso ante el Tribunal Administrativo contra la decisión del Ministro de extraditarlo y solicitó un mandamiento judicial que suspendiese su extradición, en espera de la sentencia sobre el recurso sustantivo. Se concedió la suspensión, como se comunicó al Ministro de Justicia y al Tribunal Penal Regional de Viena.

2.12 El 26 de mayo se intentó entregar al autor. Tras una llamada telefónica efectuada por un oficial superior de la policía del aeropuerto al Presidente del Tribunal Administrativo, el autor fue devuelto a un centro de detención habida cuenta de la suspensión dictada por el Tribunal Administrativo y de sus condiciones precarias de salud. El 6 de junio de 2002 el juez de instrucción del Tribunal Penal Regional de Viena declaró que el Tribunal Administrativo era "incompetente" para admitir ningún procedimiento o para prohibir la ejecución de la extradición, y falló que se debía entregar al autor. El 9 de junio de 2002 el autor fue trasladado por funcionarios de la prisión donde se encontraba y de los Ministerios de Justicia y del Interior a la jurisdicción de las

autoridades militares de los Estados Unidos en el aeropuerto de Viena, y devuelto a los Estados Unidos.

2.13 Cuando el autor fue extraditado, estaban pendientes dos procedimientos ante el Tribunal Constitucional, ninguno de los cuales tenía efecto suspensivo en la legislación del Estado parte. En primer lugar, el 25 de abril de 2002 el autor había interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la ley de extradición del Estado parte, así como del tratado de extradición con los Estados Unidos, en particular lo relativo a fallos en rebeldía. En segundo lugar, el 17 de mayo de 2002 el autor había interpuesto un "recurso por competencia negativa" (*Antrag auf Entscheidung eines negativen Kompetenzkonfliktes*) para decidir si la cuestión del derecho a recurrir debía ser resuelta mediante una decisión administrativa o por los tribunales, puesto que tanto el Tribunal Superior Regional como el Ministro de Justicia habían declinado tratar la cuestión.

2.14 El 13 de junio de 2002 el Tribunal Administrativo decidió, dado que el autor había sido expulsado en contra de la suspensión de la ejecución de la sentencia del Tribunal, que no procedía continuar con las actuaciones judiciales y las sobreseyó. El Tribunal observó que el propósito de su orden de suspender la extradición era preservar los derechos del autor en espera de las actuaciones principales, y que en consecuencia no se podía adoptar ninguna medida en detrimento del autor en base a la decisión impugnada del Ministro. Por tanto, la entrega del autor no tenía suficiente base legal.

2.15 El mismo día, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que el autor deseaba retirar su solicitud. Tras exponer los hechos y la denuncia, el Tribunal consideró que el respeto de los derechos humanos tal como se define en el Convenio y sus Protocolos no exigía que continuara examinando el caso, independientemente del deseo del peticionario de retirarlo, y eliminó la solicitud de la lista⁴.

2.16 El 12 de diciembre de 2002 el Tribunal Constitucional falló a favor del autor, sosteniendo que el Tribunal Superior Regional debía examinar todas las cuestiones de admisibilidad en relación con los derechos humanos del autor, incluidas las cuestiones del derecho a recurrir. Posteriormente, en la decisión formal del Ministro de proceder a la extradición debía considerarse cualquier otra cuestión de dignidad humana que se planteara. El Tribunal decidió asimismo que la imposibilidad del autor, con arreglo a la ley de extradición del Estado parte, de recurrir nuevamente contra una decisión del Tribunal Superior Regional que

³ El autor proporciona los términos del Tratado que establece: "Condenas en rebeldía. Si la persona buscada ha sido declarada culpable en rebeldía, la autoridad ejecutiva del Estado requerido puede rechazar la extradición a menos que el Estado requirente acompañe su demanda con información o garantías que el Estado requerido considere suficientes para demostrar que la persona dispuso de las condiciones adecuadas para presentar una defensa o de que, tras la entrega, la persona tendrá acceso a recursos adecuados o procedimientos adicionales".

⁴ En el artículo 37 del Convenio Europeo se dispone, en tanto sea pertinente, que: "1. El Tribunal podrá decidir en cualquier etapa de las actuaciones omitir una solicitud de su lista de causas si las circunstancias hacen pensar que:

a) el demandante no tiene la intención de dar curso a su petición; ...

Ahora bien, el Tribunal seguirá examinando la petición si así lo exige el respeto de los derechos humanos tal como está definido en el Convenio y en sus Protocolos".

declaraba admisible su extradición era contraria a los principios del estado de derecho e inconstitucional.

La denuncia

3.1 En su comunicación original (anterior a la extradición), el autor afirma que la extradición a los Estados Unidos le privaría de la posibilidad de estar presente en el Estado parte y de defender sus demandas en esa jurisdicción. En particular, no podría beneficiarse de los recursos que le ofrece la sentencia del Tribunal Constitucional de recusación por "competencia negativa" sobre qué tribunal o autoridad administrativa debería considerar su argumento de denegación del derecho a un juicio y una apelación justos, así como el examen posterior de esta cuestión por la autoridad competente, como exigen el párrafo 5 del artículo 14 y el párrafo 3 del artículo 2, considerados conjuntamente. La extradición le impediría disponer de recursos como la prohibición absoluta de la extradición, la extradición por una condena equivalente a la que se le impondría en el Estado parte, o la extradición sujeta al pleno derecho de recurrir. El autor sostiene que ni los tribunales del Estado parte ni las autoridades administrativas han abordado la cuestión de fondo de la presunta denegación de su derecho a un juicio y un recurso justos en los Estados Unidos.

3.2 Asimismo, el autor afirma que el Estado parte, si lo extraditara, participaría y consentiría en la violación de su derecho enunciado en el párrafo 5 del artículo 14, presuntamente ya ocurrida en los Estados Unidos. Habida cuenta del carácter definitivo del procedimiento penal en los Estados Unidos, su extradición a este país sería ilegal, en primer lugar, porque se declaró su culpabilidad y se le impuso la condena en rebeldía y, en segundo lugar, porque el autor no tiene ninguna oportunidad efectiva de recurrir el fallo condenatorio o la condena debido a la doctrina de inhabilitación del prófugo. Concretamente, no puede recurrir por el hecho de haber sido declarado culpable y condenado en rebeldía. El autor alega que, según el Pacto, el derecho a un juicio y recurso justos es de observancia obligatoria; el incumplimiento de esta condición convertiría en ilegal una extradición.

3.3 El autor sostiene que ha habido violación de su derecho a la igualdad ante la ley. Únicamente el Fiscal del Estado puede interponer un recurso ante el Tribunal Supremo contra una decisión del Tribunal Superior Regional, con sujeción a la disposición del derecho interno del Estado parte de que un recurso de tal naturaleza no puede tener un efecto perjudicial para la persona cuyo caso se recurre porque la persona no puede acogerse a tal recurso. En el presente caso, el Tribunal Supremo anuló la decisión del Tribunal Superior Regional según la cual el autor no podía ser extraditado, y remitió el caso para una revisión en la que no se tuvieron en cuenta los derechos del autor a un juicio y un recurso justos.

3.4 El autor sostiene que su condena a 845 años sin la posibilidad de ser puesto en libertad hasta que hayan

transcurrido al menos 711 años constituye una "pena excepcional y grotesca" que es "inhumana" y equivale a la forma más grave de encarcelamiento, rayana en la tortura. El autor arguye que existe un incumplimiento "claro e irreversible" del párrafo 1 del artículo 10 del Pacto, habida cuenta de la excesiva duración de la pena y de la ausencia de toda posibilidad de libertad en la vida o de cualquier recurso. El Estado parte es responsable de que sus tribunales y/o autoridades administrativas no hayan considerado esta cuestión.

3.5 Por último, el autor se queja de que fue detenido ilegalmente. Sostiene que, dado que su extradición es ilegal por cuanto se le negó la posibilidad de un juicio y un recurso justos, toda detención con miras a una extradición debe ser considerada asimismo ilegal.

3.6 Por lo que se refiere a la admisibilidad de su denuncia, el autor sostiene que con el fallo del Tribunal Constitucional en su contra se agotaron todos los recursos efectivos. Aduce que las denuncias hechas en la comunicación no están "siendo examinadas", en términos del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, en virtud del procedimiento europeo (ni de cualquier otro procedimiento) de examen o arreglo internacional. La reserva del Estado parte al párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo tampoco impide que el Comité examine la comunicación.

3.7 El autor alega, en primer lugar, que nunca existió una decisión formal del Tribunal Europeo sobre la admisibilidad o el fondo de la solicitud ante dicho Tribunal, sino simplemente decisiones de procedimiento. Habida cuenta de la interpretación dada por el Comité al término "examinado" en la reserva de Austria en el caso *Pauger c. Austria*⁵, se aduce que esas medidas de procedimiento no constituyen "un examen" del caso. En segundo lugar, mientras estuvo pendiente, la solicitud no fue comunicada al Estado parte para que presentara observaciones sobre la admisibilidad y/o el fondo. En tercer lugar, en cualquier caso, la comunicación se refiere en parte a derechos (como los previstos en el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto) que no están protegidos en el Convenio Europeo.

3.8 En su exposición de fecha 19 de junio de 2002 (posterior a la extradición), el autor sostenía que su expulsión no impedía al Comité examinar la comunicación ni afectaba a las medidas cautelares exigidas por este. El autor se refiere al debate público del Comité acerca de las obligaciones de un Estado parte en un caso previo en el que no se respetó la solicitud de medidas cautelares⁶. Invoca la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, que sostiene que la participación en un sistema de arreglo judicial internacional implica que el Estado parte acepta la obligación de abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda tener un efecto perjudicial por lo que se refiere al

⁵ Caso N° 716/1996, dictamen aprobado el 30 de abril de 1999.

⁶ CCPR/C/SR.1352 (en que se examina en una fase preliminar el caso *Ashby c. Trinidad y Tabago*, caso N° 580/1994, dictamen aprobado el 21 de marzo de 2002).

cumplimiento de la decisión tomada y, en general, de no permitir que se adopte ninguna medida de ningún tipo que pueda agravar o prolongar el litigio⁷. De igual modo, la Corte Internacional de Justicia ha fallado que sus medidas cautelares obligan a las partes en el caso de un litigio ante ella⁸.

3.9 En el presente caso, el autor sostiene que la jurisprudencia del Comité sugiere que el autor estaría expuesto a un riesgo de daño irreparable. En *Stewart c. el Canadá*⁹, las medidas cautelares se solicitaron en circunstancias en que era improbable que el autor pudiera regresar a su país de adopción, el Canadá, mientras que, en el presente caso, no existe posibilidad de excarcelamiento.

3.10 El autor recuerda que en su caso el período transcurrido entre la solicitud de medidas cautelares (24 de mayo de 2002) y la medida que se intentaba evitar (9 de junio de 2002) no fue breve. Por consiguiente, pide al Comité que exija al Estado parte que explique los hechos en que basó su expulsión, si el Estado parte tuvo en cuenta las medidas cautelares al expulsarlo y de qué manera lo hizo, y cómo el Estado parte se propone cumplir las obligaciones que sigue teniendo.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En exposiciones de 24 de julio de 2002, el Estado parte impugnó la admisibilidad y el fondo de la comunicación. Aduce que el autor no ha agotado los recursos de la jurisdicción interna. Si bien acepta que el Comité no ha exigido habitualmente que haya concluido el procedimiento interno en el momento de la presentación de la comunicación, declara que tiene que haber concluido en el momento de examinarla el Comité¹⁰. Como el procedimiento todavía estaba pendiente ante el Tribunal Constitucional en el momento de presentarse las observaciones del Estado parte, este aduce que no se ha cumplido ese requisito.

4.2 El Estado parte invoca su reserva al párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo y señala que una denuncia presentada ya a los órganos europeos no puede someterse al Comité. Declara que la denuncia fue "examinada" por el Tribunal Europeo en cuanto al fondo; después de solicitar observaciones del Estado parte, el Tribunal evaluó claramente el caso con respecto al fondo. Al solicitar la retirada del caso de la lista del Tribunal antes de presentarlo al Comité, el autor pone de manifiesto que plantea esencialmente las mismas cuestiones ante ambos órganos.

⁷ *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* PCIJ Series A/B N° 79, pág. 199.

⁸ *Alemania c. los Estados Unidos (La Grand)*, fallo de 27 de junio de 2001.

⁹ Caso N° 538/1993, dictamen aprobado el 16 de diciembre de 1996.

¹⁰ *Asensio López c. España*, caso N° 905/2000, decisión adoptada el 23 de julio de 2001; *Wan Kuok Koi c. Portugal*, caso N° 925/2000, decisión adoptada el 22 de octubre de 2001.

4.3 En cuanto al fondo, el Estado parte señala que la extradición propiamente dicha rebasa el ámbito del Pacto, de manera que de lo que se trata es de si el Estado parte sometería al autor a un trato contrario al Pacto en un Estado no parte en el Protocolo Facultativo debido a la extradición¹¹. En cuanto al procedimiento interno, el Estado parte alega que los tribunales ordinarios y superiores, así como las autoridades administrativas, examinaron minuciosamente las alegaciones del autor, y este estuvo legalmente representado en todos ellos. El Estado parte recuerda que el procedimiento de extradición, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, no goza necesariamente de las mismas garantías procesales que el procedimiento penal en que se basa la extradición¹².

4.4 En cuanto a la supuesta violación del párrafo 5 del artículo 14 por cuanto el autor fue declarado culpable y condenado en rebeldía, el Estado parte recuerda la jurisprudencia del Comité de que un juicio en rebeldía es compatible con el Pacto solo cuando se ha citado al acusado con tiempo suficiente y se le ha informado del proceso entablado contra él¹³. En el presente caso, el autor no sostiene que no se cumplieran esos requisitos: se dio a la fuga después de concluir todo el procedimiento probatorio y de que el jurado se hubiera retirado para deliberar, y ya no volvió para seguir participando en las actuaciones. Por lo tanto, no fue declarado culpable en rebeldía y el hecho de que la condena se pronunciara posteriormente no modifica esta conclusión.

4.5 En cuanto a la presunta segunda violación del párrafo 5 del artículo 14, interpretado conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2, por la denegación de una vista en apelación justa en los Estados Unidos debido a su ausencia, el Estado parte señala que el párrafo 5 del artículo 14 garantiza el derecho a recurrir "conforme a lo prescrito por la ley". Por lo tanto, el Estado parte de que se trata tiene libertad para definir con mayor detalle el contenido sustantivo y formal del derecho, inclusive, en este caso, el requisito formal de que quien apela no ha de hallarse prófugo cuando se interpone recurso de apelación. El autor tuvo representación letrada y conocía las leyes de los Estados Unidos, por lo que cabe inferir lógicamente de su conducta general, incluida su huida de los Estados Unidos, que renunció a su derecho de apelación. El Estado parte señala que el autor no apoyó la moción del Fiscal de los Estados Unidos de readmitir su recurso a fin de impedir su extradición a los Estados Unidos. Nunca presentó recurso de apelación y su aviso de apelación carece de contenido. En cuanto a su futuro trato a este respecto, el Estado parte observa que su Ministro de Justicia solicitó y recibió seguridades

¹¹ *Ng c. el Canadá*, caso N° 469/1991, dictamen aprobado el 5 de noviembre de 1993; *Cox c. el Canadá*, caso N° 539/1993, dictamen aprobado el 31 de octubre de 1994.

¹² *Raf c. España*, sol. N° 53652/00, sentencia de 21 de noviembre de 2001, y *Eid c. Italia*, sol. N° 53490/99, fallo de 22 de enero de 2002.

¹³ *Maleki c. Italia*, caso N° 699/1996, dictamen aprobado el 15 de julio de 1999.

de las autoridades competentes de los Estados Unidos de que el autor tendría a su disposición nuevos procedimientos para determinar una sentencia con respecto a *todos* los cargos.

4.6 En cuanto a la denuncia de que la prisión perpetua del autor viola el párrafo 1 del artículo 10, el Estado parte aduce que esta disposición se refiere exclusivamente a las condiciones de detención y no a su duración. Se remite a la jurisprudencia del Comité de que la mera privación de libertad no supone una violación de la dignidad humana¹⁴. El Estado parte sostiene que la condena a 845 años no es desproporcionada ni inhumana si se tienen en cuenta los numerosos delitos patrimoniales y las pérdidas sufridas por los titulares de pensiones. También señala que el tribunal que dictó la sentencia no excluyó la liberación condicional, siempre y cuando el autor devolviera 125 millones de dólares de los EE.UU. y pagara una multa de 123 millones. El Estado parte indica asimismo que, si bien el Tribunal Europeo ha sugerido que la prisión perpetua puede plantear cuestiones en relación con el artículo 3 del Convenio Europeo, no ha llegado todavía a esa conclusión¹⁵.

4.7 Según el Estado parte, no hay nada en el Pacto que impida la extradición a un Estado donde un delito puede ser castigado con una pena más severa (excluido el castigo corporal). Toda posición contraria privaría al instrumento de extradición de su utilidad en lo que respecta al auxilio internacional en la administración de justicia y la negación de la impunidad, finalidad que el propio Comité ha destacado¹⁶.

Otras cuestiones relacionadas con la solicitud de medidas cautelares del Comité

5.1 Por carta de 2 de agosto de 2002 al representante del Estado parte ante las Naciones Unidas en Ginebra, el Comité, por conducto de su Presidente, expresó gran pesar por la extradición del autor, que contravenía su solicitud de protección cautelar. El Comité pidió que se explicaran por escrito las razones que habían inducido a no atender su petición de medidas cautelares y el modo en que el Estado parte se proponía garantizar que se atendieran tales solicitudes en el futuro. Por nota de la misma fecha, el Relator Especial del Comité para nuevas comunicaciones pidió al Estado parte que examinara detenidamente la situación y el trato del autor después de su extradición, y que dirigiera al Gobierno de los Estados Unidos las peticiones que considerara pertinentes a fin de impedir un daño irreparable a los derechos del autor amparados por el Pacto.

¹⁴ *Vuolanne c. Finlandia*, caso N° 265/1987, dictamen aprobado el 7 de abril de 1989.

¹⁵ En *Einhorn c. Francia*, sol. N° 71555/01, fallo de 16 de octubre de 2001, en el que el Tribunal declaró que no estaba excluido que la extradición de un individuo hacia un Estado donde pueda ser condenado a prisión perpetua sin ninguna posibilidad de libertad pueda plantear cuestiones en relación con el artículo 3 del Convenio.

¹⁶ *Cox c. el Canadá*, *op. cit.*, párr. 10.3.

5.2 En exposiciones de fecha 15 de octubre de 2002, el Estado parte, en respuesta a la solicitud de aclaraciones del Comité, explica que, después de recibir la solicitud de medidas cautelares del Comité, el Ministro Federal de Justicia ordenó el 25 de mayo de 2002 al Ministerio Público de Viena (*Staatsanwaltschaft*) que presentara al juez instructor del Tribunal Penal Regional de Viena una petición de suspensión de la extradición. Ese mismo día, el Tribunal desestimó la solicitud argumentando que el artículo 86 del reglamento del Comité no podía invalidar órdenes judiciales ni limitar la jurisdicción de un tribunal nacional independiente. El 6 de junio de 2002 el juez de instrucción ordenó la entrega del autor.

5.3 En cuanto a las cuestiones jurídicas resultantes, el Estado parte aduce que el artículo 86 del reglamento del Comité no obliga a los Estados partes a modificar sus constituciones a fin de que las solicitudes de medidas cautelares tengan un efecto interno directo. Una solicitud en virtud del artículo 86 "no tiene ningún efecto vinculante en derecho internacional", ni puede anular una obligación contraria del derecho internacional, es decir, la obligación en virtud del tratado de extradición entre el Estado parte y los Estados Unidos de entregar a una persona en circunstancias en que se cumplen los requisitos previos establecidos en el tratado. El Estado parte señala que el caso del autor ha sido objeto de un amplio examen en sus tribunales y en el Tribunal Europeo.

5.4 En cuanto al estado de la cuestión ahora, el Estado parte observa que el Fiscal de los Estados Unidos ha pedido al Tribunal de Distrito de los Estados Unidos que se revise la sentencia del autor (en el sentido de que no cumpla la condena por el delito de perjurio en cuanto acusado, respecto del cual se negó la extradición). Según la información comunicada al Estado parte, la revisión de la sentencia daría al autor pleno derecho a recurrir la (nueva) sentencia y el propio fallo condenatorio inicial. El Estado parte seguirá solicitando información de las autoridades estadounidenses en forma adecuada sobre el curso de las actuaciones en los tribunales de los Estados Unidos.

Comentarios del autor

6.1 Por carta de 8 de diciembre de 2002, el autor sostiene que hubo violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, puesto que fue entregado a los Estados Unidos en contra de la solicitud de medidas cautelares formulada por el Comité. Invoca el dictamen del Comité en el caso *Piandiong c. Filipinas*¹⁷.

6.2 Por carta de 21 de enero de 2003, el autor rechaza la afirmación del Estado parte de que la solicitud del Comité en virtud del artículo 86 de su reglamento tenía menos peso que la obligación internacional de extraditar que se recoge en su tratado de extradición con los Estados Unidos. El autor indica

¹⁷ Caso N° 869/1999, dictamen aprobado el 19 de octubre de 2000.

que en el tratado propiamente dicho, así como en la legislación nacional del Estado parte, se prevé la negación de la extradición por motivos de derechos humanos. En todo caso, las obligaciones vinculantes en virtud de tratados de derechos humanos *erga omnes*, inclusive en virtud del Pacto, prevalecen sobre cualesquiera obligaciones de tratados entre Estados.

6.3 El autor declara que existe la obligación expresa en el derecho internacional, en el Pacto y el Protocolo Facultativo de que el Estado parte atienda una solicitud en virtud del artículo 86. Esa obligación puede derivarse del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto y del reconocimiento, por la adhesión al Protocolo Facultativo, de la competencia del Comité para determinar la violación del Pacto, que también ha de implicar, subsidiariamente, el respeto del reglamento debidamente promulgado del Comité.

6.4 El autor se basa en la jurisprudencia del Comité al plantear que la exposición de una persona a una medida irreversible antes de examinar un caso frustra la finalidad del Protocolo Facultativo y priva a esa persona del recurso efectivo que el Pacto obliga al Estado parte a proporcionar¹⁸. Por lo tanto, en las conclusiones del Tribunal Penal Regional de Viena (véase el párrafo 5.2 *supra*) no se tuvieron en cuenta las obligaciones directas en virtud de los artículos 1 y 5 del Protocolo Facultativo. Se invita al Comité a que pida al Estado parte que le indique las medidas que se propone adoptar para reparar esta violación, incluso por medios diplomáticos ante los Estados Unidos, a fin de restablecer la situación anterior.

6.5 En cuanto a los argumentos del Estado parte sobre la admisibilidad, el autor aduce que el procedimiento pendiente ante los tribunales no fue oportuno, real ni efectivo, pues fue expulsado antes de que terminara. En todo caso, con la decisión del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 2002, se han agotado ya los recursos de la jurisdicción interna. Rechaza la afirmación de que el Tribunal Europeo había "examinado" su caso en el sentido de la reserva del Estado parte al párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, pues la decisión de suprimir el caso de su lista evidentemente no entrañaba ninguna determinación en cuanto al fondo.

6.6 Respecto al fondo, el autor sostiene que fue objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14, puesto que fue privado mediante la doctrina de "inhabilitación del prófugo" de la revisión en apelación de la declaración de culpabilidad o la condena en los Estados Unidos. Esa doctrina sirvió también para denegar la moción de los Estados Unidos de readmitir su recurso. El autor impugna la idea de que "renunció" a recurrir, pues el Tribunal de Apelación rechazó la moción (de su abogado) de aplazar el sobreseimiento de la apelación. En Austria se admitió esta violación, pues ningún tribunal con jurisdicción efectiva consideró este

¹⁸ *Ashby c. Trinidad y Tabago, op. cit.; Mansaraj y otros c. Sierra Leona*, caso N° 839/1998, dictamen aprobado el 16 de julio de 2001; *Piandiong y otros c. Filipinas, op. cit.*

aspecto de su caso antes de ser expulsado el autor. El reconocimiento por el Tribunal Constitucional de que los tribunales inferiores debían haber actuado así se produjo demasiado tarde para proporcionar un recurso efectivo.

6.7 En cuanto a la denuncia de violación de los artículos 7 y 10, el autor declara que una condena a 845 años por delitos de fraude es totalmente desproporcionada, y equivale a pena inhumana¹⁹. El autor rechaza el argumento del Estado parte basado en el *caso Vuolanne c. Finlandia*²⁰, señalando que en ese caso se trataba de una privación de libertad de diez días, difícilmente comparable con su propia condena. Alega además que una condena a perpetuidad (sin libertad condicional) para un delito sin violencia es en sí una condena inhumana. Invoca un fallo del Tribunal Constitucional alemán que consideró inconstitucional una condena a perpetuidad por asesinato sin la posibilidad de rehabilitación vigilada o libertad condicional²¹. A mayor abundamiento, una condena a prisión perpetua por un delito de lesión física o psicológica no irreparable y con posibilidad de restitución sería inhumana. La condena es una afrenta a la dignidad humana y, como se priva de la posibilidad de rehabilitación, viola el párrafo 1 del artículo 10.

6.8 El autor rechaza el argumento del Estado parte de que la extradición a un país donde hay posibilidades de una pena más grave que la aplicable en el país que extradita no es impugnabile porque corresponde a la naturaleza de la extradición, pues en algún momento la pena más grave es tan inhumana que resulta inhumano extraditar a alguien. El autor se basa en el dictamen del Comité en *Ng c. el Canadá*²² y se remite también a la jurisprudencia del Tribunal Europeo según la cual una pena de privación de libertad totalmente desproporcionada como una cadena perpetua irreducible (siendo algo distinto de la tortura física o psicológica) también puede equivaler a ese grado de inhumanidad²³.

Inobservancia por el Estado parte de la solicitud del Comité de medidas cautelares de protección

7.1 El Comité considera que, en las circunstancias del caso, el Estado parte incumplió sus obligaciones en virtud del Protocolo, al extraditar al autor antes de que el Comité pudiera examinar su alegación de daño

¹⁹ El autor se remite a la jurisprudencia del Tribunal Europeo en cuanto a la afirmación de que las sentencias desproporcionadas pueden ser inhumanas: *Weeks c. el Reino Unido* (1988) 10 EHRR 293; *Hussain c. el Reino Unido* (1996) 22 EHRR 1.

²⁰ *Op. cit.*

²¹ *Detlef* 45 BVerfGE 187 (1977). Con un efecto similar, el Tribunal Supremo de Namibia determinó en *Estado c. Tcoeib* (1996) 7 BCLR 996 que la condena a prisión perpetua sin libertad condicional era inconstitucional.

²² *Op. cit.* (muerte con gas asfíxiante) y además *Soering c. el Reino Unido* 11 EHRR 439 (fenómeno general del pabellón de condenados a muerte).

²³ *Altun c. Alemania*, sol. N° 10308/83 DR 209; *Nivette c. Francia*, fallo de 3 de julio de 2001; *Einhorn c. Francia, op. cit.*

irreparable a sus derechos amparados por el Pacto. En particular, al Comité le preocupa la secuencia de los acontecimientos en este caso puesto que, en lugar de solicitar medidas cautelares de protección directamente en el supuesto de que la extradición del autor fuera a causar un daño irreversible, primero solicitó, de acuerdo con el artículo 86 de su reglamento, las opiniones del Estado parte sobre la irreparabilidad del daño. Al actuar así, el Estado parte podría haber demostrado al Comité que la extradición no daría lugar a daño irreparable.

7.2 Las medidas cautelares previstas en el artículo 86 del Reglamento del Comité, aprobadas de conformidad con el artículo 39 del Pacto, son esenciales para la función del Comité en el marco del Protocolo. El hecho de que se contravenga este artículo, especialmente con medidas irreversibles tales como la ejecución de la presunta víctima o su expulsión del país, menoscaba la protección de los derechos enunciados en el Pacto mediante el Protocolo Facultativo.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 En cuanto al argumento del Estado parte de que no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna, el Comité observa que el recurso de petición al Tribunal Constitucional se agotó desde la comunicación del Estado parte. Además, el Comité observa que, en los casos en que ha solicitado medidas cautelares de protección, lo ha hecho debido a la posibilidad de daño irreparable a la víctima. En tales casos, un recurso que presuntamente subsiste después del hecho que se ha pretendido impedir con las medidas cautelares es por definición ineficaz, pues el daño irreparable no puede remediarse mediante una posterior conclusión en favor del autor adoptada por las instancias de la jurisdicción interna que examinan el caso. En tales casos no quedan recursos efectivos que agotar después de producirse el hecho que se ha tratado de impedir mediante la solicitud de las medidas cautelares; concretamente, el autor detenido ahora en los Estados Unidos no dispondría de ningún recurso efectivo si los tribunales del Estado parte fallaran en su favor en el procedimiento pendiente después de su extradición. Por lo tanto, el Comité considera que el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 no le impide examinar la comunicación.

8.3 En cuanto al argumento del Estado parte de que su reserva al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo impide al Comité examinar la comunicación, el Comité observa que la reserva del Estado parte se refiere a denuncias presentadas a la Comisión Europea de Derechos Humanos. Suponiendo *arguendo* que la reserva se aplique a las denuncias recibidas, por el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos en lugar de la ex Comisión Europea, el Comité se remite a su jurisprudencia de que cuando el Tribunal Europeo ha ido más allá de una decisión formal o técnica sobre la admisibilidad, y ha hecho una apreciación del caso en cuanto al fondo, la denuncia se ha "examinado" con arreglo a los términos del Protocolo Facultativo, o en este caso, la reserva del Estado parte²⁴. En el presente caso, el Comité observa que el Tribunal consideró que el respeto de los derechos humanos no le imponía seguir examinando el caso, y lo abandonó. El Comité considera que una decisión en el sentido de que un caso no reviste la importancia suficiente para seguir siendo examinado tras una acción del peticionario para retirar la denuncia no equivale a una evaluación real de su contenido. En consecuencia, no puede decirse que la denuncia ha sido "examinada" por el Tribunal Europeo, y la reserva del Estado parte no impide que el Comité examine las alegaciones presentadas en virtud del Convenio Europeo que hayan sido luego retiradas por el autor. A falta de otros obstáculos en cuanto a la admisibilidad, el Comité llega a la conclusión de que las cuestiones planteadas en la comunicación son admisibles.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 En cuanto a la alegación del autor de que su declaración de culpabilidad y su condena en rebeldía equivalen a una violación del artículo 14 del Pacto, el Comité observa que en el presente caso el autor y sus representantes legales estuvieron presentes en todo momento durante los alegatos y la presentación de las pruebas. Por tanto, el autor evidentemente sabía que se pronunciaría esa sentencia y que, en caso de fallo de culpabilidad, habría una condena. En tales circunstancias, el Comité se remite a su jurisprudencia²⁵ y considera que no puede derivarse ninguna cuestión de violación del Pacto por el Estado parte del pronunciamiento del fallo condenatorio y la condena del autor en otro Estado.

9.3 En cuanto a la denuncia del autor de que mediante la doctrina de la "inhabilitación del prófugo" se le denegó el recurso pleno, el Comité observa que, según la información de que dispone, el autor —al haber sido extraditado por menos cargos que por los que se le condenó inicialmente— será sentenciado de nuevo, de acuerdo con la regla de especialidad. Según la información comunicada al Estado parte, esa revisión de la sentencia le daría derecho al autor a recurrir plenamente su declaración de culpabilidad y su condena. El Comité tiene entonces que considerar si la doctrina de la "inhabilitación del prófugo" es compatible

²⁴ Véase, por ejemplo *Linderholm c. Croacia*, caso Nº 744/1997, decisión adoptada el 23 de julio de 1999.

²⁵ Véase, por ejemplo, *Maleki c. Italia*, *op. cit.*

o no con el párrafo 5 del artículo 14 o si la extradición a una jurisdicción que lo ha privado por ello de un recurso plantea alguna cuestión en relación con el Pacto que concierna al Estado parte.

9.4 En cuanto a si la extradición del autor por el Estado parte para que cumpla una pena de prisión perpetua sin posibilidad de libertad viola los artículos 7 y 10 del Pacto, el Comité observa, según se establece en el párrafo anterior, que la declaración de culpabilidad y la condena del autor no son todavía definitivas, mientras no se conozca el resultado del proceso de revisión de la sentencia, lo cual abriría la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio inicial. Como la declaración de culpabilidad y la condena no son aún definitivas, para el Comité es prematuro decidir, en base a hechos hipotéticos, si tal situación da lugar a la responsabilidad del Estado parte en virtud del Pacto.

9.5 A la luz de estos hechos, no es necesario examinar las alegaciones adicionales del autor que se basan en que cualquiera de los elementos anteriores se consideren como violación del Pacto.

9.6 Respecto a la alegación del autor de que en los procedimientos ante los tribunales del Estado parte se le denegó el derecho a la igualdad ante la ley, el Comité observa que el autor obtuvo, después de presentar el caso al Comité, una suspensión del Tribunal Administrativo para impedir su extradición hasta que el Tribunal hubiera resuelto la impugnación que hizo el autor de la decisión del Ministro por la que ordenaba su extradición. El Comité observa que, si bien la orden de suspensión se comunicó debidamente a los funcionarios competentes, el autor fue trasladado a la jurisdicción de los Estados Unidos después de varias tentativas, en violación de la suspensión dictada por el Tribunal. Después del suceso, el propio Tribunal observó que al autor se le había expulsado del país contraviniendo la suspensión dictada por el Tribunal y que no había fundamentos legales para la extradición; en consecuencia, el procedimiento carecía ya de sentido y no tenía objeto en vista de la extradición del autor, y no se proseguiría. El Comité observa además que el Tribunal Constitucional dictaminó que era inconstitucional la imposibilidad del autor de recurrir un fallo adverso del Tribunal Superior Regional en circunstancias en que el Fiscal podía recurrir, y de hecho lo hizo, un fallo anterior del Tribunal Superior Regional que había declarado inadmisibles la extradición del autor. El Comité considera que la extradición del autor en contravención de una orden de suspensión dictada por el Tribunal Administrativo y la

imposibilidad del autor de recurrir un fallo adverso del Tribunal Superior Regional, mientras que el Fiscal sí tenía esa posibilidad, equivalen a una violación del derecho del autor a la igualdad ante los tribunales, amparado por el párrafo 1 del artículo 14, conjuntamente con el derecho a disponer de un recurso efectivo y ejecutorio, amparado por el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto violaciones por parte de Austria del párrafo 1 del artículo 14 (primera oración), interpretado conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. El Comité reitera su conclusión de que el Estado parte ha incumplido las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo Facultativo al extraditar al autor antes de permitir al Comité considerar si con ello sufriría un daño irreparable, según se sostenía.

11. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a garantizar al autor de la comunicación un recurso efectivo. En vista de las circunstancias del caso, el Estado parte tiene la obligación de dirigir a las autoridades de los Estados Unidos todas las peticiones que sean necesarias para que el autor no sufra ninguna conculcación de los derechos que le asisten en virtud del Pacto como resultado de su extradición por el Estado parte en violación de las obligaciones que le imponen el Pacto y el Protocolo Facultativo. El Estado parte también tiene la obligación de impedir que se cometan violaciones análogas en el futuro, en particular adoptando las medidas apropiadas para garantizar que se respeten las solicitudes del Comité de medidas cautelares de protección.

12. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide también al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 1090/2002

Presentada por: Tai Wairiki Rameka y otros (representados por Tony Ellis)

Presunta víctima: Los autores

Estado parte: Nueva Zelanda

Fecha de aprobación del dictamen: 6 de noviembre de 2003

Asunto: Presunta insuficiencia de revisiones periódicas de una pena de prisión de duración indefinida – Trato cruel, inhumano o degradante

Cuestiones de procedimiento: Condición de "víctima" – Grado de fundamentación de la reclamación – Falta de agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Tratos inhumanos/tortura – Detención arbitraria – Control judicial de la legalidad de la detención – Condiciones de detención – Presunción de inocencia

Artículos del Pacto: 7; 9, párrafos 1 y 4; 10, párrafos 1 y 3; y 14, párrafo 2

Artículos del Protocolo Facultativo: 1; 2; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículo 9, párrafo 4)

1. Los autores de la comunicación, de fecha 9 de marzo de 2002, son los Sres. Tai Wairiki Rameka, Anthony James Harris y Tai Rangi Tarawa, todos ellos ciudadanos neozelandeses actualmente reclusos cumpliendo condenas. Afirman ser víctimas de violaciones por Nueva Zelanda del artículo 7, de los párrafos 1 y 4 del artículo 9, de los párrafos 1 y 3 del artículo 10, y del párrafo 2 del artículo 14 del Pacto. Están representados por letrado.

Los hechos expuestos por los autores

El caso del Sr. Rameka

2.1 El 29 de marzo de 1996, el Sr. Rameka fue declarado culpable por el Tribunal Superior de Napier de dos delitos de violación, un delito de robo en domicilio agravado, una tentativa de violación y abusos deshonestos. Los informes previos a la sentencia y los informes psiquiátricos presentados al Tribunal hacían referencia, entre otras cosas, a los delitos sexuales anteriores del autor, su propensión a cometer delitos sexuales, su falta de arrepentimiento y el uso de la violencia, concluyendo que había una probabilidad de un 20% de que cometiera otros delitos sexuales.

2.2 Fue condenado a reclusión preventiva (lo que significa la reclusión por tiempo indefinido hasta ser liberado por la Junta de Libertad Condicional), de acuerdo con el artículo 75 de la Ley de justicia penal de 1985¹ por el primer cargo de violación, conjuntamente

con 14 años de cárcel por el segundo cargo de violación, 2 años de cárcel por el robo en domicilio agravado y 2 años de cárcel por la tentativa de violación. Fue absuelto del cargo de abusos deshonestos, ya que el juez sentenciador lo consideró subsumido en los demás delitos objeto de su decisión. El autor recurrió la condena a reclusión preventiva, alegando que era manifiestamente excesiva e inadecuada, y la condena a 14 años de cárcel por violación, alegando que era manifiestamente excesiva.

2.3 El 18 de junio de 1997, el Tribunal de Apelación desestimó el recurso, ya que consideró que el juez sentenciador estaba facultado para concluir, a la vista de las pruebas, que existía un "riesgo considerable" de que el Sr. Rameka delinquiera de nuevo de manera agresiva y violenta al ser puesto en libertad, y que había "un alto nivel de peligrosidad futura" de la que se debía proteger a la comunidad. El Tribunal respaldó su conclusión haciendo referencia al uso reiterado de un cuchillo y a la violencia ejercida por el Sr. Rameka en el contexto de

75. Pena de reclusión preventiva

"1) Este artículo se aplicará a toda persona que no sea menor de 21 años y que:

a) Sea condenada por un delito castigado en el párrafo 1 del artículo 128 [violación sexual] de la Ley penal de 1961; o

b) Habiendo sido condenada anteriormente por un delito tipificado al menos en una ocasión después de cumplir la edad de 17 años, sea condenada por otro delito tipificado cometido después de la condena anterior.

2) Con sujeción a las disposiciones de este artículo, el Tribunal Superior, si llegare a la conclusión de que para la protección de la sociedad es conveniente que un delincuente a quien se aplique este artículo sea mantenido en prisión durante un período considerable, podrá dictar una sentencia de reclusión preventiva...

3A) Un tribunal no podrá imponer una pena de reclusión preventiva a un delincuente a quien se aplique el apartado a) del párrafo 1) de este artículo a menos que el tribunal:

a) Haya obtenido previamente un informe psiquiátrico sobre el delincuente; y

b) Teniendo en cuenta ese informe y todo otro informe pertinente, haya llegado a la convicción de que existe un riesgo considerable de que el delincuente cometa un delito especificado al ser puesto en libertad."

77. Período de reclusión preventiva de duración indefinida

"El delincuente que sea condenado a reclusión preventiva permanecerá en prisión hasta que sea puesto en libertad por orden de la Junta de Libertad Condicional de conformidad con esta ley."

89. Puesta en libertad condicional facultativa

"1) Con sujeción al párrafo 2 de este artículo, el condenado a pena de duración indefinida podrá beneficiarse de la libertad condicional tras cumplir diez años desde dicha condena."

¹ Los artículos 75, 77 y 89 de la Ley de justicia penal de 1985 estipulan lo siguiente:

delitos de carácter sexual, y a la retención prolongada de la víctima que practicó en cada caso. También determinó, respecto de la sentencia por violación, que la pena de 14 años de prisión estaba "bien comprendida" en la facultad discrecional del juez sentenciador.

El caso del Sr. Harris

2.4 El 12 de mayo de 2000, el Sr. Harris fue declarado culpable por el Tribunal Superior de Auckland, después de haber admitido su culpabilidad en 11 delitos sexuales cometidos a lo largo de tres meses contra un muchacho que cumplió 12 años en ese período. Entre los cargos figuraban dos de violación con contacto oral genital y nueve de abusos deshonestos o de inducción de un muchacho menor de 12 años a cometer actos indecentes. Anteriormente había sido condenado por dos delitos de relación sexual ilícita con un varón menor de 16 años y un delito de abusos deshonestos contra un varón menor de 12 años, todos en relación con un muchacho de 11 años. Por los dos cargos de relación sexual ilícita fue condenado a seis años de cárcel, y por los cargos restantes, conjuntamente a cuatro años.

2.5 El representante del ministerio fiscal solicitó autorización para apelar basándose en que debía haberse impuesto la reclusión preventiva o al menos una pena finita más larga. El 27 de junio de 2000, el Tribunal de Apelación estimó el recurso y sustituyó la condena por la de reclusión preventiva respecto de cada uno de los cargos. El Tribunal hizo referencia a la advertencia sobre la posibilidad de graves consecuencias que había formulado el tribunal que condenó al autor por sus anteriores delitos, al hecho de que no enmendara su comportamiento tras haber asistido a un curso para delincuentes sexuales en la cárcel, a las características del abuso de la confianza de un menor para delinquir y a que había hecho caso omiso de las advertencias de la policía con respecto al contacto ilícito con el menor víctima, así como al exhaustivo informe psiquiátrico que le definía como un pedófilo homosexual atraído por muchachos prepúberes y los factores de riesgo analizados en el informe. Aunque observó que el caso justificaría una pena finita de "no menos" de siete años y medio, el tribunal concluyó, dadas las circunstancias, que ninguna condena finita adecuada protegería debidamente a los ciudadanos y que la reclusión preventiva, por sus características de supervisión permanente después de la puesta en libertad y la posibilidad de reencarcelamiento, era la sentencia adecuada.

El caso del Sr. Tarawa

2.6 El 2 de julio de 1999, el Sr. Tarawa fue declarado culpable de violación, dos delitos de relación sexual ilícita, abusos deshonestos, robo en domicilio, dos delitos de robo en domicilio agravados, dos delitos de secuestro en que actuó como cómplice *a posteriori*, tres delitos de atraco con agravante, coacción con amenazas y allanamiento de morada. Anteriormente había

cometido múltiples delitos en tres incidentes, entrando de manera ilícita en viviendas y cometiendo actos de violencia sexual, incluidas dos violaciones. A continuación cometió otro robo y otra agresión. El juez sentenciador observó rasgos sistemáticos de comportamiento depredador, planeado y llevado a cabo con profesionalidad, agravado por el hecho de que algunos delitos los cometió cuando estaba en libertad bajo fianza. Tras examinar la naturaleza de los delitos, su gravedad y el período en que se habían cometido, el tipo de víctimas, la manera en que el delincuente había respondido a anteriores intentos de rehabilitación, el tiempo transcurrido entre un delito y otro, las medidas adoptadas para evitar la reincidencia, la (no) aceptación de responsabilidad, el informe previo a la sentencia, el informe psicológico y el dictamen psiquiátrico de que había un alto riesgo de reincidencia, con los factores de riesgo consiguientes, el juez lo condenó a reclusión preventiva por los tres delitos de violación, y lo alentó a hacer uso de los servicios de orientación y de rehabilitación disponibles en la cárcel. Fue condenado simultáneamente a 4 años de cárcel por el delito de robo en domicilio agravado, a 6 años por secuestro, a 3 años por coacción con amenazas, a 3 años por robo en domicilio agravado y atraco con agravante, a 18 meses por robo y complicidad *a posteriori*, a 6 años por otro secuestro, a 5 años por otro atraco con agravante, a 6 meses por abusos deshonestos y a 9 meses por allanamiento de morada.

2.7 El 20 de julio de 2000, el Tribunal de Apelación, al examinar el recurso basándose en las declaraciones escritas del autor, estudió el cuadro de las circunstancias de cada serie de delitos y consideró, a la vista de todo el historial del apelante, sus intentos de rehabilitación fallidos y los informes psiquiátricos y psicológicos previos a la sentencia, que el juez sentenciador no se había excedido al llegar a la conclusión, tras haber ponderado debidamente las alternativas de penas finitas disponibles, de que existía un riesgo considerable que requería la protección de los ciudadanos.

2.8 El 19 de septiembre de 2001, el Comité Judicial del Consejo Privado rechazó los recursos de súplica de los tres autores.

La denuncia

3.1 Los autores denuncian, en primer lugar, que el fallo en el caso que sentó jurisprudencia, *R. v. Leitch*², en que el pleno del Tribunal de Apelación estableció los principios aplicables a las condenas a reclusión preventiva, fue erróneo. Los autores afirman que este fallo no ofrece una orientación convincente sobre el modo en que los tribunales deben determinar la existencia de un "riesgo considerable" de reincidencia. En opinión de los autores, este elemento debe demostrarse para que constituya prueba en lo penal más allá de toda duda razonable, en la forma en que proceden los tribunales canadienses con respecto a la reclusión preventiva. Además, afirman que los elementos expuestos en el párrafo 2 del artículo 75 de la

² [1998] 1 NZLR 420.

Ley de justicia penal son excesivamente vagos y arbitrarios³. Afirman también que en el fallo del caso *Leitch* se analizó erróneamente el significado de "conveniente para proteger a la sociedad" y se desestimó incorrectamente la jurisprudencia anterior sobre el "último recurso". Sostienen que el Tribunal no analizó en ese caso los argumentos de que la reclusión preventiva era incompatible con el Pacto.

3.2 En segundo lugar, los autores afirman que fue arbitrario imponer una pena discrecional basándose en pruebas de la peligrosidad futura, ya que dicha conclusión no puede satisfacer las condiciones normativas de "riesgo considerable de reincidencia" o "conveniencia para proteger a la sociedad" en el caso en cuestión. Hacen referencia a varios especialistas que advierten de las dificultades de predecir el comportamiento criminal futuro basándose en categorías y modelos estadísticos⁴. En cualquier caso, afirman que, de hecho, en ninguno de los casos se reúne la condición normativa de que los convictos representen un "riesgo considerable", o que la reclusión preventiva sea "conveniente para proteger a la sociedad".

3.3 En tercer lugar, los autores afirman que fueron condenados sin que los tribunales tuvieran en cuenta, en primera instancia o en apelación, los aspectos de i) *la reclusión arbitraria*, según los términos de los párrafos 1 y 3 del artículo 10 del Pacto, el artículo 9 y el párrafo 5 del artículo 23 de la Ley de la Carta de Derechos de Nueva Zelanda de 1990, la Carta Magna y la Carta de Derechos de 1689 (Imp.); ii) *la presunción de inocencia*, según los términos del artículo 9 y/o del párrafo 2 del artículo 14 del Pacto, tal como la interpreta el Comité; iii) (la presunta insuficiencia de) *las revisiones periódicas* de una pena de duración indefinida, según los términos del párrafo 4 del artículo 9 del Pacto; y iv) *una pena cruel, insólita, inhumana o degradante*, de acuerdo con el artículo 7 del Pacto o la Carta de Derechos de 1689.

3.4 Con respecto a la cuestión de la reclusión arbitraria, los autores afirman que no se realiza una revisión regular suficiente de su "peligrosidad" futura y que, de hecho, se les ha condenado por lo que podrían hacer cuando sean puestos en libertad y no por lo que han hecho. Los autores se remiten a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵ y a la doctrina⁶ que apoya la afirmación de que un preso tiene

derecho a que su reclusión actual o la prolongación de esta con fines de prevención o protección sea examinada por un órgano independiente de carácter judicial. Los autores señalan que en el sistema del Estado parte no hay posibilidad de puesta en libertad hasta que pasen diez años y la Junta de Libertad Condicional pueda examinar el caso. Por lo que respecta a la presunción de inocencia, los autores sostienen que la reclusión preventiva viene a ser un castigo por delitos que aún no se han cometido y posiblemente nunca se cometan y, por tanto, viola el párrafo 2 del artículo 14.

3.5 En relación con las dos cuestiones anteriores, los autores hacen referencia también a las inquietudes expresadas por el Comité, tras examinar el tercer informe periódico del Estado parte, con respecto a la compatibilidad del régimen de reclusión preventiva con los artículos 9 y 14⁷.

3.6 En cuanto a las cuestiones que guardan relación con los artículos 7 y 10, los autores afirman que, debido al período de diez años sin posibilidad de libertad condicional aplicable a sus condenas, no se pone a disposición de los autores la posibilidad de acceder a los tratamientos para delincuentes sexuales destinados a reducir su riesgo y peligrosidad hasta poco antes de expirar el período de diez años. También parecen oponerse en general al período de diez años sin posibilidad de libertad condicional. De este modo no se trata a las personas condenadas a estas penas con humanidad y dignidad, como exige el párrafo 1 del artículo 10, ni se tiene en cuenta el objetivo fundamental de reforma y rehabilitación social que exige el párrafo 3 del artículo 10, y esto equivale a un castigo cruel, inusual, degradante y desproporcionadamente severo, contrario al artículo 7.

3.7 Los autores también plantean varias quejas específicas en relación con cada caso. El Sr. Rameka afirma que el Tribunal no debería haber aceptado que el riesgo que se determinó de un 20% de reincidencia equivalía a un riesgo considerable en el sentido de la ley, y que la imposición de una pena finita al mismo tiempo que una pena de reclusión de duración indefinida fue errónea en principio. En el caso del Sr. Tarawa, se afirma que la denegación de asistencia letrada para su apelación (debido a lo cual el Sr. Tarawa preparó sus propios documentos de apelación) fue improcedente. Finalmente, el Sr. Harris afirma que su condena fue manifiestamente excesiva y que el Tribunal de Apelación consideró indebidamente que la posibilidad de reencarcelamiento, vale decir, la posibilidad de que el delincuente que haya sido puesto en libertad antes de cumplir la totalidad de la pena y que comete un nuevo delito sea reencarcelado para que cumpla una pena completa, era un factor relevante a favor de la condena a reclusión preventiva.

³ Véase la nota 1 de pie de página *supra*.

⁴ Copley, *Sex Offenders: Law, Policy and Practice* (Jordans, Bristol, 2000), pág. 196; Brown y Pratt, *Dangerous Offenders, Punishment & Social Order* (Routledge, Londres, 2000), págs. 82 y 93.

⁵ Los autores citan los casos *Van Droogenboeck c. Bélgica* (1982) 4 EHRR 443 (detención administrativa "a disposición del Gobierno" tras una condena de dos años por robo) y *Weeks c. el Reino Unido* (1988) 10 EHRR 293 (condena a cadena perpetua de carácter facultativo por robo a mano armada, con libertad condicional cuando el reo deje de suponer una amenaza).

⁶ Los autores citan a Harris, O'Boyle y Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (Butterworth's, Londres, 1995), págs. 108 y 109, 146, 151 y 152 y 154, y a

Wachenfeld, "The Human Rights of the Mentally Ill in Europe under the European Convention on Human Rights", *Nordic Journal of International Law* 60 (1991), págs. 174 y 175.

⁷ CCPR/C/79/Add.47; A/50/40, párrs. 179 y 186 (3 de octubre de 1995).

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En su exposición de 19 de febrero de 2003, el Estado parte impugna la admisibilidad y el fondo de la comunicación y describe de entrada las características generales del régimen neozelandés de reclusión preventiva. Esta privación de libertad solo se impone a los mayores de 21 años que han sido condenados por ciertos delitos especificados al cabo de un juicio en el que han gozado plenamente de su derecho a las garantías procesales y a la apelación⁸. La condena se impone por actos delictivos graves anteriores, cuando procede y cuando la pena corresponde proporcionalmente a la naturaleza de esos actos delictivos, y se evalúa en el contexto del pasado del delincuente y de otras informaciones disponibles, incluida la probabilidad de que reincida.

4.2 La condena a reclusión preventiva se puede pronunciar en dos casos: en primer lugar, cuando se haya condenado anteriormente a la persona a una pena similar por delitos graves específicos (principalmente de carácter sexual) y haya reincidido. Este sistema existe desde hace 100 años aproximadamente y la pena se impone en general después de una última advertencia del juez que haya sentenciado al reo en una ocasión anterior a una pena de encarcelamiento de duración definida. En segundo lugar, como consecuencia de una enmienda introducida en 1993, se puede condenar a la reclusión preventiva a una persona por un delito de violación, independientemente de otros delitos anteriores. En este caso, sin embargo, se añaden ciertas salvaguardias: el tribunal debe solicitar un dictamen psiquiátrico y tener la seguridad de que existe un riesgo considerable de que el reo cometa otro de los delitos especificados después de su puesta en libertad.

4.3 Las salvaguardias se aplican tanto en el momento en que se impone la pena como en la fase de administración. El único tribunal que puede imponer esta pena es el tribunal más alto de primera instancia, el Tribunal Superior (High Court). Existe el derecho de apelación al Tribunal de Apelación, que se ejerce en la

⁸ Estos delitos son: i) el cometido contra un menor de 16 años, el incesto (artículo 130 de la Ley penal de 1961), la relación sexual con una menor que se halle bajo la tutela o protección del acusado (art. 131), la relación con una niña menor de 12 años (art. 132), los actos deshonestos contra una niña menor de 12 años (art. 133), los actos deshonestos o la relación sexual con una niña de edad comprendida entre 12 y 16 años (art. 134), los actos deshonestos contra un niño menor de 12 años (art. 140), los actos deshonestos contra un niño de edad comprendida entre 12 y 16 años (art. 140A), la agresión sexual contra un hombre o un menor varón (art. 141) y la relación o tentativa de relación anal con una persona menor de 16 de años o gravemente subnormal (art. 142) y ii) la violación (art. 128), la tentativa de violación (art. 129), el bestialismo (art. 142A), la tentativa de asesinato (art. 173), la lesión intencional (art. 188), la lesión con el propósito de causar un daño físico grave (art. 189,1), la lesión con agravantes (art. 191) y el arrojamiento de ácido con el propósito de herir o desfigurar (art. 199).

mayoría de los casos en que se pronuncia una sentencia de reclusión preventiva. Esta pena solo se puede imponer por ciertos delitos específicos. En la práctica, siempre se solicitan dictámenes psiquiátricos. El tribunal determina si la condena a un número definido de años permite ofrecer una protección adecuada a la sociedad. Si el Tribunal Superior, después de examinar todos los hechos del caso, condena a la reclusión preventiva, el Tribunal de Apelación puede cambiar la sentencia e imponer un número definido de años de encarcelamiento (como ocurrió, por ejemplo, en el caso *R. v. Leitch*). De acuerdo con los criterios utilizados en el caso *Leitch*, el tribunal sentenciador deberá tener en cuenta la naturaleza de los delitos, su gravedad y el período en que se cometieron, el tipo de víctimas y los efectos que el delito ha tenido en ellas, la manera en que el delincuente respondió a los anteriores intentos de rehabilitación, el tiempo transcurrido desde los delitos precedentes y las medidas tomadas para evitar la reincidencia, la aceptación de su responsabilidad y el arrepentimiento, la inclinación a una conducta delictiva (teniendo en cuenta la evaluación profesional del riesgo) y el pronóstico en cuanto a los resultados del tratamiento de rehabilitación disponible. Incluso cuando se cumplen las condiciones legales, la condena a una pena de esta clase sigue siendo discrecional, no obligatoria.

4.4 En cuanto a la fase de administración, en general hay un período mínimo de diez años durante el cual no se puede conceder la libertad condicional, pero una Junta de Libertad Condicional independiente puede examinar el caso antes de ese momento (párrafo 5 del artículo 97). Luego, la Junta debe examinar obligatoriamente el caso por lo menos una vez al año y puede discrecionalmente disponer la puesta en libertad del preso (párrafo 2 del artículo 97). Los exámenes se pueden efectuar todavía más a menudo si la Junta lo exige, o si el preso lo solicita y la Junta está de acuerdo (párrafo 3 del artículo 97). Las decisiones de esta Junta pueden ser a su vez revisadas por el Tribunal Superior.

4.5 El Estado parte observa que la reclusión preventiva no es en modo alguno privativa de Nueva Zelanda y que, aunque no se haya presentado todavía ninguna comunicación sobre este asunto al Comité, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado la cuestión en varios casos pertinentes. En *V. c. el Reino Unido*⁹, el Tribunal sostuvo que la condena a una pena de reclusión "mientras plazca a Su Majestad" no era arbitraria, inhumana ni degradante. El Estado parte demandado señaló en ese caso que una condena de esta clase permite examinar las circunstancias personales del reo y liberarlo cuando se decide que ya no pone en peligro la seguridad pública. De igual modo, en *T. c. el Reino Unido*¹⁰, el Tribunal, recordando la obligación del Estado de tomar medidas para proteger al público contra los delitos violentos, consideró que el Convenio no prohibía a los Estados imponer a una persona una pena

⁹ (1999) 30 EHRR 121.

¹⁰ Demanda N° 24724/94.

de duración indefinida cuando lo considerase necesario para proteger a la sociedad.

4.6 El Estado parte sostiene que tiene la facultad discrecional de recurrir a penas como la reclusión preventiva, aunque reconoce la obligación de restringir y supervisar cuidadosamente su cumplimiento mediante el establecimiento de mecanismos de revisión adecuados para cerciorarse de que la continuación del encarcelamiento está justificada y es necesaria. El Tribunal Europeo admite que, cuando la finalidad de la reclusión no es ya el castigo sino la prevención, la reclusión puede pasar a ser ilícita si no existe en ese momento un sistema adecuado de reevaluación. Es indispensable el reexamen periódico por un órgano debidamente facultado para determinar la validez de la continuación del encarcelamiento. El Estado parte alega que su Junta de Libertad Condicional reúne todas estas características: es independiente, está presidida por un antiguo magistrado del Tribunal Superior, sigue un procedimiento bien establecido y está plenamente facultada para disponer la puesta en libertad de los reclusos. Después de transcurridos diez años, la Junta revisa el caso por lo menos una vez al año y puede también hacerlo antes y más a menudo. Además, sigue existiendo la posibilidad del hábeas corpus.

4.7 Aunque considera que el sistema con arreglo al cual se condenó a los autores es perfectamente compatible con el Pacto, el Estado parte señala que, después del momento en que se pronunció la sentencia, el sistema fue modificado para reducir a cinco años el período que antes era de diez durante el cual no procedía la revisión, y el tribunal que pronuncia la sentencia tiene que fijar caso por caso un período adecuado durante el cual el preso no podrá solicitar la libertad condicional.

4.8 En cuanto a la admisibilidad, el Estado parte alega que los autores no son víctimas en el sentido del Protocolo Facultativo en lo que respecta al período durante el cual no se puede efectuar la revisión. Además, uno de los autores no ha agotado los recursos internos. Aunque los autores están cumpliendo actualmente sus sentencias, el Estado parte observa que no han cumplido todavía el número de años que habrían debido cumplir si se les hubiera condenado a una pena finita¹¹. En efecto, están cumpliendo actualmente la parte punitiva normal de la pena y el aspecto preventivo no se ha planteado todavía. En el caso de los *Sres. Rameka y Tarawa*, la pena finita impuesta habría sido por lo menos igual al período de diez años durante el cual no se puede efectuar la revisión (y cuando empieza el examen anual obligatorio). Como no han cumplido la pena durante el tiempo mínimo correspondiente al delito que cometieron, no son todavía "víctimas" en lo que respecta a su reclamación contra la reclusión preventiva.

4.9 En cuanto al Sr. Harris, aunque se le haya impuesto una pena finita inferior a diez años, el Estado parte sostiene que está todavía muy lejos del momento

en que se plantearía el aspecto preventivo de la reclusión. En ese momento la Junta de Libertad Condicional podría examinar su caso y, si se negase a hacerlo (lo que le convertiría entonces en una "víctima" de la reclusión preventiva), su negativa podría ser examinada por los tribunales. Por consiguiente, ninguno de los autores es en el momento actual víctima de un "agravio efectivo" en el sentido del Protocolo Facultativo a causa de una u otra de las características especiales del régimen de reclusión preventiva contra el que reclaman. El Estado parte invoca la jurisprudencia del Comité en *A. R. S. c. el Canadá*¹², caso en el que el Comité consideró inadmisibles sobre esta base la reclamación del autor acerca de un régimen de supervisión obligatoria que no le era todavía aplicable.

4.10 En cuanto al Sr. Tarawa, el Estado parte sostiene que no ha agotado los recursos internos. El 10 de diciembre de 2001, entró en vigor la Ley de enmienda de la Ley penal (Apelación en causas penales), por la que se concedía al autor el derecho a una revisión de la sentencia. Aunque es necesario obtener autorización, el Tribunal de Apelación ha especificado claramente que se accederá sin más a las solicitudes de revisión que presenten personas como el Sr. Tarawa¹³. En su situación actual, el Sr. Tarawa, si lo solicita, podrá apelar de nuevo contra la sentencia y, sin embargo, no lo ha hecho todavía. Su reclamación es, por lo tanto, inadmisibles en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

4.11 En lo que respecta al fondo, el Estado parte alega que las quejas de los autores son infundadas. En cuanto a la queja formulada en virtud del artículo 9, el Estado parte alega que se puede justificar la continuación de la reclusión porque la pena impuesta es un castigo y una respuesta a un comportamiento delictivo demostrado y porque, a medida que el elemento de prevención cobra importancia, se puede recurrir a mecanismos de revisión adecuados (como antes se dijo). Se trata, sin embargo, ante todo y sobre todo de un castigo, del mismo modo que lo es la condena a reclusión perpetua discrecional.

4.12 El Estado parte aduce que muchos especialistas aceptan la existencia de factores y características que hacen más probable que una persona reincida; un ejemplo es la pedofilia: se suele aceptar que la reincidencia es mucho más probable en el caso de los pedófilos. Muchos de los modelos actuariales utilizados para la previsión del riesgo asignan una escala de valor creciente a varios factores determinados, típicamente de 10 a 12, como la conducta delictiva anterior, los trastornos mentales subyacentes, el éxito de una acción de rehabilitación anterior, etc. La cuestión fundamental es dónde se pone el límite. En el mundo se aplican varios de estos modelos, a los que Nueva Zelandia ha contribuido. Es de aceptación común que la previsión del riesgo sobre la base de una combinación de modelos actuariales y evaluaciones clínicas produce resultados

¹¹ Véanse los párrafos 4.20 (Sr. Rameka), 4.24 (Sr. Tarawa) y 4.30 (Sr. Harris), *infra*.

¹² Caso N° 91/1981, decisión adoptada el 28 de octubre de 1981. Véase también *T. c. el Reino Unido, op. cit.*

¹³ *R. v. Smith*, CA 315/96, 19 de diciembre de 2002.

óptimos. Así, el Estado parte sostiene que nada en la doctrina apoya la opinión de que predecir la reincidencia en una serie limitada de delitos sea tan arbitrario que la pena no pueda tener un elemento preventivo.

4.13 En cuanto a la pretensión de que los tribunales no han tenido en cuenta las normas y la jurisprudencia internacionales, el Estado parte señala que, si la impugnación de la compatibilidad con el Pacto es inválida, no se puede criticar a los tribunales por no haber tenido en cuenta la presunta incompatibilidad. La misión de los tribunales es interpretar y aplicar la ley, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales en caso de ausencia de claridad o en presencia de ambigüedad. En el caso *Leitch*, los autores critican al tribunal por no haber examinado estas cuestiones pero, como la apelación prosperó y la condena a reclusión preventiva se anuló, no fue necesario abordar las cuestiones internacionales más amplias. Después de la presentación de la comunicación en curso, el abogado de los autores adujo argumentos análogos ante el Tribunal de Apelación en *R. v. Dittmer*¹⁴. Este último observó que el tribunal sentenciador contra *Leitch*, teniendo en cuenta las obligaciones del Estado parte, había estimado las alegaciones de la Corona en relación con el Pacto y señalado que la relación del nuevo régimen con el Pacto había sido examinada en el Comité Parlamentario de Justicia y Asuntos Electorales, que la consideró compatible.

4.14 En respuesta a las críticas de los autores a la decisión del Tribunal de Apelación en el caso *Leitch*, el Estado parte remite a la jurisprudencia uniforme del Comité, es decir, que el ordenamiento jurídico interno y su aplicación a hechos precisos incumben a los tribunales nacionales¹⁵. Señala que las cuestiones en juego son verdaderamente de hecho, por ejemplo, "la peligrosidad" y el alcance de ciertas disposiciones del derecho interno. Estas cuestiones se han ventilado a todos los niveles del sistema judicial nacional. En cuanto a la interpretación del tribunal de que principios como "más allá de toda duda razonable" no permiten precisar más el significado de "conveniencia", el Estado parte señala que ese término se ha interpretado siempre de esta manera. En la medida en que los autores puedan estar sugiriendo que el Pacto impone la aplicación del principio "más allá de toda duda razonable", el Estado parte alega que este principio guarda relación con el delito, respecto del cual se estableció la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Esto no es un principio que pueda aplicarse para determinar la *pena* adecuada que, como siempre se ha reconocido, pertenece a la evaluación y discreción judicial.

4.15 En cuanto a la impugnación por los autores de la interpretación que dan los tribunales al término "conveniencia", el Estado parte observa que los autores parecen alegar que se ha fijado un umbral insuficientemente elevado. Asimismo, afirma que se

trata más bien de impugnar la aplicación de una prueba a los hechos del caso, e incumbía al juez que pronunció la sentencia decidir qué pena convenía en cada caso y a los tribunales superiores aprobarlo. La opinión del Tribunal de Apelación de que el término "conveniencia" tenía un significado legislativo establecido fue ortodoxa, y su enumeración detallada de los factores que el tribunal debía tener en cuenta antes de imponer la reclusión preventiva¹⁶ fue adecuada.

4.16 En lo que concierne al derecho a la presunción de inocencia, el Estado parte afirma que no puede existir violación, porque no se ha imputado a los autores ningún otro delito. No existe ningún cargo o imputación nuevos a los que se pueda aplicar esa presunción. Se les condenó a la reclusión preventiva porque se les declaró culpables de un delito preciso en un juicio en el que se respetó plenamente la presunción de inocencia y se cumplieron otros muchos requisitos. Así, la cuestión no reside en si la ley puede permitir que se tenga en cuenta, cuando se pronuncia la sentencia, la necesidad de proteger a la sociedad sobre la base de los delitos pasados (el Estado afirma que puede hacerlo) sino en si los mecanismos de revisión que existen son adecuados para que se pueda evaluar debidamente la necesidad de que la reclusión continúe, cuando el recluso haya cumplido el período mínimo que corresponda de la pena.

4.17 El Estado parte se refiere a la presunta violación de los párrafos 1 y 3 del artículo 10 por la disponibilidad y el momento de los cursos de rehabilitación, y observa que las alegaciones en el caso actual están muy lejos de lo que el Comité ha considerado en general como una violación de estas disposiciones¹⁷. Asimismo, señala que, en la cárcel, los presos tienen acceso a una gran variedad de cursos, encaminados todos a mejorar las aptitudes y la comprensión, con objeto de contribuir a la rehabilitación y reducir así el riesgo de reincidencia. Algunos cursos están destinados concretamente a los delincuentes sexuales y tienen por finalidad ayudar al preso a aprender a comportarse en la colectividad, evitar las situaciones de riesgo y reducir así la probabilidad de reincidencia. Lo normal es que el preso siga esos cursos poco antes de la puesta en libertad, porque se centran en el control de su conducta cuando vuelva a vivir en sociedad. La eficacia de estos cursos es, por lo tanto, mayor si se siguen cerca del momento de la salida en libertad. Los cursos no tienen nada que ver con el acceso a los servicios y el tratamiento psiquiátricos y psicológicos, ni con la serie de cursos generales que están siempre disponibles durante el tiempo en que se cumple la pena. El Estado parte duda de que los autores hayan demostrado que son personalmente víctimas, porque no han especificado qué cursos ni qué tratamiento han seguido, ni han mencionado ninguna de sus carencias precisas.

¹⁴ CA 258/01, sentencia de 24 de octubre de 2002.

¹⁵ El Estado parte remite, por ejemplo, a *A. c. Nueva Zelanda*, caso N° 754/1997, párrafo 7.3 del dictamen aprobado el 15 de julio de 1999.

¹⁶ Véase el párrafo 4.3 *supra*.

¹⁷ Véase, por ejemplo, *Hill c. España*, caso N° 526/1993, dictamen aprobado el 2 de abril de 1997.

Sr. Rameka

4.18 En cuanto a los casos concretos, el Estado parte señala que, en el caso del Sr. Rameka, los numerosos y graves delitos que se le imputaron correspondían a un solo incidente. Sabía dónde vivía su víctima, decidió violarla, irrumpió en la casa enmascarado, sustrajo un cuchillo a la víctima y la sometió a un verdadero suplicio durante cuatro horas, la violó dos veces y cometió otros delitos. Como a toda persona declarada culpable de violación, se podía condenar al Sr. Rameka a la reclusión preventiva previo dictamen psiquiátrico, y el juez que pronunció la sentencia se cercioró de que existía un riesgo considerable de comisión del delito especificado después de la puesta en libertad y de que, además, la reclusión preventiva era conveniente para proteger a la sociedad. Aun así, el juez tenía la posibilidad de imponer o no esa pena. El dictamen psiquiátrico cuantificó el riesgo de un modo poco habitual y de una manera precisa ("20%") en vez de, como es costumbre, describir en general el riesgo como "elevado" o "muy elevado". El Estado parte subraya que la cuestión del riesgo considerable no se decidió sencillamente sobre la base de esa cifra. Después de analizar el informe y su razonamiento y los factores en que se fundaba, así como las circunstancias de los delitos examinados en ese momento y los anteriormente cometidos por el Sr. Rameka, el juez consideró que se justificaba la reclusión preventiva. El Tribunal de Apelación estuvo de acuerdo y observó, entre otras cosas, las diversas indicaciones que figuraban en el dictamen psiquiátrico, la semejanza con los delitos cometidos anteriormente con arma blanca y retención prolongada, y los inquietantes factores del delito que se examinaba en ese momento.

4.19 En cuanto a la condena a la pena finita de 14 años de cárcel por la segunda violación que se impuso al autor junto con la pena de reclusión preventiva, el Estado parte considera difícil hallar nada que objetar a este respecto. Es importante especificar los delitos individuales cometidos, cuando menos a efectos de la comunidad y en términos simbólicos, aunque la pena se cumpla simultáneamente. Además, varias penas concurrentes de duración definida pueden ayudar a la Junta de Libertad Condicional a determinar la gravedad de otros delitos cometidos al mismo tiempo que el delito principal.

4.20 En relación con el período durante el cual no se puede conceder la libertad condicional, el Estado parte señala que, como resultado de los 14 años impuestos a causa de la segunda violación, de conformidad con las normas vigentes, tendría que cumplir en total nueve años y cuatro meses de cárcel por ese delito solamente. Si se añade la pena por los demás delitos, no cabe duda de que se le habría condenado inevitablemente a una pena finita de diez años por lo menos. Así, el período de diez años durante el cual no se revisa la pena en el régimen de reclusión preventiva se habría aplicado también sin la condena a reclusión preventiva, lo que significa que esta reclamación no solo es inadmisibles

sino también infundada, porque después de ese plazo se podrá examinar anualmente su caso.

Sr. Tarawa

4.21 En relación con el Sr. Tarawa, el Estado parte observa que se declaró culpable de cinco incidentes distintos que dieron lugar a 15 cargos y que el cargo principal a efectos de la reclusión preventiva fue una violación cometida con allanamiento de morada. El agresor sometió luego a la mujer a otras humillaciones sexuales, la raptó y la llevó a un cajero automático para que retirase dinero. Los demás incidentes comprendían un allanamiento de morada (durante el cual amenazó a la pareja que residía en la casa con un arma de fuego y agredió a una de estas personas antes de que consiguiesen escapar), robo en una casa, agresión y robo a una mujer de 76 años de edad y robo en una granja (en el curso del cual amenazó a la mujer que la ocupaba con un cuchillo, la obligó a desnudarse y la tuvo atada hasta que la víctima consiguió escapar).

4.22 El juez tuvo en cuenta los delitos anteriormente cometidos por el Sr. Tarawa: en dos ocasiones anteriores había entrado por la fuerza en casas donde había una mujer. La primera vez la obligó a desnudarse a punta de cuchillo pero la víctima logró escapar. La segunda vez violó dos veces a la víctima. El juez consideró que el delito examinado en ese momento era una repetición del incidente anterior, pero con más signos de profesionalidad. Siguió otros delitos, la puesta en libertad bajo fianza y los tres últimos incidentes mientras estaba en esta situación. Dos de esos incidentes fueron robos y el tercero otro robo en una casa con las mismas características, es decir, la víctima a la que se pretendía atacar era una mujer y la finalidad era también sexual.

4.23 En el Tribunal Superior, un psicólogo y un psiquiatra indicaron cada uno por su cuenta un riesgo importante de reincidencia y dijeron que las perspectivas de rehabilitación dependían de que cambiase una persona que hasta entonces, según se había podido observar, no estaba muy motivada para ello. A juicio del Estado parte, el autor constituye un riesgo de magnitud máxima, en especial para las mujeres, y el Tribunal de Apelación estuvo de acuerdo con la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior.

4.24 En relación con el período durante el cual no se puede conceder la libertad condicional, el juez señaló que, de no haber condenado al autor a la reclusión preventiva, habría impuesto una pena finita de 15 a 16 años por violación; el resultado es que, en virtud de la legislación vigente aplicable a la libertad condicional, habría tenido que cumplir por lo menos diez años en la prisión antes de poder solicitar esa libertad. Así, el tiempo durante el cual no se efectuará revisión es el mismo que si no se le hubiese condenado a la reclusión preventiva, y la reclamación, aparte de ser inadmisibles, no puede ampararse en el Pacto.

4.25 La cuestión de la asistencia letrada guarda exclusivamente relación con el Sr. Tarawa. En aquel momento, su apelación contra la condena venía determinada por un sistema *ex parte* sobre la base de alegaciones escritas en el cual el Tribunal de Apelación decidía si se concedía asistencia letrada al futuro apelante. Si el Tribunal decidía que la apelación carecía hasta tal punto de fundamento que no se debía conceder dicha asistencia, se hallaba ante el dilema de qué hacer con los apelantes encarcelados que no podían comparecer ante el Tribunal ni disponían de abogado. Por lo tanto, el Tribunal estableció un sistema para entender de estas apelaciones sin vista oral, en el que se daba a los apelantes la oportunidad de presentar alegaciones escritas propias. Más tarde, el Consejo Privado¹⁸ consideró ilícito este sistema a instancia *ex parte* porque faltaba la autoridad legislativa y el Estado parte acepta, pues, que se había denegado equivocadamente la asistencia letrada al Sr. Tarawa. Ulteriormente se promulgaron normas correctivas que confían la tarea de tomar una decisión sobre la asistencia letrada a un órgano independiente, con un aumento de las salvaguardias para la apelación sobre la base de alegaciones escritas. Al mismo tiempo, se previó la posibilidad de que todas las personas cuyas apelaciones se hubiesen decidido por un método considerado ilícito solicitasen una nueva apelación, cosa que este autor no ha hecho todavía. El Estado parte sostiene que la opción de nueva apelación basta para reparar este agravio.

Sr. Harris

4.26 El Estado parte observa, en relación con este autor, que se le condenó por 11 delitos sexuales contra un muchacho. El juez que pronunció la sentencia le condenó a seis años de cárcel. La Corona apeló contra la sentencia, alegando que se debía haber impuesto la reclusión preventiva o que la pena de duración finita era manifiestamente insuficiente, y el Tribunal de Apelación acogió la apelación. El Estado parte señala que ello constituye un ejemplo del caso habitual de reclusión preventiva: el autor tenía condenas anteriores por pedofilia, había cumplido una pena de encarcelamiento por ellas y en las sentencias anteriores se le había advertido que, si reincidía, se le impondría probablemente la pena de reclusión preventiva.

4.27 En este caso, el autor se congració con un joven y le indujo a practicar diversas actividades sexuales. La policía le advirtió que se mantuviese alejado del muchacho cuando surgieron sospechas pero, pese a la advertencia, el autor no pudo resistir la tentación de entrar de nuevo en contacto y cometió otros delitos. El dictamen psiquiátrico confirmó que era un pedófilo homosexual que se interesaba en los niños en edad prepúber. Diversas actividades anteriores de rehabilitación, incluido el programa especial para delincuentes sexuales del Estado parte, no habían dado resultado y su predilección por esta clase de delito era tal que siguió delinquiendo pese a que se le había hecho

una advertencia y a que sabía que la policía le observaba. Después de sopesar estos factores, el Tribunal de Apelación consideró que una pena finita no protegería debidamente a los ciudadanos y que era necesaria la reclusión preventiva.

4.28 En respuesta al argumento del autor de que esta pena era manifiestamente excesiva, el Estado parte afirma que la conclusión del Tribunal de Apelación, sostenida por el Consejo Privado, era perfectamente clara. El autor representa un grave riesgo para la sociedad y el cumplimiento de una pena finita que culmina con la puesta en libertad ofrece una protección insuficiente. Si el autor logra cambiar, se le podrá liberar con las salvaguardias adecuadas, pero hasta ese momento la sociedad, y en particular los jóvenes, no deben quedar expuestos a su comportamiento de ave de presa.

4.29 En cuanto a su derecho a que se revise la causa con fines de una liberación condicional, el Estado parte observa que el Tribunal de Apelación habría impuesto una pena finita de siete años y medio al autor, considerada un castigo adecuado, si no fuese porque era necesario proteger a la sociedad. A diferencia del Sr. Tarawa, el autor puede alegar teóricamente que, como resultado de la reclusión preventiva, el período durante el cual no podrá pedir la libertad condicional es más largo que si se le hubiese condenado a un número específico de años. Sin embargo, el Estado parte afirma que, cuando el autor haya llegado al punto en que habría podido solicitar la libertad condicional de acuerdo con la pena finita correspondiente, podrá solicitarla a la Junta (que tiene competencia discrecional para examinar las solicitudes antes de cumplidos los diez años de reclusión preventiva). Solo en caso de denegación de esta solicitud por la Junta de Libertad Condicional, denegación que estará sujeta por su parte a revisión judicial, podría el autor considerarse víctima a causa del período en que se ve privado de la posibilidad de libertad condicional.

Comentarios del abogado sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En su respuesta, los autores argumentan que el Pacto no tiene aplicación directa en el ordenamiento jurídico interno y que el caso *R. v. Leitch*, que sienta jurisprudencia, solo manifiesta una adhesión de palabra al Pacto. A su juicio, la opinión que dieron al Parlamento las autoridades del Estado parte de que las enmiendas de la legislación sobre la reclusión preventiva eran compatibles con el Pacto estaba motivada exclusivamente por la conveniencia propia.

5.2 Los autores señalan que, en los casos examinados por el Tribunal Europeo *V. c. el Reino Unido*¹⁹ y *T. c. el Reino Unido*²⁰, se había fijado un determinado período "tarifario" para cada pena en particular, que representaba el tiempo de la pena durante el cual el

¹⁸ *R. v. Taito*, (2002) 6 HRNZ 539.

¹⁹ *Op. cit.*

²⁰ *Ibid.*

recluso no podía ser puesto en libertad condicional. Solo después se planteaba el aspecto preventivo de la prolongación de la reclusión. Los autores no cuestionan la legalidad de sus condenas preventivas en sí mismas sino que sostienen que, en cada caso, debería haberse fijado un período "tarifario" determinado, seguido de revisiones periódicas. En los casos de los autores, a todos se les aplica a rajatabla la norma de los diez años de prisión sin posibilidad de libertad condicional antes de que se proceda a la primera revisión. Jamás la Junta de Libertad Condicional ha ejercido sus facultades discrecionales para revisar un caso antes de cumplirse los diez años; esta posibilidad es, por ende, ilusoria. Además, lo más probable es que no prosperen las peticiones de hábeas corpus y de revisión judicial, y en cualquier caso estos recursos solo estarían a disposición de los autores una vez transcurridos los diez años sin posibilidad de libertad condicional.

5.3 En cuanto a la estimación de su "peligrosidad" futura, los autores se remiten a estudios y artículos de especialistas que hablan de errores o imprecisiones en los métodos corrientes de predicción del riesgo. Afirman que en su caso los dictámenes psiquiátricos individuales fueron deficientes, que los tribunales estaban demasiado predispuestos a confiar en ellos y que por ello la reclusión consiguiente resultaba arbitraria, e invocan la jurisprudencia canadiense sobre el régimen de reclusión preventiva del Estado, según la cual la "peligrosidad" debe demostrarse más allá de toda duda razonable, la audiencia debe notificarse con una semana de antelación, debe oírse la opinión de dos psiquiatras, y la "peligrosidad" se revisa al cabo de tres años y luego cada dos años.

5.4 En cuanto a los cursos que ofrece la prisión, los autores explican que únicamente se refieren al hecho de que solo podrán asistir a ciertos cursos en que se aborda la "peligrosidad" cuando se aproxime la fecha de su puesta en libertad. En consecuencia, no disponen de ninguna oportunidad para dejar de ser "peligrosos" más pronto en el período de su condena, cosa que debería ocurrir lo antes posible. Lo consideran algo cruel e insólito, inhumano e incompatible con la idea de rehabilitación. Es más, las peticiones de libertad condicional anticipada pueden verse afectadas por el hecho de que los reclusos no hayan sido sometidos a tratamiento.

5.5 En cuanto a la admisibilidad del argumento del Sr. Tarawa sobre las posibilidades de apelar, se sostiene que la nueva apelación solo fue posible a raíz de la decisión reciente del Tribunal de Apelación en el caso *R. v. Smith*²¹, de fecha posterior a la de la comunicación. De todas maneras, resulta inútil, dado que en otro caso se desestimó una apelación reciente contra la reclusión preventiva²².

5.6 Con respecto a la cuestión, planteada en el caso del Sr. Rameka, de la imposición de una pena finita conjuntamente con la reclusión preventiva, el autor rechaza el argumento del Estado parte de que no hay

ninguna base jurídica para impugnar dicha práctica. Se refiere, por analogía, a la práctica penal inglesa, que considera un error la imposición de una pena finita junto con la cadena perpetua.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 Antes de examinar cualquier denuncia contenida en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 En cuanto a si los autores pueden afirmar que son víctimas de una violación del Pacto por lo que respecta a la reclusión preventiva, como no han cumplido aún el período de la pena que les permitiría solicitar la libertad condicional en el régimen de las penas finitas aplicables a su conducta, el Comité observa que los autores, habiendo sido condenados y habiendo empezado a cumplir sus penas, quedarán en efecto sujetos al régimen de reclusión preventiva cuando cumplan diez años de su condena. Es, pues, en esencia inevitable que, al cabo de cierto tiempo, queden expuestos a ese régimen particular y que en ese momento no tengan la posibilidad de impugnar la imposición de la sentencia de reclusión preventiva. Esta situación puede contrastarse con la del caso *A. R. S. c. el Canadá*²³, en que la futura imposición del régimen de supervisión obligatoria al preso en cuestión dependía al menos en parte de su conducta hasta ese momento y era por tanto un asunto especulativo en las fases iniciales de la reclusión. Por consiguiente, el Comité no considera improcedente que los autores cuestionen la compatibilidad de su condena con el Pacto en una fase temprana, sin esperar a cumplir diez años encarcelados. La comunicación no es, pues, inadmisibles por el hecho de que no exista una víctima de una violación del Pacto.

6.3 En el caso del Sr. Tarawa, el Comité observa que, a raíz de las deficiencias del anterior sistema que permitía evacuar las apelaciones presentadas por escrito en circunstancias de denegación manifiesta de asistencia letrada, el Estado parte promulgó en 2001 la Ley de enmienda de la Ley penal (Apelaciones en causas penales), que dio derecho a los afectados, entre ellos el Sr. Tarawa, a solicitar una nueva vista de las apelaciones desestimadas (en el caso del Sr. Tarawa, la desestimación por el Tribunal de Apelación, el 20 de julio de 2000, de su recurso contra la declaración de culpabilidad y condena de 2 de julio de 1999). En su apelación habría podido impugnar la legalidad de la reclusión preventiva a la vista de los hechos y circunstancias particulares del caso, independientemente de los fallos de apelación que se emitieran con respecto a las penas aplicables a los hechos y circunstancias de otros casos. En consecuencia, el Comité observa que el Sr. Tarawa, al presentar la comunicación, no había

²¹ *Op. cit.*

²² *R. v. Dittmer, op. cit.*

²³ *Op. cit.*

agotado el recurso interno de que disponía para impugnar su condena. Por lo tanto, su denuncia de la reclusión preventiva y las quejas consiguientes son inadmisibles con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. En cuanto a la otra queja de que inicialmente fue privado de asistencia letrada, el Comité observa que, por las mismas razones, esta perdió todo fundamento antes de presentarse la comunicación, cuando se dio al autor la nueva oportunidad de apelar, provisto esta vez de asistencia letrada. En consecuencia, la queja es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.4 En lo relativo a la afirmación de que los autores no tenían acceso a ciertos cursos de rehabilitación en la prisión, en contra de lo dispuesto en los artículos 7 y 10 del Pacto, el Comité observa que los autores no han especificado cuáles son los cursos a los que habrían tenido derecho más pronto durante su reclusión, y que el Estado parte ha señalado que todos los cursos corrientes están a disposición de los reclusos durante todo el período de encarcelamiento, mientras que determinados cursos que son de interés directo para las situaciones de salida en libertad se realizan cuando se aproxima la fecha de la puesta en libertad porque así resultan más oportunos. Por consiguiente, el Comité opina que los autores no han justificado, a efectos de la admisibilidad, que la oportunidad y el contenido de los cursos ofrecidos en la cárcel sean motivo para denunciar una violación de los artículos 7 y 10 del Pacto.

6.5 Respecto de la cuestión de la compatibilidad con el Pacto de la imposición de la reclusión preventiva en los casos de los Sres. Harris y Rameka ("los autores restantes"), el Comité considera que la queja ha sido fundamentada lo suficiente a efectos de la admisibilidad con arreglo al artículo 7, los párrafos 1 y 4 del artículo 9, los párrafos 1 y 3 del artículo 10 y el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo (casos de los Sres. Rameka y Harris)

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información que le han presentado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 El Comité observa, para comenzar, que el Sr. Harris habría estado sometido, según el Tribunal de Apelación, al cumplimiento de una sentencia por un término fijo de "no menos de" siete años y medio por los delitos cometidos. En consecuencia, el Sr. Harris cumplirá dos años y medio de reclusión a título preventivo antes de que expire el período sin libertad condicional de su condena de reclusión preventiva. Dado que el Estado parte no ha demostrado que existieran casos en que la Junta de Libertad Condicional hubiera actuado en el ejercicio de sus facultades excepcionales de revisar *proprio motu* el mantenimiento de la reclusión del preso antes de que expirara el período en que se excluye la libertad condicional, el

Comité concluye que, si bien la detención del Sr. Harris durante este período de dos años y medio se basa en la legislación del Estado parte y no es arbitraria, su imposibilidad durante ese período de objetar la existencia, en ese momento, de una justificación sustantiva de la continuación de la reclusión por razones preventivas viola en consecuencia su derecho en virtud del párrafo 4 del artículo 9 del Pacto de acudir a un "tribunal" para que este determine la "legitimidad" de su reclusión a lo largo de este período.

7.3 Pasando a la cuestión de la compatibilidad con el Pacto de las sentencias de reclusión preventiva de los dos autores restantes, los Sres. Rameka y Harris, una vez que el período en que se excluye la libertad condicional de diez años haya expirado, el Comité observa que después de transcurridos los diez años existen revisiones anuales obligatorias a cargo de la Junta de Libertad Condicional independiente, que tiene atribuciones para ordenar la liberación del preso si ha dejado de representar un peligro considerable para la colectividad, y que las decisiones de la Junta están sujetas a revisión judicial. El Comité considera que la reclusión de los autores restantes por motivos preventivos, vale decir para proteger a la colectividad, una vez cumplido el período punitivo de encarcelamiento, debe justificarse por razones imperativas sujetas a la revisión de una autoridad judicial y que esas razones han de tener y conservar validez durante todo el tiempo que dure la reclusión por dichos motivos. El requisito de que la continuación de esa detención se halle libre de arbitrariedad debe, por lo tanto, estar garantizado por las revisiones periódicas regulares de los casos individuales realizadas por un órgano independiente, con el fin de determinar la subsistencia de la justificación de la detención para los fines de protección del público. El Comité también opina que los demás autores no han demostrado que los exámenes anuales obligatorios de la reclusión por parte de la Junta de Libertad Condicional, cuyas decisiones están sometidas a la revisión judicial del Tribunal Superior y del Tribunal de Apelación, sean insuficientes para satisfacer estas exigencias. En consecuencia, los demás autores no han demostrado hasta ahora que la vigencia en el futuro de las sentencias que han comenzado a cumplir equivaldrá, una vez que comience el aspecto preventivo de sus sentencias, a una reclusión arbitraria que contradiga lo dispuesto en el artículo 9.

7.4 Además, en cuanto a la capacidad de la Junta de Libertad Condicional para actuar en términos judiciales como un "tribunal" y determinar la legitimidad de la continuación de la reclusión con arreglo al párrafo 4 del artículo 9 del Pacto, el Comité observa que los autores restantes no han dado razones por las que debería considerarse a la Junta, en la forma en que fue constituida por el Estado parte, insuficientemente independiente e imparcial, o deficiente en la sustanciación de los procedimientos encaminados a ese fin. El Comité observa además que la decisión de la Junta de Libertad Condicional está sujeta a revisión judicial en el Tribunal Superior y el Tribunal de Apelación. Considera también que de la licitud, en principio, de la reclusión preventiva con fines

de protección, y siempre que ofrezca las necesarias salvaguardias y que en realidad estas se puedan ejercer, se deduce que la reclusión para este fin no contradice la presunción de inocencia, dado que no se han formulado cargos contra los demás autores, situación que crearía la posibilidad de aplicar el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto²⁴. Como la reclusión con fines preventivos en los casos de los autores restantes no es arbitraria a tenor del artículo 9 y no se ha indicado la existencia de un sufrimiento que vaya más allá de los incidentes normales de un encarcelamiento, el Comité también concluye que los demás autores no han presentado una queja suplementaria con arreglo al párrafo 1 del artículo 10 en la que sostengan que la sentencia que los condenó a reclusión preventiva viole el derecho que les asiste como presos a ser tratados con respeto hacia su dignidad inherente.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dictamina que los hechos que se han sometido a su examen revelan una violación del párrafo 4 del artículo 9 del Pacto con respecto al Sr. Harris.

9. De acuerdo con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de ofrecer al Sr. Harris la posibilidad de interponer un recurso efectivo, en particular la posibilidad de objetar la justificación de la continuación de la detención preventiva una vez que haya cumplido la pena de siete años y medio de prisión. El Estado parte tiene la obligación de evitar violaciones similares en el futuro.

10. Teniendo en cuenta que, al adherirse al Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si se ha violado el Pacto y que, conforme al artículo 2, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información acerca de las medidas que haya adoptado para llevar a la práctica el dictamen. También se pide al Estado parte que publique este dictamen.

APÉNDICE

Voto particular (parcialmente disidente) de los miembros del Comité, Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Sra. Christine Chanet, Sr. Maurice Glèlè Ahanhanzo y Sr. Hipólito Solari Yrigoyen

Al afirmar, en el párrafo 7.2 de su decisión, que la detención del Sr. Harris se basa en la legislación del Estado parte y no es arbitraria, el Comité se limita a formular una afirmación sin demostrarla.

²⁴ Véase también *Wilson c. Filipinas*, caso N° 868/1999, dictamen aprobado el 30 de octubre de 2003, párr. 6.5.

Es nuestra opinión que el carácter arbitrario de dicha reclusión, aunque sea legítima, radica en la evaluación que se ha hecho de la posibilidad de que se reincida en el delito. El fundamento científico de dicha evaluación no es suficientemente sólido. ¿Cómo puede alguien afirmar con seriedad que existe una "probabilidad de un 20%" de que una persona reincida en el delito que ha cometido?

A nuestro juicio, la reclusión preventiva basada en un pronóstico basado en criterios tan vagos es contraria a los principios consagrados en el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

Por mucho que los controles que se hagan al examinar la libertad condicional puedan ayudar a impedir las violaciones del párrafo 4 del artículo 9 del Pacto, objetamos el principio mismo de la reclusión basada únicamente en la peligrosidad potencial, en particular porque este tipo de reclusión a menudo se impone después de una pena de prisión y se convierte en su simple (y no sería demasiado desatinado decir "fácil") prolongación.

Si bien a menudo se les asigna un carácter preventivo, las medidas del tipo de que se trata son en realidad penas y este cambio de su carácter original constituye un medio de burlar las disposiciones de los artículos 14 y 15 del Pacto.

Para el acusado, la reclusión preventiva dispuesta en tales circunstancias no es predecible: puede ser indefinida. Basarse solo en una predicción de la peligrosidad equivale a reemplazar la presunción de inocencia por la presunción de culpabilidad.

Paradójicamente, la persona que se piensa que es peligrosa y que aún no ha cometido el delito del que se la considera capaz está menos protegida por la ley que el verdadero delincuente.

Esta situación crea una incertidumbre legal y representa una gran tentación para los jueces que desean eludir las restricciones de los artículos 14 y 15 del Pacto.

Voto particular (parcialmente disidente) del miembro del Comité, Sr. Walter Kälin

En el párrafo 7.2 de su dictamen, el Comité concluye que el Sr. Harris cumplirá dos años y medio de reclusión a título preventivo antes de que pueda apelar a la Junta de Libertad Condicional tras un total de diez años de privación de libertad y que la imposibilidad de acudir a un "tribunal" durante este período representa una violación de los derechos que le asisten en virtud del párrafo 4 del artículo 9 del Pacto. Esta conclusión se basa en la suposición de que se habría impuesto al Sr. Harris, según el Tribunal de Apelación, una sentencia por un plazo fijo de "no menos de" siete años y medio por los delitos cometidos. Si bien el Tribunal de Apelación observó que el caso justificaría una pena finita de "no menos de" siete años y medio, **no** impuso dicha pena finita sino que la reemplazó por una pena de reclusión preventiva desde el comienzo. Las penas

finitas deben ser proporcionales a la gravedad del delito y al grado de culpabilidad, y tienen diversos fines, como por ejemplo el castigo, la readaptación social y la prevención. Por el contrario, como se consigna claramente en el artículo 75 de la Ley de justicia penal de 1985 del Estado parte, la reclusión preventiva no contiene un elemento punitivo sino que sirve únicamente para proteger al público de una persona cuando el tribunal está convencido de que "existe un riesgo considerable de que [esa persona] cometa un delito al ser puesta en libertad". Si bien la reclusión preventiva es siempre resultado de la comisión de un delito grave, no se impone a raíz de lo que la persona haya hecho en el pasado sino de lo que es, es decir, por tratarse de una persona peligrosa que podría cometer delitos en el futuro. Aunque la reclusión preventiva que tiene por finalidad proteger a la sociedad de los delincuentes peligrosos no está prohibida en sí misma por el Pacto y su imposición en algunos casos es inevitable, debe ser objeto de las más estrictas salvaguardias en materia de procedimiento, tal como se dispone en el artículo 9 del Pacto, en particular la posibilidad de que un tribunal revise periódicamente su legalidad. Esas revisiones son necesarias ya que todo ser humano tiene la posibilidad de cambiar y mejorar, es decir, de convertirse en un ser menos peligroso a medida que pasa el tiempo (por ejemplo, como consecuencia de una evolución interior o de un tratamiento satisfactorio, o como resultado de una enfermedad que reduce su capacidad física de cometer una categoría específica de delitos). En las circunstancias del caso que nos interesa, no se impuso al Sr. Harris una pena finita destinada a castigar su conducta del pasado, sino que lo detuvieron solo para proteger al público. Por consiguiente, concluyo que su derecho a "recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal" (art. 9, párr. 4) no solo se violó durante los últimos dos años y medio de los primeros diez años de reclusión preventiva, sino también durante todo el período inicial. Por las mismas razones, me inclinaría a concluir que la privación de libertad durante el mismo período inicial de diez años antes de que la Junta de Libertad Condicional pueda someterla a revisión también contraviene el párrafo 4 del artículo 9 respecto del Sr. Rameka.

*Voto particular (disidente) del miembro del Comité,
Sr. Rajsoomer Lallah*

Lamentablemente me veo en la imposibilidad de asociarme a la conclusión de la mayoría del Comité de que no ha habido violación del Pacto con excepción del caso del Sr. Harris, en el que se determinó una violación del párrafo 4 del artículo 9 del Pacto (párrafo 7.2 del dictamen del Comité). Tampoco estoy de acuerdo, por los motivos expuestos en el párrafo 2 del presente voto particular, con el hecho de que el Comité haya declarado admisible la comunicación únicamente con respecto al artículo 7, los párrafos 1 y 4 del artículo 9, los párrafos 1 y 3 del artículo 10 y, por último, el párrafo 2

del artículo 14 del Pacto (párrafo 6.5 del dictamen) y no al artículo 14 y el párrafo 1 del artículo 15.

Debo reconocer que, según se desprende del párrafo 1 del dictamen, los autores al parecer mencionaron disposiciones concretas del Pacto. Sin embargo, según el Protocolo Facultativo, basta con que los autores declaren los hechos y realicen presentaciones y sometan argumentos que respalden sus denuncias para que se pueda dar al Estado parte la posibilidad de abordar la cuestión. De hecho, muchos autores lo han hecho en el pasado. Además, es parte de las funciones del Comité examinar y determinar, a la luz de toda la información proporcionada por los autores y el Estado parte, qué disposiciones concretas del Pacto son pertinentes o no. En cualquier caso, al examinar la presentación o la interpretación de determinadas disposiciones del Pacto, puede ser necesario tener en cuenta las repercusiones de otras disposiciones de dicho instrumento, siempre que se haya dado a ambas partes la posibilidad de tratar de los hechos concretos, las presentaciones o los argumentos de la otra parte.

La denuncia de los autores se refiere a varias cuestiones. La más importante, a mi juicio, es su afirmación de que la reclusión preventiva en su caso es incompatible con el Pacto, especialmente porque los condenaron y castigaron por lo que podrían hacer cuando recuperaran la libertad y no por lo que habían hecho, es decir, que los castigaban por delitos aún no cometidos y que podrían no cometerse jamás. Estimo que esta denuncia justifica un examen de la aplicación del artículo 14 y del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto.

Con todo respeto, la mayoría del Comité al parecer simplemente interpretó que la "reclusión preventiva" dispuesta en la legislación neozelandesa expresamente como "sentencia" o castigo por determinados delitos es legítima en virtud del artículo 9 del Pacto. Sin duda, la disposición de la segunda oración del párrafo 1 del artículo 9 del pacto permite a los Estados partes que determinen los motivos y el procedimiento según los cuales una persona puede ser privada de libertad.

Como señaló el Comité ya en 1982 en su Observación general N° 8 respecto del artículo 9 del Pacto, el párrafo 1 es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, la reeducación, el control de la inmigración, etc. No obstante, tanto las causas como los procedimientos que, según el párrafo 1 del artículo 9, deben ser establecidos por la ley, deben ser compatibles con los otros derechos consagrados en el Pacto.

Por consiguiente, es axiomático que cuando una de las causas que sirven de base es un tipo de conducta determinado, en circunstancias concretas, tipificado y sancionado por la ley con una pena de privación de libertad, entonces el delito concreto tipificado, así como su sanción, deben respetar las garantías dispuestas en el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto. A mi juicio, el párrafo 1 del artículo 15 tiene, entre otras, dos

características importantes. En primer lugar, el delito se refiere solo a actos pasados. Segundo, la pena impuesta por ese delito solo puede referirse a dichos actos pasados. No puede aplicarse a un estado psicológico futuro que el delincuente podría o no presentar unos diez años más adelante y que podría o no hacer que el delincuente que ya ha cumplido la parte punitiva de la sentencia corriera el riesgo de otra detención. Además, el juicio por dichos delitos y el castigo que se impone también deben cumplir con los requisitos de un juicio justo garantizados en el artículo 14 del Pacto.

No caben dudas de que la violación es un delito grave y la violencia contra la mujer exige que el Estado parte adopte todas las medidas adecuadas para tratar el problema, incluida la sanción penal, respetando las garantías consagradas en los artículos 14 y 15 del Pacto, y el tratamiento, la reforma y la readaptación social de los delincuentes que el Estado parte tiene la obligación de asegurar de conformidad con el párrafo 3 del artículo 10 del Pacto. No hay nada que impida al Estado parte adoptar medidas para supervisar y controlar eficazmente, por medios administrativos o por la policía, la conducta de personas que han delinquido en el pasado una vez que recuperan la libertad, cuando las circunstancias indican que hay motivos razonables y fundados para volver a detener al reincidente.

Ahora bien, según la información proporcionada por los autores y el Estado parte, al parecer el período mínimo de reclusión preventiva se fijó por ley en su momento en diez años y se ha reducido ahora a cinco años, pero no se ha fijado un plazo máximo. Este, por consiguiente, es ajeno a la jurisdicción del tribunal y pasa a ser competencia de la Junta de Libertad Condicional, a raíz de lo cual el tribunal se ve impedido por ley de imponer una sentencia finita. El Estado parte estima que el período mínimo de diez años establecido por la ley es la parte punitiva de la sentencia, dándose a la Junta de Libertad Condicional competencia para determinar periódicamente la duración de la sentencia porque se aduce que esta pasa a ser preventiva y, en principio, que no tiene una duración máxima. Sin duda, esta situación plantearía por sí sola una grave cuestión de proporcionalidad.

Observo que en los documentos que el Comité tuvo ante sí se señala que, tras el período denominado punitivo, la persona permanece privada de libertad. En estas circunstancias, las partes "punitiva" y "preventiva" de la condena se convierten, de hecho, en una distinción puramente teórica. Cuando se elimina el elemento legal convincente que supuestamente confiere al tribunal poder de condenar, la realidad es que, en lo esencial y en la práctica, el tribunal puede imponer solo una parte de la condena (y ello también en un mínimo fijado por la ley, más allá del cual el tribunal no tiene control ni arbitrio). El resto de la condena queda en manos de un órgano administrativo no regido por las garantías de un juicio justo del artículo 14. Evidentemente las medidas legales que permiten una puesta en libertad anticipada no tienen nada de malo, pero permitir a un órgano administrativo que determine de hecho la duración de la condena más allá del mínimo legal es otra cuestión.

He llegado a las siguientes conclusiones:

i) Si bien es legítimo tener en cuenta la conducta pasada, buena o mala, como factor importante al dictar sentencia, se ha producido una violación del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto, porque dicho artículo solo permite la tipificación y sanción por ley de los actos cometidos en el pasado y no de los que se teme puedan cometerse en el futuro.

ii) También se ha producido una violación del párrafo 1 del artículo 15, porque la ley no presenta una sentencia finita que el tribunal debe imponer.

iii) Se ha violado el párrafo 1 del artículo 14, porque el juicio imparcial exige que el tribunal ante el cual se dirime una cuestión debe tener jurisdicción para imponer una sentencia definitiva y no una que por ley tenga un mínimo de años. Además, la legislación del Estado parte delega de hecho esta jurisdicción en un órgano administrativo que determinará la duración de la sentencia en algún momento del futuro, sin las garantías del debido proceso consagradas por el artículo 14 del Pacto.

iv) También se ha producido una violación del párrafo 2 del artículo 14 porque no puede concebirse que una evaluación anticipada de lo que podría pasar una vez transcurrido un período de alrededor de diez años, incluso antes de que se hayan registrado los beneficios del tratamiento, la reforma y la readaptación social exigidos por el párrafo 3 del artículo 10 del Pacto, cumple con la carga de la prueba esencial requerida. En este sentido, aunque son importantes para fijar la pena, incluso las condenas por delitos cometidos en el pasado deben probarse más allá de toda duda razonable cuando el acusado las impugna.

v) Por consiguiente, no es correcto determinar que se ha violado el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto, ya que no es aplicable a la luz del criterio antes mencionado. Si fuera necesario determinar que ha habido una violación del artículo 9, se trataría del párrafo 1 de dicho artículo, porque el Estado parte no lo ha interpretado a la luz de otras disposiciones aplicables del Pacto, en particular los artículos 14 y 15. Sin embargo, ya se ha determinado que ha habido una violación de estos dos artículos o de algunas de sus disposiciones.

Voto particular (parcialmente disidente) de los miembros del Comité, Sr. Shearer y Sr. Roman Wieruszewski, al que se adhiere el Sr. Nisuke Ando

A nuestro juicio, las razones por las que se decidió que el Estado parte no violaba el Pacto respecto de la condena a reclusión preventiva impuesta al Sr. Rameka, con lo que estamos de acuerdo, se aplican también al caso del Sr. Harris. El motivo por el que el Comité realiza una distinción entre los casos de los otros dos autores es que en el caso del Sr. Rameka se impuso una pena finita de 14 años de prisión por uno de los delitos de los que estaba acusado y que dicha pena

se cumpliría de forma simultánea con la detención preventiva impuesta por otro delito. En el caso del Sr. Harris, la sentencia finita simultánea habría sido de siete años y medio si el Tribunal de Apelación no hubiera decidido que se justificaba imponer una condena de reclusión preventiva para proteger a la comunidad, creando así una brecha de dos años y medio entre la expiración de la condena posible y el fin del período de la condena a reclusión preventiva sin libertad condicional (de diez años).

El propio autor no presentó ningún argumento al Comité sobre la base de una "brecha" real o hipotética durante la cual no se puede revisar la sentencia.

A nuestro juicio, no es adecuado separar la reclusión preventiva indefinida en segmentos punitivos y preventivos. A diferencia de las sentencias finitas, que se basan en los propósitos tradicionales del encarcelamiento —castigar y reformar al delincuente, disuadir al delincuente y a terceros de delinquir en el futuro y vengar a la víctima y la comunidad— las penas de reclusión preventiva tienen por único fin proteger a la comunidad de toda conducta peligrosa futura de un delincuente en quien las sentencias finitas evidentemente no lograron su cometido.

Según la legislación del Estado parte aplicable a los autores, la sentencia de reclusión preventiva se aplica por diez años antes de que la someta a revisión la Junta de Libertad Condicional (cuyas decisiones están sujetas a revisión judicial). Como resultado de una enmienda reciente de la ley, el período sin revisión se ha reducido a cinco años. Incluso el período más prolongado no puede considerarse arbitrario o injustificado en vista de las condiciones que rigen la imposición de dichas condenas. Estimamos que no puede considerarse que la legislación del Estado parte respecto de la reclusión preventiva sea contraria a las disposiciones del Pacto. En particular, no puede interpretarse que el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto dé derecho a una revisión judicial de la sentencia en un número ilimitado de ocasiones.

Voto particular parcialmente disidente del miembro del Comité, Sr. Nisuke Ando

Comparto plenamente la opinión de los Sres. Sherer y Wieruszewski, pero desearía añadir los siguientes comentarios.

El dictamen mayoritario al parecer estima que se ha producido una violación del párrafo 4 del artículo 9 en el caso del Sr. Harris, asumiendo que el período de privación de libertad establecido por la legislación neozelandesa pertinente debe dividirse en una parte de reclusión punitiva, que consiste en un período fijo o determinado (en el cual no se tiene derecho a la libertad condicional) y una parte de reclusión preventiva, que consiste en un período indefinido o flexible. A mi juicio, esta división hipotética es artificial e inválida.

En muchos otros Estados partes en el Pacto, los tribunales a menudo condenan al delincuente a un período flexible de prisión (por ejemplo, de cinco a diez años) para que, aunque debe permanecer en prisión durante el período más corto (cinco años), la persona puede recuperar la libertad antes de cumplir el período más largo (diez años) si su estado ha mejorado. Esencialmente, esta condena a un período flexible de prisión puede compararse al régimen de reclusión preventiva dispuesto por la legislación de Nueva Zelanda.

El término "reclusión preventiva" puede dar la impresión de que se trata principalmente de una privación de libertad administrativa por contraposición a una reclusión judicial. Sin embargo, el Comité no debería tener en cuenta el nombre sino la esencia de toda institución jurídica de un Estado parte al determinar su carácter legal. En otras palabras, si el Comité estima que condenar a una persona a una pena de prisión de duración flexible es compatible con el Pacto, no hay motivos para que no haga lo propio con la reclusión preventiva establecida por la legislación neozelandesa. De hecho, en el párrafo 2 del artículo 31 del Pacto se exige que el Comité represente "los principales sistemas jurídicos" del mundo.

Comunicación N° 1095/2002

Presentada por: Bernardino Gomariz Valera (representado por abogado)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: España

Fecha de aprobación del dictamen: 22 de julio de 2005 (84° período de sesiones)

Asunto: Juicio con las debidas garantías

Cuestiones de procedimiento: Fundamentación de la presunta violación – Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas – Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse

culpable – Derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley

Artículos del Pacto: 14, párrafos 3 c) y g), y 5

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículo 14, párrafo 5)

1. El autor de la comunicación, de fecha 4 de septiembre de 1997, es Bernardino Gomariz Valera, nacido en 1960, de nacionalidad española. Alega ser víctima por parte de España de una violación del artículo 14, párrafo 3, apartados c) y g), y párrafo 5, del Pacto. El Protocolo Facultativo entró en vigor para España el 25 de abril de 1985. El autor está representado por el abogado Sr. José Luis Mazón Costa.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor trabajaba como promotor de ventas para la empresa Coloniales Pellicer S.A. en Murcia. El 20 de enero de 1989, el autor suscribió un documento privado en el que reconoció una deuda a favor de la empresa. Luego de la firma de dicho documento, el autor continuó trabajando para la empresa hasta el mes de mayo de 1990, cuando fue despedido. El autor y la empresa firmaron un acuerdo de conciliación en el juzgado de lo social N° 4 de Murcia, por el que se puso fin al contrato de trabajo y las cantidades adeudadas al autor en concepto de salarios y liquidación se dedujeron del monto de la deuda reconocida por el autor en enero de 1989.

2.2 La empresa interpuso una querrela en contra del autor por apropiación indebida. Con fecha 16 de mayo de 1996, el juzgado de lo penal N° 2 de Murcia absolvió al autor. La empresa interpuso un recurso de apelación. El 16 de septiembre de 1996, la Audiencia Provincial condenó al autor por un delito de apropiación indebida a cinco meses de arresto, a la suspensión de empleo o cargo público y del derecho de sufragio, y al pago de las costas.

2.3 El autor interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue desestimado el 29 de enero de 1997, en el que alegó la violación de su derecho a no autoincriminarse, basado en que la única prueba por la que se le condenó fue el reconocimiento de una deuda a la empresa, y la violación de su derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. A pesar de que el autor había invocado esta última alegación al inicio del juicio oral, como lo exigía la ley procesal penal, el Tribunal Constitucional consideró que el autor había invocado de manera extemporánea la alegación, cuando las dilaciones habían cesado. En relación a la alegación sobre la violación del derecho a no confesarse culpable, del texto de la sentencia del Tribunal Constitucional aportado por el autor se desprende que dicho Tribunal concluyó que la eficacia probatoria del reconocimiento de la deuda no afectaba en nada al derecho a no confesarse culpable, porque el reconocimiento había sido anterior al proceso penal y porque el autor no alegó que hubiera reconocido la deuda bajo compulsión alguna.

La denuncia

3.1 El autor alega que se ha violado su derecho a no autoincriminarse (apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto), porque la única prueba en que se fundamentó su condena fue el reconocimiento de la

deuda que él efectuó mucho antes del inicio del proceso penal. Sostiene que dicho reconocimiento de deuda se produjo mediante engaño, como forma para que se normalizara su situación en la empresa.

3.2 También alega que se ha violado el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas (artículo 14, párrafo 3, apartado c), del Pacto) puesto que desde el inicio del proceso hasta el día en que se celebró la audiencia del juicio transcurrieron 3 años, 4 meses y 29 días. El caso no tenía una complejidad que justificase dicha tardanza.

3.3 El autor alega igualmente una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto debido a que fue condenado por primera vez en segunda instancia, por el tribunal de apelación, sin que haya tenido derecho a pedir la revisión de la condena ante un tribunal superior. Aunque esta alegación no se incluyó en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el autor considera que ello habría carecido de utilidad, ya que la ley procesal penal no contempla la posibilidad de un recurso de apelación contra una sentencia dictada por el tribunal de apelación que condena por vez primera al acusado. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado que no son admisibles los recursos de amparo frente a las normas legales cuando son interpuestos por particulares y no por los órganos constitucionalmente previstos para impugnar la constitucionalidad de las leyes. Además, el autor invocó la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1999, que estableció que no violaba el derecho a una segunda instancia la condena impuesta por el tribunal de apelación tras la absolución por el tribunal de primera instancia.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En cuanto a los hechos relatados por el autor, el Estado parte indica que en el documento de reconocimiento de la deuda consta que el autor, sin conocimiento ni consentimiento de la empresa, retuvo en su poder 4.725.369 pesetas y que continuó trabajando en la empresa para compensar el pago de dicha deuda. Posteriormente, el autor denunció que le habían sido sustraídos de su casa 7 millones de pesetas que había cobrado a clientes de la empresa. Ello hizo que la empresa perdiera confianza en el autor y este fuera despedido el 4 de febrero de 1991, tras lo que se inició una investigación penal en su contra.

4.2 El Estado parte alega la falta de agotamiento de los recursos internos en relación a la alegada violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto. Sostiene que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas está protegido de dos maneras en España: i) por una reparación en sustancia; en caso de que se produzca una dilación indebida, el afectado puede denunciarla al juzgado que conoce del asunto y, si este no corrige la demora, puede acudir al Tribunal Constitucional, quien resuelve sobre la queja y, si la estima fundada, ordena la cesación inmediata de la dilación; ii) por una reparación indemnizatoria; el

afectado debe demandar la indemnización de perjuicios por el retardo producido siguiendo el procedimiento previsto en la ley. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado reiteradamente que la reparación indemnizatoria es un recurso interno válido y eficaz, por lo que, si no se ha utilizado, implica la inadmisibilidad de la denuncia por no agotamiento de los recursos¹. En el caso del autor, el Estado parte sostiene que, mientras se instruyó la causa (3 años y 11 días), el autor no solicitó ninguna reparación en sustancia y que, finalizada la investigación, al inicio del juicio oral, invocó la supuesta dilación indebida de la investigación, que ya había concluido. Habiendo cesado las dilaciones, el autor debía utilizar la vía de la reparación indemnizatoria, pero, como no ha ejercitado este derecho a reparación, su denuncia es inadmisibles por no haber agotado los recursos internos.

4.3 En cuanto a la alegada violación del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14, el Estado parte sostiene que el documento en que el autor reconoce haberse apropiado el dinero de la empresa es anterior al proceso penal, único en el que opera el derecho a la no autoincriminación. El documento fue suscrito libremente por el autor, sin que se haya alegado que la declaración contenida en el documento se hiciera bajo constrictión o compulsión alguna. El documento y su contenido sirvieron para absolver al autor en primera instancia, al valorarlo el juez como prueba de que no hubo voluntad de apropiación por parte del autor. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y concluyó que sí existía voluntad de apropiación. El Estado parte sostiene que, si el documento sirvió para una sentencia absolutoria, resulta incoherente intentar luego rechazarlo en el caso de la sentencia condenatoria, sobre todo si se considera la conducta posterior del autor. El Estado parte sostiene que esta parte de la queja es inadmisibles conforme al artículo 3 del Protocolo Facultativo y, en su defecto, que no existe violación.

4.4 En relación a la alegada violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, el Estado parte indica que es inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos internos. Indica que el autor debió haber interpuesto un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Agrega que la alegación del autor en el sentido de que un particular no puede interponer recurso de amparo aduciendo la inconstitucionalidad de normas legales, es inexacta, puesto que la ley expresamente autoriza la interposición del recurso de amparo cuando los particulares estiman que se han vulnerado sus derechos fundamentales. En relación al fondo de esta alegación, el Estado parte indica que el derecho al doble grado de jurisdicción no puede interpretarse al absurdo, como el derecho a un doble grado del doble grado del doble grado, e invoca el texto del párrafo 2 del Protocolo N° 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, según el cual el derecho a la doble instancia puede estar sujeto a excepciones en casos en que la persona haya

¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, queja N° 39521/98, *Jesús María González Marín c. España*, decisión final sobre la admisibilidad, 5 de octubre de 1999.

sido condenada después de una apelación en contra de su absolución en primera instancia. El Estado parte agrega que el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto no puede ser entendido como una prohibición de utilizar recursos para las partes acusadoras. El derecho reconocido en ese texto tiene por objeto evitar la indefensión y esta indefensión no se ha producido en el caso del autor, puesto que sus pretensiones han sido examinadas y resueltas conforme a derecho por dos órganos judiciales distintos, por lo que no puede sostenerse que no existió revisión.

4.5 El Estado parte agrega que la denuncia original de septiembre de 1997 no incluía la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, sino que el autor alegó por primera vez esta violación en diciembre de 1999. El 23 de abril de 2001, el autor invocó el texto de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de junio de 1999, posterior en dos años a la denuncia original, para alegar que no era necesario interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El Estado parte afirma que la sentencia aportada no tiene un efecto derogatorio del requisito de agotamiento de los recursos internos establecido en el párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Concluye que debe declararse inadmisibles la comunicación, porque el autor nunca invocó la sustancia de la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14 ante los tribunales internos.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En cuanto a la alegada violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, el autor insiste en que es evidente que el tiempo transcurrido entre la presentación de la querrela hasta la sentencia, más de tres años, contradice el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

5.2 En relación a la alegada violación del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14, el autor sostiene que el derecho a no confesarse culpable no solo significa que dicha conducta quede prohibida en el proceso, sino que tiene otras implicaciones. En el caso del autor, él fue condenado únicamente sobre la base de un reconocimiento de deuda efectuado 17 meses antes de la presentación de la querrela, declaración mediante la cual buscaba normalizar sus diferencias con la empresa. Ni la empresa ni el fiscal aportaron pruebas directas de la comisión de un delito de apropiación indebida. Es evidente que el documento se redactó bajo un clima de confianza a fin de normalizar una serie de deudas contraídas por el autor. La autodeclaración de culpabilidad obtenida fuera del proceso y en virtud de una relación de confianza no puede servir de único fundamento a una condena contra el acusado, pues en ese caso se contradice el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, que es también el derecho a no declarar contra sí mismo bajo engaño.

5.3 En relación a la alegada violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, el autor insiste en que fue condenado por primera vez por un tribunal de apelación.

Sostiene que, a diferencia de otros Estados partes, España no introdujo, al ratificar el Pacto, una reserva para excluir el caso en que la condena se impone tras una apelación contra la absolución. Agrega que el Estado parte tiene la obligación de garantizar el derecho de revisión de la condena cuando esta se produce por primera vez en la segunda instancia. El autor acepta que, en la comunicación inicial, sostuvo por error que los individuos no podían interponer recurso de amparo, alegando la inconstitucionalidad de leyes violatorias de derechos fundamentales. Sin embargo, era inoperante interponer el recurso de amparo, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado que no existe violación del derecho a la segunda instancia cuando es el tribunal de apelación quien impone por primera vez la condena.

Deliberaciones del Comité

6.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar las reclamaciones contenidas en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si esta es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

6.2 Con relación a la alegada violación del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14, el Comité observa que el autor admite que el documento sobre el reconocimiento de la deuda fue firmado por él voluntariamente² antes del inicio del proceso penal en su contra y que en dicho documento reconoció que había retenido sin el conocimiento ni consentimiento de la empresa dinero que pertenecía a esta. El Comité recuerda su jurisprudencia en el sentido de que la redacción del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 —es decir, que nadie será "obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable"— debe interpretarse en el sentido de ausencia de toda presión física o psicológica directa o indirecta sobre el acusado de parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiese culpable³. En relación a la alegación del autor en cuanto a que el documento de reconocimiento de la deuda obtenido extrajudicialmente fue la única prueba en que se fundamentó su condena, el Comité observa que la sentencia condenatoria basó la responsabilidad del autor en su conducta anterior, simultánea y posterior a la suscripción del referido documento, lo que, a juicio del tribunal, acreditaba el ánimo doloso del autor. Conforme a su jurisprudencia constante, al Comité no le corresponde examinar la evaluación de los hechos y las pruebas efectuada por los tribunales internos, a menos que haya existido una arbitrariedad manifiesta o una denegación de justicia, circunstancias que no concurren en el presente caso. El Comité concluye que el autor no ha fundamentado a efectos de la admisibilidad de la denuncia la alegada violación del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto y concluye que esta

² Véase el párrafo 5.2, *supra*.

³ Comunicación N° 253/1987, *Kelly c. Jamaica*, decisión de 8 de abril de 1991, párr. 5.5.

parte de la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.3 Con relación a la alegación de que el procedimiento se prolongó indebidamente, el Comité toma nota del argumento del Estado parte en el sentido de que el autor pudo haber interpuesto una reparación en sustancia para hacer cesar el retardo y una reparación indemnizatoria una vez que el retardo hubo concluido. Asimismo, señala que el autor no ha controvertido ni desvirtuado los argumentos del Estado parte de que el recurso a la reparación indemnizatoria es un remedio efectivo. Considera, por consiguiente, que esta parte de la comunicación es inadmisibile conforme al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo⁴.

6.4 Con relación a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, el Comité toma nota del argumento del autor de que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional es ineficaz, porque la jurisprudencia de dicho tribunal ha declarado que no existe violación del derecho a la segunda instancia cuando el tribunal de apelación impone la condena por primera vez. Sobre el particular, el Comité recuerda su jurisprudencia según la cual solo corresponde agotar aquellos recursos que tengan una posibilidad razonable de prosperar y reitera que, cuando la jurisprudencia del más alto tribunal interno haya decidido la cuestión objeto de controversia, eliminando así toda posibilidad de que un recurso prospere ante los tribunales internos, el autor no está obligado a agotar los recursos internos a los efectos del Protocolo Facultativo⁵. En el presente caso esta decisión se adoptó respecto de un caso ligeramente posterior, pero que tendía a confirmar que el recurso a dicho remedio habría resultado inútil.

6.5 En consecuencia el Comité declara que las alegaciones del autor relativas al párrafo 5 del artículo 14, son admisibles y pasa a considerar el fondo del asunto.

7.7 El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. El Comité recuerda que la expresión "conforme a lo prescrito por la ley" no tiene por objeto dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados partes. Al contrario, lo que debe entenderse por "conforme a lo prescrito por la ley" son las modalidades de acuerdo con las cuales la revisión por un tribunal superior debe llevarse a cabo⁶. El párrafo 5 del artículo 14 no solo

⁴ Sobre imposición del peso de la prueba al autor cuando el Estado parte ha demostrado debidamente que existen recursos disponibles y efectivos, véase la comunicación N° 1084/2002, *Bochaton c. Francia*, decisión de 1° de abril de 2004, párr. 6.3.

⁵ Véase, por ejemplo, comunicación N° 511/1992, *Länsman y otros c. Finlandia*, decisión sobre la admisibilidad, 14 de octubre de 1993, párr. 6.3.

⁶ Comunicación N° 1073/2002, *Terrón c. España*, decisión de 5 de noviembre de 2004, párr. 7.4; comunicación N° 64/1979, *Salgar de Montejó c. Colombia*, decisión de 24 de marzo de 1982, párr. 10.4.

garantiza que la sentencia sea sometida a un tribunal superior como ocurrió en el caso del autor, sino que la condena sea también sometida a una segunda instancia de revisión, lo que no aconteció respecto del autor. La circunstancia de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto en relación con los hechos expuestos en la comunicación.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

9. A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte debe proporcionar al autor un recurso efectivo que incluya la revisión de su condena por un tribunal superior.

10. Al pasar a ser parte en el Protocolo Facultativo, España reconoció la competencia del Comité para determinar si ha habido o no una violación del Pacto. En virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionarles un recurso efectivo y aplicable en caso de que se demuestre que se ha producido una violación. El Comité desea recibir del Estado parte, en el plazo de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité. Se ruega al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

Voto particular disidente de la Sra. Elisabeth Palm, el Sr. Nisuke Ando y el Sr. Michael O'Flaherty, miembros del Comité

Lamentamos no poder estar de acuerdo con la conclusión mayoritaria de que el autor no estaba obligado a agotar los recursos internos en el asunto que se examina.

El autor afirma que habría sido inútil presentar un recurso de amparo en su caso. El Estado parte sostiene la opinión contraria. Observamos que en la reclamación original presentada por el autor en septiembre de 1997 no se mencionaba la pretendida infracción del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, a la que el autor hizo referencia por primera vez en diciembre de 1999. En su comunicación de 23 de abril de 2001, el autor citó el fallo del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 1999 para sostener que no era necesario presentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Conforme a la jurisprudencia del Comité, el autor solo tiene que agotar los recursos que tengan unas perspectivas razonables de éxito. Cuando hay una jurisprudencia establecida según la cual la apelación habría sido inútil, no es necesario agotar ese recurso. En el asunto que se examina, el autor tenía la posibilidad de presentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, afirmando que se había violado uno de sus derechos fundamentales, porque las normas que regían los procedimientos penales no preveían la posibilidad de apelar contra una sentencia dictada por un tribunal de apelación cuando ese tribunal era el primero que declaraba culpable al acusado. Ahora bien, el autor no presentó un recurso de amparo.

En la fecha en que finalmente se resolvió la causa del autor, el 29 de enero de 1997, no existía jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Hasta el 26 de junio de 1999, el Tribunal Constitucional no decidió que la declaración de culpabilidad dictada por un tribunal de apelación tras una sentencia absolutoria dictada por un tribunal de primera instancia no violaba el derecho a revisión.

En nuestra opinión, el autor no puede, a los efectos del agotamiento de los recursos internos, basarse en una decisión del Tribunal Constitucional que se dictó casi dos años y medio después de haberse resuelto finalmente su causa. Como en aquella fecha no había ninguna práctica o jurisprudencia establecidas al respecto, el autor debería haber presentado un recurso de amparo. Ahora bien, no lo hizo. En consecuencia, consideramos que no agotó los recursos internos relativos a su reclamación, a los efectos del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

Voto particular de la Sra. Ruth Wedgwood, miembro del Comité

Me sumo a mi colega Sra. Elisabeth Palm cuando pone en duda la conveniencia de examinar el fondo de la denuncia del autor, presentada en virtud del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, por el hecho de que el autor no agotase los recursos disponibles a nivel nacional. Cuando el autor interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español a finales de 1996, no incluyó, entre los fundamentos declarados de su recurso, ninguna alegación similar a la que dirige ahora al Comité de Derechos Humanos. En concreto, declinó elevar al Tribunal Constitucional queja alguna en el sentido de que la legislación española sobre procedimiento penal fuese deficiente por cuanto que no otorgase pleno derecho de apelación en relación con condenas dictadas en tribunales de segunda instancia. Lo cierto es que el autor no elevó dicha denuncia al Comité de Derechos Humanos en su comunicación original de septiembre de 1997, sino que añadió la cuestión en 1999.

La decisión del Tribunal Constitucional, en un caso diferente y posterior, aunque se considere firme a efectos de esa cuestión, no debería constituir un argumento decisivo en relación con el agotamiento de

los recursos nacionales. Por ejemplo, muchos sistemas jurídicos rehúsan, adecuadamente, dar efecto retroactivo a una nueva reglamentación a menos que una parte haya suscitado con anterioridad la cuestión ante los tribunales nacionales. Corresponde a una parte amparar su alegación exponiendo la cuestión de forma oportuna. En el presente caso, el autor está representado por abogado y ello justifica más aún la aplicación con carácter ordinario del agotamiento de los recursos internos como requisito previo de admisibilidad.

Además, el fondo de la alegación del autor en virtud del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto puede ser más problemático de lo que el dictamen del Comité parece sugerir. El Comité sostiene simplemente, véase el párrafo 7.1 *supra*, que "la circunstancia de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior." Esto constituye una argumentación jurídica novedosa para el Comité y, de ser aplicada como norma con carácter amplio, podría trastocar los sistemas judiciales de muchos países de tradición jurídica romana.

Está fuera de duda que, en la tradición jurídica de los países de *common law*, un tribunal de apelación no puede modificar una sentencia de absolución en tribunales inferiores y, realmente, si así lo hiciese, ello plantearía graves cuestiones constitucionales. La independencia histórica del jurado constituido en virtud del *common law* ha mantenido sus veredictos absolutorios más allá de cualquier revisión.

Sin embargo, en los países de tradición jurídica romana, entre ellos Estados como Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Noruega, una absolución dictada por un tribunal de primera instancia puede, al parecer, ser declarada nula en favor de una condena por un tribunal de segunda instancia reunido para revisarla, y puede no existir posibilidad de interponer nueva apelación, de pleno derecho, contra la decisión de ese tribunal de segunda instancia. Los tribunales internacionales sobre crímenes de guerra creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los delitos de guerra en la ex Yugoslavia y en Rwanda también otorgan esa misma potestad a la Sala de Apelaciones, sin que exista derecho a interponer nuevo recurso.

Los cinco países europeos citados anteriormente han introducido reservas oficiales al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para preservar su derecho a dictar sentencias de culpabilidad en la fase de apelación, sin posibilidad de interponer nuevos recursos. Pero, tal como el juez Mohamed Shahabuddeen ha observado en otro contexto, "algunas de esas declaraciones tienden a tener un carácter interpretativo"⁷, es decir,

⁷ Véase el voto particular de Mohamed Shahabuddeen, en *Fiscal c. Rutaganda*, caso N° ICTR 96-3-A (Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Sala de Apelaciones, 26 de mayo de 2003).

están redactadas como aclaraciones de lo que se supone que el Pacto quiere decir originalmente.

Además, el Comité debería tener en cuenta el Protocolo N° 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que entró en vigor el 1° de noviembre de 1988. El párrafo 1 del artículo 2 del Protocolo garantiza a cualquier persona condenada por un delito penal "el derecho a que su condena o sentencia sea revisada por un tribunal superior", pero el párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo también señala, como una "excepción" permisible en relación con la nueva apelación, aquellos casos "en que la persona en cuestión fue juzgada en primera instancia por el tribunal supremo o fue condenada tras apelación de la sentencia por la que se le absolvía".

Naturalmente, el Convenio Europeo no rige la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y la redacción del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo N° 7 va más allá del texto del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero es difícil imaginar, como el juez Shahabuddeen ha observado sabiamente, que los 35 [ahora 36] Estados partes del Protocolo N° 7 del Convenio Europeo "se propusiesen actuar en desacuerdo con cualesquiera obligaciones contraídas en virtud del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Al llegar hoy a su decisión, el Comité no se ha detenido a examinar en qué medida las prácticas de estos 36 Estados, o de otros signatarios del Pacto, pueden ser contrarias a los criterios que aplicamos.

En una cuestión tan fundamental para la estructura de los sistemas judiciales nacionales en los países de tradición romana, deberíamos prestar cierta atención a las opiniones de los Estados partes, así como a su práctica generalizada. Ello es especialmente aplicable a la interpretación del texto de una disposición del Pacto, cuya redacción es históricamente ambigua y en relación con la cual algunos Estados han mantenido explícitamente su derecho a continuar con esas prácticas, sin que otros Estados partes hayan presentado objeciones al respecto.

Lo cierto es que este Comité ha opinado anteriormente que "no cabe duda acerca de la validez internacional" de una reserva al párrafo 5 del artículo 14 en el caso de una condena dictada por el Tribunal Constitucional italiano, reunido con carácter de tribunal de primera instancia, sin posibilidad de interposición de nuevos recursos. Véase *Fanali c. Italia*, N° 75/1980, párrafo 11.6. Interpretamos que la reserva de Italia se aplicaba a las partes no mencionadas explícitamente en su texto.

Por consiguiente, yo trataría la decisión de hoy como algo limitado a los hechos y partes que nos ocupan y consideraría que su carácter normativo merece ser estudiado de una forma más exhaustiva en una fecha ulterior.

Comunicación N° 1096/2002

Presentada por: Safarmo Kurbanova

Presunta víctima: El hijo de la autora, Abduali Kurbanov

Estado parte: Tayikistán

Fecha de aprobación del dictamen: 6 de noviembre de 2003

Asunto: Presunta violación del derecho a la vida de una persona condenada a muerte tras un juicio sin las debidas garantías y en cuya fase de instrucción se aplicaron torturas

Cuestión de procedimiento: Grado de fundamentación de la reclamación

Cuestiones de fondo: Privación arbitraria de la vida – Prohibición de la tortura – Derecho del acusado a ser informado de los cargos que se le imputan en el momento de la detención – Obligación de hacer comparecer al detenido ante un juez – Detención arbitraria – Derecho a un juicio con las debidas garantías – Derecho a la defensa – Derecho a ser asistido por un intérprete – Derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior

Artículos del Pacto: 6; 7; 9, párrafos 2 y 3; 10; y 14, párrafos 1, 3 a) y g), y 5

Artículo del Protocolo Facultativo: 2

Conclusión: Violación (artículos 6; 7; 9, párrafos 2 y 3; 10; y 14, párrafos 1 y 3 a) y g))

1.1 La autora de la comunicación es la Sra. Safarmo Kurbanova, ciudadana tayika nacida en 1929. Presenta la comunicación en nombre de su hijo, el Sr. Abduali Ismatovich Kurbanov, también tayiko, nacido en 1960 y condenado a muerte el 2 de noviembre de 2001 por la Sala Militar de la Corte Suprema de Tayikistán. En la actualidad espera la ejecución de la pena en el Centro de Detención N° 1 de Dushanbe. La autora afirma que su hijo es víctima de la infracción por Tayikistán¹ de los artículos 6, 7, 9 y 10, así como del párrafo 1, los apartados a) y g) del párrafo 3 y el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La comunicación también parece plantear cuestiones en el marco del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, aunque esta disposición no se invoca directamente. La autora no está representada por abogado.

1.2 El 16 de julio de 2002, con arreglo al artículo 86 de su reglamento, el Comité de Derechos Humanos, por conducto de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, pidió al Estado parte que no ejecutara la pena de muerte impuesta al Sr. Kurbanov mientras el caso no fuera examinado por el Comité. No se ha recibido respuesta del Estado parte al respecto.

¹ El Protocolo Facultativo entró en vigor para Tayikistán el 4 de abril de 1999.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 Según la autora, el Sr. Kurbanov se presentó ante la policía el 5 de mayo de 2001 para declarar como testigo. Quedó detenido siete días en el edificio del Departamento de Investigaciones Penales del Ministerio del Interior, donde, según afirma la autora, fue torturado. No fue hasta el 12 de mayo de 2001 que lo acusaron de fraude, se dictó una orden de detención en su contra y lo transfirieron a un centro de detención e investigación. Lo obligaron a firmar una declaración en la que renunciaba a la asistencia de un abogado.

2.2 El 9 de junio de 2001, se abrió una investigación penal en relación con el triple homicidio de los Sres. Firuz y Fayz Ashurov y D. Ortikov, ocurrido en Dushanbe el 29 de abril de 2001. Además de la acusación inicial de fraude, el 30 de julio de 2001 el hijo de la autora fue también acusado de los homicidios y de posesión ilegal de armas de fuego². La autora afirma que su hijo fue torturado hasta que aceptó escribir su confesión por la fuerza; durante sus visitas, observó que su hijo presentaba cicatrices en el cuello y la cabeza y que tenía fracturadas algunas costillas. Añade que uno de los torturadores —el investigador Rakhimov— fue acusado en agosto de 2001 de haber recibido sobornos y de abuso de autoridad en otros 13 casos también relacionados con el uso de la tortura; posteriormente fue condenado a cinco años y seis meses de prisión.

2.3 La instrucción se dio por terminada el 4 de agosto de 2001 y el caso se remitió al tribunal. El 2 de noviembre de 2001, la Sala Militar de la Corte Suprema condenó a muerte al hijo de la autora (con confiscación de sus bienes). El 18 de diciembre de 2001, la Corte Suprema confirmó la sentencia al cabo de un procedimiento de apelación extraordinaria.

2.4 La sentencia de 2 de noviembre de 2001 de la Sala Militar de la Corte Suprema fue remitida al Comité por la autora en idioma tayiko; posteriormente se proporcionó una traducción oficiosa al inglés. En la sentencia no figura ni el acta de acusación ni un acta literal del juicio. Comienza con la descripción de los hechos establecida por el tribunal, pasa luego a los testimonios de los tres acusados y algunos testigos, y finalmente se ocupa de las cuestiones de la condena y la pena. La sentencia no indica quiénes eran los miembros de la Sala Militar de la Corte Suprema, por ejemplo si

² De los documentos presentados posteriormente por el Estado parte resulta que el hijo de la autora fue informado por vez primera el 11 de junio de 2001 de que pesaba sobre él la sospecha de ser el autor de los homicidios.

uno o más de sus jueces eran militares. Sin embargo, queda en claro que el Sr. Kurbanov fue juzgado con un tal Ismoil y un tal Nazmudinov, este último militar con grado de mayor que prestaba servicios en el Ministerio de Seguridad Nacional. Según los hechos establecidos por el tribunal, el Sr. Kurbanov dio muerte, el 29 de abril de 2001, a tres personas en el automóvil de una de las víctimas con una pistola no registrada. Posteriormente enterró los cadáveres cerca de su garaje y entregó la pistola al Sr. Ismoil, a quien dijo que había dado muerte a tres personas. El 8 de mayo de 2001, el Sr. Ismoil entregó la pistola al Sr. Nazmedinov, quien a su vez no la entregó a las autoridades. Por el contrario, la pistola apareció el 12 de junio de 2001 en el apartamento del Sr. Nazmedinov.

2.5 Según la misma sentencia, el Sr. Kurbanov confesó haber cometido los homicidios y reconoció haber enterrado su propia ropa y la matrícula del auto junto con los cadáveres. Ninguno de los dos coacusados ni tampoco los testigos que declararon ante el tribunal afirmaron que hubieran visto al Sr. Kurbanov cometer los homicidios. Uno de los testigos, el Sr. Hamid, dijo que se había enterado el 5 de mayo de 2001 de que Kurbanov había sido detenido por fraude y que posteriormente había dirigido a los investigadores al lugar donde Kurbanov estaba construyendo un garaje. En la sentencia se afirma que Hamid había dicho que "estaba presente cuando desenterraron a los tres cadáveres del pozo del garaje y allí me enteré de que el asesino era Kurbanov". Otro testigo, el Sr. Mizrobob, afirmó que estaba presente el 5 de mayo de 2001 cuando Kurbanov fue detenido por las autoridades. También estaba presente el 8 ó 9 de junio de 2001 cuando encontraron los cadáveres de las tres víctimas, "la ropa de Kurbanov" y la matrícula del auto. En la sentencia se menciona que pruebas balísticas vinculaban la pistola, que el 12 de junio de 2001 apareció en el apartamento del Sr. Nazmedinov, con el crimen. Sin embargo, no se menciona ninguna prueba forense que vinculara al Sr. Kurbanov con la ropa que se encontró con los cadáveres, y solo las confesiones de los tres coacusados vinculaban al Sr. Kurbanov con la pistola.

2.6 Al concluir el juicio, el Sr. Kurbanov fue condenado a muerte y a la confiscación de sus bienes, mientras que los Sres. Ismoil y Nazmedinov fueron condenados a cuatro años de prisión por su relación con el arma del delito, pero inmediatamente el mismo tribunal los indultó y puso en libertad.

La denuncia

3.1 La autora afirma que su hijo fue detenido durante siete días sin que existiera contra él una orden de detención. Durante ese período no pudo ver ni a su familia ni a un abogado. El hecho de que su hijo fuera detenido ilegalmente durante una semana sin que se le informara de inmediato de los cargos que pesaban en su contra constituye, según la autora, una violación de los párrafos 1 y 2 del artículo 9 del Pacto.

3.2 Se afirma que se han violado el artículo 7 y el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto porque, durante la instrucción, se habría sometido al Sr. Kurbanov a torturas, golpes con palos y patadas, estrangulación y tortura con electricidad para obligarlo a confesar. En el curso de un careo preliminar con el padre de una de las víctimas del homicidio, el Sr. Ortikov, el padre golpeó al hijo de la autora en presencia de los investigadores.

3.3 La autora afirma que se violó el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, ya que el juicio fue parcial. Dice que el proceso no fue justo desde el comienzo, puesto que las familias de las víctimas ejercieron presión sobre los jueces. Se rechazaron todas las peticiones de la defensa.

3.4 La autora afirma que, cuando se acusó de homicidio a su hijo, ella solicitó, en vista de su situación financiera, que se le asignara un abogado de oficio, pero le informaron de que la ley no preveía dicha posibilidad.

3.5 La autora sostiene también que, según el expediente del caso, un abogado asistió a su hijo a partir del 20 de junio de 2001, pero en realidad ella contrató a un abogado para su hijo solo en julio de 2001. Añade que el abogado visitó a su hijo solo dos o tres veces durante la instrucción, y siempre en presencia de un agente. Tras el juicio, su hijo no pudo ver al abogado ni contar con su asistencia. Según la autora, el abogado no recurrió en casación. Su hijo no tuvo oportunidad de consultar la sentencia del tribunal, ya que no se le proporcionó un intérprete. El Sr. Kurbanov preparó personalmente un recurso de casación, que fue desestimado por haber sido presentado fuera de plazo. El recurso presentado por la propia autora fue desestimado por falta de legitimación. Tampoco prosperó el recurso extraordinario interpuesto por su hijo con la asistencia de su abogado; según la autora, dicho procedimiento no constituye un medio eficaz de protección jurídica. El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto presuntamente fue violado porque se privó al hijo de la autora de su derecho a apelar.

3.6 Durante la instrucción, el hijo de la autora no contó con la asistencia de un intérprete ni se le ofrecieron los servicios de un intérprete calificado durante el juicio, a pesar de que él es de habla rusa y algunos de los documentos del tribunal estaban redactados en idioma tayiko. Se sostiene que este hecho viola el apartado f) del artículo 3 del párrafo 14 del Pacto.

3.7 Se alega que el hijo de la autora está detenido en condiciones inhumanas. Las celdas no tienen agua; en un rincón hay un inodoro, pero no puede utilizarse porque no hay agua. En el invierno las celdas son muy frías y en verano extremadamente calurosas. La circulación del aire es limitada debido a que las celdas y sus ventanas son minúsculas. Debido a la falta de higiene, están plagadas de insectos. Los presos solo pueden salir de las celdas para dar un paseo media hora por día. Se afirma que estas condiciones representan una violación del artículo 10 del Pacto.

3.8 Por último, la autora afirma que se ha violado el derecho de su hijo a la vida, protegido por los párrafos 1 y 2 del artículo 6, ya que las violaciones del artículo 14 produjeron una condena a muerte ilegal e injusta, pronunciada por un tribunal incompetente.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 Por nota verbal de 16 de septiembre de 2002, el Estado parte observa que, de conformidad con la información de la Comisión Gubernamental sobre la aplicación de las obligaciones internacionales de Tayikistán en el ámbito de los derechos humanos, el Sr. Kurbanov fue condenado a muerte por la Sala Militar de la Corte Suprema el 2 de noviembre de 2001. El proceso penal contra el hijo de la autora fue incoado el 12 de mayo de 2001. Se ordenó su ingreso en prisión el mismo día y firmó una declaración escrita de que no necesitaba los servicios de un abogado durante la investigación preliminar.

4.2 El Estado parte afirma que el 29 de abril de 2001 el Sr. Kurbanov dio muerte a tres personas, y que el 9 de junio de 2001 se abrió una investigación al respecto. Asimismo, señala que el Sr. Kurbanov confesó plenamente su delito por escrito y explicó las circunstancias de los hechos en presencia del abogado, Sr. Nizomov. A juicio del Estado parte, las denuncias de la autora sobre el uso de métodos de interrogatorio ilegales, en particular los actos de violencia y tortura en contra de su hijo, deben considerarse no demostrados, ya que el Sr. Kurbanov no denunció tales hechos ni durante la investigación ni en el juicio.

4.3 El Estado parte también rechaza por no fundamentada la afirmación de la autora de que su hijo no contó con los servicios de un intérprete durante la instrucción y el juicio. El Sr. Kurbanov es tayiko y, al cerrarse la instrucción, cuando consultó el expediente, declaró que no necesitaba un intérprete. El juicio se celebró en presencia del intérprete y con su participación.

4.4 Por último, el Estado parte señala que, al recurrir en casación, el hijo de la autora no impugnó la sentencia del tribunal ni las actuaciones de este o de los instructores, sino que solicitó que la pena de muerte se conmutara por una larga pena de prisión. El Estado parte llega a la conclusión de que, sobre la base de sus investigaciones del caso, no se han producido violaciones del Pacto.

Comentarios de la autora sobre las observaciones del Estado parte

5.1 Por cartas de 25 de noviembre de 2002 y de 13 de enero, 27 de marzo y 21 de julio de 2003, la autora presentó nuevas informaciones. Confirma que su hijo fue detenido el 5 de mayo de 2001 hacia las 15.00 horas, cuando se presentó voluntariamente a la policía para declarar como testigo. El 7 de mayo, la autora presentó una queja por escrito a la Fiscalía General; ese

mismo día, funcionarios de la Fiscalía se dirigieron al Ministerio del Interior para interesarse por el paradero de su hijo. No pudieron localizarlo porque, como lo habían golpeado y estaba cubierto de sangre, lo habían escondido en una oficina cerrada con llave, en presencia de los policías que lo habían golpeado.

5.2 La autora señala que la memoria del Estado parte incluye copia del acta de los interrogatorios que incluye una casilla específicamente reservada para las necesidades de interpretación, donde se menciona que el Sr. Kurbanov no necesita intérprete y que haría su declaración en ruso. Para la autora, esto demuestra que el idioma materno de su hijo es el ruso. La instrucción se realizó en ruso. Sin embargo, algunas actuaciones, por ejemplo los interrogatorios, se realizaron en tayiko; a pesar de que su hijo pidió un intérprete, el instructor se negó a proporcionarlo, explicando que el Sr. Kurbanov era ciudadano tayiko y que se suponía que debía conocer debidamente este idioma. El juicio también se celebró en tayiko. Algunas de las audiencias contaron con los servicios de un intérprete, pero, según la autora, el intérprete no estaba calificado y a menudo era difícil entenderlo.

5.3 En cuanto a la autenticidad de la confesión escrita de su hijo, la autora dice que este no niega la autenticidad de su firma en las actas, pero alega que las firmó bajo tortura. La autora reitera que su hijo lleva marcas de tortura en el cuerpo y que esto se puso en conocimiento del Estado parte en varias ocasiones.

5.4 Dado que el Sr. Kurbanov contó con los servicios de un abogado solo a partir del 23 de julio de 2001, todas las actuaciones durante este período (incluso los interrogatorios), se realizaron sin representación letrada. Este hecho facilitó la tortura de su hijo, quien no podía quejarse, entre otras cosas, porque no sabía ante quién hacerlo.

5.5 La autora reitera que, cuando lo detuvieron, no informaron inmediatamente a su hijo de las razones de la detención, ni tampoco posteriormente de la pena que podía imponerse por el delito del que se lo acusaba.

5.6 Entre el 5 y el 12 de mayo de 2001, el hijo de la autora permaneció recluido en el edificio del Departamento de Investigaciones Penales, donde se le retuvieron los alimentos y otros artículos que se le habían enviado.

5.7 Con respecto al argumento del Estado parte de que el Sr. Kurbanov es tayiko y debe suponerse que domina este idioma, la autora señala que su hijo tiene solo conocimientos básicos de tayiko porque hizo toda su escolaridad en ruso y, además, vivió en Rusia mucho tiempo. No está en condiciones de entender la terminología jurídica ni frases literarias en tayiko. Por ese motivo, no entendió las acusaciones ni la sentencia durante el juicio.

5.8 La autora reconoce que no se hizo ninguna denuncia concreta sobre el uso de la tortura, pero afirma que la tortura fue alegada en el juicio y que también se puso en conocimiento de numerosas organizaciones

gubernamentales y no gubernamentales. Así pues, a juicio de la autora, las autoridades eran plenamente conscientes de las denuncias relativas a la tortura que había sufrido su hijo. A pesar de ello, no se inició investigación alguna.

5.9 La autora reitera que toda la investigación del caso de su hijo fue parcial y careció de objetividad. El expediente en un primer momento contenía una denuncia de fraude formulada por la esposa de un tal Khaidar Komilov. Sin embargo, los investigadores eliminaron toda referencia a esa persona en una etapa posterior, refiriéndose al "desconocido Khaidar". Según la autora, los investigadores eliminaron con ello del procedimiento a un testigo potencialmente importante.

5.10 En su carta de 21 de julio de 2003, la autora afirma que, debido a la angustia que le causa la perspectiva de su ejecución, el estado psicológico de su hijo ha empeorado considerablemente.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar la reclamación contenida en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha reclamación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 A los fines del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité ha comprobado que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

6.3 Con respecto al requisito del agotamiento de los recursos internos, el Comité toma nota de que, aunque la autora no recurrió en casación después de la condena, de todas maneras el caso fue examinado por la Corte Suprema en recurso extraordinario y el Estado parte no ha impugnado la admisibilidad de la comunicación por ese motivo. Por consiguiente, estima que la autora ha cumplido con los requisitos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.4 En cuanto a la alegación de la autora en virtud del párrafo 1 del artículo 14 de que el juicio fue parcial debido a la presión ejercida por el público, el Comité estima que la autora no la ha fundamentado a los efectos de la admisibilidad. Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibles según los términos del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.5 Con relación a las afirmaciones de la autora de que su hijo no contó con la asistencia de un abogado durante la instrucción y que, incluso en etapas posteriores, la asistencia de su abogado fue limitada, el Comité observa que estas alegaciones podrían plantear cuestiones en virtud de los párrafos b) y d) del párrafo 3 del artículo 14 y recuerda su jurisprudencia de que, en particular en los casos relacionados con la pena capital, es axiomático que el acusado sea asistido efectivamente

por un abogado³ en todas las etapas del proceso. Sin embargo, el Comité observa que el hijo de la autora contó con la ayuda de un abogado contratado a título privado a partir del 23 de julio de 2001, período que incluye el propio juicio y el procedimiento de recurso extraordinario, y que la autora no ha proporcionado la fecha del pretendido careo realizado durante la fase de instrucción. Además, el Comité observa que, aunque podría haberse sospechado del hijo de la autora desde el momento en que se descubrieron los cadáveres, se le informó de que se sospechaba de él el 11 de junio de 2001 y se lo acusó formalmente de los homicidios el 30 de julio de 2001, es decir en el momento en que ya tenía la ayuda de un abogado. Aunque el Comité tendrá que examinar el fondo de la conducta de las autoridades del Estado parte en virtud del párrafo 2 del artículo 9 y del apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, considera que, en las circunstancias del caso y a los efectos de la admisibilidad, no se ha fundamentado ninguna alegación a tenor de los apartados b) y d) del párrafo 3 del artículo 14.

6.6 Asimismo, el Comité estima que la autora no ha demostrado, a los efectos de la admisibilidad, que se haya violado el apartado f) del párrafo 3 del artículo 14 a causa de las pretendidas limitaciones e insuficiencias de la interpretación ofrecida a su hijo. Tomando en cuenta en particular que queda constancia de la presencia del intérprete en la sentencia de 2 de noviembre de 2001, el Comité llega a la conclusión de que esta denuncia es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.7 En cuanto a la afirmación de la autora de que se denegó a su hijo el derecho a recurrir, el Comité observa que el Sr. Kurbanov estuvo representado por un abogado contratado a título privado y que este no presentó un recurso ordinario de casación. No resulta claro el motivo de ello, pero el resultado fue que la condena del Sr. Kurbanov solo se pudo examinar en el marco de un recurso extraordinario. En estas circunstancias en particular, el Comité considera que aunque el examen puede haber sido más limitado que en un recurso ordinario, la autora no ha fundamentado, a los fines de la admisibilidad, su denuncia a tenor del párrafo 5 del artículo 14. Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.8 El Comité estima que el resto de las afirmaciones de la autora han quedado suficientemente fundamentadas a los fines de la admisibilidad y procede a examinarlas en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de

³ Véase, por ejemplo, *Aliiev c. Ucrania*, comunicación N° 781/1997, *Robinson c. Jamaica*, comunicación N° 223/1987 y *Brown c. Jamaica*, comunicación N° 775/1997.

conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 El Comité ha tomado nota de la denuncia de la autora de que su hijo fue detenido un sábado (5 de mayo de 2001) y que permaneció en esa condición durante siete días sin que se lo acusara. Para respaldar su denuncia, proporciona una copia del registro policial en el que figura una anotación de fecha 7 de mayo de 2001 relativa a la detención de su hijo, presuntamente por fraude. Presentó una denuncia por la detención supuestamente ilegal de su hijo a la Fiscalía General el mismo día. Por otra parte, el Comité observa que, según la sentencia de 2 de noviembre de 2001 de la Sala Militar de la Corte Suprema, el autor fue detenido el 5 de mayo de 2001. No invalida esta información la afirmación del Estado parte de que el 12 de mayo de 2001 se dictó una orden de detención. Ante la falta de explicaciones adicionales del Estado parte, el Comité llega a la conclusión de que el Sr. Kurbanov permaneció detenido durante siete días sin que se dictara una orden de detención en su contra ni se lo presentara ante un juez, por lo que concluye que se violaron los derechos del hijo de la autora consagrados en los párrafos 2 y 3 del artículo 9 del Pacto.

7.3 Además, los documentos presentados por el Estado parte demuestran que, después de estar privado de libertad desde el 5 de mayo de 2001 por otros motivos, el 11 de junio de 2001 se informó al Sr. Kurbanov de que se sospechaba que había cometido los homicidios del 29 de abril de 2001, pero no fue acusado de estos delitos hasta el 30 de julio de 2001. Durante la reclusión a partir del 5 de mayo de 2001, no contó con la asistencia de un abogado hasta la última semana, es decir, a partir del 23 de julio de 2001. El Comité opina que la demora en comunicar la acusación al detenido y proporcionarle asistencia letrada perjudicó las posibilidades del Sr. Kurbanov de defenderse y que ello constituye una violación del apartado a) del artículo 3 del párrafo 14 del Pacto.

7.4 El Comité ha observado la descripción bastante detallada que hace la autora de los golpes y otros malos tratos a los que fue sometido su hijo. Por otra parte, la autora ha identificado por su nombre a algunas de las personas que presuntamente fueron responsables de dichos malos tratos. En su respuesta, el Estado parte se ha limitado a decir que estas denuncias no fueron formuladas ni durante la instrucción ni en el juicio. El Comité recuerda⁴, con respecto a la carga de la prueba, que esta no puede recaer solo sobre el autor de la comunicación, en particular si se tiene en cuenta que el autor y el Estado parte no siempre tienen el mismo acceso a las pruebas y que a menudo solo este último tiene acceso a información importante. Además, el hecho de que no se hicieran denuncias de tortura en el proceso de apelación interno no puede oponerse a la presunta víctima si se alega, como en el presente caso, que dichas denuncias se hicieron durante el juicio, pero

⁴ Véase, por ejemplo, la comunicación N° 161/1983, *Rubio c. Colombia*.

que no quedó constancia de ello ni se hizo nada al respecto. En vista de los detalles proporcionados por la autora sobre los presuntos malos tratos, la inexistencia de un acta literal del juicio y la ausencia de explicaciones del Estado parte, se debe dar la debida importancia a las denuncias de esta. Tomando en cuenta en particular que el Estado parte no ha investigado las denuncias de la autora, que se señalaron a la atención de las autoridades del Estado parte, el Comité considera que los hechos presentados ponen de manifiesto una violación del artículo 7 del Pacto.

7.5 En vista de la conclusión precedente y de que la condena del hijo de la autora se basó en la confesión obtenida por la fuerza, el Comité llega a la conclusión de que también existió una violación del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.

7.6 En cuanto a la pretensión de la autora de que la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente violó los derechos reconocidos a su hijo por el párrafo 1 del artículo 14, el Comité observa que el Estado parte no ha respondido a la misma ni explicado por qué el juicio se celebró, en primera instancia, ante la Sala Militar de la Corte Suprema. Ante la falta de información aportada por el Estado parte que justifique el proceso ante un tribunal militar, el Comité estima que el juicio y la condena a la pena capital dictada contra el hijo de la autora, que es civil, no responden a lo preceptuado en el párrafo 1 del artículo 14.

7.7 El Comité recuerda⁵ que la imposición de la pena de muerte al concluir un juicio en el que no se han respetado las disposiciones del Pacto constituye una violación del artículo 6 de este. En el presente caso, la condena a la pena capital se dictó en violación del derecho a un juicio con las debidas garantías consagrado en el artículo 14 del Pacto, así como en violación del artículo 6.

7.8 El Estado parte no ha dado explicaciones en respuesta a las denuncias muy pormenorizadas de la autora de que las condiciones de detención de su hijo después de la condena violan el artículo 10 del Pacto. Ante la falta de explicaciones del Estado parte, deben tenerse debidamente en cuenta las denuncias de la autora según las cuales la celda de su hijo no tiene agua, es muy fría en invierno y muy calurosa en verano, su ventilación es inadecuada y está plagada de insectos, y su hijo solo puede salir de ella media hora por día. Con referencia a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, el Comité determina que las condiciones descritas representan una violación del párrafo 1 del artículo 10 respecto del hijo de la autora.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene

⁵ Véase *Conroy Levy c. Jamaica*, comunicación N° 719/1996 y *Clarence Marshall c. Jamaica*, comunicación N° 730/1996.

ante sí ponen de manifiesto una violación del artículo 7, los párrafos 2 y 3 del artículo 9, el artículo 10, el párrafo 1 y los apartados a) y g) del párrafo 3 del artículo 14, y el artículo 6 del Pacto en relación con el Sr. Kurbanov.

9. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al hijo de la autora una reparación efectiva, incluida una indemnización, y un nuevo juicio ante un tribunal ordinario, con todas las garantías del artículo 14 o, de no ser posible, la puesta en libertad. El Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para evitar la reiteración de este tipo de violación en el futuro.

10. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a ofrecer una reparación efectiva y exigible cuando se compruebe una violación, el Comité recaba del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento al presente dictamen. Se pide al Estado parte asimismo que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 1107/2002

Presentada por: Loubna El Ghar (no representada por letrado)

Presunta víctima: La autora

Estado parte: Jamahiriya Árabe Libia

Fecha de aprobación del dictamen: 2 de noviembre de 2004

Asunto: Negativa del Estado parte a expedir un pasaporte a un nacional que reside en el extranjero

Cuestión de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Derecho a salir de cualquier país, incluso del propio

Artículo del Pacto: 12, párrafo 2

Artículo del Protocolo Facultativo: 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículo 12, párrafo 2)

1.1 La autora es la Sra. Loubna El Ghar, ciudadana libia, nacida el 2 de septiembre de 1981 en Casablanca y residente en Marruecos. Afirma ser víctima de la violación por la Jamahiriya Árabe Libia Popular y Socialista del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La autora no invoca disposiciones concretas del Pacto, pero sus acusaciones parecen plantear cuestiones relacionadas con el artículo 12 de este. La autora no está representada por abogado.

1.2 El Pacto entró en vigor para la Jamahiriya Árabe Libia Popular y Socialista el 23 de marzo de 1976 y su Protocolo Facultativo el 16 de agosto de 1989.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 La autora, de nacionalidad libia, vive en Marruecos con su madre divorciada desde que nació y tiene un permiso de residencia. Estudiaba derecho francés en la Facultad Hassan II de Casablanca y quería continuar sus estudios en Francia para especializarse en derecho internacional. A este fin, en 1998 inició el

trámite de solicitud de pasaporte ante la representación consular de Libia en Marruecos.

2.2 La autora afirma haber recibido únicamente respuestas negativas, sin fundamento jurídico ni legítimo. Señala que, aunque es mayor de edad, presentó su solicitud acompañada de una autorización de su padre que reside en Libia, legalizada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de ese país, a fin de permitirle obtener cualquier documento oficial que necesitara. Añade que en septiembre de 2002 el Cónsul de Libia, que afirmaba remitirse al reglamento pertinente (sin dar detalles al respecto), le dijo que no podía expedirle un pasaporte, sino un documento provisional de viaje para ir a Libia.

2.3 La autora también se puso en contacto con la representación diplomática de Francia en Marruecos para averiguar si podría obtener un pase (*laissez-passer*) para Francia, petición a la que las autoridades francesas no pudieron acceder.

2.4 Al no tener pasaporte, la autora no pudo matricularse en la Universidad de Montpellier I, en Francia.

La denuncia

3. La autora afirma que la negativa del Consulado de Libia en Casablanca a expedirle un pasaporte le impide viajar y estudiar y constituye una violación del Pacto.

Exposición del Estado parte

4.1 En sus observaciones de fecha 15 de octubre de 2003, el Estado parte facilita la siguiente información.

Tras haber sido informada de la comunicación de la autora, el Departamento de Pasaportes y Nacionalidad del Estado parte se puso en contacto con la Oficina de la Fraternidad, en Rabat, que le comunicó que hasta el 1º de septiembre de 1999 no había recibido ninguna solicitud oficial de pasaporte de la interesada.

4.2 El 6 de septiembre de 2002, el Departamento de Pasaportes y Nacionalidad pidió al Consulado General que le comunicara si la interesada había presentado una solicitud de pasaporte, puesto que en sus registros no constaba dato alguno sobre la Sra. El Ghar.

4.3 El 13 de octubre de 2002, el Departamento de Pasaportes y Nacionalidad envió al Consulado General de Casablanca un telegrama para que comunicase, en caso de haberla recibido, la solicitud de la interesada y todos los datos y documentos justificativos necesarios para conceder un pasaporte.

4.4 El Estado parte sostiene que de lo anterior se desprende claramente que las autoridades libias en cuestión dedican toda la atención necesaria al asunto y que el retraso se debe al hecho de que la interesada no se presentó en el momento oportuno en la Oficina de la Fraternidad en Marruecos. El Estado parte señala que ninguna disposición de la legislación en vigor impide a los ciudadanos libios obtener documentos de viaje si reúnen las condiciones necesarias y presentan los documentos exigidos.

4.5 Por último, el Estado parte explica que el 1º de julio de 2003 se enviaron instrucciones a la Oficina de la Fraternidad de Rabat para que expidiera el pasaporte a la Sra. Loubna El Ghar. Por otro lado, se informó por teléfono a la autora, en su domicilio, de que podía ir al Consulado de Libia en Casablanca a retirar su pasaporte.

Comentarios de la autora sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En sus comentarios de 24 de noviembre de 2003 la autora indica, en relación con la fecha oficial de presentación de su solicitud de pasaporte, que inició los trámites en 1998, año en que su madre viajó a Libia para obtener la autorización de su padre a fin de obtener el pasaporte (véase el párrafo 2.2). Añade que la fecha exacta de la solicitud oficial del pasaporte es el 25 de febrero de 1999.

5.2 En cuanto al Departamento de Pasaportes y Nacionalidad y la fecha del 6 de septiembre de 2002 que menciona el Estado parte (véase el párrafo 4.2), la autora recuerda que una de las veces que fue al Consulado General de Libia para pedir información sobre su solicitud, el 18 de septiembre de 2002, los representantes libios le indicaron que no podían darle un pasaporte, sino solo un pase para Libia. En ese pase, que fue expedido en el día y que la autora presenta, se indica: "Teniendo en cuenta que [la autora] es originaria de Marruecos y que no ha obtenido un pasaporte, se expide el presente documento de viaje para poder volver al territorio nacional".

5.3 La autora confirma que recibió una llamada telefónica el 1º de agosto de 2003 de la Embajadora de Libia ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra en la que le informó de que podía pasar por el Consulado General de Libia en Casablanca para obtener el pasaporte, ya que el Departamento de Pasaportes había enviado una comunicación a ese fin. El mismo día, la autora fue al Consulado, con toda la documentación que pudiera ser necesaria para retirar el pasaporte, pero los representantes de Libia negaron haber recibido la mencionada comunicación. Al volver a su domicilio, la autora llamó a la Embajadora de Libia ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra para informarla de la situación y dos días después regresó al Consulado. Explica que el Cónsul en persona le dijo que no era necesario que se presentase cada vez y que se pondrían en contacto con ella en cuanto recibieran la comunicación. Desde entonces, la autora no ha podido obtener su pasaporte ni, por lo tanto, viajar al extranjero para continuar sus estudios.

5.4 La autora añade que le resulta imposible pedir asistencia letrada para entablar una demanda contra las autoridades libias desde Marruecos y que no puede presentar recurso por abuso de poder.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 Antes de examinar una denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe determinar, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 El Comité, en virtud de lo previsto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, se ha cerciorado de que el asunto no ha sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.3 El Comité toma nota de los argumentos de la autora sobre el agotamiento de los recursos internos, es decir, los obstáculos con que tropieza toda petición de asistencia letrada y el recurso contra las autoridades libias desde Marruecos y, teniendo en cuenta que el Estado parte no ha formulado ninguna objeción relevante a la admisibilidad de la comunicación, considera que las disposiciones del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo no le impiden examinarla.

6.4 El Comité considera que las quejas formuladas por la autora pueden plantear cuestiones relacionadas con el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto y procede a examinar la denuncia en cuanto al fondo, con arreglo al párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que han presentado por escrito las partes,

de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 El Comité constata que hasta la fecha la autora no ha podido obtener un pasaporte de las autoridades consulares libias, aun cuando la solicitud oficial, según las declaraciones de estas autoridades, tiene fecha de 1º de septiembre de 1999. Por otra parte, queda claro que inicialmente, el 18 de septiembre de 2002, el Cónsul de Libia dijo a la autora que no podía expedirle un pasaporte, sino tan solo un pase para Libia, en virtud de un reglamento que no especificó ni de palabra ni en el propio pase. Así pues, se rechazó la solicitud de expedición de pasaporte presentada al Consulado de Libia sin que la decisión estuviera fundamentada en cuanto al fondo, ya que la única observación consignada fue que la autora "es originaria de Marruecos y que no ha obtenido pasaporte, se expide el presente documento de viaje [*laissez-passer*] para poder volver al territorio nacional". El Comité opina que no puede considerarse que ese pase sustituya satisfactoriamente a un pasaporte libio válido para viajar al extranjero.

7.3 En segundo lugar, el Comité constata que el 1º de julio de 2003 el Departamento de Pasaportes envió una comunicación a las autoridades consulares libias en Marruecos para que expidieran un pasaporte a la autora, información confirmada por el Estado parte, que facilitó una copia de ese documento. El Estado parte afirma que se comunicó por teléfono a la autora, personalmente en su domicilio, que podía retirar el pasaporte en el Consulado de Libia. Sin embargo, hasta la fecha, pese a que la autora fue dos veces a dicho consulado, no se le ha expedido pasaporte alguno, sin que se le pueda atribuir la responsabilidad del hecho. El Comité recuerda que un pasaporte ofrece a un ciudadano un medio para "salir [...] de cualquier país, incluso del propio", tal como se enuncia en el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, por lo que se deriva de la propia índole del derecho en cuestión que, en el caso de un ciudadano que resida en el extranjero, el párrafo 2 del artículo 12 impone obligaciones a la vez al Estado donde reside el interesado y al Estado del que tiene la nacionalidad, y que el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto no puede interpretarse en el sentido de restringir las obligaciones que tiene Libia en virtud del párrafo 2 del artículo 12 únicamente a los ciudadanos que residan en su territorio. El derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12, en virtud del párrafo 3 del artículo

mencionado, puede ser objeto de restricciones "previstas en la ley, [...] necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y [...] compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto". Por lo tanto, hay circunstancias en las que el Estado puede, si la ley lo prevé, negarse a expedir un pasaporte a uno de sus ciudadanos. No obstante, en el caso presente y en la información facilitada al Comité, el Estado parte no expuso argumentos en este sentido sino que, al contrario, confirmó que había dado instrucciones para responder a la solicitud de pasaporte de la autora, sin resultado alguno.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, opina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, habida cuenta de que la autora no ha podido obtener un pasaporte, sin justificación válida alguna, y que el tiempo transcurrido es excesivo, por lo que se ha visto en la imposibilidad de ir al extranjero para continuar sus estudios.

9. En virtud del apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de garantizar que la autora disponga de un recurso efectivo, incluida una indemnización. El Comité insta al Estado parte a que expida sin más demora un pasaporte a la autora. Además, el Estado parte está obligado a adoptar medidas eficaces para velar por que no se vuelva a producir este tipo de violaciones.

10. El Comité recuerda a la Jamahiriya Árabe Libia Popular y Socialista que, al pasar a ser parte en el Protocolo Facultativo, ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no una violación del Pacto y que, de conformidad con el artículo 2 de este, se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionarles un recurso efectivo y aplicable en caso de que se demuestre que se ha producido una violación. Por lo tanto, el Comité desea recibir del Estado parte información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité, en un plazo de 90 días a partir de la transmisión del presente dictamen. También se ruega al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 1119/2002

Presentada por: Jeong-Eun Lee (representado por Seung-Gyo Kim)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: República de Corea

Fecha de aprobación del dictamen: 20 de julio de 2005

Asunto: Acusación de pertenencia del demandante a una "organización contraria al Estado"

Cuestiones de procedimiento: Fundamentación de la reclamación – Agotamiento de los recursos internos – Aplicabilidad de la reserva al artículo 22 formulada por el Estado parte

Cuestiones de fondo: Libertad de pensamiento y de conciencia – Libertad de opinión y de expresión – Admisibilidad de las restricciones a la libertad de asociación – Derecho a la igualdad ante la ley y a igual protección de la ley

Artículos del Pacto: 18, párrafo 1; 19, párrafos 1 y 2; 22; y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículos 18, párrafo 1; y 19)

1. El autor de la comunicación es el Sr. Jeong-Eun Lee, ciudadano de la República de Corea nacido el 22 de febrero de 1974. Alega ser víctima de violaciones por parte de la República de Corea¹ del párrafo 1 del artículo 18, de los párrafos 1 y 2 del artículo 19, del párrafo 1 del artículo 22 y del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("el Pacto"). Está representado por un abogado, el Sr. Seung-Gyo Kim.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 En marzo de 1993, el autor inició sus estudios en la Facultad de Arquitectura de la Universidad de Konkuk. Cuando cursaba el cuarto año, fue elegido Vicepresidente del Consejo General de Estudiantes de la citada universidad. Ese cargo lo convirtió automáticamente en miembro de la Convención de Representantes, el órgano decisorio de mayor rango de la Federación Coreana de Consejos de Estudiantes (Hanchongnyeon), una asociación nacional de estudiantes universitarios establecida en 1993, que agrupaba 187 universidades (según datos de agosto de 2002), incluida la Universidad de Konkuk, y que perseguía como objetivos la de-

¹ El Pacto y el Protocolo Facultativo del Pacto entraron en vigor para la República de Corea el 10 de julio de 1990. En el momento de la ratificación, el Estado parte formuló reservas/declaraciones: "El Gobierno de la República de Corea [declara] que las disposiciones del párrafo 5 [...] del artículo 14, del artículo 22 [...] del Pacto se aplicarán de conformidad con las disposiciones de las leyes nacionales, incluida la Constitución de la República de Corea".

mocratización de la sociedad coreana, la reunificación nacional y la promoción de la autonomía universitaria.

2.2 En 1997 el Tribunal Supremo de la República de Corea determinó que la Hanchongnyeon era un "grupo que favorecía al enemigo" y una organización contraria al Estado en el sentido de los párrafos 1 y 3 del artículo 7² de la Ley de seguridad nacional, porque se decía que el programa y las actividades de la Hanchongnyeon del quinto año³ respaldaban la estrategia de la República Popular Democrática de Corea de lograr la unificación nacional mediante la imposición del comunismo en la República de Corea.

2.3 En 2001 el autor pasó a ser miembro de la Convención de Representantes del Hanchongnyeon del noveno año. El 8 de agosto de 2001, fue detenido y posteriormente inculcado con arreglo al artículo 7 de la Ley de seguridad nacional. Por fallo de fecha 28 de septiembre de 2001, la Sección Oriental del Tribunal de Distrito de Seúl le impuso una pena de un año de prisión y un año de "suspensión del ejercicio de sus derechos cívicos". El 5 de febrero de 2002, el Tribunal Superior de Seúl desestimó el recurso que el autor había presentado. El 31 de mayo de 2002, el Tribunal Supremo desestimó un nuevo recurso del autor.

2.4 Los tribunales refutaron la defensa del autor de que la Hanchongnyeon del noveno año había revisado su programa con el fin de hacer suya la "declaración conjunta Norte-Sur de 15 de junio" (2000) sobre la reunificación nacional acordada por los dirigentes tanto de Corea del Norte como de Corea del Sur y que, aun si el programa de la Hanchongnyeon era hasta cierto punto similar a la ideología norcoreana, este hecho no bastaba por sí solo para justificar que se le calificara de "grupo que favorecía al enemigo".

² El párrafo 1 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional dice lo siguiente: "Toda persona que elogie o que sea instigadora o propagadora de las actividades de una organización contraria al Estado, o que sea miembro de una organización de esa índole, o cualquier persona que haya recibido órdenes o actúe de conformidad con ella, o que sea propagadora o instigadora de una rebelión contra el Estado, a sabiendas de que con ello puede poner en peligro la existencia y la seguridad del Estado o el orden democrático fundamental, será sancionada con una pena de prisión no superior a siete años".

El párrafo 3 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional dice lo siguiente: "Toda persona que haya constituido una organización o se haya unido a ella con vistas a cometer los actos estipulados en el párrafo 1 del presente artículo será sancionada con pena de prisión de un año o más".

³ La Convención de Representantes de la Hanchongnyeon establece comités con mandatos de un año para llevar a cabo las actividades de la organización.

2.5 En el momento en que se presentó la comunicación, el autor cumplía su pena en el establecimiento penitenciario de Gyeongju.

La denuncia

3.1 El autor alega que su condena por ser miembro de un "grupo que favorece al enemigo" viola su derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia (párrafo 1 del artículo 18), a la libertad de opinión (párrafo 1 del artículo 19) y de expresión (párrafo 2 del artículo 19), a la libertad de asociación (párrafo 1 del artículo 22) y a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley (art. 26).

3.2 El autor sostiene que su condena por el simple hecho de ser representante de la Hanchongnyeon violó su derecho conforme al artículo 18 a la libertad de pensamiento y de conciencia, porque su condición de miembro de la asociación se basaba en su propia voluntad y en su conciencia.

3.3 El autor se remite a la jurisprudencia del Comité⁴ y aduce que el hecho de que haya sido condenado por ser miembro de un "grupo que favorece al enemigo" también violó los derechos que le confería el artículo 19 a no ser molestado a causa de sus opiniones y a la libertad de expresión, puesto que su condena se basó en la inclinación ideológica de la organización, más que en las actividades reales de la Hanchongnyeon del noveno año. Subraya que el propio Comité ha criticado el artículo 7 de la Ley de seguridad nacional por ser incompatible con los requisitos del párrafo 3 del artículo 19⁵.

3.4 Según el autor, su derecho a la libertad de asociación fue conculcado, ya que se le castigó por incorporarse a la Hanchongnyeon como representante por derecho propio. Además, su condena equivalió a un acto de discriminación por sus opiniones políticas, en violación del artículo 26, puesto que la Hanchongnyeon nunca había llevado a cabo actividades que hubieran beneficiado directamente a la República Popular Democrática de Corea.

3.5 El autor pide al Comité que recomiende al Estado parte que sean derogados los párrafos 1 y 3 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional, que entretanto dejen de aplicarse estas disposiciones, y que se abra de nuevo el proceso para que el autor sea absuelto y se le otorgue una indemnización por daños y perjuicios.

3.6 En cuanto a la admisibilidad, el autor señala que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro

procedimiento de examen o arreglo internacional y que ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En sus observaciones de fecha 8 de mayo de 2003, el Estado parte solo impugna la comunicación en cuanto al fondo, con el argumento de que la condena del autor con arreglo a los párrafos 1 y 3 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional estaba justificada por la necesidad de proteger la seguridad nacional y el orden democrático. Afirma que, de conformidad con las cláusulas de limitación que figuran en el párrafo 3 del artículo 18, en el párrafo 3 del artículo 19 y en el párrafo 2 del artículo 22 del Pacto, la Constitución de la República de Corea establece, en el párrafo 2 de su artículo 37, que se podrán restringir las libertades y los derechos de los ciudadanos conforme a la ley en interés de la protección de la seguridad nacional, el mantenimiento del orden público o el bienestar de la colectividad. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han declarado en reiteradas ocasiones que son compatibles con la Constitución los párrafos 1 y 3 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional, promulgada a fin de proteger la seguridad nacional y el orden democrático contra la amenaza planteada por el objetivo revolucionario de Corea del Norte de imponer el comunismo en la República de Corea. El Estado parte concluye que la condena del autor, dictada al término de un juicio imparcial ante tribunales independientes y basada en la correcta aplicación de los párrafos 1 y 3 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional, se ajusta a las disposiciones del Pacto y a la Constitución.

4.2 El Estado parte rechaza la defensa del autor de que la Hanchongnyeon del noveno año revisó su programa y de que no cabía considerarla como una organización contraria al Estado por el simple hecho de que algunos de sus objetivos se asemejaran a la ideología norcoreana. Argumenta que el programa, las normas y los documentos de la organización ponen de manifiesto que la Hanchongnyeon "favorece a una organización contraria al Estado y pone en peligro la seguridad nacional y los principios democráticos liberales de la República de Corea".

4.3 Por último, el Estado parte niega que el autor haya sido objeto de discriminación por sus opiniones políticas. Afirma que las leyes de la República de Corea, incluida la Ley de seguridad nacional, se aplican por igual a todos los ciudadanos. El autor no fue enjuiciado por sus opiniones políticas, sino porque sus acciones constituían una amenaza para la sociedad.

Comentarios del autor solicitados por el Comité

5. El 13 de mayo de 2003, las observaciones del Estado parte se remitieron al abogado del autor para que formulase comentarios al respecto. Esos comentarios no se recibieron, a pesar de tres recordatorios de fecha 8 de octubre de 2003, y 26 de enero y 13 de julio de 2004.

⁴ El autor se refiere a las comunicaciones Nos. 628/1995, *Tae Hoon Park c. la República de Corea*, dictamen aprobado el 20 de octubre de 1998, y 574/1994, *Keun-Tae Kim c. la República de Corea*, dictamen aprobado el 3 de noviembre de 1998.

⁵ Véanse las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre el segundo informe periódico de la República de Corea, 1º de noviembre de 1999, párrs. 8 y 9.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar la reclamación que figura en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha reclamación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 El Comité ha comprobado, en cumplimiento del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional y que el autor ha agotado los recursos internos conforme a lo prescrito en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.3 El Comité considera que el autor no ha fundamentado, a efectos de admisibilidad, su alegación de que su condena equivalió a un acto de discriminación por sus opiniones políticas, en violación del artículo 26 del Pacto. Esta parte de la comunicación es, por consiguiente, inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.4 En lo que se refiere a la presunta violación del artículo 22 del Pacto, el Comité señala que el Estado parte se ha referido al hecho de que las disposiciones de la Ley de seguridad nacional están en conformidad con la Constitución. Sin embargo, no ha invocado su reserva *ratione materiae* al artículo 22, en la que establece que esta garantía se aplica únicamente con sujeción a "las disposiciones de las leyes nacionales, incluida la Constitución de la República de Corea". Por lo tanto, el Comité no necesita examinar la compatibilidad de esta reserva con el objeto y el propósito del Pacto y puede determinar si en este caso se ha violado o no el artículo 22.

6.5 El Comité declara, por consiguiente, que la comunicación es admisible en la medida en que parece plantear cuestiones relacionadas con el párrafo 1 del artículo 18 y los artículos 19 y 22 del Pacto.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información que le han presentado las partes, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 La cuestión que debe determinar el Comité es si la condena del autor por su afiliación a la Hanchongnyeon restringió injustificadamente su libertad de asociación, en violación del artículo 22 del Pacto. El Comité observa que, según el párrafo 2 del artículo 22, para que una restricción del derecho a la libertad de asociación sea válida debe reunir todas las condiciones siguientes: a) debe estar prevista por la ley; b) solo se podrá imponer para alcanzar uno de los objetivos enunciados en el párrafo 2; y c) debe ser "necesaria en una sociedad democrática" para el logro de uno de estos

objetivos. La referencia a una "sociedad democrática" indica, a juicio del Comité, que la existencia y el funcionamiento de una diversidad de asociaciones, incluidas las que promueven pacíficamente ideas que no son recibidas favorablemente por el Gobierno o por la mayoría de la población, es uno de los fundamentos de una sociedad democrática. Por lo tanto, la existencia de cualquier justificación razonable y objetiva para limitar la libertad de asociación no es suficiente. El Estado parte debe demostrar, además, que la prohibición de la asociación y el enjuiciamiento de una persona por su afiliación a ese tipo de organizaciones son en realidad necesarios a fin de evitar un peligro real, y no solo hipotético, para la seguridad nacional o el orden democrático y que la adopción de medidas menos intrusivas no bastaría para lograr este propósito.

7.3 La condena del autor se basó en los párrafos 1 y 3 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional. De ahí que la cuestión decisiva que se debe examinar es si la medida era necesaria para alcanzar uno de los objetivos enunciados en el párrafo 2 del artículo 22. El Comité observa que el Estado parte ha invocado la necesidad de proteger la seguridad nacional y su orden democrático frente al peligro que supone la República Popular Democrática de Corea. Sin embargo, no ha aclarado cuál es la naturaleza precisa del peligro que presuntamente plantea el hecho de que el autor sea miembro de la Hanchongnyeon. El Comité observa que la decisión de 1997 del Tribunal Supremo de la República de Corea, en la que se declaraba que esa asociación era "un grupo que favorecía al enemigo", se basaba en el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley de seguridad nacional que prohíbe el apoyo a las asociaciones que "puedan" poner en peligro la existencia y la seguridad del Estado o su orden democrático. Observa, asimismo, que el Estado parte y sus tribunales no han demostrado que el castigo al autor por su afiliación a la Hanchongnyeon, en particular después de su apoyo a la declaración conjunta Norte-Sur de 15 de junio (2000), era necesario a fin de evitar un verdadero peligro para la seguridad nacional o el orden democrático de la República de Corea. El Comité considera, por consiguiente, que el Estado parte no ha demostrado que la condena del autor fuera necesaria para proteger la seguridad nacional o algún otro objetivo de los enunciados en el párrafo 2 del artículo 22, por lo que concluye que la restricción del derecho del autor a la libertad de asociación era incompatible con los requisitos del párrafo 2 del artículo 22 y que, por consiguiente, se produjo una violación del párrafo 1 del artículo 22 del Pacto.

7.4 A la luz de esta conclusión, el Comité no necesita abordar la cuestión de si la condena del autor también violó sus derechos con arreglo al párrafo 1 del artículo 18 y el artículo 19 del Pacto.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, opina que los hechos expuestos ponen de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 22 del Pacto.

9. Con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo y a una indemnización apropiada. El Comité recomienda al Estado parte que enmiende el artículo 7 de la Ley de seguridad nacional para que sea compatible con el Pacto. El Estado parte tiene la obligación de asegurarse de que en lo sucesivo no se produzcan violaciones similares.

10. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o

no violación del Pacto y que en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se determine que se han violado esos derechos, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide también al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 1128/2002

Presentada por: Rafael Marques de Morais (representado por Open Society Institute e Interights)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Angola

Fecha de aprobación del dictamen: 29 de marzo de 2005

Asunto: Acusación a un periodista por criticar al Jefe del Estado

Cuestiones de procedimiento: Falta de cooperación del Estado parte – Grado de fundamentación de la reclamación – Compatibilidad *ratione materiae* – Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Libertad y seguridad de la persona – Derecho a ser informado de los motivos de la detención – Derecho a un juicio con las debidas garantías – Derecho a comparecer rápidamente ante un juez – Detención ilegal – Indemnización por detención ilegal – Libertad de circulación – Libertad de expresión

Artículos del Pacto: 9, párrafos 1 a 5; 14, párrafos 1, 3 a), b), d) y e), y 5; 12; y 19

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; 3; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículos 9, párrafos 1 a 4; 12; y 19)

1. El autor de la comunicación es Rafael Marques de Morais, ciudadano de Angola, nacido el 31 de agosto de 1971. Afirma ser víctima de la violación por Angola¹ de los artículos 9, 12, 14 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el Pacto). El autor está representado por abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 3 de julio, el 28 de agosto y el 13 de octubre de 1999, el autor, periodista y representante del Open Society Institute en Angola, escribió varios artículos en

los que criticaba al Presidente de Angola dos Santos en un periódico angoleño independiente, el *Agora*. En estos artículos afirmaba, entre otras cosas, que el Presidente era responsable "de la destrucción del país y de la situación calamitosa de las instituciones del Estado" y "de promover la incompetencia, la malversación y la corrupción como valores políticos y sociales".

2.2 El 13 de octubre de 1999, el autor fue citado a presentarse ante un investigador de la División Nacional de Investigación Penal (DNIC) e interrogado durante aproximadamente tres horas, antes de ser liberado. Más tarde ese mismo día, en una entrevista transmitida por la emisora de radio católica, Radio *Ecclésia*, el autor reiteró su crítica del Presidente y describió el tratamiento de que había sido objeto en la DNIC.

2.3 El 16 de octubre de 1999, el autor fue detenido a punta de pistola por 20 miembros armados de la policía de intervención rápida y oficiales de la DNIC en su casa de Luanda, sin que se le comunicasen las razones de la detención. El autor fue trasladado a la unidad de la policía operativa, donde lo retuvieron siete horas y lo sometieron a un interrogatorio, y luego fue entregado a investigadores de la DNIC, que lo interrogaron a su vez durante otras cinco horas. A continuación, fue oficialmente detenido, aunque sin cargos precisos, por el fiscal adjunto de la DNIC.

2.4 Del 16 al 26 de octubre de 1999, se mantuvo incomunicado al autor en el Laboratorio Forense Central de alta seguridad de Luanda, se le denegó el acceso a su abogado y a su familia, y fue objeto de intimidación por funcionarios de prisiones que le pidieron que firmase documentos en los que exoneraba de responsabilidad al Laboratorio Forense Central y al Gobierno de Angola por su eventual defunción o por las lesiones que pudiese sufrir durante la reclusión, cosa que rehusó hacer. No se le comunicaron las razones de

¹ El Pacto y el Protocolo Facultativo del Pacto entraron en vigor para el Estado parte el 10 de abril de 1992.

la detención. A su llegada al Laboratorio Forense Central, el investigador jefe le dijo sencillamente que se lo retenía como prisionero de UNITA (Unión Nacional para la Independencia Total de Angola).

2.5 Hacia el 29 de octubre de 1999, se transfirió al autor a la cárcel de *Viana* en Luanda y se le permitió entrevistarse con su abogado. Ese mismo día, su abogado presentó un escrito de hábeas corpus ante el Tribunal Supremo en el que impugnaba la legalidad de la detención y la reclusión del autor, escrito del que no se acusó recibo y que no fue presentado a un juez ni examinado por los tribunales de Angola.

2.6 El 25 de noviembre de 1999, el autor fue liberado bajo fianza y se le informó por primera vez de los delitos que se le imputaban. Junto con el director, A. S., y el editor jefe, A. J. F., de *Agora*, se lo acusaba de "cometer efectiva y continuamente los delitos característicos de difamación y calumnia contra el Excmo. Señor Presidente de la República y contra el Fiscal General de la República ... tipificados en los artículos 44 y 46 de la Ley N° 22/91 de 15 de junio (la Ley de prensa), con las circunstancias agravantes 1, 2, 10, 20, 21 y 25 del artículo 34 del Código Penal". Las condiciones en que se concedió la libertad bajo fianza obligaban al autor a "no salir del país" y a "no emprender determinadas actividades punibles por constituir delito y crear el riesgo de perpetración de nuevas infracciones – artículo 270 del Código Penal". El autor solicitó varias veces infructuosamente que se le aclarasen estas condiciones.

2.7 El juicio del autor comenzó el 21 de marzo de 2000. Después de 30 minutos, el juez ordenó que las actuaciones continuasen a puerta cerrada porque un periodista había tratado de hacer fotografías en la sala.

2.8 En relación con el artículo 46² de la Ley de prensa N° 22/91, de 15 de junio de 1991, el Tribunal Provincial resolvió que las pruebas presentadas por el autor para demostrar la "veracidad" de las alegaciones y la buena fe con que habían sido hechas, incluidos los textos de discursos del Presidente, resoluciones del Gobierno y declaraciones de funcionarios extranjeros, eran inadmisibles. En signo de protesta, el abogado del autor abandonó la sala y dijo que, en esas circunstancias, le era imposible representar a su cliente. Cuando regresó a la sala el 25 de marzo, el juez le impidió que asumiese de nuevo la representación del autor y ordenó su inhabilitación para el ejercicio de su profesión en Angola durante un período de seis meses. El Tribunal designó a continuación como abogado defensor de oficio a un funcionario de la Oficina del Fiscal General que trabajaba en la sala laboral del Tribunal Provincial y que, según se dijo, no tenía las calificaciones necesarias para ejercer como abogado.

² El artículo 46 de la Ley de prensa dice: "Si la persona difamada es el Presidente de la República de Angola o el jefe de un Estado extranjero o su representante en Angola, no se admitirá prueba de la veracidad de los hechos".

2.9 El 28 de marzo de 2000, se ordenó a un testigo que prestaba declaración en favor del autor que saliese de la sala y que interrumpiese su testimonio cuando afirmó que la ley en virtud de la cual se acusaba al autor era inconstitucional. El Tribunal se negó también a permitir que el autor llamase a otros dos testigos de la defensa, sin motivar su negativa.

2.10 El 31 de marzo de 2000, el Tribunal Provincial condenó al autor por uso abusivo de la prensa³ con difamación⁴, porque llegó a la conclusión de que el artículo que había publicado el 3 de julio de 1999 y la entrevista transmitida por la radio contenían "palabras y expresiones ofensivas" a título oficial y personal contra el Presidente de Angola y, aunque no se indicaba así explícitamente en la acusación y no era por lo tanto punible, contra el Fiscal General. El Tribunal resolvió que el autor había "actuado con intención de agravio", fundó la condena en el efecto combinado de los artículos 43, 44, 45 y 46 de la Ley de prensa N° 22/91, con la agravante del párrafo 1 del artículo 34 del Código Penal (premeditación), y lo condenó a seis meses de cárcel y a una multa de 1 millón de kwanzas (Nkz), para "desalentar" un comportamiento análogo, así como al pago de una indemnización de 100.000 Nkz a la persona ofendida y de las costas judiciales por valor de 20.000 Nkz.

2.11 El 4 de abril de 2000, el autor interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo de Angola. El 7 de abril de 2000, el Tribunal Supremo emitió una notificación pública en la que criticaba al Colegio de Abogados porque, en una decisión de su Consejo Nacional aprobada el 27 de marzo de 2000, había calificado la suspensión del abogado del autor, pronunciada por el juez en el proceso, de nula y sin efecto por falta de jurisdicción⁵.

³ El delito de uso abusivo de la prensa está definido de la siguiente manera en el artículo 43 de la Ley de prensa: "1) A efectos de la presente ley, se considerará uso abusivo de la prensa todo acto o comportamiento que dañe los valores e intereses jurídicos protegidos por el Código Penal y que se lleve a cabo mediante la publicación de textos o imágenes en la prensa o en emisiones de radio o de televisión. 2) El Código Penal es aplicable a los mencionados delitos como sigue: a) el Tribunal aplicará la pena establecida en la correspondiente legislación, pena que se podrá agravar del modo previsto en las disposiciones generales; b) si el autor del delito no ha sido declarado con anterioridad culpable de este mismo delito, la pena de cárcel se podrá conmutar por una multa mínima de 20.000 Nkz".

⁴ El artículo 407 del Código Penal describe el delito de difamación de la siguiente manera: "Si una persona difama a otra públicamente, de viva voz, por escrito, en un dibujo publicado o por cualquier otro medio público de modo que se ofenda su honor y dignidad o reproduce dicho acto difamatorio, será condenada a una pena de cárcel de cuatro meses como máximo y a una multa".

⁵ Traducción de las partes pertinentes de la notificación del Tribunal Supremo: "No tiene pues sentido que un solo incidente que se produjo en la sala a causa de la decisión tomada por el juez de instancia en audiencia pública, decisión que puede ser subsanada por un tribunal de rango superior en el procedimiento jurídico y que está sujeta a una decisión

2.12 El 26 de octubre de 2000, el Tribunal Supremo anuló el fallo del tribunal de primera instancia en lo que respecta a la difamación, pero mantuvo la condena por uso abusivo de la prensa con agravio⁶ al Presidente, delito punible con arreglo al párrafo 3 del artículo 45⁷ de la Ley de prensa N° 22/91. El Tribunal consideró que el derecho constitucional a la libertad de expresión no protegía los actos del autor, porque el ejercicio de ese derecho está limitado por otros derechos constitucionalmente reconocidos, como el derecho al honor y a la reputación, o por "el respeto debido a los órganos que ejercen la soberanía y a los símbolos del Estado, en este caso al Presidente de la República". El Tribunal confirmó la pena de seis meses de cárcel, pero suspendió su aplicación por un período de cinco años y ordenó al autor que pagase 20.000 Nkz por las costas judiciales y 30.000 Nkz por daños y perjuicios a la víctima. En el fallo no se hacía referencia a las condiciones preexistentes para la liberación bajo fianza impuestas al autor.

2.13 El 11 de noviembre de 2000, el autor solicitó sin éxito una declaración en la que se confirmara que las restricciones de la libertad bajo fianza ya no eran aplicables.

2.14 El 12 de diciembre de 2000, se impidió al autor trasladarse de Angola a Sudáfrica para participar en una conferencia del Open Society Institute y se le confiscó el pasaporte. Pese a repetidas solicitudes, el pasaporte no se le devolvió hasta el 8 de febrero de 2001, tras una orden judicial de 2 de febrero de 2001 fundada en la Ley de amnistía N° 7/00, de 15 de diciembre de 2000⁸, que se declaró aplicable al caso del autor. Pese a la amnistía, el 19 de enero de 2002 se convocó al autor al Tribunal Provincial y se le ordenó que pagase la

interinstitucional, haya sido causa de una notificación tan incendiaria e innecesaria del Colegio de Abogados, que ha creado a su vez un clima de desconfianza injusto, en descrédito [del poder judicial] tanto dentro del país como en el extranjero, y dado origen a proclamaciones de particulares, instituciones e incluso funcionarios en las que estos deforman la realidad".

⁶ El delito de agravio está definido en el artículo 410 del Código Penal: "El delito de agravio, sin imputación de un hecho determinado, cometido contra cualquier persona de manera pública, por gestos, de viva voz, en dibujos o textos publicados o por cualquier otro medio, es punible con una pena de cárcel de dos meses como máximo y una multa [...]. En una acusación de agravio, no será admisible prueba alguna de la veracidad de los hechos que sean su objeto".

⁷ El párrafo 3 del artículo 45 dice lo siguiente: "Los actos serán punibles si se demuestra la veracidad de los hechos que motivaron la ofensa, una vez admitida esta por el autor. De lo contrario, el autor será condenado por calumnia a una pena de cárcel de dos años como máximo y a la multa correspondiente, además de la indemnización por daños y perjuicios que determine el tribunal, pero que en ningún caso será inferior a 50.000 Nkz".

⁸ La Ley de amnistía N° 7/00 se aplica a los "delitos contra la seguridad cometidos [...] en el contexto del conflicto de Angola, siempre que sus agentes se hayan presentado o puedan presentarse a las autoridades angoleñas [...]".

indemnización de 30.000 Nkz al Presidente, cosa que rehusó hacer, y las costas judiciales, que sí pagó.

La denuncia

3.1 El autor afirma que su detención y privación de libertad no se fundaron en disposiciones suficientemente explícitas, en violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto. En particular, el artículo 43 de la Ley de prensa sobre el uso abusivo de la prensa y el artículo 410 del Código Penal sobre el "agravio" carecen de especificidad y son excesivamente amplios, por lo que es imposible saber con seguridad qué tipo de discurso político sigue siendo admisible. Además, las autoridades se fundaron en bases jurídicas diferentes para la detención del autor y durante todo el tiempo que duró luego su acusación, juicio y apelación. Incluso suponiendo que la detención hubiese sido legal, su reclusión continua durante un período de 40 días no era razonable ni necesaria en las circunstancias del caso⁹.

3.2 El autor afirma que se ha violado el párrafo 2 del artículo 9 porque se lo detuvo sin comunicarle las razones de la detención ni los cargos que se le imputaban. Los diez días de reclusión en régimen de incomunicación¹⁰, sin acceso a su abogado ni a su familia, la denegación de su derecho constitucional¹¹ a comparecer ante un juez durante todo el plazo de 40 días que duró su reclusión y el hecho de que las autoridades no lo hubiesen puesto rápidamente en libertad en espera del juicio, pese a que el riesgo de que huyera era inexistente (como lo demostraba su actitud cooperativa, por ejemplo, cuando se había personado en la DNIC el 13 de octubre de 1999), violaron sus derechos en virtud del párrafo 3 del artículo 9. El hecho de que se le impidiese impugnar la legalidad de su detención mientras estaba incomunicado violó también el párrafo 4 del artículo 9, al igual que el hecho de que los tribunales del país no hubiesen examinado su escrito de hábeas corpus. Acogiéndose al párrafo 5 del artículo 9, el autor reclama reparación por detención y privación de libertad ilegales.

3.3 El autor sostiene que la exclusión de la prensa y del público en su juicio no se justificaba por ninguna de las circunstancias excepcionales enumeradas en el párrafo 1 del artículo 14, ya que se podía haber retirado

⁹ El autor remite a la comunicación N° 305/1988, *van Alphen c. los Países Bajos*, dictamen emitido el 23 de julio de 1990, párr. 5.8.

¹⁰ Refiriéndose a la comunicación N° 277/1988, *Terán Jijón c. el Ecuador*, dictamen aprobado el 26 de marzo de 1992, párr. 3, el autor señala que la incomunicación propiamente dicha constituye una violación del párrafo 3 del artículo 9 del Pacto porque influye negativamente en el ejercicio del derecho del interesado a ser presentado a un juez.

¹¹ En el artículo 38 de la Constitución de Angola se prevé: "Todo ciudadano en detención preventiva será presentado a un juez competente que legalizará la detención y será juzgado en el período previsto por la ley o puesto en libertad".

la cámara o excluido de la sala al fotógrafo que causó la perturbación¹².

3.4 El autor afirma que el hecho de que no se pronunciase una acusación oficial contra él hasta 40 días después de su detención violó su derecho reconocido en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 a ser informado sin demora de la naturaleza y las causas de los cargos que se le imputaban. Asimismo, alega que la complejidad del caso no justificaba la demora. Además, su condena por delitos más graves (artículos 43 y 45 de la Ley de prensa) que los que inicialmente se le imputaron (artículos 44 y 46 de la Ley de prensa) violó su derecho a disponer de medios adecuados para la preparación de su defensa (apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto). Su condena por esos delitos adicionales debía haber sido anulada por el Tribunal Supremo, que sostuvo por el contrario que un tribunal provincial "puede condenar al encausado por un delito diferente de aquel que se le había imputado, incluso si es más grave, siempre que se funde en hechos que figuren en el acta de acusación o en una decisión análoga".

3.5 El autor afirma que su derecho, reconocido en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14, a comunicarse con su abogado se violó porque no pudo consultarlo durante el período de reclusión que pasó incomunicado y que coincidió con un momento crítico de las actuaciones, y porque el juez de primera instancia no aplazó las actuaciones, cuando inhabilitó al abogado del autor y nombró un defensor de oficio el 23 de marzo de 2000, lo que privó al autor del tiempo suficiente para consultar a su nuevo abogado. Su derecho a defenderse con un abogado de su elección (apartado d) del párrafo 3 del artículo 14) se violó porque se retiró ilegalmente del caso a su letrado, según confirmó el Tribunal Supremo en su fallo de 26 de octubre de 2000. El autor afirma que, a pesar de que se declaró dispuesto a pagar a un abogado de su elección, se le nombró de oficio otro defensor, que no estaba calificado ni era competente para aportar una defensa adecuada y que limitó sus intervenciones durante el resto del juicio a pedir al tribunal que "hiciese justicia" y a expresar su satisfacción con las actuaciones.

3.6 El autor opina que la decisión del juez de escuchar a un solo testigo en su favor, un defensor de los derechos humanos a quien se expulsó del tribunal cuando afirmó que el artículo 46 de la Ley de prensa era anticonstitucional, y de rechazar las pruebas documentales de la veracidad de las declaraciones del autor y la buena fe con las que las había formulado, alegando que el artículo 46 de la Ley de prensa excluye la presentación de pruebas contra el Presidente, violaba sus derechos reconocidos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 y le privó de la oportunidad de presentar pruebas sobre si se reunían o no todos los elementos del delito y, en particular, sobre si había actuado con el propósito de ofender al Presidente.

¹² Al parecer, esta cuestión no se suscitó sin embargo ante el Tribunal Supremo.

3.7 El autor afirma que la falta de imparcialidad del Tribunal Supremo cuando criticó públicamente al Colegio de Abogados mientras su recurso estaba todavía pendiente y la falta de claridad sobre la base legal exacta de su condena le impidieron presentar un recurso "pertinente", por lo que se violó el párrafo 5 del artículo 14.

3.8 El autor sostiene que las declaraciones en las que criticó al Presidente dos Santos estaban protegidas por su derecho a la libertad de expresión enunciado en el artículo 19, según el cual se debe permitir a los ciudadanos criticar o evaluar abierta y públicamente a sus gobiernos, y por la capacidad de la prensa de expresar opiniones políticas, incluida la crítica de quienes ejercen el poder político. Su detención y reclusión ilegales sobre la base de sus declaraciones, la restricción de su derecho a la libertad de expresión y de circulación en espera del juicio, su condena, la sentencia pronunciada y la amenaza de que toda expresión de una opinión podría ser castigada con sanciones análogas en el futuro constituían otras tantas restricciones de su libertad de palabra. El autor alega que estas restricciones no están "fijadas por la ley" en el sentido del párrafo 3 del artículo 19, dado que: a) su detención ilícita y la ulterior restricción de viaje no tienen fundamento en la legislación de Angola; b) su condena se basó en disposiciones como el artículo 43 de la Ley de prensa ("Uso abusivo de la prensa") y el artículo 410 del Código Penal ("agravio"), que carecen de la claridad necesaria para que se las pueda considerar normas "debidamente accesibles" y "suficientemente precisas" para que el interesado pueda prever las consecuencias que pueden tener sus declaraciones; y c) las condiciones de su liberación bajo fianza que le prohibían "emprender determinadas actividades [...] que creasen el riesgo de perpetración de nuevas infracciones", eran igualmente imprecisas, por lo que varias veces solicitó su aclaración infructuosamente.

3.9 El autor niega que las restricciones que se le impusieron persiguiesen un objetivo legítimo con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 19. En particular, el respeto de los derechos o la reputación de terceros (apartado a)) no se puede interpretar en el sentido de que proteja a un presidente de las críticas de carácter político, a diferencia de las de carácter personal, puesto que la finalidad del Pacto es promover el debate político. Las medidas en su contra tampoco eran necesarias ni proporcionadas para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta: a) que los límites de la crítica aceptable son más amplios cuando se trata de personajes políticos que cuando se trata de particulares, que no gozan de un acceso comparable a vías efectivas de comunicación para contradecir las declaraciones falsas; b) que se lo condenó por sus declaraciones sin que se le diera ocasión de exponer los hechos en que estas se fundaban ni de establecer la buena fe con que las formuló; y c) que la imposición de una sanción penal y no civil contra él es en todo caso un medio desproporcionado para proteger la reputación ajena.

3.10 Por último, el autor afirma que se ha violado el artículo 12, que comprende el derecho a obtener los

documentos de viaje necesarios para salir del propio país. No existía ningún fundamento legal para impedirle salir de Angola el 12 de diciembre de 2000 ni para confiscarle sin justificación alguna el pasaporte, que se retuvo hasta febrero de 2001 pese a sus repetidos intentos de recuperarlo y de aclarar su derecho legal a viajar, porque las restricciones que se le habían impuesto en el momento de su libertad condicional no se aplicaban ya y porque el fallo del Tribunal Supremo no contenía ninguna sanción que le impidiese desplazarse libremente. El autor sostiene que, además del artículo 12, estas medidas violaban también su libertad de expresión porque le impidieron participar en la conferencia organizada por el Open Society Institute en Sudáfrica.

3.11 El autor afirma que este asunto no está siendo examinado por ningún otro procedimiento de examen o arreglo internacional y que ha agotado los recursos internos puesto que trató sin éxito de iniciar un procedimiento de hábeas corpus para impugnar la legalidad de su detención y reclusión y apeló también contra su condena y sentencia al Tribunal Supremo, la instancia judicial más elevada de Angola.

3.12 El autor solicita reparación por las presuntas violaciones y pide al Comité que recomiende que se anule su condena, que el Estado parte aclare que no existe nada que impida su libertad de circulación y que se revoquen los artículos 45 y 46 de la Ley de prensa.

Falta de cooperación del Estado parte

4. El 15 de noviembre de 2002, el 15 de diciembre de 2003, el 26 de enero de 2004 y el 23 de julio de 2004 se pidió al Estado parte que facilitase al Comité información sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. El Comité señala que no se ha recibido todavía esta información. Asimismo, lamenta que el Estado parte no le haya proporcionado ninguna información sobre la admisibilidad o el fondo de las alegaciones del autor y recuerda que en el párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Facultativo está implícito el deber de los Estados partes de examinar de buena fe las alegaciones formuladas en su contra y de facilitar al Comité toda la información de que dispongan. En ausencia de respuesta del Estado parte, deberá darse la debida importancia a las alegaciones del autor, en la medida en que estén fundamentadas.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

5.1 Antes de examinar cualquier denuncia contenida en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 93 de su reglamento, si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

5.2 El Comité ha comprobado, en cumplimiento del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, que el mismo asunto no ha sido sometido

ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

5.3 En lo que se refiere a la alegación del autor de que se excluyó la presencia de la prensa y del público en su proceso en violación del párrafo 1 del artículo 14, el Comité observa que el autor no suscitó esta cuestión ante el Tribunal Supremo. De ahí que esta parte de la comunicación sea inadmisibles en virtud del artículo 2 y del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

5.4 En la medida en que el autor sostiene que no se le comunicaron los cargos oficiales contra él hasta 40 días después de su detención, el Comité recuerda que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 4 del Pacto no se aplica al período de prisión preventiva en espera del resultado de las investigaciones policiales¹³, sino que exige que se informe inmediatamente y en detalle al interesado de los cargos que se le imputan tan pronto como la autoridad competente formule la acusación. Aunque la acusación oficial contra el autor se formuló el 25 de noviembre de 1999, es decir, una semana después de que la acusación hubiese sido "aprobada" por el ministerio público, el autor no se refirió a esta demora en su apelación. El Comité llega pues a la conclusión de que esta parte de la comunicación es inadmisibles de conformidad con el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

5.5 En cuanto a la afirmación de que la condena por delitos más graves que los que se le habían imputado violó el derecho del autor reconocido en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14, el Comité observa el argumento aducido en el fallo del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2000 de que el juez puede condenar al encausado por un delito más grave que aquél de que se lo acusó siempre que la condena se funde en los hechos descritos en el acta de acusación. El Comité recuerda que, en general, incumbe a los tribunales nacionales y no al Comité evaluar los hechos y las pruebas en un caso determinado o reexaminar la interpretación de la legislación nacional, a menos que sea evidente que las decisiones de los tribunales son manifiestamente arbitrarias o equivalen a una denegación de justicia. El Comité considera que el autor no ha fundamentado en medida suficiente la alegación de que no se le dio una notificación razonable de los cargos en su contra y que tampoco ha fundamentado la existencia de defectos en la conclusión del Tribunal Supremo de que un juez no está vinculado por la evaluación jurídica que el ministerio público hace de los hechos tal como figuran en el acta de acusación. Por lo tanto, esta parte de la comunicación es inadmisibles de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

5.6 En cuanto a la alegación del autor de que se había violado también el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 porque el juez no aplazó la vista después de haber reemplazado a su defensor por un abogado de oficio, con lo cual le negó el tiempo suficiente para

¹³ Véase la comunicación N° 253/1987, *Kelly c. Jamaica*, dictamen emitido el 8 de abril de 1991, párr. 5.8.

consultar con su nuevo abogado sobre la preparación de la defensa, el Comité observa que los documentos que tiene ante sí no indican que el autor o su nuevo abogado hubiesen solicitado un aplazamiento por falta de tiempo para preparar la defensa. Al abogado incumbía solicitar el aplazamiento del juicio si consideraba que no estaban debidamente preparados¹⁴. A ese respecto, el Comité remite a su jurisprudencia según la cual no se puede considerar responsable al Estado parte del comportamiento de un abogado defensor, a menos que haya o deba haber sido evidente para el juez que el comportamiento del letrado era incompatible con los intereses de la justicia¹⁵. A su juicio, el autor no ha fundamentado, a efectos de la admisibilidad, que no haber aplazado el juicio fuera manifiestamente incompatible con los intereses de la justicia. Por lo tanto, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

5.7 En cuanto a la afirmación del autor de que se había violado su derecho a defenderse con la asistencia letrada de su elección (apartado d) del párrafo 3 del artículo 14), el Comité observa que el Tribunal Supremo, aunque anuló la suspensión temporal del abogado del autor, no se pronunció sobre la legalidad de su exclusión del procedimiento. Sostuvo, por el contrario, que el abandono de un cliente por un abogado, excepción hecha de las situaciones específicamente admitidas por la ley, se castiga con sanciones disciplinarias en la reglamentación aplicable. En su notificación pública, el Tribunal Supremo no defiende la decisión del juez de inhabilitar al abogado del autor, sino que expresa más bien su inquietud por los efectos de la crítica del Colegio de Abogados ("que crea un clima de desconfianza injusto, en descrédito [del poder judicial] tanto dentro del país como en el extranjero") y pone al mismo tiempo de relieve que la decisión del juez "puede ser subsanada por un tribunal de rango superior en el procedimiento jurídico". El Tribunal Supremo declaró luego nula la suspensión de seis meses pronunciada contra el abogado del autor. De igual modo, de las actas del proceso no se desprende que el abogado fuese nombrado contra la voluntad del autor ni que limitase sus intervenciones durante el resto del juicio a unos alegatos redundantes. Según esas actas, el autor, cuando se le preguntó si se proponía designar un nuevo abogado que lo representase, declaró que dejaba esa decisión en manos del tribunal. El Comité llega a la conclusión de que el autor no ha fundamentado, a efectos de la admisibilidad, que la exclusión de su abogado fuese ilegal o arbitraria, que se nombrase a otro defensor contra su voluntad, ni que el nuevo defensor careciese de las calificaciones necesarias para su representación efectiva. Por lo tanto, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

¹⁴ Véase la comunicación N° 349/1989, *Wright c. Jamaica*, dictamen emitido el 27 de julio de 1992, párr. 8.4.

¹⁵ Véanse la comunicación N° 980/2001, *Hussain c. Mauricio*, decisión sobre la admisibilidad aprobada el 18 de marzo de 2002, párr. 6.3, y la comunicación N° 618/1995, *Campbell c. Jamaica*, dictamen emitido el 20 de octubre de 1998, párr. 7.3.

5.8 En relación con la presunta violación del apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 porque el juez decidió admitir un solo testigo en favor de la defensa, a quien se expulsó de la sala cuando calificó de anticonstitucional el artículo 46 de la Ley de prensa, el Comité observa que no se desprende del fallo del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2000 ni de ningún otro documento que tenga ante sí que el autor haya suscitado esta cuestión en su recurso. Por lo tanto, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo porque no se han agotado los recursos internos.

5.9 El Comité, aunque observa que el autor fundó su apelación, entre otras cosas, en el hecho de que el juez había rechazado las pruebas documentales presentadas por él para demostrar la veracidad de sus declaraciones, señala que, en principio, no le incumbe determinar si los tribunales nacionales evalúan debidamente la admisibilidad de las pruebas, a menos que sea evidente que la decisión que toman es manifiestamente arbitraria o equivale a una denegación de justicia. En el presente caso, el Comité observa que tanto el Tribunal Provincial como, en particular, el Tribunal Supremo examinaron la cuestión de si la Ley de prensa excluye legalmente la defensa de la verdad en relación con las declaraciones sobre el Presidente de Angola; el Comité no ha encontrado prueba alguna de que las conclusiones de los Tribunales sufriesen de los mencionados defectos. El Comité considera, por lo tanto, que el autor no ha fundamentado esta parte de su denuncia en virtud del apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 a efectos de la admisibilidad y concluye que esta parte de la comunicación es inadmisibles de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

5.10 En relación con la alegación del autor de que se ha violado su derecho reconocido en el párrafo 5 del artículo 14 a causa de la imprecisión del fundamento jurídico de su condena por el Tribunal Provincial y porque la imparcialidad del Tribunal Supremo quedaba comprometida por su notificación pública de 7 de abril de 2000, el Comité observa que el delito por el que se condenó al autor (uso abusivo de la prensa mediante difamación) está descrito con suficiente claridad en el fallo del Tribunal Provincial. El Comité llega pues a la conclusión de que el autor no ha fundamentado suficientemente su denuncia a efectos de la admisibilidad y que esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

5.11 En lo que respecta al resto de la comunicación, el Comité considera que el autor ha fundamentado suficientemente sus alegaciones a efectos de admisibilidad.

5.12 En relación con el agotamiento de los recursos internos, el Comité observa que el autor se refiere al fondo de sus alegaciones a efectos del artículo 9 en su escrito de hábeas corpus respecto del cual, según él, nunca se pronunciaron los tribunales de Angola. En cuanto a las alegaciones del autor fundadas en el artículo 19 del Pacto, el Comité observa que en su

apelación invocó "el derecho a la crítica política y social y la libertad de prensa". También señala la alegación del autor (en relación con el artículo 12 del Pacto) de que "hizo repetidas gestiones jurídicas para recuperar su pasaporte y para aclarar legalmente su derecho a viajar, pero se vio obstaculizado por la falta total de acceso a la información relativa a sus documentos de viaje" y observa que, en estas circunstancias, el autor no disponía de ningún recurso interno.

5.13 No habiendo recibido información alguna del Estado parte en sentido contrario, el Comité llega a la conclusión de que el autor cumple las condiciones del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo y que la comunicación es admisible por cuanto parece suscitar cuestiones en relación con los párrafos 1 a 5 del artículo 9, el artículo 12, el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 (en lo que respecta a la imposibilidad de acceso a un abogado durante el período de detención que pasó incomunicado) y con el artículo 19 del Pacto.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

6.1 El Comité debe examinar ante todo la cuestión de si la detención del autor el 16 de octubre de 1999 y su ulterior privación de libertad hasta el 25 de noviembre de 1999 fueron arbitrarios o violaron de otra manera el artículo 9 del Pacto. Según la jurisprudencia constante del Comité¹⁶, el concepto de "arbitrariedad" no se debe equiparar con el de "contrario a la ley", sino que debe ser interpretado de un modo más amplio a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las garantías procesales. Ello significa que la prisión preventiva debe ser no solo lícita sino también razonable y necesaria en todas las circunstancias, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la repetición del delito. En el presente caso no se ha evocado ninguno de estos factores. Independientemente de las normas de procedimiento penal aplicables, el Comité observa que el autor fue detenido porque, aunque no se le había revelado, se le imputaba el cargo de difamación que, aunque está tipificado como delito en el derecho angoleño, no justifica su detención a punta de pistola por 20 policías armados, ni los 40 días que duró su reclusión, incluidos 10 en régimen de incomunicación. El Comité llega a la conclusión de que, en estas circunstancias, la detención y reclusión del autor no fueron razonables ni necesarias sino que tuvieron, por lo menos en parte, un carácter punitivo, y por tanto, arbitrario, en violación del párrafo 1 del artículo 9.

6.2 El Comité señala la afirmación no refutada del autor de que no se le comunicaron las razones de su detención y de que la acusación no se formuló hasta el 25 de noviembre de 1999, es decir, 40 días después de ser detenido el 16 de octubre de 1999. A juicio del Comité, la declaración que hizo el investigador jefe el 16 de octubre de 1999 de que se detenía al autor como prisionero de UNITA no responde a las condiciones indicadas en el párrafo 2 del artículo 9. Dadas las circunstancias, el Comité concluye que se violó el párrafo 2 del artículo 9.

6.3 En cuanto a la afirmación del autor de que no fue llevado ante el juez durante los 40 días de reclusión, el Comité recuerda que el derecho a ser llevado "sin demora" ante una autoridad judicial significa que el tiempo no debe exceder de unos pocos días y que, de por sí, la reclusión en régimen de incomunicación puede violar el párrafo 3 del artículo 9¹⁷. El Comité toma nota del argumento del autor de que su reclusión en régimen de incomunicación durante diez días, sin acceso a un abogado, influyó adversamente en su derecho a ser llevado ante un juez, y llega a la conclusión de que los hechos que tiene ante sí revelan una violación del párrafo 3 del artículo 9. Habida cuenta de esta conclusión, el Comité no necesita pronunciarse sobre la presunta violación del apartado b) del párrafo 3 del artículo 14.

6.4 En relación con la afirmación del autor de que no se lo debía haber mantenido en prisión preventiva durante 40 días, sino que se lo debía haber puesto en libertad en espera de juicio puesto que no existía el riesgo de huida, el Comité observa que no se inculpó al autor hasta el 25 de noviembre de 1999, momento en que se levantó su prisión preventiva. Por lo tanto, antes de esa fecha no estaba "en espera" de juicio en el sentido del párrafo 3 del artículo 9. Además, tampoco fue llevado antes de esa fecha ante una autoridad judicial que pudiera haber determinado si existía una razón lícita para prolongar su privación de libertad. El Comité considera pues que la ilegalidad de la reclusión del autor durante 40 días sin tener acceso a un juez está subsumida en la violación de los párrafos 1 y 3 del artículo 9 (primera frase) y que no se plantea la cuestión de una detención preventiva prolongada según el párrafo 3 del artículo 9 (segunda frase).

6.5 En lo que respecta a la presunta violación del párrafo 4 del artículo 9, el Comité recuerda que el autor no tuvo acceso a un abogado mientras permaneció incomunicado, lo que le impidió impugnar la legalidad de su reclusión durante ese período. Aunque su abogado presentó posteriormente, el 29 de octubre de 1999 un

¹⁶ Véanse la comunicación N° 305/1988, *van Alphen c. los Países Bajos*, dictamen emitido el 23 de julio de 1990, párr. 5.8; la comunicación N° 458/1991, *Mukong c. el Camerún*, dictamen emitido el 21 de julio de 1994, párr. 9.8; y la comunicación N° 560/1993, *A. c. Australia*, dictamen emitido el 3 de abril de 1997, párr. 9.2.

¹⁷ Comunicación N° 277/1988, *Terán Jijón c. el Ecuador*, dictamen emitido el 26 de marzo de 1992, párr. 5.3.

escrito de hábeas corpus al Tribunal Supremo, el escrito no fue examinado por ningún tribunal. En ausencia de información del Estado parte, el Comité considera que se ha violado el derecho del autor a que un tribunal examinase la legalidad de su privación de libertad (párrafo 4 del artículo 9).

6.6 Respecto de la denuncia del autor en virtud del párrafo 5 del artículo 9, el Comité recuerda que esta disposición rige la obtención de una reparación por detención o reclusión "ilegal" en el derecho interno o en el sentido del Pacto¹⁸. Recuerda que las circunstancias de la detención y la reclusión del autor constituyeron una violación de los párrafos 1 a 4 del artículo 9 del Pacto y observa que el argumento no refutado del autor de que el Estado parte no lo llevó ante un juez durante los 40 días que duró su privación de libertad representa también una violación del artículo 38 de la Constitución de Angola. En estas circunstancias, el Comité considera adecuado examinar la cuestión de la indemnización que figura en el párrafo relativo a la reparación.

6.7 La siguiente cuestión que el Comité debe examinar es si la detención, la reclusión y la condena del autor o las limitaciones de viaje que se le impusieron restringieron ilícitamente su derecho a la libertad de expresión en violación del artículo 19 del Pacto. El Comité reitera que el derecho a la libertad de expresión reconocido en el párrafo 2 del artículo 19 comprende el derecho de toda persona a criticar o evaluar abierta y públicamente a su gobierno sin temor de interferencia o castigo¹⁹.

6.8 El Comité remite a su jurisprudencia según la cual toda restricción de la libertad de expresión debe cumplir todos y cada uno de los requisitos siguientes, establecidos en el párrafo 3 del artículo 19: debe estar prevista en la ley, debe perseguir los objetivos enumerados en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 19 y debe ser necesaria para alcanzar uno de esos objetivos. El Comité observa que la condena final del autor se fundó en el artículo 43 de la Ley de prensa, conjuntamente con el artículo 410 del Código Penal. Aun cuando se supusiese que su detención y reclusión o las restricciones de viaje que se le impusieron tenían fundamento en el derecho de Angola y que esas medidas, así como su condena, perseguían un fin legítimo, como proteger los derechos y la reputación del Presidente o el orden público, no es posible decir que esas restricciones eran necesarias para alcanzar uno de dichos objetivos. El Comité observa que el requisito de la necesidad lleva en sí un elemento de proporcionalidad, en el sentido de que el alcance de la restricción impuesta a la libertad de expresión debe ser proporcional al valor que se pretenda proteger con esa restricción. Dada la importancia preponderante en una sociedad democrática del derecho a la libertad de expresión y de contar con una prensa y

otros medios de comunicación libres y sin censura²⁰, la severidad de las sanciones impuestas al autor no se puede considerar proporcionada a la protección del orden público o del honor y la reputación del Presidente, una personalidad política que, en calidad de tal, está sujeta a la crítica y a la oposición. Además, el Comité considera un factor agravante el hecho de que los tribunales rechazaran la defensa basada en la veracidad de sus afirmaciones que el autor intentó contra la acusación de difamación. En vista de las circunstancias, el Comité concluye que ha existido una violación del artículo 19.

6.9 La última cuestión que el Comité debe examinar es la de si se violó el artículo 12 del Pacto cuando se impidió al autor que saliese de Angola el 12 de diciembre de 2000 y se le confiscó luego su pasaporte. El Comité señala la afirmación del autor de que le confiscaron el pasaporte sin justificación ni fundamento legal, puesto que las restricciones impuestas cuando se le concedió la libertad bajo fianza no se aplicaban ya, y que se le denegó el acceso a la información sobre su derecho a viajar. Como el Estado parte no ha presentado ninguna justificación, el Comité considera que se han violado los derechos del autor en virtud del párrafo 1 del artículo 12.

7. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, opina que los hechos que tiene ante sí revelan la violación de los párrafos 1, 2, 3 y 4 del artículo 9 y de los artículos 12 y 19 del Pacto.

8. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo, incluida una reparación por su detención y reclusión arbitrarias y la violación de sus derechos protegidos en los artículos 12 y 19 del Pacto. El Estado parte tiene la obligación de tomar medidas para evitar violaciones semejantes en el futuro.

9. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

¹⁸ Véase la comunicación N° 560/1993, *A. c. Australia*, dictamen emitido el 3 de abril de 1997, párr. 9.5.

¹⁹ Véanse las comunicaciones Nos. 422/1990, 423/1990 y 424/1990, *Aduayom y otros c. el Togo*, dictamen emitido el 12 de julio de 1996, párr. 7.4.

²⁰ Véase el párrafo 25 de la Observación general N° 25 [57] del Comité de Derechos Humanos, de 12 de julio de 1996.

Comunicación N° 1134/2002

Presentada por: Fongum Gorji-Dinka (representado por Irene Schäfer)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Camerún

Fecha de aprobación del dictamen: 17 de marzo de 2005 (83° período de sesiones)

Asunto: Reclamación por un dirigente separatista del derecho del ex Camerún Británico Meridional a la libre determinación

Cuestiones de procedimiento: Admisibilidad *ratione temporis* y *ratione materiae* – Fundamentación de las reclamaciones – Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Derecho a la libre determinación – Libertad y seguridad de la persona – Derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas con humanidad – Segregación de los procesados respecto de los acusados – Libertad de circulación – Indemnización en caso de error judicial – Derecho a votar

Artículos del Pacto: 1, párrafo 1; 7; 9, párrafo 1; 10, párrafos 1 y 2; 12; 14, párrafo 6; 19; y 25, párrafo b)

Artículos del Protocolo Facultativo: 1; 2; 3; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículos 9, párrafo 1; 10, párrafos 1 y 2 a); 12, párrafo 1; y 25, párrafo b))

1. El autor de la comunicación es el Sr. Fongum Gorji-Dinka, nacional del Camerún, nacido el 22 de junio de 1930 y actualmente residente en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Afirma ser víctima de la violación por el Camerún¹ del párrafo 1 del artículo 1; del artículo 7; de los párrafos 1 y 5 del artículo 9; del párrafo 1 y del apartado a) del párrafo 2 del artículo 10; de los artículos 12 y 19; del párrafo 3 del artículo 24; y del párrafo b) del artículo 25 del Pacto. Está representado por letrado².

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor es ex Presidente de la Asociación de Abogados del Camerún (1976-1981), el *Fon* o dirigente tradicional de Widikum en la provincia noroccidental del Camerún, y afirma ser Jefe del Gobierno de "Ambazonia" en el exilio. Su denuncia está estrechamente relacionada con los acontecimientos ocurridos en el

Camerún Británico Meridional en el contexto de la descolonización.

2.2 Después de la primera guerra mundial, la Sociedad de Naciones puso a todas las antiguas colonias alemanas bajo administración internacional. Bajo mandato de la Sociedad de Naciones, el Camerún se dividió entre Gran Bretaña y Francia. Después de la segunda guerra mundial, el Camerún Británico y el Camerún Francés pasaron a ser territorios en fideicomiso de las Naciones Unidas; la parte británica quedó dividida en dos, el territorio en fideicomiso del Camerún Británico Meridional ("Ambazonia") y el territorio en fideicomiso del Camerún Británico Septentrional. "Ambas" era una federación de etnocracias soberanas pero interdependientes, cada una dirigida por un jefe tradicional denominado "*Fon*". En 1954 se unieron para formar una moderna democracia parlamentaria integrada por una Cámara de Jefes nombrados de entre los dirigentes tradicionales, una Asamblea elegida por sufragio universal y un Gobierno dirigido por un Primer Ministro, nombrado y destituido por la Reina de Inglaterra.

2.3 El Camerún francés obtuvo la independencia en 1960 y adoptó el nombre de República del Camerún. Si bien el Camerún británico septentrional, mayoritariamente musulmán, votó por adherirse a Nigeria, el Camerún británico meridional, mayoritariamente cristiano, votó, en un plebiscito organizado por las Naciones Unidas el 11 de febrero de 1961, en favor de su unión con la República del Camerún, dentro de la cual Ambazonia conservaría su identidad nacional y un grado considerable de soberanía. Según se dice, el Reino Unido se negó a aplicar los resultados del plebiscito por temor a que el Primer Ministro de Ambazonia cayera bajo la influencia comunista y nacionalizara la Cameroon Development Cooperation (CDC), en la que Gran Bretaña había invertido 2 millones de libras esterlinas. Supuestamente el Reino Unido, a cambio de una licencia para seguir explotando la CDC, "vendió" Ambazonia a la República del Camerún, que entonces pasó a llamarse la República Federal del Camerún.

2.4 El 8 de octubre de 1981, se pidió al autor que pagara la fianza de cinco misioneros de Nigeria acusados de difundir las enseñanzas de una secta sin permiso del Gobierno. Al presentarse en la comisaría, el autor fue detenido y encarcelado junto con los misioneros. Unos meses después, fue acusado del delito de falsificación de un permiso para que la secta pudiera realizar sus actividades en el Camerún. Aunque en el juicio el juez comprobó, basándose en los hechos, que el autor no se encontraba en el Camerún cuando el delito se cometió, lo condenó a 12 meses de prisión. El recurso

¹ El Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigor para el Estado parte el 27 de septiembre de 1984.

² La comunicación fue presentada personalmente por el autor. Sin embargo, por carta de fecha 4 de agosto de 2004, la Sra. Irene Schäfer presentó un instrumento ejecutado por el autor en el cual este la designaba como su abogada.

de apelación del autor fue aplazado hasta después de que cumpliera la pena de prisión. Poco antes del examen del recurso, el Parlamento promulgó la Ley de amnistía N° 82/21, por la que se extinguió su condena. Posteriormente, el autor abandonó su recurso de apelación y presentó una demanda de indemnización por detención ilegal, pero nunca recibió respuesta de las autoridades.

2.5 Como resultado de la "subyugación" de la población de Ambazonia que presuntamente sufrió graves violaciones de sus derechos humanos por miembros de las fuerzas armadas francocamerunesas y por las milicias, los motines de 1983 dieron lugar a que el Parlamento promulgara la Ley de la restauración N° 84/01, por la que se disolvía la unión de los dos países. El autor pasó a presidir el Consejo de la Restauración de Ambazonia y publicó varios artículos en los que instaba al Presidente Paul Biya de la República del Camerún a que cumpliera con las disposiciones de la Ley de restauración y se retirara de Ambazonia.

2.6 El 31 de mayo de 1985, el autor fue detenido y traslado de Bamenda (Ambazonia) a Yaundé, donde fue encarcelado en una celda húmeda y sucia, desprovista de cama, mesa e instalaciones sanitarias. El autor cayó enfermo y fue hospitalizado. Posteriormente, tras ser informado de que se tenía previsto trasladarlo a un hospital psiquiátrico, se fugó y fue a la residencia del Embajador británico, quien rechazó su solicitud de asilo y lo entregó a la policía. El 9 de junio de 1985, el autor fue encarcelado nuevamente en el cuartel de la Brigade mixte mobile (BMM), una fuerza policial paramilitar, donde compartió inicialmente la celda con 20 asesinos convictos.

2.7 El autor informó de que, como resultado de las torturas físicas y psicológicas a que fue sometido durante su reclusión, sufrió un derrame cerebral que le dejó paralizado el lado izquierdo del cuerpo.

2.8 Según se afirma, la detención del autor provocó los denominados "motines Dinka", que provocaron el cierre de las escuelas durante varias semanas. El 11 de noviembre de 1985, el Parlamento aprobó una resolución para la que se pedía a la Conferencia Nacional que examinara la cuestión de Ambazonia. En respuesta, el Presidente Biya acusó al Presidente del Parlamento de dirigir una revuelta parlamentaria "pro Dinka" en su contra. Además, hizo que se acusara al autor de alta traición ante el Tribunal Militar y supuestamente pidió que le impusieran la pena de muerte. La acusación de la fiscalía no prosperó por la inexistencia de disposiciones jurídicas que tipificaran como delito la conducta del autor de pedir al Presidente Biya que cumpliera con lo dispuesto en la Ley de restauración y se retirara de Ambazonia. El 3 de febrero de 1986, el autor fue absuelto de todos los cargos y puesto en libertad.

2.9 La intención del Presidente Biya de recurrir la sentencia, tras haber ordenado que se detuviera nuevamente al autor, se vio frustrada porque en la ley por la que se establecía el Tribunal Militar no se preveía la posibilidad de presentar recursos de apelación en los casos de alta traición. El autor fue sometido a arresto

domiciliario entre el 7 de febrero de 1986 y el 28 de marzo de 1988. En una carta de fecha 15 de mayo de 1987, el Departamento de Asuntos Políticos del Ministerio de Administración Territorial notificó al autor que su comportamiento durante el arresto domiciliario era incompatible con la libertad condicional que le había concedido el Tribunal Militar, puesto que seguía celebrando reuniones en su palacio, asistiendo a sesiones habituales de los tribunales, invocando sus prerrogativas como *Fon*, despreciando y haciendo caso omiso de las fuerzas del orden y otras autoridades, y practicando la religión ilegal olumba olumba. El 25 de marzo de 1988, la Oficina de la Subdivisión de la División Batibo Momo informó al autor de que, debido a sus "antecedentes judiciales", se había suprimido su nombre del padrón electoral hasta que presentara un "certificado de rehabilitación".

2.10 El 28 de marzo de 1988, el autor se exilió a Nigeria. En 1995 se trasladó a Gran Bretaña donde se le reconoció la condición de refugiado y comenzó a ejercer la abogacía ante los tribunales superiores.

La denuncia

3.1 El autor afirma que la "anexión ilegal" de Ambazonia por la República del Camerún es contraria a la voluntad de los ciudadanos de Ambazonia de preservar su identidad nacional y su soberanía, expresada en el plebiscito de 1961 y confirmada por un fallo del Tribunal Superior de Bamenda en 1992, y viola de ese modo el derecho de su pueblo a la libre determinación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1 del Pacto. También afirma, en relación con el párrafo 3 del artículo 24, que se ha violado su derecho a tener su propia nacionalidad.

3.2 El autor afirma que su privación de libertad del 8 de octubre de 1981 al 7 de octubre de 1982 y del 31 de mayo de 1985 al 3 de febrero de 1986, así como su posterior arresto domiciliario, del 7 de febrero de 1986 al 28 de marzo de 1988, fueron arbitrarios y constituyeron una violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto. Las condiciones de detención y los malos tratos que sufrió durante el segundo período de encarcelación constituyeron una violación del artículo 7 y del párrafo 1 del artículo 10, mientras que el hecho de que se le mantuviera inicialmente encarcelado junto con un grupo de asesinos convictos en el cuartel general de la BMM, tras su segunda detención el 9 de junio de 1985, constituyó una violación del apartado a) del párrafo 2 del artículo 10. Además, afirma que la restricción de su derecho a la libre circulación durante su arresto domiciliario y la prohibición *de facto* actual de abandonar el país e ingresar en él constituyen una violación del artículo 12 del Pacto.

3.3 El autor alega que la privación del derecho a votar y a ser elegido en las elecciones violó el párrafo b) del artículo 25 del Pacto.

3.4 El autor afirma, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19 del Pacto, que su detención el 31 de mayo de

1985 y su posterior encarcelación fueron medidas punitivas que tenían por objeto castigarlo por sus publicaciones críticas con el régimen.

3.5 El autor afirma también que su derecho, con arreglo al párrafo 5 del artículo 9, de exigir una indemnización por la encarcelación ilegal del 8 de octubre de 1981 al 7 de octubre de 1982 fue violado, porque las autoridades nunca respondieron a su solicitud de indemnización.

3.6 El autor afirma que todos sus intentos de tratar de interponer recursos internos resultaron inútiles, puesto que las autoridades no respondieron a su solicitud de indemnización y no cumplieron la legislación nacional ni las sentencias del Tribunal Militar del Camerún y del Tribunal Superior de Bamenda. Tras escapar del arresto domiciliario en 1988, ya no tenía a su disposición, por su condición de fugitivo, los recursos internos. El autor sostiene que la única manera de hacer valer sus derechos sería a través de una decisión del Comité, puesto que las autoridades del Camerún no respetan nunca las decisiones de sus propios tribunales en cuestiones relacionadas con los derechos humanos.

3.7 El autor sostiene que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

4.1 El 12 de noviembre de 2002, el 26 de mayo de 2003 y el 30 de julio de 2003 se pidió al Estado parte que presentara información al Comité sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. El Comité hace notar que esa información aún no se ha recibido y lamenta que el Estado parte no haya suministrado información alguna sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de las alegaciones del autor. Recuerda que en el párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Facultativo está implícito que los Estados partes deben examinar de buena fe todas las alegaciones que se presenten contra ellos y hacer llegar al Comité toda la información de que dispongan. A falta de respuesta del Estado parte, debe darse la debida importancia a las alegaciones del autor, en la medida en que estén fundamentadas³.

4.2 El Comité ha observado que han transcurrido varios años desde los hechos en que se basa la comunicación del autor, sus intentos por aprovechar los recursos de la jurisdicción interna y el momento en que sometió su caso al Comité. Aunque en circunstancias diferentes esa demora podría ser calificada, a menos que se la hubiera justificado de manera convincente⁴, de abuso del derecho a presentar una comunicación en el

³ Véase la comunicación N° 912/2000, *Deollal c. Guyana*, dictamen aprobado el 1° de noviembre de 2004, párr. 4.1.

⁴ Véase la comunicación N° 788/1997, *Gobin c. Mauricio*, decisión sobre la inadmisibilidad aprobada el 16 de julio de 2001, párr. 6.3.

sentido del artículo 3 del Protocolo Facultativo, el Comité es también consciente de que el Estado parte no ha cooperado con él ni le ha presentado sus observaciones sobre la admisibilidad de la comunicación ni sobre el fondo del caso. Dadas las circunstancias, el Comité no considera necesario seguir examinando este punto.

4.3 Antes de examinar una denuncia contenida en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 93 de su reglamento, si es o no admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

4.4 Con respecto a las alegaciones del autor de que su derecho y el de su pueblo a la libre determinación han sido violados porque el Estado parte no cumplió la decisión del plebiscito de 1961, la Ley de restauración N° 84/01 ni la sentencia del Tribunal Superior de Bamenda de 1992, o por la "subyugación" a que sometió a los ciudadanos de Ambazonia, el Comité recuerda que no tiene competencia, con arreglo al Protocolo Facultativo, para examinar comunicaciones en las que se denuncie una violación del derecho a la libre determinación consagrado en el artículo 1 del Pacto⁵. En el Protocolo Facultativo se prevé un procedimiento mediante el cual las personas pueden denunciar la violación de sus derechos individuales. Esos derechos se enuncian en la parte III (arts. 6 a 27) del Pacto⁶. De lo anterior se desprende que esta parte de la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 1 del Protocolo Facultativo.

4.5 En lo que concierne a la alegación del autor de que su encarcelación del 8 de octubre de 1981 al 7 de octubre de 1982 fue arbitraria, en violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, puesto que su condena se extinguió con la Ley de amnistía N° 82/21, el Comité recuerda que no puede examinar presuntas violaciones del Pacto que ocurrieron antes de que entrara en vigor el Protocolo Facultativo para el Estado parte, a menos que esas violaciones continúen después de esa fecha o sigan produciendo efectos que en sí constituyan una violación del Pacto⁷. Señala que la encarcelación del autor en el período de 1981-1982 fue anterior a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte, el 27 de septiembre de 1984. El Comité observa que, si bien el castigo sufrido como resultado de una condena penal que posteriormente fue anulada puede seguir produciendo efectos mientras la víctima de ese castigo no haya sido indemnizada conforme a la ley, es una cuestión que se plantea en relación con el párrafo 6 del artículo 14 y no en relación con el párrafo 1 del artículo

⁵ Véase la comunicación N° 932/2000, *Gillot c. Francia*, dictamen aprobado el 15 de julio de 2002, párr. 13.4.

⁶ Véase la comunicación N° 167/1984, *Bernard Ominayak y otros c. el Canadá*, dictamen aprobado el 26 de marzo de 1990, párr. 32.1.

⁷ Véase la comunicación N° 520/1992, *Könye y Könye c. Hungría*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 7 de abril de 1994, párr. 6.4; y la comunicación N° 24/1977, *Sandra Lovelace c. el Canadá*, dictamen aprobado el 30 de julio de 1981, párr. 7.3.

9 del Pacto. Por lo tanto, no considera que la presunta detención arbitraria del autor siguiera produciendo efectos después del 27 de septiembre de 1984 que *en sí* constituyeran una violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto. El Comité concluye que esta parte de la comunicación es inadmisibles *ratione temporis*, en virtud del artículo 1 del Protocolo Facultativo.

4.6 En cuanto a la alegación del autor de que no fue indemnizado por su encarcelación ilegal en el período 1981-1982, el Comité considera que el autor no suministró, a los efectos de la admisibilidad, información suficiente para fundamentar su denuncia. En particular, no proporcionó copias, con fecha y dirección, de ninguna de las cartas dirigidas a las autoridades competentes solicitando la indemnización. Por consiguiente, esta alegación es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

4.7 En cuanto a la alegación del autor de que se violó el artículo 7 del Pacto porque fue objeto de torturas físicas y psicológicas (que presuntamente le provocaron el derrame cerebral que le paralizó la parte izquierda del cuerpo) durante su encarcelación tras ser detenido de nuevo el 9 de junio de 1985, el Comité observa que no proporcionó información detallada acerca de los malos tratos que supuestamente sufrió, ni copias de informes médicos que corroboraran su alegación. Por consiguiente, el Comité concluye que el autor no ha fundamentado esta alegación a los efectos de su admisibilidad y que esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

4.8 Con respecto a la alegación del autor de que su detención el 31 de mayo de 1985 y su posterior privación de libertad fueron medidas que se tomaron para castigarlo por la publicación de panfletos en que se criticaba al régimen, en violación del artículo 19 del Pacto, el Comité estima que el autor no ha demostrado, a los efectos de la admisibilidad, que dicha encarcelación haya sido una consecuencia directa de la publicación de esos panfletos. Por consiguiente, esta parte de la comunicación también es inadmisibles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

4.9 En lo que concierne a la alegación del autor a tenor del párrafo b) del artículo 25 del Pacto, el Comité considera que el ejercicio del derecho de votar y de presentarse a elecciones depende de que el nombre de la persona interesada conste o no en el padrón electoral. Si su nombre no figura en el padrón electoral o se ha eliminado de este, el autor no puede ejercer su derecho de voto ni presentarse como candidato. Como no ha recibido explicaciones del Estado parte, el Comité entiende que el nombre del autor fue retirado arbitrariamente de la lista de votantes sin motivo ni decisión judicial. Por tanto, el hecho de que se haya retirado el nombre del autor del padrón electoral puede constituir una denegación de su derecho a votar y a presentarse a elecciones en virtud de lo dispuesto en el párrafo b) del artículo 25 del Pacto. Por consiguiente, el Comité considera que el autor ha fundamentado

suficientemente esta alegación a los efectos de su admisibilidad.

4.10 Con respecto a la alegación del autor de que se le niega su derecho a la nacionalidad de Ambazonia, en violación de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 24 del Pacto, el Comité recuerda que esta disposición protege el derecho de todo *niño* a adquirir una nacionalidad. Tiene por objeto evitar que un niño reciba menos protección de la sociedad y del Estado por su condición de apátrida⁸ y no conceder el derecho a una nacionalidad de su propia elección. Por consiguiente, esta parte de la comunicación es inadmisibles *ratione materiae* con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo.

4.11 En cuanto al agotamiento de los recursos internos, el Comité toma nota del argumento del autor de que, después de escapar del arresto domiciliario en 1988, no estaba en condiciones de interponer un recurso a nivel nacional, en su condición de persona buscada en el Camerún. A la luz de su jurisprudencia⁹, según la cual el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo no exige que se entablen recursos que objetivamente no tengan posibilidades de prosperar, y al no haberse recibido del Estado parte indicación alguna de que el autor podría haber interpuesto recursos efectivos, el Comité opina que el autor ha demostrado suficientemente que en su caso particular no disponía de recursos internos y que los que había eran ineficaces.

4.12 El Comité concluye que la comunicación es admisible en la medida que plantea cuestiones en relación con el artículo 7, el párrafo 1 del artículo 9, el párrafo 1 y el apartado a) del párrafo 2 del artículo 10, el artículo 12 y el párrafo b) del artículo 25 del Pacto, y en la medida en que se refiere a la legalidad y a las condiciones de reclusión tras su detención el 31 de mayo de 1985, su encarcelación inicial junto con un grupo de asesinos convictos en el cuartel de la BMM, la legalidad de su arresto domiciliario del 7 de febrero de 1986 al 28 de marzo de 1988 y las restricciones impuestas a su libertad de circulación durante dicho período, así como la supresión de su nombre del padrón electoral.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

5.1 La primera cuestión que debe examinar el Comité es si la encarcelación del autor del 31 de mayo de 1985 al 3 de febrero de 1986 fue arbitraria. De conformidad con la jurisprudencia constante del Comité¹⁰, el concepto de "arbitrariedad" no significa que la acción sea "contraria a la ley", sino que debe

⁸ Véase la Observación general N° 17 [35] sobre el artículo 24, párr. 8.

⁹ Véanse, por ejemplo, las comunicaciones N° 210/1986 y N° 225/1987, *Earl Pratt e Ivan Morgan c. Jamaica*, dictamen aprobado el 6 de abril de 1989, párr. 12.3.

¹⁰ Véase la comunicación N° 305/1988, *Van Alphen c. los Países Bajos*, dictamen aprobado el 23 de julio de 1990, párr. 5.8; y la comunicación N° 458/1991, *Mukong c. el Camerún*, dictamen aprobado el 21 de julio de 1994, párr. 9.8.

interpretarse en el sentido lato, de modo que incluya los elementos de incorrección, injusticia, falta de previsibilidad y el principio de las debidas garantías procesales. Ello significa que la prisión preventiva no solo debe ser legal, sino también razonable y necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito¹¹. El Estado parte no ha invocado ninguno de esos elementos en el presente caso. El Comité recuerda, además, el argumento no refutado del autor de que solo después de su detención, el 31 de mayo de 1985, y de su nueva detención, el 9 de junio de 1985, el Presidente Biya ejerció una acción penal contra él, supuestamente sin ningún fundamento jurídico y con la intención de influir en el resultado del juicio ante el Tribunal Militar. Teniendo en cuenta lo que antecede, el Comité considera que la encarcelación del autor entre el 31 de mayo de 1985 y el 3 de febrero de 1986 no fue ni razonable ni necesaria en las circunstancias del caso y constituye, por lo tanto, una violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

5.2 Con respecto a las condiciones de la reclusión, el Comité toma nota del argumento no refutado del autor de que lo mantuvieron en una celda sucia y húmeda sin cama, mesa ni instalaciones sanitarias. Reitera que las personas privadas de libertad no pueden ser sometidas a penurias o restricciones que no sean las que resultan de la privación de la libertad y que deben ser tratadas de conformidad con, entre otras cosas, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1957)¹². Al no disponer de información del Estado parte sobre las condiciones de reclusión del autor, el Comité concluye que los derechos del autor con arreglo al párrafo 1 del artículo 10 fueron violados durante su encarcelación entre el 31 de mayo de 1985 y el día de su hospitalización.

5.3 El Comité señala que la alegación del autor de que al principio estuvo recluido en una celda con 20 asesinos convictos en el cuartel de la Brigade mixte mobile no ha sido impugnada por el Estado parte, que no ha aducido circunstancias excepcionales que puedan justificar el hecho de que el autor no estuviera separado de esos condenados para destacar su condición de persona no condenada. Por lo tanto, el Comité considera que se violaron los derechos del autor con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 10 del Pacto durante su reclusión en el cuartel de la BMM.

5.4 Con respecto a la denuncia del autor de que su arresto domiciliario entre el 7 de febrero de 1986 y el 28 de marzo de 1988 fue arbitrario, en violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto, el Comité toma nota de la carta de fecha 15 de mayo de 1987 del Departamento de Asuntos Políticos del Ministerio de Administración Territorial en que se critica el comportamiento del autor durante su arresto domiciliario. Ello confirma que el autor estuvo efectivamente sometido a arresto domici-

liario. Además, el Comité señala que el arresto domiciliario fue impuesto después de su absolución y liberación por sentencia firme del Tribunal Militar. El Comité recuerda que el párrafo 1 del artículo 9 es aplicable a todas las formas de privación de la libertad¹³ y señala que el arresto domiciliario del autor fue ilegal y, por lo tanto, arbitrario en las circunstancias del caso y que, por consiguiente, constituye una violación del párrafo 1 del artículo 9.

5.5 Como el Estado parte no ha aducido circunstancias excepcionales que puedan justificar la restricción del derecho del autor a la libertad de circulación, el Comité considera que se violaron los derechos del autor con arreglo al párrafo 1 del artículo 12 del Pacto durante su arresto domiciliario, que fue ilegal y arbitrario.

5.6 Con respecto a la alegación del autor de que la supresión de su nombre del padrón electoral viola sus derechos con arreglo al párrafo b) del artículo 25 del Pacto, el Comité observa que el ejercicio del derecho a votar y a ser elegido en elecciones no se puede suspender ni excluir salvo por motivos establecidos por ley que sean objetivos y razonables¹⁴. Si bien la carta de fecha 25 de marzo de 1998 en que se informaba al autor de la supresión de su nombre en el padrón electoral se refiere a la "actual Ley electoral", esa medida se justifica con su "antecedente judicial". A ese respecto, el Comité reitera que no se puede impedir a las personas privadas de libertad que no hayan sido condenadas que ejerzan su derecho de voto¹⁵, y recuerda que el autor fue absuelto por el Tribunal Militar en 1986 y que su condena por otro tribunal en 1981 quedó extinguida en virtud de la Ley de amnistía N° 82/21. Recuerda asimismo que las personas que de otro modo reúnan las condiciones exigidas para presentarse a elecciones no deberían ser excluidas a causa de su afiliación política¹⁶. Al no haber motivos objetivos y razonables que justifiquen la privación del derecho del autor a votar y a ser elegido, el Comité concluye, sobre la base del material que tiene ante sí, que la supresión del nombre del autor del padrón electoral constituye una violación de sus derechos con arreglo al párrafo b) del artículo 25 del Pacto.

6. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto la violación del párrafo 1 del artículo 9, del párrafo 1 y del apartado a) del párrafo 2 del artículo 10, del párrafo 1 del artículo 12 y del párrafo b) del artículo 25 del Pacto.

7. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a interponer un recurso efectivo, que incluya una indemnización y la seguridad de

¹¹ Véase *ibíd.*

¹² Observación general N° 21 [44] sobre el artículo 10, párrs. 3 y 5.

¹³ Observación general N° 8 [16] sobre el artículo 9, párr. 1.

¹⁴ Observación general N° 25 [57] sobre el artículo 25, párr. 4.

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 14.

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 15.

disfrutar de sus derechos civiles y políticos. El Estado parte tiene también la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

8. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a

todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. También se pide al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 1136/2002

Presentada por: Vjatšeslav Borzov

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Estonia

Fecha de aprobación del dictamen: 26 de julio de 2004

Asunto: Negativa del Estado parte a conceder la ciudadanía a un residente permanente alegando motivos de seguridad nacional

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Necesidad de una justificación razonable y objetiva, así como de un fin legítimo, para establecer distinciones relacionadas con las características individuales enumeradas en el artículo 26, entre las que figura "otra condición social"

Artículo del Pacto: 26

Artículo del Protocolo Facultativo: 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Ausencia de violación

1. El autor de la comunicación es el Sr. Vjatšeslav Borzov, supuestamente apátrida, nacido en Kurganinsk (Rusia) el 9 de agosto de 1942 y residente en la actualidad en Estonia. El autor afirma ser víctima de violaciones por Estonia del artículo 26 del Pacto. No está representado por abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 Entre 1962 y 1967 el autor asistió a la Escuela Naval Superior de Sebastopol, en la que se especializó en ingeniería electroquímica militar. Después de graduarse, prestó servicios en Kamchatka hasta 1976 y posteriormente en Tallín como director de una factoría militar hasta 1986. El 10 de noviembre de 1986, el autor fue dado de baja del servicio con el rango de capitán por causa de enfermedad. El autor ha trabajado, desde 1988, como jefe de departamento en una empresa privada y está casado con una mujer naturalizada estonia. En 1991 Estonia obtuvo la independencia.

2.2 El 28 de febrero de 1994, el autor solicitó la ciudadanía estonia. En 1994 entró en vigor un acuerdo

entre Estonia y la Federación de Rusia con respecto a la retirada de las tropas estacionadas en el territorio de la primera (el tratado de 1994). En 1995 el autor obtuvo un permiso de residencia en Estonia, de conformidad con las disposiciones de la Ley de extranjería respecto de las personas que se habían asentado en Estonia antes de 1990. En 1996 entró en vigor un acuerdo entre Estonia y la Federación de Rusia sobre la regulación de las cuestiones relativas a las garantías sociales de los oficiales retirados de las fuerzas armadas de la Federación de Rusia en el territorio de la República de Estonia (el tratado de 1996). De conformidad con este tratado, la pensión del autor es abonada por la Federación de Rusia. Tras algunas demoras ocasionadas por deficiencias en los materiales de archivo, el 29 de septiembre de 1998 el Gobierno de Estonia, por Orden N° 931-k, rechazó la solicitud. La denegación se basaba en el artículo 8 de la Ley de ciudadanía de 1938, así como en el artículo 32 de la Ley de ciudadanía de 1995, que prohibía la concesión de la ciudadanía a los oficiales militares de carrera de las fuerzas armadas de un país extranjero que hubieran sido dados de baja o estuvieran retirados.

2.3 El 23 de abril de 1999, el Tribunal de Distrito de Tallín (Sala de lo Administrativo) rechazó el recurso del autor contra esta denegación y afirmó que, aunque la Ley de 1938 (que era aplicable en el caso del autor) no contenía la exención específica que se encuentra en el artículo 32 de la Ley de 1995, el rechazo de esta solicitud entraba en las competencias del Gobierno. El 7 de junio de 1999, el Tribunal de Apelación de Tallín estimó el recurso del autor contra la decisión del Tribunal de Distrito y declaró que el rechazo de la solicitud del autor por parte del Gobierno era ilegal. El Tribunal consideró que, al limitarse a citar una disposición general de la ley en lugar de justificar el motivo individual por el que se rechazaba la solicitud del autor, el Gobierno no había justificado suficientemente la decisión y había impedido verificar si se había violado el derecho del autor a la igualdad.

2.4 El 22 de septiembre de 1999, tras volver a examinar el caso, el Gobierno, por Decreto N° 1001-k, rechazó una vez más la solicitud por motivos de seguridad nacional. En esta orden se tuvo en cuenta explícitamente la edad del autor, la formación que recibió entre 1962 y 1967, la duración de los servicios prestados en las fuerzas armadas de un "país extranjero" entre 1967 y 1986, el hecho de que en 1986 pasó a la reserva con el grado de capitán y el hecho de que era militar jubilado en virtud de lo dispuesto en la cláusula 3 del artículo 2 del tratado de 1996, con arreglo al cual su pensión era abonada por la Federación de Rusia.

2.5 El 4 de octubre de 2000, el Tribunal Administrativo de Tallín rechazó, en primera instancia, el recurso del autor contra la nueva denegación de la ciudadanía. A juicio del Tribunal, al autor no se le había denegado la ciudadanía porque hubiera actuado contra el Estado de Estonia y su seguridad en una posición en la que podía atentar contra la seguridad nacional de Estonia. El 25 de enero de 2001, el Tribunal de Apelación de Tallín rechazó la apelación del autor porque consideró que la Ley de ciudadanía enmendada en 1999 era la que se aplicaba en este caso y que, por tanto, el Gobierno había llegado adecuadamente a la conclusión de que, por las razones citadas, podía denegarse la ciudadanía al autor por motivos de seguridad nacional. Señaló que no existía la necesidad de abrir un proceso por una amenaza concreta que presentase el autor, ya que no se había acusado al autor de estar implicado en actividades concretas contra el Estado de Estonia y su seguridad.

2.6 El autor recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, por entender que la ley aplicable a su caso era en realidad la Ley de 1938 y que la orden por la que el Gobierno le denegaba la ciudadanía estaba insuficientemente justificada, pues se refería solo a la ley y enumeraba circunstancias de hecho. A su juicio, estas circunstancias no demostraban que él constituyese una amenaza para la seguridad nacional. Afirmó también que el tribunal inferior no había examinado si la negativa en realidad no estaba basada discriminatoriamente en su pertenencia a un grupo social concreto, en violación del artículo 12 de la Constitución. El 21 de marzo de 2001, el Grupo de Selección de los Recursos del Tribunal Supremo no admitió a trámite el recurso.

La denuncia

3.1 El autor afirma que ha sido víctima de discriminación por motivo de su origen social, lo que viola la disposición del artículo 26 del Pacto. Sostiene que el párrafo 1 del artículo 21 de la Ley de ciudadanía¹

¹ El párrafo 1 del artículo 21 dispone, en los pasajes pertinentes:

Artículo 21 – Negativa a otorgar o a devolver la ciudadanía de Estonia

1) La ciudadanía de Estonia no se otorgará ni se devolverá a la persona que:

...

impone una restricción de derechos irrazonable e injustificada basada en la posición social o en el origen de la persona. Argumenta que en esta ley se sobreentiende que todos los extranjeros que han prestado servicios en fuerzas armadas suponen una amenaza para la seguridad nacional de Estonia, independientemente de las características individuales del servicio o formación concretos de que se trate. Afirmó también que no hay prueba ni de que los militares retirados planteen una amenaza en general ni de que el autor concretamente suponga una amenaza de este tipo. En efecto, el autor señala que, en lugar de anular su permiso de residencia por motivos de seguridad nacional, se le ha concedido una prórroga de cinco años. También afirma que la denegación de la ciudadanía por estos motivos contraviene un supuesto principio del derecho internacional según el cual no se puede considerar que una persona ha prestado servicios en una fuerza militar extranjera si, antes de la adquisición de la ciudadanía, prestó servicios en las fuerzas armadas de un país del que era nacional.

3.2 El autor afirma que el carácter discriminatorio de la ley está confirmado por el párrafo 2 del artículo 21 de la Ley de ciudadanía de 1995, que estipula que puede concederse la ciudadanía de Estonia a "una persona que se haya retirado de las fuerzas armadas de un Estado extranjero si esta persona ha estado casada durante al menos cinco años con una persona que adquirió la ciudadanía por nacimiento" [pero no por naturalización] y si el matrimonio no está disuelto. Afirmó que no hay ningún motivo racional por el que el matrimonio con una persona estonia por nacimiento reduciría o eliminaría un supuesto riesgo para la seguridad nacional. Por tanto, también se considera víctima de discriminación por motivo del estado civil de su esposa.

3.3 El autor afirma que, como consecuencia de esta posición jurídica, hay alrededor de 200.000 personas, es decir el 15% de la población, que residen permanentemente en el Estado parte pero siguen siendo apátridas. Como consecuencia de la violación del artículo 26, el autor pide compensación por los daños pecuniarios y no pecuniarios sufridos, así como por los gastos y costas que le ha acarreado la presentación de la denuncia.

2) No respete el orden constitucional y las leyes de Estonia;

3) Haya actuado en contra del Estado de Estonia y de su seguridad;

4) Haya cometido un delito penal por el que se le haya impuesto una pena de prisión de más de un año y cuyos antecedentes penales no hayan expirado o haya sido condenada repetidas veces mediante procedimientos penales por delitos cometidos intencionalmente;

5) Haya estado o esté empleada en ese momento por servicios de inteligencia o seguridad extranjeros;

6) Haya prestado servicios como miembro profesional de las fuerzas armadas de un Estado extranjero o haya sido asignada a las fuerzas de reserva de ese Estado o esté retirada de ellas, como tampoco se otorgará ni devolverá la ciudadanía de Estonia al cónyuge que entró en Estonia por haber sido destinado allí un miembro de las fuerzas armadas, por haber pasado a la reserva o por su jubilación.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 En una comunicación presentada el 30 de junio de 2003, el Estado parte refutó tanto la admisibilidad como el fondo de la comunicación. Con respecto a la admisibilidad, el Estado parte argumenta que el autor no ha agotado los recursos internos y que la comunicación es incompatible con las disposiciones del Pacto, así como manifiestamente infundada. En cuanto al fondo, argumenta que los hechos no revelan ninguna violación del Pacto.

4.2 El Estado parte afirma que el autor no presentó ninguna petición a la administración interesando el examen de la constitucionalidad de la Ley de ciudadanía. A este respecto, el Estado parte hace referencia a una resolución del 5 de marzo de 2001 en la que la Sala de Revisión Constitucional, respondiendo a una consulta del Tribunal Administrativo, declaró que algunas disposiciones de la Ley de extranjería, con arreglo a las cuales se había denegado el permiso de residencia al solicitante, eran inconstitucionales. Asimismo, con referencia a un fallo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1996 acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado parte observa que dicho Tribunal Supremo tiene la potestad de revocar la legislación nacional que contradice los tratados internacionales de derechos humanos.

4.3 El Estado parte argumenta que, como la igualdad ante la ley y la protección contra la discriminación son derechos protegidos tanto por la Constitución como por el Pacto, un recurso de inconstitucionalidad habría representado una vía disponible y efectiva. A la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, el Estado parte considera que una solicitud de este tipo habría tenido unas perspectivas razonables de éxito y que, por tanto, debería haberse presentado.

4.4 El Estado parte argumenta, además, que el autor no presentó un recurso ante el Canciller Jurídico para que este verificara la falta de conformidad de la ley impugnada con la Constitución o el Pacto. El Canciller Jurídico tiene jurisdicción para proponer que se revise la legislación que se considera inconstitucional o, si no se adopta ninguna medida legislativa, para presentar una petición a estos efectos ante el Tribunal Supremo. En "la mayoría de los casos", el Tribunal Supremo ha accedido a estas peticiones. Por consiguiente, si el autor se consideraba incapaz de presentar el recurso de inconstitucionalidad pertinente, podía haber solicitado al Canciller Jurídico que lo hiciera.

4.5 En cualquier caso, el Estado parte afirma que el autor no ha presentado ante los tribunales locales la denuncia concreta por discriminación basada en la situación de su esposa y que, por tanto, esta denuncia debe rechazarse por no haberse agotado los recursos internos.

4.6 El Estado parte sostiene además que la comunicación es inadmisibles porque es incompatible con las disposiciones del Pacto. Señala que el derecho a la ciudadanía, y mucho menos a una ciudadanía

concreta, no figura en el Pacto y que la legislación internacional no impone ninguna obligación de conceder incondicionalmente la ciudadanía a una persona que reside de forma permanente en un país. Por el contrario, en virtud de la legislación internacional, todos los Estados tienen derecho a determinar quién, y de qué manera, puede convertirse en ciudadano. Al hacerlo, el Estado también tiene el derecho y la obligación de proteger a su población, lo que incluye las consideraciones de seguridad nacional. El Estado parte remite al dictamen del Comité en el caso *V. M. R. B. c. el Canadá*², en el que, al considerar que no se había producido violación de los artículos 18 ni 19 en la deportación de un extranjero, el Comité observó que no era de su competencia juzgar la apreciación por un Estado soberano del peligro que represent[ase] un extranjero para su seguridad. Por consiguiente, el Estado afirma que la negativa a conceder la ciudadanía por motivos de seguridad nacional no interfiere y no puede interferir con ninguno de los derechos del autor en virtud del Pacto. Así pues, la denuncia es inadmisibles *ratione materiae* según el Pacto.

4.7 Por los motivos que se exponen a continuación con respecto al fondo de la comunicación, el Estado parte afirma también que la comunicación es manifiestamente infundada, ya que no se aprecia en ella ninguna violación del Pacto.

4.8 Con respecto al fondo de la denuncia en relación con el artículo 26, el Estado parte remite a la jurisprudencia establecida por el Comité de que no todas las diferencias de trato son discriminatorias; más bien, las diferencias justificadas por un fundamento razonable y objetivo son coherentes con lo expuesto en el artículo 26. El Estado parte afirma que la prohibición contenida en su legislación de otorgar la ciudadanía a las personas que han prestado servicios como miembros profesionales de las fuerzas armadas de un país extranjero se basa en motivos históricos y que también debe considerarse a la luz del tratado firmado con la Federación de Rusia acerca de la situación y los derechos de los antiguos oficiales militares.

4.9 El Estado parte explica que el 31 de agosto de 1994 las tropas de la Federación de Rusia se habían retirado según lo dispuesto en el tratado de 1994. La situación social y económica de los militares jubilados se reguló con el tratado de 1996, un tratado independiente, con arreglo al cual estos y sus familiares recibieron un permiso de residencia en Estonia previa presentación de una solicitud personal y con arreglo a las listas facilitadas por la Federación de Rusia. En virtud de este acuerdo, se concedió al autor un permiso de residencia que le permitió permanecer en el país tras la retirada de las tropas rusas. Sin embargo, el acuerdo no exigía que Estonia concediese la ciudadanía a personas que habían prestado servicios en calidad de miembros profesionales de las fuerzas armadas de un país extranjero. Por tanto, como la situación del autor está regulada por un tratado

² Caso N° 236/1987, dictamen aprobado el 18 de julio de 1988.

distinto, el Estado parte alega que el Pacto no se aplica al autor.

4.10 El Estado parte argumenta que la restricción de la concesión de la ciudadanía es necesaria por motivos de seguridad nacional y de orden público. También es necesaria en una sociedad democrática para proteger la soberanía del Estado y es proporcional al objetivo estipulado en la ley. En la orden por la que se rechazaba la solicitud del autor, el Gobierno justificó su decisión de forma razonada, aduciendo motivos que, a juicio del Estado parte, eran pertinentes y suficientes. Al aprobar la ley en cuestión también se tuvo en cuenta que, en determinadas condiciones, los antiguos miembros de las fuerzas armadas podían poner en peligro la integridad estatal de Estonia desde el interior. Esto se aplica especialmente a las personas asignadas a la reserva, ya que están familiarizadas con las circunstancias de Estonia y pueden ser llamadas a prestar servicios en las fuerzas de un país extranjero.

4.11 El Estado parte insiste en que al autor no se le denegó la ciudadanía por su origen social, sino por consideraciones de seguridad muy particulares. Con respecto a la disposición de la ley que permite la concesión de la ciudadanía al cónyuge de un estonio por nacimiento, el Estado parte afirma que esta consideración no se aplica al presente caso porque la solicitud del autor se rechazó únicamente por motivos de seguridad nacional. Incluso aunque la esposa del autor *hubiera sido* estonia de nacimiento, el Gobierno también habría tenido que realizar la misma evaluación con respecto a la seguridad nacional antes de otorgarle la ciudadanía. El Estado parte invita al Comité a que acepte, como cuestión de hecho y prueba, la evaluación, realizada por el Gobierno y confirmada por los tribunales, del riesgo que constituye el autor para la seguridad nacional.

4.12 Por consiguiente el Estado parte afirma que el autor no fue tratado de manera diferente de otras personas que han prestado servicios profesionales en fuerzas armadas extranjeras, ya que la ley no permite la concesión de la ciudadanía a esas personas. Como no se hizo ninguna distinción por motivos de la condición de la esposa (ya que la decisión se adoptó por motivos de seguridad nacional), ni se discriminó al autor por motivos de situación social o familiar, el Estado parte argumenta que la denegación, adoptada con arreglo a la ley, no fue arbitraria y no ha tenido consecuencias negativas para el autor, que sigue viviendo en Estonia con su familia gracias al permiso de residencia. La denuncia con respecto a una violación a gran escala de derechos en otros casos también debería desestimarse como *actio popularis*.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 Por carta de fecha 27 de agosto de 2003, el autor respondió a las observaciones del Estado parte. Para empezar, afirma que su denuncia no se basa en la excepción de la Ley de ciudadanía relativa a los cónyuges estonios de nacimiento, sino que se refiere

más bien al párrafo 1 del artículo 21 de la Ley de ciudadanía, que a su juicio es contrario al Pacto porque carece de una base razonable y objetiva y no es proporcional ni persigue un fin legítimo. En todos los procesos que entabló a nivel nacional planteó sin éxito el carácter supuestamente discriminatorio de esta disposición. El autor sostiene que el rechazo por parte de los tribunales de sus denuncias por discriminación ilustra que no gozó de la protección de la ley en condiciones de igualdad y demuestra que no cuenta con un recurso efectivo.

5.2 En cuanto a la posibilidad de recurrir al Canciller Jurídico, el autor señala que este le aconsejó que entablara un proceso judicial. Como el autor deseaba protestar contra una decisión específica que le concernía, la cuestión no se refería a la legislación de aplicación general, que constituye el ámbito del mandato del Canciller. En cualquier caso, el Canciller debe rechazar las solicitudes si la cuestión de que se trata es, o ha sido, objeto de un proceso judicial.

5.3 En cuanto a las cuestiones sustantivas, el autor afirma, con referencia a la jurisprudencia establecida por el Comité, que las protecciones del artículo 26 se aplican a todas las medidas legislativas adoptadas por el Estado parte, incluida la Ley de ciudadanía. Argumenta que ha sido víctima de una violación de su derecho a la igualdad ante la ley, ya que a otras personas (sin especificar la cifra) se les ha concedido la ciudadanía en Estonia a pesar de haber prestado servicios anteriormente en las fuerzas armadas de un Estado extranjero (incluida la antigua URSS). Por tanto, en este caso la denegación es arbitraria y no objetiva, y viola la garantía de igualdad de aplicación.

5.4 El autor observa que, como consecuencia de la negativa a concederle la ciudadanía, sigue siendo apátrida, mientras que el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia el derecho a la nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de ella. En este contexto, afirma que el artículo 26 también impone al Estado parte el deber positivo de poner remedio a la discriminación que sufre el autor, junto con muchos otros que llegaron a Estonia después de 1940, pero son únicamente residentes permanentes.

5.5 El autor rechaza la afirmación de que en dos ocasiones se le denegó la ciudadanía por motivos de seguridad nacional. En la primera ocasión, él y otros 35 fueron rechazados simplemente por haber pertenecido a las antiguas fuerzas armadas de la URSS. En la segunda ocasión, la conclusión por motivos de seguridad nacional se basó en los elementos personales que se acaban de exponer. A juicio del autor, esto contradice otras leyes: su permiso de residencia se prorrogó por cinco años más, cuando la Ley de extranjería dispone que si una persona representa una amenaza para la seguridad nacional no se le otorgará ni prorrogará el permiso de residencia y deberá ser deportada. El autor sostiene que en su caso no se da ninguna de las circunstancias que la Ley de extranjería describe como un peligro para la seguridad del Estado.

5.6 Por el contrario, el autor argumenta que nunca ha representado ni representa en la actualidad una amenaza de este tipo. Se describe a sí mismo como un electricista apátrida y jubilado, sin antecedentes penales y que nunca ha sido procesado. Además, al ser apátrida, no puede ser llamado a filas en las fuerzas armadas de ningún Estado extranjero. No existe una necesidad social apremiante de no concederle la ciudadanía y, por tanto, no hay motivos pertinentes y suficientes para justificar el trato discriminatorio de que es objeto.

5.7 El autor señala también que, en virtud de lo dispuesto en el tratado de 1996, los militares dados de baja (a excepción de los que representan una amenaza para la seguridad nacional) obtendrán la residencia en Estonia (párrafo 1 del artículo 2) y que Estonia se comprometió a reconocer derechos y libertades a dichos militares con arreglo al derecho internacional (art. 6). El autor dice que, al contrario de lo que sugiere el Estado parte, no recibió su permiso de residencia de conformidad con lo dispuesto en el tratado de 1996, sino que por primera vez se lo concedieron en 1995 en virtud del párrafo 2 del artículo 20 de la Ley de extranjería en su calidad de extranjero que se estableció en Estonia antes de julio de 1990 y que estaba registrado de manera permanente.

5.8 El autor afirma también que ni en el tratado de 1994 ni en el de 1996 se abordan las cuestiones de la ciudadanía o la condición de apátridas de los antiguos militares. Por tanto, estos tratados no se aplican a la presente denuncia formulada en virtud del Pacto. El autor rechaza también que haya motivos históricos que puedan justificar la discriminación que sufre. Señala que, tras la disolución de la URSS, lo hicieron apátrida en contra de su voluntad y que el Estado parte, en el que ha residido durante un largo período, le ha denegado repetidas veces la ciudadanía. De ahí que se pregunte si seguirá siendo apátrida durante el resto de su vida.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar la reclamación que figura en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha reclamación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 El Comité ha comprobado, en cumplimiento del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.3 En la medida en que el autor mantiene una denuncia de discriminación basada en la condición social o el origen de su esposa, el Comité observa que el autor no planteó esta cuestión en ningún momento ante los tribunales nacionales. Por consiguiente, esta denuncia debe declararse inadmisibles en virtud de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, ya que no se han agotado los recursos internos.

6.4 En cuanto al argumento del Estado parte de que la denuncia de violación del artículo 26 también es inadmisibles, ya que podría haberse presentado un recurso de inconstitucionalidad, el Comité observa que el autor argumentó constantemente ante los tribunales nacionales, hasta alcanzar el nivel del Tribunal Supremo, que el rechazo de su petición de ciudadanía por motivos de seguridad nacional violaba las garantías de igualdad de la Constitución de Estonia. En vista del rechazo de estos argumentos por parte de los tribunales, el Comité considera que el Estado parte no ha demostrado que un recurso de este tipo podría tener perspectivas de prosperar. Asimismo, con respecto a la vía del Canciller Jurídico, el Comité observa que el autor no podía acceder a este recurso una vez que había iniciado un proceso en los tribunales nacionales. Por consiguiente, esta reclamación no es inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos.

6.5 El Comité toma nota de la argumentación del Estado parte en el sentido de que el Pacto no se aplica *rationae materiae* porque firmó, después de haber ratificado el Pacto, el tratado de 1994 con la Federación de Rusia relativa a los permisos de residencia en Estonia para ex militares retirados rusos. Considera, no obstante, que, de conformidad con los principios generales del derecho de los tratados, que figuran en los artículos 30 y 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la subsiguiente entrada en vigor de un tratado bilateral no menoscaba la aplicabilidad del Pacto.

6.6 En cuanto a los restantes argumentos del Estado parte, el Comité observa que el autor no ha afirmado que tenga un derecho incontestable a la ciudadanía, sino más bien que el rechazo de su solicitud de ciudadanía por motivos de seguridad nacional viola su derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley. Esta denuncia entra en el ámbito del artículo 26 y está, a juicio del Comité, suficientemente demostrada, a efectos de su admisibilidad.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2 Por lo que respecta al fondo de la denuncia admisible en relación con el artículo 26, el Comité remite a su jurisprudencia en el sentido de que una persona puede verse privada de su derecho a la igualdad ante la ley si se le aplica una disposición de la ley de forma arbitraria, es decir, que la ley se aplica en su detrimento y dicha aplicación no se basa en motivos razonables y objetivos³. En el presente caso, el Estado parte ha invocado la seguridad nacional, fundamento previsto en la ley, para negarse a conceder la ciudadanía al autor teniendo en cuenta sus circunstancias personales concretas.

³ Véase el caso *Kavanagh c. Irlanda* (Nº 1), caso Nº 819/1998, dictamen aprobado el 4 de abril de 2001.

7.3 Aunque el Comité reconoce que el Pacto permite explícitamente, en determinadas circunstancias, que un Estado parte invoque consideraciones de seguridad nacional para justificar la adopción de determinadas medidas, subraya que esta invocación no exime automáticamente al Comité de examinar a fondo una cuestión. Por consiguiente, de la decisión del Comité en las circunstancias particulares de *V. M. R. B.*⁴ no debería inferirse que el Comité estima que debe abstenerse de investigar de manera apropiada el peso que debe concederse a un argumento relacionado con la seguridad nacional. Si bien es cierto que no puede dejar a la discreción irrestricta de un Estado parte el decidir que existen, en un caso específico, razones de seguridad nacional, reconoce que su propia función al examinar la existencia y pertinencia de esas consideraciones dependerá de las circunstancias del caso y de lo dispuesto en el Pacto al respecto. Si bien los artículos 19, 21 y 22 del Pacto establecen un criterio de necesidad en relación con las restricciones basadas en la seguridad nacional, los criterios aplicables en virtud del artículo 26 son de naturaleza más general y exigen una justificación razonable y objetiva, así como un fin legítimo, para establecer distinciones relacionadas con las características individuales enumeradas en el artículo 26, incluida la "otra condición social". El Comité acepta que consideraciones relacionadas con la seguridad nacional puedan servir a un fin específico en el ejercicio de su soberanía por un Estado parte en lo relativo a la concesión de la ciudadanía de ese Estado, al menos cuando un Estado que acaba de acceder a su independencia invoca inquietudes en materia de seguridad en relación con su condición anterior.

⁴ *Op. cit.*

7.4 En el presente caso, el Estado parte llegó a la conclusión de que la concesión de la ciudadanía al autor plantearía problemas de seguridad nacional en general debido a la duración y el nivel de la formación militar del autor, a su rango y a su experiencia en las fuerzas armadas de la antigua URSS. El Comité observa que el autor tiene un permiso de residencia emitido por el Estado parte y que continúa percibiendo su pensión al tiempo que vive en Estonia. Si bien el Comité es consciente de que la falta de ciudadanía estonia afectará al disfrute por parte del autor de ciertos derechos amparados por el Pacto, señaladamente los enumerados en el artículo 25, observa que ni el Pacto ni el derecho internacional en general establecen criterios específicos para conceder la ciudadanía mediante la naturalización, y que el autor vio amparado su derecho a que los tribunales del Estado parte revisaran la denegación de su solicitud de ciudadanía. Observando, además, que la función de los tribunales del Estado parte en el examen de las decisiones administrativas, inclusive las adoptadas en relación con la seguridad nacional, parece acarrear un examen genuino y sustantivo, el Comité concluye que el autor no ha fundamentado su alegación de que la decisión adoptada por el Estado parte en relación con el autor no se basó en consideraciones razonables y objetivas. En consecuencia, en las presentes circunstancias del caso, el Comité no alcanza a ver cómo se ha podido violar el artículo 26 del Pacto.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí no ponen de manifiesto una violación del artículo 26 del Pacto.

Comunicación N° 1155/2003

Presentada por: Unn y Ben Leirvåg y su hija Guro, Richard Jansen y su hija Maria, Birgit y Jens Orning y su hija Pia Suzanne, e Irene Galåen y Edvin Paulsen y su hijo Kevin Johnny Galåen (representados por el abogado Laurentz Stavrum, del bufete Stavrum, Nystuen & Bøen)

Presunta víctima: Los autores

Estado parte: Noruega

Fecha de aprobación del dictamen: 3 de noviembre de 2004 (82° período de sesiones)

Asunto: Enseñanza obligatoria de materias religiosas en las escuelas

vicciones – Derecho a la vida privada – Discriminación

Cuestiones de procedimiento: Concepto de víctima – Mismo asunto (diferentes autores) – Agotamiento de los recursos internos

Artículos del Pacto: 17, 18 y 26

Artículos del Protocolo Facultativo: 1 y 5, párrafo 2 a)

Cuestiones de fondo: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión – Derecho de los padres a asegurar la educación moral y religiosa de sus hijos conforme a sus propias con-

Conclusión: Violación (artículo 18, párrafo 4)

1. Los autores de la comunicación son la Sra. y el Sr. Unn y Ben Leirvåg y su hija Guro, el Sr. Richard

Jansen y su hija Maria, la Sra. y el Sr. Birgit y Jens Orning y su hija Pia Suzanne, y la Sra. Irene Galåen y el Sr. Edvin Paulsen y su hijo Kevin Johnny Galåen. Todos ellos son ciudadanos noruegos que afirman ser víctimas de la violación de los artículos 17, 18 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte de Noruega. Están representados por abogado.

Los hechos generales expuestos por los autores

2.1 Noruega tiene una religión y una Iglesia estatales, de la que son fieles el 86% aproximadamente de los habitantes. En el artículo 2 de la Constitución del país se dispone que la religión evangelicoluterana continuará siendo la religión oficial del Estado y también que "los habitantes que la profesen están obligados a dar educación a sus hijos en el seno de la misma". La religión cristiana se ha enseñado desde que se implantó la enseñanza obligatoria en 1739, pero, desde que se promulgó la Ley de no conformismo o disensión de 1845, se ha concedido a los niños de otras creencias el derecho a estar exentos de tal enseñanza.

2.2 Al mismo tiempo, los alumnos que gozaban de esta exención tenían derecho a tomar otra asignatura no confesional sobre "filosofía de la vida", aunque no estaban obligados a ello, y la asignatura no estaba inscrita en el mismo marco básico que las demás, por ejemplo en lo que se refería al número de horas lectivas. Así pues, había alumnos que no tomaban la asignatura de religión cristiana ni la de filosofía de la vida.

2.3 En agosto de 1997, el Gobierno de Noruega introdujo en el sistema escolar del país una nueva asignatura obligatoria de contenido religioso titulada "Nociones de cristianismo y educación religiosa y moral" (a la que se denominará en adelante, en la presente recomendación, "Nociones"), que sustituyó a las anteriores asignaturas de religión cristiana y de filosofía de la vida. Solo estaba prevista la exención de esta nueva asignatura para ciertos sectores limitados de la enseñanza. En el párrafo 4 del artículo 2 de la nueva Ley de educación se dispone que la enseñanza que se imparta en la asignatura "Nociones" se basará en la cláusula sobre la finalidad cristiana de la escuela¹ y

¹ El párrafo 4 del artículo 2 de la Ley de educación dispone lo siguiente: "Enseñanza de la asignatura "Nociones". Exención de la reglamentación, etc.: La enseñanza de la asignatura "Nociones":

- Impartirá amplios conocimientos de la Biblia y del cristianismo como patrimonio cultural, así como de la fe evangélica luterana;
- Impartirá conocimientos de otras confesiones cristianas;
- Impartirá conocimientos de otras religiones del mundo y de otras filosofías de la vida, así como de temas éticos y filosóficos;
- Fomentará la comprensión y el respeto de los valores cristianos y humanistas, y
- Fomentará la comprensión, el respeto y la capacidad de mantener el diálogo entre personas que sustenten diferentes opiniones sobre las creencias y la filosofía de la vida.

proporcionará "amplios conocimientos de la Biblia y del cristianismo como patrimonio cultural, así como de la fe evangélica luterana". Durante la preparación de la ley, el Parlamento pidió al Ministerio que encargara una evaluación profesional de su relación con los derechos humanos. Dicha evaluación fue realizada por el magistrado del Tribunal de Apelación Erik Møse, quien dijo lo siguiente:

"En la situación actual, considero que la opción más segura es conceder un derecho general a la exención. Ello significará que los órganos internacionales de inspección no se ocuparán de las cuestiones relacionadas con las dudas que pueda suscitar la enseñanza obligatoria. Sin embargo, no puedo afirmar que la exención parcial contravenga las convenciones. La premisa es que se establece un arreglo que queda prácticamente dentro del marco de estas. Dependerá en gran parte del futuro proceso legislativo y de la manera en que la asignatura se imparta en la práctica."

2.4 En la circular distribuida por el Ministerio sobre el particular se dice que: "El alumno que solicite la exención deberá enviar una notificación por escrito a la escuela. En ella se debe exponer la razón de lo que percibe en las clases como la práctica de otra religión o la adhesión a una filosofía de la vida diferente". En una circular posterior del Ministerio se dispone que se deben aplicar criterios estrictos para evaluar las solicitudes de exención motivadas por razones diferentes de las determinadas por actividades claramente religiosas.

2.5 La Asociación Humanista de Noruega, a la que pertenecen los autores, contrató en el otoño de 2000 a un experto en psicología de las minorías para que estudiara cómo reaccionan los niños ante los conflictos en la formación y educación relacionadas con las filosofías de vida en la escuela y en el hogar, y

La asignatura "Nociones" será una asignatura escolar ordinaria a la que asistirán normalmente todos los alumnos. La enseñanza de la asignatura no entrañará predicación.

Los profesores que enseñen la asignatura "Nociones" tomarán como punto de partida la cláusula sobre la finalidad de las enseñanzas primaria y secundaria establecida en el artículo 1-2, así como el cristianismo, otras religiones y otras filosofías de la vida sobre la base de sus características distintivas. La enseñanza de los diferentes temas se basará en los mismos principios educacionales.

Si los padres lo solicitan por escrito, se eximirá a los alumnos de asistir a aquellas partes de la enseñanza que se dé en la escuela de que se trate y que, basándose en su propia religión o en su propia filosofía de la vida, consideren que constituyen la práctica de otra religión o la adhesión a otra filosofía de la vida. Esto podrá entrañar actividades religiosas dentro o fuera de la clase. Cuando se notifique la exención, la escuela, en la medida de lo posible y especialmente en la escuela primaria inferior, tratará de hallar soluciones que entrañen una enseñanza diferenciada dentro del programa de estudios.

Los alumnos que hayan cumplido 15 años podrán presentar por sí mismos una notificación escrita a efectos de lo dispuesto en el párrafo 4."

presentara un informe al respecto. Entre las personas entrevistadas figuraban los autores. Una de las conclusiones a que llegó el experto es que tanto los niños como los padres (y, con gran probabilidad, la escuela) tropiezan con conflictos de lealtad y con presiones para adaptarse a las normas y avenirse a cumplirlas, y que algunos de los niños son objeto de intimidación y se sienten indefensos. El informe fue comunicado al Estado parte y presentado como prueba en las actuaciones ante el Tribunal Supremo.

2.6 En vista de las críticas formuladas y del limitado derecho a exenciones, los legisladores decidieron que se evaluara la asignatura durante un período de tres años a partir de su introducción. El Ministerio encomendó la tarea al Consejo de Investigaciones de Noruega, que contrató a tres institutos de investigación para que la llevaran a cabo. En octubre de 2000 se publicaron los resultados en dos informes. En uno de ellos se concluía que "los arreglos de exención parcial no funcionaron de un modo que protegiera suficientemente los derechos de los padres". Posteriormente, el Ministerio publicó un comunicado de prensa en el que se afirmaba que "la exención parcial no funciona como estaba previsto y debe ser, pues, objeto de una revisión a fondo".

2.7 Se debatió el asunto en el Parlamento y se aprobó la propuesta de que, a partir del curso académico de 2002, la asignatura se llamase "Cristianismo y educación religiosa y moral general". Se insistió en que toda la enseñanza se basara en la cláusula sobre la finalidad cristiana de la escuela y que se dedicara al cristianismo el 55% de las horas lectivas, dejando un 25% para otras filosofías religiosas o de la vida y un 20% para temas filosóficos y éticos. Se publicó un formulario tipo de solicitud de exención de actividades religiosas a fin de simplificar los trámites. Se trataba de que no fuera necesario presentar la solicitud más de una vez por ciclo escolar, o sea, tres veces en todo el período de escolaridad. Se subrayó que la exención se aplicaba a las actividades religiosas, pero no al conocimiento de la religión. Posteriormente se estableció un Grupo sobre planes de estudio para que ayudara a la Junta de Enseñanza de Noruega a llevar a la práctica los cambios. Aunque la mayoría del Grupo votó en contra, el Ministerio incluyó en el plan de estudios revisado una cláusula para que la enseñanza de las religiones y filosofías de la vida que no estuvieran representadas en la comunidad local pudiera retrasarse de la escuela primaria al ciclo intermedio. Los autores sostienen que esto confirma la prioridad que se otorga a la identidad de la mayoría en perjuicio del pluralismo.

2.8 Varias organizaciones que representaban a minorías con distintos credos formularon serias objeciones al contenido de las "Nociones". Una vez comenzado el curso académico en otoño de 1997, varios padres, entre los que se contaban los autores, solicitaron la exención total de la enseñanza correspondiente. Las escuelas afectadas rechazaron las solicitudes, que tampoco prosperaron tras un recurso administrativo al Director Regional de Enseñanza, sobre la base de que la ley no autorizaba semejante exención.

2.9 El 14 de marzo de 1998, la Asociación Humanista de Noruega y los padres de ocho alumnos, entre ellos los autores en el caso que se examina, iniciaron una acción ante el Tribunal Municipal de Oslo, que desestimó los argumentos de los autores por fallo de 16 de abril de 1999. Después de interponer un recurso, el Tribunal de Apelación de Borgarting confirmó el 6 de octubre de 2000 esa decisión, que fue reconfirmada tras un nuevo recurso por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de agosto de 2001. Por esta razón, se afirma que se han agotado todos los recursos internos. Tres de los otros padres que se personaron en la causa ante el tribunal nacional, así como la Asociación Humanista de Noruega, decidieron elevar su queja al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los hechos expuestos por la Sra. y el Sr. Unn y Ben Leirvåg y su hija Guro

3.1 La Sra. y el Sr. Unn y Ben Leirvåg tienen una filosofía de la vida humanista y no religiosa. No desean que su hija asista a las clases sobre "Nociones", en las que se utilizan libros de texto que no concuerdan con su filosofía de la vida. Su hija Guro (nacida el 17 de febrero de 1991) empezó a asistir a la escuela Bratsbergkleiva, en Porsgrunn, en el otoño de 1997. Su solicitud de exención total de la asignatura de "Nociones" fue rechazada y Guro asistió a las clases correspondientes.

3.2 Mientras Guro asistía a las clases de "Nociones", sus padres se fueron dando cuenta de que la mayor parte del material utilizado en ellas consistía en relatos religiosos y mitología, que se ofrecían como única base para comprender el mundo y reflexionar sobre cuestiones éticas y morales. La Sra. Unn Leirvåg, que es profesora, recurrió a su competencia profesional para evaluar el plan y los programas de estudios, así como los libros de texto, y llegó a la conclusión de que, del primero al cuarto curso, el tema principal de la asignatura se exponía contando historias de la Biblia a los alumnos. Por lo tanto, con la asignatura "Nociones" se conseguía que la percepción de la realidad de los niños quedara estructurada por su honda inmersión en los relatos de la Biblia. Se comenzaba con historias del Antiguo Testamento; la enseñanza principal que de ellas se deducía era que lo peor que se puede hacer es desobedecer a Dios. Después se presentaban los Evangelios, entre cuyos ideales figura el tener fe en un líder y seguirlo. Venían después narraciones semejantes tomadas de otras religiones. Y esta era la base sobre la que se suponía que los alumnos aprenderían a pensar acerca de la manera en que debían comportarse. Se sostiene que las doctrinas religiosas constituyen una base de la que está ausente la crítica y que no da a la hija de los autores oportunidades ni medios de distanciarse de ellas o formular reservas al respecto. Guro empezó a utilizar ciertas expresiones que indicaban que lo que aprendía sobre el cristianismo era sinónimo de "bueno".

3.3 En contra de la voluntad de sus padres, Guro se encontró con que se le planteaba un conflicto de

lealtades entre la escuela y su casa. La situación ha llegado a un punto en el que Guro se siente obligada a contar a sus padres solo aquellas cosas de la escuela que cree que les van a resultar aceptables.

Los hechos expuestos por el Sr. Richard Jansen y su hija Maria

4.1 El Sr. Richard Jansen es un humanista que no desea que se enseñe a su hija una asignatura que ofrece la oportunidad de predicar una religión. Cuando su hija Maria (nacida el 3 de marzo de 1991) empezó a asistir a la escuela Lesterud de Bærum en otoño de 1997, el Sr. Jansen presentó en su nombre una solicitud de exención total de la asignatura "Nociones", solicitud que fue rechazada. Se le concedió una exención parcial a tenor de la nueva ley. Los autores consideraron que la exención parcial no funcionaba en la práctica y recurrieron esa decisión ante el Director de Enseñanza de Oslo y de Akershus, los cuales confirmaron el rechazo de la escuela por resoluciones de 25 de mayo de 1998 y enero de 2000.

4.2 Maria asistió a parte de las clases con arreglo a la exención parcial que le había sido concedida. Los autores afirman que algunas veces Maria regresaba de la escuela contando que se habían burlado de ella porque su familia no creía en Dios. Cuando llegaron las festividades navideñas, Maria fue seleccionada para aprenderse de memoria y recitar un texto cristiano. La escuela no pudo facilitar a sus padres un calendario con una reseña de los temas que se tratarían en la clase de Maria. Lo que se hizo fue remitirlos al programa principal de estudios y a los horarios semanales. Los padres de Maria la autorizaron a que no asistiera a ciertas clases durante su primer año de escuela. En esos casos se la puso en la cocina y se le dijo que dibujara, unas veces sola y otras con supervisión. Cuando sus padres se enteraron de que la cocina se utilizaba como castigo para los alumnos que se comportaban mal en clase, dejaron de autorizarla a no asistir a esas clases.

Los hechos expuestos por la Sra. y el Sr. Birgit y Jens Orning y su hija Pia Suzanne

5.1 La Sra. y el Sr. Birgit y Jens Orning son humanistas y miembros de la Asociación Humanista de Noruega. No desean que sus hijos reciban enseñanza religiosa que incluya adoctrinamiento. La asignatura "Nociones" influye sobre los niños en un sentido cristiano/religioso. Los autores estiman que el niño debe desarrollar su filosofía de la vida con libertad y naturalidad, cosa difícil de conseguir en el marco de esa asignatura.

5.2 Su hija Pia Suzanne (nacida el 23 de mayo de 1990) empezó la escolaridad en el otoño de 1997. Los padres solicitaron la exención total de la asignatura "Nociones" y su solicitud fue rechazada. Pia Suzanne se matriculó acogiéndose a la exención parcial de esa asignatura, pero este arreglo no funcionó conforme a los deseos de sus padres. Por ejemplo, Pia Suzanne, aunque

no tenía que asistir a las clases de religión con adoctrinamiento, estaba matriculada en ellas.

5.3 Los autores sostienen que, al menos en dos ocasiones, se ordenó a su hija que aprendiera y recitara salmos y textos de la Biblia con motivo de las festividades navideñas de fin de trimestre. También se pidió a los niños que se aprendieran de memoria varios salmos y textos bíblicos, cosa que queda confirmada en sus cuadernos escolares. A consecuencia de la enseñanza religiosa, Pia se encontró frecuentemente en un conflicto de lealtad entre su casa y su escuela. Sus padres decidieron trasladarse a otra parte del país donde pudieran matricularla en una escuela privada.

Los hechos expuestos por la Sra. Irene Galåen y el Sr. Edvin Paulsen, y su hijo Kevin Johnny Galåen

6.1 Los padres de Kevin Galåen (nacido el 18 de febrero de 1987) son humanistas y desean que su hijo reciba una enseñanza basada en criterios agnósticos y no dogmáticos. Estiman que la asignatura "Nociones" está concebida para absorber gradualmente a su hijo en la fe cristiana. Por esa razón, en otoño de 1997 solicitaron para Kevin la exención total de esa asignatura, pero se rechazó su solicitud. Kevin asistió a tres clases de "Nociones" y sus padres no solicitaron la exención parcial por considerar que en su caso no serviría para nada.

6.2 Kevin no entró en la escuela con una filosofía de la vida completamente hecha. Para sus padres es importante que pueda percibir la de ellos como un punto de partida natural en su tránsito hacia la edad adulta y en sus encuentros con otras filosofías. Los padres de Kevin consideran que la asignatura "Nociones" no satisface este requisito, porque basa en el cristianismo el tratamiento de cuestiones existenciales y utiliza métodos pedagógicos religiosos. La filosofía de la vida que ellos profesan solo está representada por pequeños fragmentos, carentes de un todo y de coherencia. Sostienen que la asignatura "Nociones" se concentra de manera excesiva en una sola religión.

La denuncia

7.1 Los autores alegan que el Estado parte ha violado su derecho a la libertad de religión, es decir, su derecho a decidir el tipo de filosofía de la vida, crianza y educación que deben tener sus hijos, así como su derecho a la vida privada. También alegan que el procedimiento de exención parcial viola la prohibición de la discriminación.

7.2 Aducen que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, consagrado en el artículo 18 del Pacto, también se aplica a las filosofías de la vida no religiosas, y que, de conformidad con el párrafo 4 de ese artículo, los padres tienen derecho a asegurarse de que sus hijos reciban educación de acuerdo con sus propias convicciones filosóficas, particularmente en la enseñanza obligatoria impartida por el Estado. Los autores se remiten al dictamen del Comité

en el caso *Hartikainen y otros c. Finlandia* (comunicación N° 40/1978) y a la Observación general N° 22 sobre el artículo 18, en particular los párrafos 3 y 6. También se remiten a las observaciones finales del Comité sobre el cuarto informe periódico de Noruega, en las que el Comité reitera su preocupación en relación con el artículo 2 de la Constitución, según el cual las personas que profesan la religión evangélica luterana tienen la obligación de educar a sus hijos en la misma fe y sostiene que esa disposición de la Constitución es "incompatible con el Pacto" (CCPR/C/79/Add.112, párr. 13).

7.3 En sus observaciones finales sobre el informe de Noruega, aprobadas el 2 de junio de 2000, el Comité de los Derechos del Niño también expresaba su preocupación por la asignatura "Nociones", en particular por el sistema de concesión de una exención que consideraba potencialmente discriminatoria (CRC/C/15/Add.126, párrs. 26 y 27).

7.4 El Estado parte ha alegado que es necesario que los niños comprendan y aprendan diversas filosofías de vida para elaborar su propia identidad en ese campo y adquirir un mayor grado de respeto por las demás filosofías de la vida y las demás religiones, pero los autores consideran que una asignatura religiosa obligatoria no es un medio adecuado para obtener el resultado deseado y que la introducción de "Nociones" ha menoscabado el respeto de sus propias filosofías de la vida.

7.5 Además, sostienen que la asistencia obligatoria a las clases de "Nociones" no es necesaria en una sociedad democrática, lo que queda demostrado con la ausencia de ese tipo de enseñanza obligatoria en Noruega antes de la introducción de "Nociones", al igual que en otros Estados europeos.

7.6 Los autores alegan que un medio más adecuado para alcanzar el resultado deseado sería reforzar la asignatura de filosofía de la vida que se impartía antes de "Nociones" e imponer su obligatoriedad para los alumnos que estén exentos de los estudios religiosos. La asignatura "Nociones" se basa en los principios cristianos y solo satisface el objetivo de fortalecer la identidad de los niños de familia cristiana. Por consiguiente, la obligatoriedad de la asignatura "Nociones" constituye una violación del derecho de los autores a adoptar una filosofía de la vida independiente.

7.7 En cuanto a los niños, sostienen que se viola su derecho a elegir y tener su propia religión o filosofía de la vida, porque la obligatoriedad de la asignatura "Nociones" los obliga a participar en un proceso de aprendizaje que incluye el adoctrinamiento en una concepción religiosa cristiana de la vida. Los autores no desean en absoluto que se les imponga esa concepción de la realidad.

7.8 El sistema de la exención parcial implica que habrá comunicación entre los padres y la escuela sobre lo que los primeros consideren problemático. Esto supone que la filosofía de la vida de los padres constituye la base para evaluar la exención, particularmente en los

primeros años de la escolaridad. El niño no elabora su propia filosofía de la vida de manera libre e independiente, sino que se lo obliga a desempeñar un papel subalterno con respecto a sus padres, lo que se contradice con el principio humanista del desarrollo del niño compartido por los familiares de los autores. La evaluación que hacen las autoridades para saber si hay motivos para presentar una solicitud de exención impone a los niños un conflicto de lealtad entre la escuela y los padres.

7.9 El procedimiento de exención parcial también exige que los autores digan a las autoridades escolares qué elementos de "Nociones" son incompatibles con sus propias convicciones y, en consecuencia, viola el derecho a la vida privada que les reconoce el artículo 17 del Pacto. En cuanto a los niños, los autores sostienen que se viola su derecho a la vida privada al involucrarlos en el proceso de exención.

7.10 Los autores sostienen que los hechos expuestos también constituyen una violación de los derechos que les reconoce el artículo 27 del Pacto.

7.11 Los autores también sostienen que el procedimiento de exención vigente impone requisitos más severos a los padres no cristianos que a los cristianos y que dicha imposición es discriminatoria, lo que viola el artículo 26 del Pacto. El procedimiento de exención exige que los autores tengan una idea clara de otras filosofías de la vida y de los métodos y prácticas educacionales, así como capacidad para formular sus opiniones y tiempo y oportunidad para seguir de cerca el procedimiento de exención en la práctica, mientras que esos requisitos no se aplican a los padres cristianos. El procedimiento de exención implica una estigmatización porque obliga a los autores a declarar qué elementos de la asignatura "Nociones" constituyen un problema respecto de su propia filosofía de la vida, que a su vez se presentará como una "desviación" de la filosofía de la vida que se tiene comúnmente. Se alega que la imposición a los autores de la obligación de revelar su propia filosofía de vida ante las autoridades escolares constituye una violación del artículo 26, considerado conjuntamente con los párrafos 1 a 4 del artículo 18.

7.12 Con respecto a los niños, se sostiene que la exención parcial significa que no participarán en la actividad establecida en el programa de estudios, sino que adquirirían gradualmente el mismo conocimiento del tema en cuestión que los demás alumnos. La concepción del material que tendrán los que estén exentos será, pues, cualitativamente inferior a la de los demás alumnos, lo que entraña la sensación de ser diferente, que puede experimentarse como un problema y crea una sensación de inseguridad y un conflicto de lealtad.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

8.1 El 3 de julio de 2003, el Estado parte formuló observaciones sobre la admisibilidad de la denuncia. Este impugna la admisibilidad basándose en que el mismo asunto está siendo examinado en virtud de otro procedimiento de investigación o arreglo internacional,

por no haberse agotado los recursos internos o no haberse fundamentado las alegaciones.

8.2 El Estado parte observa que, ante los tribunales noruegos, las denuncias de los autores relacionadas con la exención de la asignatura escolar titulada "Nociones de cristianismo y educación religiosa y moral" se juzgaron en una causa única, junto con las denuncias idénticas de otros tres grupos de padres. Las distintas partes estuvieron representadas por el mismo abogado (el mismo que en esta causa) y sus denuncias idénticas se tramitaron como una sola. No se intentó individualizar los casos de las distintas partes. Los tribunales nacionales dictaron un fallo único para todas las partes y ninguno de ellos estableció diferencias entre las partes. A pesar de haber defendido su causa conjuntamente ante los tribunales nacionales, las partes optaron por enviar denuncias tanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como al Comité de Derechos Humanos. Cuatro grupos de padres presentaron sus comunicaciones al Comité de Derechos Humanos y otros tres al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 20 de febrero de 2002. Las comunicaciones presentadas al Comité de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo son sumamente parecidas, de lo que se desprende que los autores se han asociado pero están tratando de obtener de ambos órganos internacionales la revisión de lo que en última instancia es una sola causa.

8.3 El Estado parte reconoce las conclusiones del Comité sobre la comunicación N° 777/1997², pero sostiene que el caso que se examina debe considerarse inadmisibles porque el mismo asunto está siendo examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sostiene que el presente caso difiere del de *Sánchez López* en que, en este último caso, los autores alegaron que "en la queja que se presentó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, aun versando sobre el mismo asunto, no existe coincidencia en la infracción ni en la víctima ni, por supuesto, en las resoluciones judiciales españolas, incluido el correspondiente recurso de amparo". En el presente caso se está apelando ante ambos órganos contra el mismo fallo del Tribunal Supremo de Noruega. Ese fallo tenía por objeto una cuestión de principio, a saber, la determinación de si la asignatura "Nociones" violaba las normas internacionales de derechos humanos.

8.4 Si la comunicación se considera admisible, los órganos internacionales deberán adoptar un criterio general, es decir, tendrán que averiguar si la asignatura en sí, en ausencia del derecho a una exención plena, viola el derecho a la libertad de religión. El objetivo principal del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo es impedir la duplicación del examen del mismo caso por órganos internacionales; ahora bien, esa duplicación es exactamente lo que están logrando las distintas partes en la causa sustanciada por los tribunales noruegos.

8.5 En cuanto a la cuestión del agotamiento de los recursos internos, el Estado parte sostiene que las quejas presentadas en virtud de los artículos 17 y 18 no se plantearon en los procesos entablados en el país, por lo que no se han agotado los recursos internos. Se refiere al párrafo 4 del artículo 2-4 de la Ley de educación, que autoriza la exención parcial de la asignatura "Nociones", es decir, de las partes de esa asignatura que, basándose en su propia religión o filosofía de la vida, los autores consideran como práctica de otra religión o adhesión a otra filosofía de la vida. Las escuelas deben autorizar la exención de las partes de la asignatura que razonablemente puedan considerarse como práctica de otra religión o adhesión a otra filosofía de la vida. La decisión de una escuela de no autorizar la exención puede ser objeto de un recurso administrativo interpuesto ante el Gobernador del condado, cuya decisión puede a su vez someterse a los tribunales para obtener la revisión judicial.

8.6 Los autores no aprovecharon la posibilidad de solicitar la exención parcial; sus causas tienen que ver con la solicitud de exención total de la asignatura "Nociones". La base para considerar que se han violado los artículos 17 y 18 tendría que encontrarse en la enseñanza impartida a los hijos de los autores. Sin embargo, esa violación podía haberse evitado mediante solicitudes de exención parcial. Para cumplir el requisito del agotamiento de los recursos internos, los autores tendrían primero que ejercer el derecho que les reconoce el párrafo 4 del artículo 2-4. Si la escuela y el Gobernador del condado no autorizaran exenciones parciales, los autores tendrían que solicitar la revisión judicial.

8.7 El Estado parte alega que las denuncias presentadas por los autores basándose en los artículos 26 y 27 no están suficientemente fundadas. En cuanto al artículo 26, señala que la cláusula de exención de la Ley de educación se aplica a todos los padres, cualquiera que sea su religión o su filosofía de la vida. Asimismo, el programa de la asignatura "Nociones" prevé la enseñanza de los principios del cristianismo y de otras religiones y filosofías de la vida, no entrañará adoctrinamiento y se fundará en los mismos principios educacionales³. Toda diferenciación entre cristianos y otros grupos se basa en criterios objetivos y razonables. La asignatura en cuestión tiene importantes objetivos culturales y educativos. Limitar las posibilidades de exención a las partes de la asignatura que razonablemente puedan considerarse como práctica de otra religión o adhesión a otra filosofía de la vida no puede considerarse una discriminación contraria al artículo 26.

8.8 En cuanto al artículo 27, el Estado parte señala que los autores simplemente han invocado esa disposición sin intentar de alguna manera explicar la forma en que un grupo que se define como no cristiano puede constituir una minoría religiosa en el sentido del artículo 27.

8.9 El 9 de julio de 2003, el Relator Especial del Comité sobre nuevas comunicaciones y medidas

² *Sánchez López c. España* (777/1997), decisión adoptada el 22 de octubre de 1996.

³ Ley de educación, art. 2-4, párrs. 1 a 3.

provisionales se negó a separar la admisibilidad y el fondo de la denuncia.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

9.1 El 21 de noviembre de 2003, el Estado parte formuló observaciones sobre el fondo de la denuncia. La principal cuestión planteada en la causa sustanciada ante los tribunales del país era si la asignatura "Nociones" en general, en ausencia de una cláusula de exención total, violaba los tratados de derechos humanos ratificados por Noruega, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo tanto, todas las alegaciones formuladas en la comunicación que se estudia han sido evaluadas ya por los tribunales nacionales, incluido el Tribunal Supremo de Noruega. Este concluyó que la asignatura "Nociones", con su cláusula de exención parcial, era plenamente compatible con las normas internacionales de derechos humanos.

9.2 Cuando en 1995 las autoridades noruegas propusieron al Parlamento un nuevo plan nacional de estudios para la enseñanza obligatoria, la Comisión Permanente de Educación, Investigación y Asuntos Eclesiásticos del Parlamento ("Comisión de Educación") propuso que el plan de estudios incluyese una asignatura común en la que se enseñasen el cristianismo y otras convicciones religiosas y éticas. Como algunos elementos de la asignatura suscitaron preocupación respecto al derecho de los padres a garantizar la educación de sus hijos de conformidad con sus propias convicciones, la Comisión Permanente pidió al Gobierno que preparara directrices para la exención.

9.3 Posteriormente se prepararon propuestas de enmiendas y directrices para la exención parcial de la asignatura "Nociones". El Gobierno encomendó al Sr. Erik Møse, entonces juez del Tribunal de Apelación, la tarea de examinar hasta qué punto las obligaciones contraídas por Noruega podrían imponer limitaciones a la enseñanza obligatoria de las cuestiones relacionadas con la religión o la filosofía de la vida, y hasta qué punto se debería autorizar la exención de esa asignatura. En su informe el Sr. Møse concluyó, entre otras cosas, que una exención limitada sería en principio compatible con las obligaciones jurídicas internacionales de Noruega, siempre que se pudiera idear, dentro de los límites impuestos por las convenciones, un sistema para ponerla en práctica. Las conclusiones definitivas dependerían de la continuación del proceso de establecimiento del marco jurídico de la asignatura "Nociones", así como de la forma de impartir dicha asignatura en las escuelas.

9.4 En respuesta, el Ministerio de Educación propuso nuevas enmiendas a la Ley de educación de 1996, que entró en vigor el 1º de julio de 1997. El derecho de exención se limitó a las partes de la asignatura consideradas por los padres como práctica de otra religión o adhesión a otra filosofía de la vida.

9.5 El Estado parte considera que los derechos de los padres enunciados en el párrafo 4 del artículo 18 son la cuestión fundamental del caso. Su denuncia se basa en

su alegación de que la asignatura "Nociones" equivale a una prédica y a un adoctrinamiento y que no es ni objetiva, ni pluralista ni neutral, junto con el hecho de que la Ley de educación de 1998 no autoriza la exención total. El Estado parte sostiene que la asignatura "Nociones" es compatible con el Pacto. Sin embargo, en casos concretos la legislación, los reglamentos o las instrucciones aplicables pueden aplicarse incorrectamente. Algunos maestros tal vez incluyan temas o elijan palabras en la enseñanza que imparten que puedan considerarse adoctrinamiento, o determinados municipios o escuelas pueden aplicar la cláusula de exención de una manera incompatible con la ley y con la legislación secundaria.

9.6 Los padres que consideren que la enseñanza de esa asignatura equivale a un adoctrinamiento y no obtienen una exención disponen de varias vías de recurso. En primer lugar, la decisión de no autorizar la exención puede ser objeto de revisión administrativa o judicial. En segundo lugar, las denuncias de supuestas violaciones de los derechos humanos pueden presentarse ante los tribunales. En el caso que se examina, los autores no especificaron cuándo ni cómo fueron expuestos sus hijos a una instrucción equivalente a adoctrinamiento, de la que en vano solicitaron la exención prevista por la ley. Según la información de que dispone el Estado parte, no se rechazaron peticiones de exención parcial presentadas por ninguno de los autores ni, en realidad, se recurrió ningún rechazo ante los tribunales del país para obtener la revisión judicial.

9.7 Las opciones de procedimiento de los autores deben tener consecuencias sobre la admisibilidad y el fondo de su caso. La denuncia presentada en virtud del artículo 18 debe considerarse inadmisibles porque los autores no han agotado el recurso disponible y efectivo de solicitar la exención parcial. En segundo lugar, mientras no se haya solicitado esa exención no puede establecerse si sus hijos se vieron obligados a recibir la enseñanza en cuestión, en violación de los derechos reconocidos por el Pacto, por lo que los autores no pueden considerarse víctimas de una violación del artículo 18. En tercer lugar, en caso de que la comunicación se considere admisible, el hecho de que los padres no hayan impugnado la enseñanza impartida a sus hijos debe influir en el examen del fondo de la cuestión. El Comité debe limitar su examen a la cuestión general de si, en ausencia de una cláusula de exención total, la asignatura "Nociones" en sí viola los derechos de los padres. No existe ninguna base para examinar la experiencia individual de aprendizaje de los hijos de los autores.

9.8 En cuanto a las referencias de los autores a los libros de texto, el Estado parte señala que estos no se consideran parte del marco jurídico de la asignatura. La ley y los reglamentos confieren discrecionalidad a las escuelas con respecto a los libros de texto que deben utilizar en la enseñanza y hasta qué punto se deben utilizar libros de texto. No obstante, si el Comité debiera examinar la enseñanza particular impartida a los hijos de los autores, los autores no se han esforzado mucho por fundamentar su alegación de que esa enseñanza equivalía a un adoctrinamiento, lo que no puede bastar

para justificar la conclusión de que ha habido violación. Cabe señalar asimismo que el Estado parte proporcionó información sobre la nueva asignatura "Nociones" en su cuarto informe periódico presentado al Comité, y que el Comité, en sus observaciones finales, no expresó preocupación por la compatibilidad de la asignatura con el Pacto.

9.9 El Estado parte sostiene que de la Observación general N° 22 sobre el artículo 18 y de la decisión del Comité en *Hartikainen y otros c. Finlandia*⁴ puede inferirse que el párrafo 4 del artículo 18 no prohíbe la enseñanza obligatoria en la escuela de las cuestiones relacionadas con la religión y la filosofía de la vida, siempre que la instrucción se imparta de manera neutral y objetiva.

9.10 El Estado parte sostiene que la enseñanza religiosa impartida de manera neutral y objetiva es compatible con otros instrumentos de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo tanto, el párrafo 1 del artículo 18 no puede prohibir la enseñanza obligatoria destinada a "capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos" (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13, párr. 1) o a inculcar el respeto de "su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país del que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya" (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 29, párr. 1 c)). La asignatura "Nociones" tiene por finalidad promover la comprensión, la tolerancia y el respeto entre los alumnos de distinto origen, así como suscitar el respeto y la comprensión de la propia identidad, la historia nacional y los valores de Noruega, y de otras religiones y filosofías de la vida.

9.11 El Estado parte invoca la práctica en la aplicación del artículo 2 del Protocolo N° 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que incluye la obligación del Estado parte de respetar el derecho de los padres a garantizar esa educación y esa enseñanza de conformidad con sus propias convicciones religiosas y filosóficas. Se hace referencia a la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

9.12 El Estado parte alega que, en el asunto que se examina, el método del Comité debería ser doble. En primer lugar, el Comité debería determinar si la asignatura "Nociones" en general incluye el suministro de información y de conocimientos de una manera que no sea objetiva y neutral. En segundo lugar, con respecto a los elementos de la asignatura que no respeten esas normas, debería determinar si se han previsto de manera suficiente exenciones o alternativas

⁴ Comunicación N° 40/1978, dictamen aprobado el 9 de abril de 1981.

no discriminatorias que satisfagan los deseos de los padres.

9.13 Con respecto a la primera cuestión, se sostiene que la asignatura "Nociones" incluye solo unas pocas actividades que pueden considerarse de carácter religioso. Hasta 1997 la enseñanza del cristianismo se impartió como asignatura independiente en las escuelas de Noruega. En 1997 el Gobierno introdujo la asignatura "Nociones" para combatir los prejuicios y la discriminación y suscitar el respeto mutuo y la tolerancia entre los distintos grupos, religiones y filosofías de la vida, así como una mejor comprensión del origen y la identidad propios. Otro objetivo explícito era contribuir a la potenciación de una identidad cultural colectiva. El logro de estos objetivos exige que los miembros de los distintos grupos participen conjuntamente en la enseñanza. Por consiguiente, la asignatura "Nociones" no podría impartirse de conformidad con este propósito si cualquiera pudiera obtener fácilmente la exención total de la asignatura.

9.14 No se exige que los niños asistan a escuelas públicas. La Asociación Humanista de Noruega o los autores pueden crear escuelas privadas. Se trata de una alternativa realista y viable también en lo que respecta al riesgo económico, ya que el Estado sufraga más del 85% de todos los gastos relacionados con la gestión y el funcionamiento de las escuelas privadas.

9.15 Con respecto a la alegación de los autores de que la enseñanza del cristianismo lleva más tiempo que la de otras religiones y filosofías de la vida, se sostiene que la enseñanza del cristianismo en sí no puede plantear problemas desde el punto de vista del Pacto, ya que se imparte de manera objetiva y neutral. También se hace referencia a la decisión pertinente de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

9.16 En respuesta a la objeción de los autores respecto a la llamada "cláusula sobre la finalidad cristiana"⁵ del párrafo 1 del artículo 1-2 de la Ley de educación, el Estado parte sostiene que, según esa propia cláusula, esta solo se aplicará con el acuerdo y la cooperación de la familia. Asimismo, en virtud del artículo 3 de la Ley de derechos humanos de Noruega, el artículo 1-2 de la Ley de educación debe interpretarse y aplicarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos que se han incorporado en la legislación nacional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Convenio Europeo de Derechos Humanos). En consecuencia, la cláusula sobre la finalidad cristiana no autoriza la predicación o el adoctrinamiento en las escuelas noruegas. Esta fue la conclusión del Tribunal Supremo en el caso de los autores.

9.17 En cuanto a la segunda cuestión, se sostiene que se han adoptado medidas suficientes para otorgar exenciones o alternativas a fin de satisfacer a todos los padres en lo que respecta a las actividades que pueden

⁵ Véase la nota de pie de página 1.

considerarse de carácter religioso. Esta solución tenía por finalidad satisfacer los intereses contradictorios del reconocimiento del derecho de los padres a garantizar la educación de sus hijos de conformidad con sus propias convicciones religiosas y filosóficas, reconociendo a la vez que la sociedad tenía un interés legítimo en promover el respeto mutuo, la comprensión y la tolerancia entre los alumnos de distinto origen.

9.18 El mecanismo más importante es la disposición⁶ que autoriza la exención de las partes de los cursos que se consideran como práctica de otra religión o filosofía de la vida, basándose en la notificación presentada por escrito por los padres interesados. En los trabajos preparatorios se establecen nuevas directrices para autorizar esa exención. Las actividades que admiten exención se agrupan en dos categorías diferentes. En primer lugar, se concederá la exención cuando se la solicite para actividades que claramente puedan considerarse de carácter religioso. Para esas actividades, los padres no están en absoluto obligados a justificar su solicitud. En 2001 el Ministerio simplificó el procedimiento de exención elaborando un formulario de notificación que puede utilizarse para reclamar la exención de ocho actividades específicas distintas, como aprender de memoria plegarias, declaraciones de fe y textos religiosos, cantar himnos religiosos, asistir a servicios religiosos, realizar visitas a iglesias, producir ilustraciones religiosas, desempeñar roles activos o pasivos en dramatizaciones religiosas o recibir escrituras sagradas de regalo y participar en actividades públicas en este contexto. Los padres pueden reclamar la exención de esas actividades simplemente marcando las casillas de las religiones correspondientes. En segundo lugar, la exención puede concederse para otras actividades, siempre que se las pueda considerar razonablemente como práctica de otra religión o adhesión a otra filosofía de la vida. En estos casos, los padres deben presentar una breve fundamentación de su solicitud para permitir que las escuelas determinen si su actividad puede considerarse razonablemente como práctica de otra religión o adhesión a otra filosofía de la vida.

9.19 El segundo mecanismo, cuya finalidad es resolver los problemas que surjan teniendo en cuenta las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, implica ejercer flexibilidad en la enseñanza, en la medida de lo posible y teniendo en cuenta el origen de los alumnos.

9.20 En cuanto a la supuesta violación del artículo 26, el Estado parte sostiene que imponer obligaciones o normas generales y a la vez autorizar exenciones siempre que se cumplan determinados criterios es una manera eficaz y admisible de gobernar y no contraviene el artículo 26. Esos métodos de gobierno invariablemente exigirán que los propios ciudadanos determinen si cumplen los requisitos para la exención y que la soliciten debidamente, de la manera y dentro de los plazos establecidos, y el Estado parte no considera que esos regí-

menes legales sean discriminatorios. La cláusula de exención no distingue entre cristianos y no cristianos.

9.21 Sea como fuere, las obligaciones impuestas por la cláusula de exención no pueden considerarse desproporcionadas o irrazonables. Los padres no deben justificar la solicitud de exención en los casos en que las actividades puedan considerarse claramente de carácter religioso. En el párrafo 6 de la Observación general N° 22, el Comité parece aceptar los sistemas en que la norma general es que los niños deben asistir a las clases con la posibilidad de eximirse de la enseñanza de determinada religión. Otras asignaturas, como la historia, la música, la educación física o los estudios sociales, también pueden plantear cuestiones religiosas o éticas, por lo que la cláusula de exención se aplica a todas las asignaturas. El Estado parte considera que el único sistema viable para esas asignaturas y la asignatura "Nociones" es autorizar exenciones parciales. Si esto se considerase discriminatorio, el artículo 26 impediría poner en práctica la mayor parte de la enseñanza obligatoria.

9.22 En cuanto a la presunta violación del artículo 17, basada en que los padres que solicitan la exención parcial deben revelar elementos de su filosofía de la vida y sus creencias a las autoridades y al personal escolar, el Estado parte sostiene que los padres solo tienen que justificar las actividades que de manera evidente no se presenten como una práctica de determinada religión o la adhesión a una filosofía de vida diferente. En los casos en que hay que dar razones, no se pide a los padres que faciliten información sobre sus propias convicciones religiosas o filosóficas. El personal escolar está sometido a una estricta obligación de confidencialidad en lo que respecta a la información que obtenga sobre los asuntos personales de los individuos⁷. Si el Comité concluyera que el requisito de aducir razones en ciertos casos constituye una injerencia en la vida privada de los autores, el Estado parte alega que la injerencia no es ilícita ni arbitraria.

9.23 En lo que concierne a la "licitud" de la injerencia, el Estado parte observa que la obligación de los padres de aducir razones en ciertos casos se enuncia en el artículo 2-4 de la Ley de educación. En cuanto a la noción de arbitrariedad, el Estado parte remite al párrafo 4 de la Observación general N° 16 del Comité, así como a los intereses positivos que persigue la asignatura "Nociones", y sostiene que la cláusula de exención parcial debe considerarse tanto razonable como proporcionada. Se hace referencia a la paralela objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, en la que los objetores deben proporcionar razones mucho más completas y más personales para sus solicitudes que los padres que solicitan exenciones de la asignatura "Nociones", pese a lo cual esos sistemas han sido aceptados por los órganos internacionales de derechos humanos.

⁶ Ley de educación, art. 2-4, párr. 4.

⁷ Ley de la administración pública (1967), art. 13.

10.1 El 6 y el 27 de abril de 2004, los autores formularon observaciones sobre la exposición del Estado parte y retiraron su reclamación relativa al artículo 27. Los autores alegan que la cuestión de si la asignatura "Nociones" constituye una violación de los derechos reconocidos en el Pacto debe ser examinada en el contexto más amplio de una sociedad predominantemente cristiana, ya que Noruega tiene una religión oficial, una Iglesia oficial y prerrogativas constitucionales para la confesión cristiana, una cláusula sobre el cristianismo en las escuelas públicas y las instituciones de enseñanza preescolar, sacerdotes de la Iglesia oficial en las fuerzas armadas, prisiones, universidades y hospitales, etc. Sin embargo, se ha protegido el derecho a la libertad de religión de los no cristianos de diversas maneras, por ejemplo, mediante un procedimiento de exención de la asignatura sobre nociones cristianas en las escuelas públicas. El derecho a una exención general, que se ha practicado por más de 150 años, fue eliminado cuando se introdujo la asignatura "Nociones" en 1997.

10.2 En cuanto a la admisibilidad, los autores sostienen que los niños no son demandantes oficiales ante los tribunales nacionales porque el procedimiento civil noruego está basado en el reconocimiento de los padres como representantes legales de los menores. Si los menores hubieran sido los demandantes oficiales, de todos modos habrían estado representados por sus padres y el contexto fáctico habría sido el mismo que en este caso. En consecuencia, los niños no disponen de ningún otro recurso en la jurisdicción interna.

10.3 Si bien otros grupos de padres han presentado denuncias análogas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, no se las puede considerar "el mismo asunto" como si el asunto que se examina se hubiera sometido ya a otro procedimiento de... arreglo internacional, en el sentido del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Se hace referencia a la jurisprudencia pertinente del Comité⁸, según la cual, si distintas personas presentan sus denuncias ante distintos organismos internacionales, las denuncias no son consideradas "el mismo asunto". El procedimiento civil noruego prevé la posibilidad de que distintas partes presenten demandas conjuntas. Ante los tribunales nacionales, el caso de cada autor fue presentado por separado. Las demandas se referían a distintas decisiones administrativas sobre las solicitudes presentadas por las respectivas partes para obtener la exención total de la asignatura "Nociones". El hecho de que los tribunales de primera instancia hayan reconocido oficialmente a la Asociación Humanista de Noruega como parte, pero que se le deniegue esa condición ante el Tribunal Supremo, indica que el

⁸ *Fanali c. Italia* (75/1980), dictamen aprobado el 31 de marzo de 1983, y *Blom c. Suecia* (191/1985), dictamen aprobado el 4 de abril de 1988.

Tribunal Supremo examinó las reclamaciones de los padres como reclamaciones separadas.

10.4 Los padres que han participado como partes en las acciones judiciales ante instancias nacionales han actuado a título individual y tienen derecho a decidir ante qué órgano internacional presentarán sus demandas. El hecho de que profesen la misma filosofía de la vida y que pertenezcan a la misma organización basada en dicha filosofía no cambia la situación. Las comunicaciones que tiene ante sí el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos no son, pues, "el mismo asunto".

10.5 En cuanto a la alegación del Estado parte en el sentido de que los autores no agotaron todos los recursos internos porque no solicitaron la exención parcial, los autores sostienen que dos de ellos efectivamente solicitaron la exención parcial, pero volvieron a solicitar la exención total cuando se dieron cuenta de que la disposición de exención parcial no protegía a sus hijos de la influencia religiosa y era percibida por ellos y por los niños como estigmatizadora. La disposición de exención parcial prevé exenciones de determinadas actividades, pero no exime de adquirir determinados conocimientos. En consecuencia, los alumnos pueden ser eximidos de orar, pero no de aprender la oración. Por consiguiente, los autores alegan que su derecho a la exención total está amparado por el Pacto y el argumento del Estado parte de que debían haber solicitado la exención parcial se descarta por irrelevante.

10.6 En lo que respecta al argumento del Estado parte de que la reclamación presentada por los autores en relación con el artículo 26 no se había fundamentado, los autores reafirman que se discrimina contra los no cristianos porque ellos deben explicar las razones por las cuales solicitan una exención de la asignatura "Nociones", mientras que los cristianos no están sujetos a tales requisitos ya que dicha asignatura está destinada principalmente a ellos. El Comité ya había calificado de discriminatorio el sistema escolar noruego en lo que respecta a la educación religiosa (antes de que se introdujera la asignatura "Nociones" en 1997). Los nuevos procedimientos de exención son aún más discriminatorios que el antiguo sistema, ya que este último solo exigía que quienes solicitaban la exención declarasen si eran o no miembros de la Iglesia oficial. Después de las actuaciones en el Tribunal Supremo, el Estado parte introdujo un formulario tipo para notificar la exención parcial de la asignatura "Nociones". Sin embargo, este hecho no es pertinente en el asunto que se examina y no hace que cambie la opinión de los autores respecto del procedimiento de exención parcial.

10.7 En respuesta al argumento del Estado parte de que se han examinado detenidamente todas las reclamaciones formuladas en el asunto que se considera, los autores señalan que el Tribunal Supremo decidió no examinar las reclamaciones sustantivas de los padres y abordó las cuestiones jurídicas de manera muy general.

10.8 Los autores rechazan el enfoque legalista del Estado parte respecto de la violación del Pacto, ya que

la práctica de la ley, es decir, las clases efectivas y la práctica de la exención, es la clave para determinar si ha habido o no una violación del Pacto. El Gobierno designó a dos instituciones de investigación para que examinaran cómo funcionan en la práctica la asignatura "Nociones" y, en particular, el procedimiento de exención parcial. Una de estas instituciones (Diaforsk) llegó a la conclusión de que "el procedimiento de exención no funcionaba de modo que los derechos de los padres quedaran suficientemente protegidos en la práctica". En un comunicado de prensa del Ministerio de la Iglesia, la Educación y la Investigación se señalaba que "ambas investigaciones habían llegado a la conclusión de que la exención parcial no funcionaba como se había previsto y que, por lo tanto, debía ser revisada". Ambas instituciones de investigación recomendaron que se estableciera un derecho general a la exención.

10.9 Los autores consideran que la asignatura "Nociones", en sí misma, constituye una violación de su derecho a decidir sobre la educación de sus hijos respecto de la filosofía de la vida y que en sus casos una posible exención parcial hubiera abarcado una parte tan extensa de la asignatura que habría excedido del límite del 50% indicado en los trabajos preparatorios. Los procedimientos de exención parcial no garantizan esos derechos de los padres, y las partes de la asignatura de que es posible exonerarse se siguen impartiendo al estudiante.

10.10 Como ha reconocido el Gobierno, se puede considerar que algunas partes de los libros de texto profesan el cristianismo. Aunque los libros de texto no son definidos como parte del marco oficial de la asignatura, estos han sido controlados y autorizados por un organismo estatal, tienen condición oficial y son utilizados por el 62% de las escuelas noruegas.

10.11 El Estado parte acepta que por lo menos algunas partes de la asignatura "Nociones" pueden ser percibidas como de carácter religioso, pero no formula observaciones sobre si este hecho supone que esos aspectos de la enseñanza son incompatibles con las normas de neutralidad y objetividad. Los autores consideran que no se puede establecer una distinción entre los aspectos que son de carácter religioso y los que no lo son y que ni siquiera se ha intentado establecer dicha distinción. Se hace referencia a las conclusiones del estudio del Instituto Diaforsk, en que se señala lo siguiente: "Pedimos a los maestros que indicaran cómo hacían esa distinción en la enseñanza. Muy pocos maestros entendieron el significado de esa pregunta". Uno de los objetivos de la asignatura "Nociones", a saber, el de que todos los alumnos participen en las actividades de la enseñanza, contradice claramente el argumento del Estado parte de que hay libertad para elegir la enseñanza privada para los niños de hogares humanistas. Si los humanistas establecieran su propia escuela, sus hijos no estarían en la misma situación de enseñanza que otros niños.

10.12 El énfasis que hace la asignatura "Nociones" en el cristianismo también puede ilustrarse con los trabajos

preparatorios, en los que el Comité de Educación declaró lo siguiente: "La mayoría subraya que la enseñanza no es neutral. El hecho de que la instrucción no deba tener carácter de predicación no debe interpretarse de modo que se deba impartir en un vacío religioso/moral. Toda la instrucción y la formación en nuestra enseñanza primaria debe tener como punto de partida la cláusula sobre la finalidad de la escuela; en esta asignatura, el cristianismo y las diferentes religiones y filosofías de la vida deben presentarse de acuerdo con sus características particulares. En la asignatura se hace especial hincapié en la instrucción sobre el cristianismo".

10.13 Se alega que la discriminación contra los no cristianos en la asignatura "Nociones" es desproporcionada e injustificable, ya que no era necesario que el Estado parte derogara el procedimiento anterior, y que el propósito de que los estudiantes se uniesen "para luchar contra los prejuicios y la discriminación", entre otras intenciones loables, podía haberse logrado por otros medios distintos del de obligar a todos a participar en una asignatura destinada principalmente a la educación de los cristianos.

Información adicional presentada por el Estado parte

11.1 El 4 de octubre de 2004, el Estado parte formuló algunas observaciones adicionales sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación⁹. En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, el Estado parte reitera las observaciones que hizo anteriormente (27 de abril de 2004). En cuanto al fondo, el Estado parte reitera que el Tribunal Supremo había examinado cuidadosamente el asunto y había llegado a la conclusión de que la asignatura "Nociones" y su cláusula de exención parcial cumplían plenamente las normas internacionales sobre los derechos humanos; el artículo 18 del Pacto no prohíbe que en las escuelas se den clases obligatorias sobre cuestiones relativas a la religión y a la filosofía de la vida, siempre que ello se haga de manera pluralista, neutral y objetiva; tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como la Convención sobre los Derechos del Niño imponían a los Estados partes obligaciones positivas de proporcionar una enseñanza que tuviera ciertas dimensiones sociales y éticas, y los padres no se opusieron a la enseñanza específica que se daba a sus hijos.

11.2 Más concretamente, el Estado parte hace referencia a la principal objeción formulada por los autores en el sentido de que, al enseñarse la asignatura "Nociones", sus hijos pueden recibir una información que equivale a un adoctrinamiento. Para que no se infringiese lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 18, pidieron una exención total de dicha asignatura. El Estado parte considera innecesaria una exención total, ya que la materia es multidisciplinaria y tiene

⁹ El Estado parte presenta la traducción al inglés de la Circular F-03-98 (12 de enero de 1998) y algunos pasajes de la Recomendación N° 15 formulada para 1995-96 por el Comité de Educación del Storting (Parlamento noruego).

componentes de ciencias sociales, de religiones de todo el mundo, de filosofía y de ética, además de conocimientos de cristianismo.

11.3 Con respecto a las comunicaciones de los autores, el Estado parte sostiene que la asignatura "Nociones" fue evaluada a fondo, ya que se encargaron dos informes independientes que fueron estudiados en el informe correspondiente a 2000-2001 presentado por el Ministerio de Educación al Storting. El Tribunal Supremo examinó los informes y su seguimiento administrativo, lo que, en opinión del Estado parte, constituye la prueba de que el Tribunal conocía plenamente todos los aspectos del asunto cuando llegó a la conclusión de que la asignatura "Nociones" estaba en conformidad con los pactos internacionales de derechos humanos. En las observaciones finales de los informes de evaluación se indicaba que, en la mayoría de los casos, las exenciones parciales funcionaban satisfactoriamente, que la mayoría de los padres habían comprobado que la asignatura "Nociones" estaba bien para sus hijos y que pocos maestros consideraban que la exención parcial suscitase problemas en la práctica.

11.4 En cuanto a la alegación de los autores de que el Estado parte hizo caso omiso de las advertencias de diferentes grupos religiosos, del órgano que se ocupaba de las normas relativas a los derechos humanos y de la recomendación del juez Møse, se afirma que no había ninguna posición unificada en contra de la introducción de la asignatura "Nociones" en las escuelas, que los grupos religiosos minoritarios habían participado en la preparación del nuevo plan de enseñanza aprobado por el Parlamento y que, en la actualidad, el desacuerdo sobre la cláusula de exención de la asignatura "Nociones" era escaso, en caso de haberlo.

11.5 El Estado parte hace referencia además al comentario de los autores sobre la limitada pertinencia del asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰, a los efectos del asunto que se examina, porque aquél se refería a la educación sexual obligatoria y no a la educación religiosa.

11.6 El Estado parte hace referencia a las alegaciones de los autores de que el Comité de los Derechos del Niño expresó en sus observaciones su preocupación por el "sistema de conceder exenciones", sin indicar las razones de su inquietud. Con posterioridad a la aprobación de esas observaciones (2 de junio de 2000), la asignatura "Nociones" y su proceso de exención han sido evaluados a fondo y las autoridades han tomado medidas sobre las inquietudes expresadas, concediendo exenciones previa presentación de una notificación normalizada y facilitando las comunicaciones entre las escuelas y los hogares. Finalmente, el Estado parte señala que el Comité no se opuso a un sistema de exenciones parciales ni apoyó la petición de los autores de que se concediera una exención total.

¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solicitudes Nos. 5095/71, 5920/72 y 5926/72.

11.7 El Estado parte afirma que muchas asignaturas que se enseñan en la escuela pueden incluir información o actos que se entienda que tienen aspectos filosóficos o religiosos, y señala que, en el asunto que se examina, los autores de la comunicación no se ocupaban de asignaturas tales como la ciencia, la música, la educación física o la economía doméstica, pero había minorías religiosas que se negaban parcialmente a participar en esas asignaturas, por ejemplo en los aspectos prácticos de la educación física y de la música. El Estado parte afirma que una cláusula de exención parcial es, en general y con respecto a la asignatura "Nociones" en particular, la única forma viable de poner en práctica la enseñanza obligatoria.

11.8 En cuanto a la cuestión de la discriminación, el Estado parte señala que los autores parecen haber comprendido mal sus observaciones, al suprimir el término "no" en la frase siguiente: "En particular, los Estados partes han de tener libertad de exigir que los padres indiquen los motivos por los que solicitan la exención de actividades que *no* parezcan inmediatamente constituir una práctica de una religión específica o implicar la adhesión a una filosofía diferente de la vida". El Estado parte reitera que, tras la evaluación de la asignatura "Nociones" realizada en 2000-2001, el antiguo procedimiento de solicitud ha sido sustituido por un formulario de notificación general.

11.9 Finalmente, en relación con los últimos acontecimientos internacionales, el Estado parte afirma que se debe alentar el diálogo intercultural e interreligioso como parte integrante de la educación de los niños. En consecuencia, en este contexto la asignatura "Nociones" parece ser un mecanismo vital destinado a promover "una plataforma común para una generación cada vez más multicultural y diversa".

Información adicional presentada por los autores

12.1 En carta de fecha 15 de octubre de 2004, los autores hicieron algunas observaciones adicionales sobre la última comunicación del Estado parte. Los autores subrayan de nuevo que se oponen a la asignatura "Nociones" porque en ella no se proporciona una información neutral sobre las diferentes filosofías de la vida y las diferentes religiones. La asignatura entraña directamente actividades indiscutiblemente religiosas (tales como oraciones). Según los autores, el programa de la asignatura "Nociones", unido a la cláusula sobre la finalidad cristiana, contradice la *ratio legis* invocada por el Estado parte. Los autores no se oponen a una educación que tenga ciertas dimensiones "sociales y éticas", pero la metodología de la asignatura "Nociones" consiste en reforzar la identidad religiosa de los estudiantes y en enseñar actividades religiosas en el marco de la cláusula sobre la finalidad cristiana.

12.2 Los autores afirman que, incluso si las disposiciones relativas a la exención parcial fueran satisfactorias en la mayoría de los casos y solo unos pocos maestros tuvieran problemas en la práctica, ello carece de importancia a los efectos del asunto que se

examina. El punto crucial de este asunto es que algunos estudiantes pertenecientes a minorías y sus padres perciben el sistema de forma muy diferente.

12.3 Los autores rechazan la objeción del Estado parte basada en que no hubo una amplia oposición a la introducción de la asignatura "Nociones" y argumentan que se opusieron a ella prácticamente todos los grupos de Noruega que eran minoritarios por su religión o por su filosofía de la vida. Añaden que el Consejo Islámico y algunos padres musulmanes de Noruega entablaron contra el Gobierno una acción judicial que más o menos correspondía al asunto planteado por los autores y que perdieron el proceso por razones similares a las del caso de estos. Se afirma que el Consejo Islámico decidió esperar el resultado de la comunicación de los autores antes de tomar ninguna otra medida legal.

12.4 Se señala que grandes grupos de la sociedad noruega continúan teniendo problemas con las disposiciones relativas a la exención parcial. Los autores presentan copia de un informe preparado en junio de 2004 por el Foro Noruego para la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que se invitaba al Comité de los Derechos del Niño a que recomendase al Estado parte que revisase su "educación religiosa y ética, en lo que se refería tanto al sistema de las escuelas estatales como a las prescripciones aplicables a las escuelas privadas, y a la inspección de las escuelas privadas en relación con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño concernientes a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión".

12.5 Finalmente, los autores son partidarios de que se continúe promoviendo el diálogo intercultural, pero afirman que la asignatura "Nociones" no permite alcanzar ese objetivo.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

13.1 Antes de examinar la denuncia contenida en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, si esa denuncia es admisible en virtud del Protocolo Facultativo.

13.2 El Comité ha observado que el Estado parte ha rechazado la admisibilidad de la comunicación aduciendo que los autores no serían las "víctimas" de una presunta violación de los derechos humanos en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo. En opinión del Comité, los autores han demostrado que han sido afectados, como personas y como familias, por el derecho y la práctica del Estado parte. En consecuencia, el Comité considera que no hay motivo para declarar inadmisibles la comunicación sobre esa base.

13.3 El Estado parte ha rechazado la admisibilidad también porque el "mismo asunto" ya está siendo examinado por la Comisión Europea de Derechos Humanos, ya que otros tres grupos de padres han presentado denuncias análogas ante la Comisión Europea de

Derechos Humanos, y porque, ante los tribunales noruegos, las reclamaciones de los autores para que se les concediera la exención total de la asignatura "Nociones" se tramitaron en una misma causa, junto con otras reclamaciones idénticas de esos otros tres grupos de padres. El Comité reitera su jurisprudencia, según la cual la expresión "el mismo asunto", en el sentido del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, debe entenderse en el sentido de que incluye la misma reclamación relativa al mismo individuo, presentada por él mismo o por cualquier otra persona facultada para actuar en su nombre ante el otro órgano internacional¹¹. El hecho de que otros grupos de personas sumaran sus reclamaciones a las de los autores ante los tribunales nacionales no soslaya ni modifica la interpretación del Protocolo Facultativo. Los autores han demostrado que son personas distintas de aquellas que integran los tres grupos de padres que presentaron una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. Los autores de la comunicación que se examina decidieron no presentar sus casos ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. En consecuencia, el Comité considera que, de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, nada se opone a que examine la comunicación.

13.4 El Comité ha tomado nota del argumento del Estado parte de que las denuncias relativas a los artículos 17 y 18 no se plantearon en el procedimiento interno, ya que los autores no aprovecharon la posibilidad de solicitar la exención parcial, y que, a ese respecto, no se han agotado los recursos internos. Sin embargo, tanto ante el Comité como ante los tribunales nacionales, los autores alegaron que el carácter obligatorio de la asignatura "Nociones" violaba sus derechos reconocidos en el Pacto, ya que no se podía solicitar la exención total de dicha asignatura. Además, el Estado parte ha confirmado en forma explícita que las reclamaciones formuladas en la comunicación ya habían sido resueltas en los tribunales nacionales. El Comité considera que los autores han agotado los recursos internos en lo que respecta a la reclamación en cuestión.

13.5 El Estado parte rechaza la admisibilidad de la reclamación de los autores relativa al artículo 26 porque esa reclamación no se ha fundamentado, ya que, en virtud de la Ley de educación de Noruega, la cláusula de exención se aplica a todos los padres, sea cual fuere su religión o su filosofía de la vida. El Comité no comparte esta opinión. El examen de si ha habido diferenciación entre cristianos y otros grupos y de si tal diferenciación está basada en criterios objetivos y razonables formará parte del examen de la comunicación en cuanto al fondo. El Comité considera que los autores han demostrado de manera suficiente, a los efectos de la admisibilidad, que los procedimientos de exención aplicables a la asignatura "Nociones" pueden establecer diferencias entre los padres cristianos

¹¹ *Sánchez López c. España* (777/1997), decisión adoptada el 22 de octubre de 1996.

y los no cristianos y que esa diferenciación puede equivaler a discriminación en el sentido del artículo 26.

13.6 Observando que los autores han retirado la reclamación que presentaron en relación con el artículo 27, el Comité decide que la comunicación es admisible en cuanto plantea cuestiones relacionadas con los artículos 17, 18 y 26 del Pacto.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

14.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la comunicación que se estudia teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

14.2 La cuestión principal que se plantea ante el Comité es si la enseñanza obligatoria de la asignatura "Nociones" en las escuelas noruegas, con la limitada posibilidad de exención que se ofrece, constituye una violación del derecho de los autores a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en virtud del artículo 18 y, de forma más concreta, del derecho de los padres a garantizar que sus hijos reciban educación religiosa y moral de conformidad con sus propias convicciones, como se establece en el párrafo 4 del artículo 18. El artículo 18 abarca la protección, no solo de las religiones tradicionales, sino también de las filosofías de la vida¹², como las que profesan los autores. La instrucción en materia de religión y ética, en opinión del Comité, puede estar conforme con el artículo 18 si se imparte en las condiciones expresadas en la Observación general N° 22 del Comité en relación con el artículo 18: "En virtud del artículo 18.4, se permite impartir instrucción en las escuelas públicas en temas tales como historia general de las religiones y ética, siempre que se imparta de forma neutral y objetiva", y "la enseñanza pública que incluye la instrucción en una religión o creencia particular es incompatible con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se prevean exenciones no discriminatorias o alternativas que tengan en cuenta los deseos de los padres o tutores". El Comité recuerda también su dictamen sobre el caso *Hartikainen y otros c. Finlandia*, en el que llegó a la conclusión de que la instrucción en un contexto religioso debía impartirse respetando las convicciones de los padres y tutores que no profesan ninguna religión. Este es el contexto jurídico en el que el Comité examinará la reclamación.

14.3 En primer lugar, el Comité examinará la cuestión de si la asignatura "Nociones" se enseña de manera neutral y objetiva. A este respecto, el artículo 2-4 de la Ley de educación dispone que: "La enseñanza de esta asignatura no entrañará la prédica. Los maestros que enseñan la asignatura "Nociones" tomarán como punto de partida la cláusula sobre la finalidad de la enseñanza primaria y de la enseñanza secundaria inferior, que figura en el artículo 1-2, y presentarán el cristianismo y

otras religiones y filosofías de la vida sobre la base de sus características específicas. La enseñanza de los diversos temas se fundará en los mismos principios educativos". En la cláusula sobre la finalidad en cuestión se prescribe que el objetivo de la enseñanza primaria y de la enseñanza secundaria inferior estará basado en el "acuerdo y la cooperación con el hogar, a fin de ayudar a impartir a los alumnos una educación cristiana y moral". En algunos de los trabajos preparatorios de la ley antes mencionados se señala claramente que en la asignatura se da prioridad a los postulados fundamentales del cristianismo sobre otras religiones y filosofías de la vida. En ese contexto, el Comité Permanente sobre Educación concluyó, por mayoría, que la enseñanza no es neutral y que en la asignatura se hace especial hincapié en la instrucción sobre el cristianismo. El Estado parte reconoce que la asignatura tiene elementos que podrían percibirse como de carácter religioso, y estas son las actividades que admiten exención, sin que los padres tengan que aducir razones. De hecho, algunas de las actividades en cuestión entrañan a primera vista, no solamente la enseñanza religiosa, sino la práctica real de una religión particular (véase el párrafo 9.18). Según las conclusiones de las investigaciones citadas por los autores y sobre la base de su propia experiencia personal, la asignatura tiene elementos que se imparten de manera que ellos no consideran neutral y objetiva. El Comité concluye que no se puede afirmar que la enseñanza de la asignatura "Nociones" cumpla con el requisito de ser impartida de manera neutral y objetiva, a menos que el sistema de exención lleve de hecho a una situación en la que la enseñanza impartida a los niños de familias que opten por tal exención sea neutral y objetiva.

14.4 En consecuencia, la segunda cuestión que ha de examinarse es si en los procedimientos de exención parcial y otras posibilidades se prevén "exenciones no discriminatorias o alternativas que tengan en cuenta los deseos de los padres o tutores". El Comité toma conocimiento de la afirmación de los autores en el sentido de que las disposiciones sobre la exención parcial no satisfacen sus necesidades, ya que la enseñanza de la asignatura "Nociones" carga excesivamente el acento en la instrucción religiosa, y de que la exención parcial es imposible de aplicar en la práctica. Además, el Comité observa que la Ley de educación de Noruega establece que "mediante notificación escrita de los padres, se exonerará a los alumnos de asistir en una escuela determinada a las clases en que se imparten aspectos de la asignatura que ellos, sobre la base de su propia religión o filosofía de la vida, consideren como práctica de otra religión o adhesión a otra filosofía de la vida".

14.5 El Comité observa que el marco normativo existente relativo a la enseñanza de la asignatura "Nociones" revela conflictos internos o incluso contradicciones. Por un lado, la Constitución y la cláusula sobre la finalidad incluida en la Ley de educación manifiestan una clara preferencia por el cristianismo frente a otras religiones y cosmovisiones en

¹² Observación general N° 22 sobre el artículo 18, aprobada el 30 de julio de 1993.

el sistema educativo. Por otro, la cláusula de exención específica que figura en el artículo 2-4 de la Ley de educación está formulada de modo que parece otorgar pleno derecho de exención de cualquier aspecto de la asignatura "Nociones" que los alumnos o padres consideren como práctica de otra religión o adhesión a otra filosofía de la vida. Si esa cláusula se aplicara de manera tal que abordara la preferencia que se refleja en la Constitución y en la cláusula sobre la finalidad incluida en la Ley de educación, podría considerarse que cumple el artículo 18 del Pacto.

14.6 Sin embargo, el Comité considera que, incluso en teoría, el sistema actual de exención parcial impone unos requisitos muy estrictos a las personas que se hallan en la situación de los autores, en cuanto que les exige familiarizarse con los aspectos de la asignatura que son claramente de índole religiosa, así como con otros aspectos, con miras a establecer de cuáles de los otros aspectos pueden tener que pedir la exención, y justificarla. Tampoco sería improbable prever que esas personas desistan de ejercer ese derecho, en la medida en que un régimen de exención parcial podría crear problemas a los niños, que son diferentes de los que pueden existir en un plan de exención total. De hecho, como la experiencia de los autores demuestra, el sistema de exenciones no protege actualmente la libertad de los padres de velar por que la educación religiosa y moral de sus hijos esté en conformidad con sus propias convicciones. A este respecto, el Comité observa que la asignatura "Nociones" combina la enseñanza de conocimientos religiosos con la práctica de una creencia religiosa particular, por ejemplo, aprendiendo de memoria plegarias, cantando himnos religiosos o asistiendo a servicios religiosos (párr. 9.18). Si bien es cierto que en esos casos los padres pueden pedir la exención de esas actividades marcando la correspondiente casilla en el formulario, la asignatura "Nociones" no garantiza la separación entre la enseñanza de conocimientos religiosos y la práctica religiosa, de manera que sea viable el procedimiento de la exención.

14.7 En opinión del Comité, las dificultades con que han tropezado los autores, en particular el hecho de que Maria Jansen y Pia Suzanne Orning tuvieran que recitar textos religiosos en una celebración de Navidad pese a estar inscritas en el plan de exención, así como los

conflictos de lealtad experimentados por los niños, ilustran ampliamente esas dificultades. Además, el requisito de motivar la exención de los niños de las clases que se centren en impartir conocimientos religiosos y la ausencia de indicaciones claras sobre qué tipos de razones podrían ser aceptadas crean un obstáculo más a los padres que procuran velar por que sus hijos no queden expuestos a determinadas ideas religiosas. En opinión del Comité, el presente marco de la asignatura "Nociones", incluido el actual régimen de exenciones, tal como se ha aplicado respecto de los autores, constituye una violación del párrafo 4 del artículo 18 del Pacto en lo que a ellos se refiere.

14.8 Teniendo en cuenta la anterior conclusión, el Comité considera que no se plantea ninguna otra cuestión para su examen con arreglo a otros párrafos del artículo 18 o a los artículos 17 y 26 del Pacto.

15. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación del párrafo 4 del artículo 18 del Pacto.

16. A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a los autores un recurso efectivo y adecuado que respete el derecho de los autores como padres a asegurar, y como alumnos a recibir, una educación que sea compatible con sus propias convicciones. El Estado parte tiene la obligación de evitar violaciones similares en el futuro.

17. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 1189/2003

Presentada por: Anthony Michael Emmanuel Fernando (representado por Kishali Pinto-Jayawardena y Suranjith Hewamanne)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Sri Lanka

Fecha de aprobación del dictamen: 31 de marzo de 2005

Asunto: Presunta violación del derecho del autor a que un tribunal imparcial examine su causa – Imposibilidad de recurrir la decisión sobre el encarcelamiento por "desacato al tribunal" – Presuntos malos tratos durante la privación de libertad

Cuestiones de procedimiento: Grado de fundamentación de la reclamación – Falta de agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Garantías procesales en una causa penal por desacato – Alcance de la responsabilidad del Estado parte de investigar las amenazas de muerte y proteger a los que son objeto de tales amenazas

Artículos del Pacto: 7; 9; 10, párrafo 1; 14, párrafos 1, 2, 3 a), b), c), d) y e), y 5; 19; y 2, párrafo 3

Artículos del Protocolo Facultativo: 2; 3; y 5, párrafo 2 b)

Conclusión: Violación (artículo 9, párrafo 1)

1.1 El autor de la comunicación es el Sr. Anthony Michael Emmanuel Fernando, nacional de Sri Lanka que actualmente solicita asilo en Hong Kong. Dice ser víctima de violaciones por Sri Lanka de sus derechos en virtud de los artículos 7 y 9, el párrafo 1 del artículo 10, los párrafos 1, 2, los apartados a), b), c), d) y e) del párrafo 3, y el párrafo 5 del artículo 14, el artículo 19 y el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representado por los abogados Sra. Kishali Pinto-Jayawardena y Sr. Suranjith Hewamanne.

1.2 Al tiempo que se presentaba la comunicación, se presentó también una solicitud de adopción de medidas provisionales para que se liberase al autor, que se encontraba en la cárcel en Sri Lanka. Esta solicitud fue denegada por el Relator Especial para nuevas comunicaciones.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor presentó una solicitud de indemnización laboral ante el Comisionado Adjunto de Indemnizaciones Laborales por lesiones sufridas. Según las actas procesales, el autor era empleado de la Asociación Cristiana de Jóvenes. Mientras prestaba servicios en esa institución, sufrió lesiones de resultas de una caída. El Comisionado Adjunto de Indemnizaciones Laborales efectuó una investigación sobre el incidente. El autor y

la Asociación Cristiana de Jóvenes estuvieron representados por abogados. Se llegó a un arreglo, pero el 9 de enero de 1998, en la vista del caso ante el Comisionado Adjunto, el autor se negó a aceptar el arreglo acordado. Posteriormente, la reclamación del autor fue denegada y, a continuación, este presentó cuatro peticiones sucesivas ante el Tribunal Supremo. Las dos primeras se referían a presuntas violaciones de sus derechos constitucionales por el Comisionado Adjunto de Indemnizaciones Laborales. El 27 de noviembre de 2002, el Tribunal Supremo examinó esas dos peticiones conjuntamente y las desestimó. Posteriormente, el 30 de enero de 2003, el autor presentó una tercera petición en la que alegaba que las dos primeras no se debían haber examinado conjuntamente y que su consolidación violaba su derecho constitucional a un "juicio imparcial". El 14 de enero de 2003 esa petición fue igualmente desestimada.

2.2 El 5 de febrero de 2003, el autor presentó una cuarta petición en la que decía que el Presidente del Tribunal Supremo de Sri Lanka y los otros dos magistrados que habían examinado su tercera petición no debían haberlo hecho, ya que se trataba de los mismos magistrados que habían fusionado y examinado las dos primeras peticiones. Durante la vista de esta petición, el 6 de febrero de 2003, el autor fue declarado sumariamente culpable de desacato y condenado a un año de "cárcel rigurosa" (es decir, con trabajos forzados). Fue encarcelado el mismo día. Según el autor, aproximadamente dos semanas más tarde el Presidente del Tribunal Supremo tomó una "segunda" decisión de desacato en la que aclaraba que, a pesar de las advertencias que se le habían dirigido, el autor había continuado perturbando las actuaciones judiciales. La parte dispositiva de la resolución decía lo siguiente: "Se informó al peticionario de que no podía abusar de los procedimientos del Tribunal y seguir presentando solicitudes infundadas. En ese momento este alzó la voz e insistió en su derecho a presentar su solicitud. Se le advirtió de que se le acusaría de desacato si seguía perturbando las actuaciones. A pesar de la advertencia, persistió en su actitud. Dadas las circunstancias, fue declarado culpable del delito de desacato y condenado a un año de cárcel rigurosa. El Secretario desalojó al peticionario de la sala y lo envió a la cárcel para que cumpliera la condena que se le había impuesto". La resolución se basaba en el párrafo 3 del artículo 105 de la Constitución de Sri Lanka, que confiere al Tribunal Supremo "la facultad de aplicar una pena por desacato, independientemente de que este hubiere sido cometido en la propia sala o en otra parte, y de imponer una pena de cárcel, una multa, o ambas cosas, según considere

adecuado..."¹. Según el autor, ni la Constitución ni ninguna otra disposición legislativa regula el procedimiento que ha de seguirse para informar a la persona que ha cometido el desacato de los cargos que pesan contra ella, de manera que pueda consultar a un abogado o recurrir la orden del Tribunal Supremo, ni especifica la pena que puede imponerse en caso de desacato.

2.3 Una vez encarcelado, el autor tuvo un grave ataque de asma que obligó a hospitalizarlo en una sala de cuidados intensivos. El 8 de febrero de 2003, se le trasladó al pabellón carcelario del Hospital General, donde se le hizo dormir en el suelo con grillos en las piernas y solo se le permitía salir para ir al cuarto de baño. Tuvo un problema respiratorio de resultados de dormir en el suelo, lo que exacerbó su asma. Ni la esposa ni el padre del autor fueron informados de que se le había trasladado al hospital; tuvieron que hacer averiguaciones por su cuenta.

2.4 El 10 de febrero de 2003, el autor sintió fuertes dolores en todo el cuerpo, pero no se le dio atención médica. El mismo día fue devuelto a la cárcel y fue agredido varias veces por guardias de la prisión durante el traslado. En el vehículo policial recibió repetidos puntapiés en la espalda, lo que le dañó la médula espinal. Al llegar a la cárcel, se le desnudó y se le dejó tendido cerca del cuarto de baño durante más de 24 horas. Cuando se observó que echaba sangre en la orina, se le devolvió al hospital, donde posteriormente fue visitado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, que expresó preocupación acerca del caso. A partir del 11 de febrero de 2003, el autor no podía ya aparentemente levantarse de la cama. El 17 de octubre de 2003 se le puso en libertad, tras haber cumplido diez meses de su condena. Las autoridades de Sri Lanka formularon cargos penales contra los guardias de la cárcel y los acusaron de haber participado en el ataque de que fue víctima el autor. Posteriormente, fueron puestos en libertad bajo fianza en espera de ser juzgados.

2.5 El 14 de marzo de 2003, el autor presentó, para defender sus derechos fundamentales, una petición basada en el artículo 126 de la Constitución sobre la presunta tortura a que había sido sometido, que se encuentra actualmente pendiente ante el Tribunal Supremo. También presentó un recurso contra su

¹ El párrafo 3 del artículo 105 dice lo siguiente: "El Tribunal Supremo de la República de Sri Lanka y el Tribunal de Apelación de la República de Sri Lanka serán los tribunales superiores dotados de facultades que incluyen la de imponer penas por desacato, ya fuere que el desacato tuviere lugar en el propio tribunal o en otra parte, consistentes en el encarcelamiento, multa o ambas cosas, según lo consideraren necesario. Las facultades del Tribunal de Apelación abarcan la de imponer penas por desacato a cualquier otro tribunal o institución mencionados en el apartado c) del párrafo 1 del presente artículo, ya fuera que el desacato tuviere lugar en dicho tribunal o en otra parte, siempre que las disposiciones precedentes del presente artículo no prejuzguen ni afecten los derechos que cualquier ley haya conferido o pueda conferir en el futuro a cualquier otro tribunal o institución, ni la facultad de imponer penas por el propio desacato".

condena por desacato, sobre la base de que no se le leyó ningún cargo antes de ser sentenciado y de que la pena fue desproporcionada. También afirmó que no debían entender de la cuestión los mismos jueces, ya que tenían prejuicios al respecto. Los mismos tres magistrados que lo habían declarado culpable vieron el recurso y lo desestimaron el 17 de julio de 2003.

La denuncia

3.1 El autor denuncia las siguientes violaciones de los derechos que le confieren los párrafos 1, 2, 3 a), b), c) y e), y 5 del artículo 14: se le denegó audiencia respecto de la cuestión de desacato, ya que fue condenado sumariamente; la condena y la sentencia fueron pronunciadas por los mismos magistrados que habían examinado sus tres peticiones anteriores²; no se le informó de los cargos que pesaban contra él ni se le dio tiempo suficiente para preparar su defensa³; entendieron de la apelación los mismos magistrados del Tribunal Supremo que habían examinado la cuestión anteriormente; no había pruebas de que hubiera habido desacato al tribunal o "intención deliberada" de desacato, como exige la legislación interna; la condena a un año de cárcel era a todas luces desproporcionada al delito del que se le declaró culpable.

3.2 El autor afirma que el hecho de que los mismos magistrados vieran todas sus peticiones era contrario a la legislación interna. Según el autor, el párrafo 1 de la sección 49 de la Ley de judicatura N° 2 de 1978 (enmendada) estipula que ningún juez podrá ser obligado a entender de ninguna acción, proceso, procedimiento o cuestión de la que sea parte o en la que esté personalmente interesado. En la subsección 2 de la misma sección se dispone que ningún juez entenderá en un recurso o examen de un fallo, sentencia o dictamen que él mismo hubiera dictado. En la subsección 3 se dispone que, cuando un juez que sea parte o esté personalmente interesado en un caso sea magistrado del Tribunal Supremo o del Tribunal de Apelación, la actuación, procedimiento o cuestión en que él sea parte o en que esté interesado, o a que se refiera al recurso contra su fallo, será vista o decidida por otros magistrados de uno u otro Tribunal. En apoyo de la opinión del autor de que su juicio no fue imparcial, se menciona la preocupación internacional y nacional existente en torno a la conducta del Presidente del Tribunal Supremo⁴.

² El autor se refiere a *Karttunen c. Finlandia*, caso N° 387/1989 y *González del Río c. el Perú*, caso N° 263/1987. También distingue el caso actual del caso N° 802/1998, *Rogerson c. Australia*, y del caso N° 240/1987, *Collins c. Jamaica*.

³ Se refiere al comunicado de prensa de 17 de febrero de 2003, que dice que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados y el Colegio de Abogados de Sri Lanka opinan que los casos de desacato al tribunal no constituyen una excepción al derecho de un acusado a presentar defensa.

⁴ Véase el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados a

3.3 El autor alega que su encarcelamiento sin juicio imparcial equivale a detención arbitraria, en violación del artículo 9 del Pacto. Hace referencia a los criterios en que se basa el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria para determinar si una privación de la libertad es de esa índole.

3.4 El autor dice que su libertad de expresión con arreglo al artículo 19 fue infringida por la imposición de una condena de cárcel desproporcionada, dado que el ejercicio de las facultades respecto del desacato ni estaba "prescrito por ley" (dada la precisión insuficiente de las disposiciones pertinentes), ni era "necesario para proteger la administración de justicia" ni "el orden público" (apartado b) del párrafo 3 del artículo 19), en ausencia de una conducta abusiva de su parte que pudiera considerarse "escándalo en el tribunal". Alega que su trato y las consiguientes restricciones a su libertad de expresión no satisfacían ninguna de las tres condiciones previas para una limitación⁵: esta debe estar prevista por ley, debe guardar relación con uno de los objetivos que se indican en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 19 y debe ser necesaria para alcanzar una finalidad legítima.

3.5 Respecto de la primera condición, el autor alega que la restricción no está prevista por ley, ya que las medidas del caso no están claramente delineadas y son de ámbito tan amplio que no satisfacen la prueba de la certidumbre exigida para cualquier ley. Invoca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la propuesta de que la norma jurídica de que se trate sea *accesible* a las personas, ya que estas deben poder individualizarla y tener una posibilidad razonable de prever las consecuencias de una determinada acción⁶. Las leyes sobre desacato del Estado parte son opacas e inaccesibles, y la libertad del Tribunal Supremo para ejercer sus propias facultades respecto del desacato es tan amplia e ilimitada que no cumple los requisitos de accesibilidad y previsibilidad.

3.6 En cuanto a la segunda condición, el autor alega que la libertad de acción con que cuenta el poder judicial en lo que respecta al desacato con arreglo al derecho de Sri Lanka y la medida en que dichas facultades le permiten restringir el derecho a la libertad de expresión no están suficientemente relacionadas con los objetivos especificados en el artículo 19, a saber, la protección del "orden público" y de "los derechos o la reputación de los demás". Respecto de la tercera condición, en tanto que el derecho a la libertad de

expresión puede limitarse "para proteger los derechos o la reputación de los demás" y, en este caso, salvaguardar la administración de justicia, las facultades que el derecho de Sri Lanka confiere al Tribunal Supremo respecto del desacato a la corte, con inclusión de la facultad de imponer condenas de cárcel, son totalmente desproporcionadas y no pueden justificarse como "necesarias" para ese fin. Incluso si el Comité dictaminara que en este caso había una urgente necesidad social (garantizar la administración de justicia) y que el autor en efecto había cometido un desacato, un año de cárcel —con trabajos forzados— no es de ninguna manera una respuesta proporcionada ni necesaria⁷.

3.7 El autor alega que el párrafo 3 del artículo 105 de la Constitución de Sri Lanka es incompatible con los artículos 14 y 19 del Pacto. Denuncia violaciones del artículo 7 y del párrafo 1 del artículo 10 en relación con el ataque de que fue objeto y con las condiciones de su encarcelamiento (párrs. 2.3 y 2.4 *supra*). También alega que, al haber recurrido la condena por desacato, ha agotado todos los recursos internos a su disposición.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 El 27 de agosto de 2003, el Estado parte dio a conocer sus observaciones sobre la admisibilidad de la comunicación. Afirma que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 17 de julio de 2003 en el recurso sobre la condena del autor por desacato se refiere a la totalidad del caso; es significativo que el autor no haya lamentado su "conducta ofensiva", aunque el Tribunal le dio la oportunidad de hacerlo, lo cual demuestra su desprecio por la justicia y la judicatura.

4.2 Con respecto a las presuntas torturas sufridas a manos de las autoridades de la cárcel, el Estado parte confirma que ha tomado medidas para inculpar a los responsables, que el caso todavía está pendiente y que los acusados están actualmente en libertad bajo fianza a la espera de juicio. Hay dos casos pendientes ante los tribunales. Si los acusados son declarados culpables, serán condenados. Además, se confirma que el autor ha presentado una petición de defensa de sus derechos fundamentales ante el Tribunal Supremo en relación con las presuntas torturas, petición que todavía está pendiente. Si el Tribunal Supremo se pronuncia en favor del autor, este tendrá derecho a una indemnización. La denuncia de tortura como tal es inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos. Además, dado que el Estado hizo lo posible por iniciar una acción contra los presuntos culpables, no puede haber causa para presentar nuevas denuncias contra el Estado a ese respecto.

4.3 El Estado parte agrega que la Constitución de Sri Lanka establece que el poder judicial ha de ser independiente. El poder judicial no está sometido al control del Estado y, por esa razón, este no puede

la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en abril de 2003, que dice: "el Relator Especial sigue preocupado por las denuncias de conducta indebida del Presidente del Tribunal Supremo Sarath Silva, de las cuales la última fue la presentada ante el Tribunal Supremo contra él y contra la Comisión de la Judicatura por dos jueces de distrito...". También se refiere al informe de la Asociación Internacional de Abogados de 2001, en que se afirma que Sri Lanka no protege la primacía del derecho ni la independencia de la judicatura.

⁵ *Faurisson c. Francia*, caso N° 550/93.

⁶ *Grigoriades c. Grecia* (24348/94) y *Sunday Times c. el Reino Unido* (6538/74) 1979.

⁷ El autor hace referencia al caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, presentado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ejercer su influencia ni hacer afirmaciones o dar seguridades en nombre del poder judicial respecto de la conducta de ningún funcionario judicial. Si el Estado trata de influir o intervenir en los procedimientos judiciales, ello equivaldría a una injerencia en el poder judicial y todo funcionario responsable de tal injerencia se expondría a su vez a un cargo de desacato.

4.4 Aunque el Estado parte pidió al Comité que examinase la cuestión de la admisibilidad independientemente del fondo de la comunicación, el Comité, por conducto de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, dijo que estudiaría la admisibilidad y el fondo de la comunicación al mismo tiempo, aduciendo que las futuras comunicaciones del Estado parte sobre el fondo de la cuestión aclararían las cuestiones de admisibilidad y que la información proporcionada era demasiado escasa para llegar a una decisión definitiva sobre esas cuestiones en ese momento.

Solicitud de medidas provisionales

5.1 El 15 de diciembre de 2003, tras haber sido objeto de amenazas de muerte, el autor solicitó medidas provisionales de protección y pidió al Estado parte que adoptara todas las medidas necesarias para asegurar su protección y la de su familia, y para que se iniciara sin demora una investigación de las amenazas y de otras medidas de intimidación. El autor afirma que el 24 de noviembre de 2003, alrededor de las 9.35 horas, un desconocido llamó a su madre y preguntó si el autor se encontraba en casa. Cuando esta respondió negativamente, la persona formuló amenazas de muerte contra el autor y exigió que retirara sus tres denuncias: la comunicación al Comité de Derechos Humanos, la petición de defensa de sus derechos fundamentales presentada al Tribunal Supremo sobre la presunta tortura y la denuncia presentada ante el Tribunal de Magistrados de Colombo contra los dos guardianes de la cárcel de Welikade. La persona que llamó no reveló su identidad.

5.2 El 28 de noviembre de 2003, la denuncia del autor contra los dos guardianes fue vista en el Principal Tribunal de Magistrados de Colombo, en presencia del autor. El magistrado ordenó a la policía que inculpara a los acusados el 6 de febrero de 2004, ya que en tres ocasiones anteriores estos no se habían presentado ante la Junta de Mediación de Maligakanda, como había dispuesto el Tribunal. Ese mismo día, el 28 de noviembre de 2003, la madre del autor informó a este de que una persona no identificada había aparecido en su casa alrededor de las 11.30 horas y que, desde fuera de la puerta cerrada, había llamado a voces al autor. Cuando la madre del autor dijo al visitante que este no estaba en su casa, el visitante partió profiriendo amenazas de muerte. Una vez más, el 30 de noviembre de 2003, alrededor de las 15.30 horas, la misma persona volvió, se comportó de la misma manera amenazadora y exigió que el padre y la madre del autor echaran a este de su casa. Los padres del autor no respondieron y llamaron a la policía. Antes de que la policía llegara, esta persona profirió amenazas contra los padres del autor y, tras amenazar de muerte a este una vez más, se

alejó del lugar. La madre del autor presentó una denuncia en la comisaría el mismo día.

5.3 El 24 de noviembre de 2003, a las 10.27 horas, una persona no identificada llamó por teléfono a la oficina de un periódico de Sri Lanka, *Ravaya*, que había apoyado al autor a lo largo de su difícil experiencia. La persona que llamó habló con un periodista, formuló amenazas de muerte contra él y contra el director de *Ravaya* y exigió que no se publicaran más noticias sobre el autor. Este periódico había publicado entrevistas con el autor los días 16 y 23 de febrero y el 2 de noviembre de 2003 en relación con la presunta denegación de justicia de que había sido objeto. La edición de fin de semana del periódico *Ravaya* informó sobre las amenazas recibidas.

5.4 El autor agrega que el 4 de diciembre de 2003 recibió información en el sentido de que los dos guardianes de la cárcel que habían sido citados en la petición presentada por el autor en defensa de sus derechos fundamentales, así como en el caso presentado ante el Tribunal de Magistrados de Colombo, habían vuelto al servicio activo. Uno de ellos había sido trasladado a la cárcel de New Magazine y el otro permanece en la cárcel de Welikade. De resultados de ello, el autor vive actualmente en un estado constante de temor por su vida y por la vida y seguridad de su mujer, de su hijo y de sus padres. A pesar de sus denuncias a las autoridades, hasta la fecha no han recibido ninguna protección de la policía y el autor no tiene conocimiento de que se haya iniciado acción alguna para investigar las amenazas formuladas contra él y su familia. Recuerda que también recibió amenazas de muerte en la cárcel e invoca las conclusiones del Comité de noviembre de 2003, en las que este dijo: "Las autoridades deben investigar con diligencia todos los casos en que exista sospecha de intimidación de los testigos y formular un programa de protección de testigos para poner fin al clima de miedo que rodea las investigaciones de tales casos y el procesamiento de los autores". También hace referencia al dictamen del Comité en el asunto *Delgado Páez c. Colombia* respecto de la obligación del Estado parte de investigar las amenazas de muerte y proteger a sus ciudadanos⁸.

5.5 El 9 de enero de 2004, en virtud del artículo 86 del reglamento y en nombre del Comité, el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones pidió al Estado parte que adoptara todas las medidas necesarias para proteger la vida, la seguridad y la integridad personal del autor y su familia, a fin de evitar daños irreparables contra ellos, y que informara al Comité de las medidas adoptadas por el Estado parte en cumplimiento de esa decisión en un plazo de 30 días a partir de la nota verbal, es decir, a más tardar el 9 de febrero de 2004.

5.6 El 3 de febrero de 2004, el autor comunicó que la mañana del 2 de febrero de 2004 había sido atacado por un desconocido que le echó cloroformo a la cara con un rociador. Una camioneta frenó cerca de donde él se encontraba y el autor piensa que iba a ser utilizada para

⁸ *Delgado Páez c. Colombia*, caso N° 195/1985, párr. 5.5.

secuestrarlo. Logró escapar y fue llevado al hospital. De no haber escapado, habría sido asesinado o secuestrado. El 13 de febrero de 2004, el Comité, por conducto de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, reiteró su solicitud anterior al Estado parte, en virtud del artículo 86 del reglamento del Comité, que figuraba en su nota de 9 de enero de 2004.

5.7 El 19 de marzo de 2004, el Estado parte comentó el ataque contra el autor que tuvo lugar el 2 de febrero de 2004: la comunicación dice que la Oficina del Fiscal General dio instrucciones a la policía para que investigara el presunto ataque y tomara las medidas necesarias para garantizar la seguridad del autor. La policía tomó nota de su declaración de que no podía identificar a los sospechosos ni proporcionar el número de matrícula del vehículo que los presuntos atacantes habían utilizado. La investigación continúa y se han tomado medidas para informar al autor de los resultados de esta. Si las investigaciones revelan pruebas verosímiles de que las amenazas fueron causadas con objeto de subvertir la administración de justicia, el Estado parte tomará las medidas apropiadas.

5.8 Con respecto a la seguridad del autor, en su residencia se ha dejado un libro de patrullas y se ha encargado a patrullas de policía que visiten su residencia día y noche y dejen constancia de sus visitas en ese libro. Además, la residencia del autor está bajo la vigilancia de policías vestidos de paisano. No hay pruebas que permitan concluir que el autor recibió amenazas de muerte de resultas de su comunicación al Comité de Derechos Humanos.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

6.1 El 16 de marzo de 2004, el Estado parte presentó sus observaciones en cuanto al fondo. Respecto de las presuntas violaciones de los artículos 9, 14 y 19 del Pacto, reconoce que el autor ha agotado los recursos internos. Hace referencia al fallo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003 en el recurso contra la resolución de desacato y dice que no puede comentar el fondo de ningún fallo dictado por un tribunal competente de Sri Lanka. El Estado parte se basa en los argumentos contenidos en el fallo para afirmar que los derechos del autor no fueron violados. En el fallo se dice que el comportamiento del autor, desde el momento en que renegó ante el Comisionado General Adjunto de Indemnizaciones Laborales del arreglo a que había llegado con la Asociación Cristiana de Jóvenes (en el que ambas partes tuvieron asesoría letrada) hasta el momento en que se negó a lamentar su conducta cuando el Tribunal Supremo examinó su caso de desacato, demuestra su falta de respeto por la dignidad y el decoro de un tribunal de justicia. El Estado parte hace referencia al examen por los jueces de las facultades conferidas a esos tribunales para entender en los casos de desacato y observa que, cuando el desacato se comete en sala, la pena se puede imponer sumariamente. Si bien el autor tuvo la oportunidad de mitigar la sentencia presentando sus disculpas, no lo hizo.

6.2 La libertad de palabra y de expresión, incluida la libertad de publicación, están garantizadas por el apartado a) del párrafo 1 del artículo 14 de la Constitución de Sri Lanka. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 15, es posible imponer restricciones a los derechos consagrados en el artículo 14; estas pueden disponerse por ley en relación con casos de desacato a los tribunales. El Estado parte niega que la facultad conferida al Tribunal Supremo en el párrafo 3 del artículo 105 de la Constitución sea incompatible con el derecho fundamental garantizado por el apartado a) del párrafo 1 del artículo 14 de la Constitución de Sri Lanka o con los artículos 19 o 14 del Pacto.

6.3 El Estado parte reitera que el autor no agotó los recursos internos con respecto a su denuncia de tortura y malos tratos y que el caso aún está pendiente. Como el Estado parte no puede hacer observaciones en nombre de los acusados, equivaldría a quebrantar las normas de la justicia natural que el Comité expresara sus opiniones sobre esa presunta violación, dado que los acusados del ataque no tienen la posibilidad de dar su propia versión del incidente. Una determinación del caso por el Comité en la etapa actual sería perjudicial para los acusados y para el fiscal. El Estado parte observa que el autor no ha alegado que esos recursos sean ineficaces ni que se prolonguen más allá de lo razonable.

6.4 El Estado parte observa que el caso relativo a los derechos fundamentales presentado por el autor ante el Tribunal Supremo sigue pendiente y que en las actuaciones se examinará la violación de los mismos derechos protegidos por el artículo 7 y el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto. Declara además que ha declinado comparecer en favor de las personas acusadas de tortura. El Fiscal General que representa al Estado se abstiene, por principio, de comparecer en favor de funcionarios públicos contra quienes haya denuncias de tortura pendientes, ya que podría considerar la presentación de cargos criminales contra los autores incluso después de la conclusión de un caso de ese tipo. En el caso presente ese tipo de acción (enjuiciamiento penal) está pendiente.

Comentarios del autor sobre la admisibilidad y el fondo

7.1 El 6 de agosto de 2004, el autor formuló sus comentarios sobre las observaciones del Estado parte y reiteró sus declaraciones anteriores. A raíz de la agresión de la que fue víctima el 2 de febrero de 2004, vivía escondido. Pese a haber presentado denuncias ante la policía, no se llevó a cabo ninguna investigación y no se enjuició ni se detuvo a nadie. Aunque el autor reconoce que pasaban por su casa patrullas de policía, dice que la protección era insuficiente para prevenir un intento de secuestro y posiblemente de asesinato. Se le diagnosticó estrés postraumático y su salud mental empeoró. Ante esta situación, abandonó Sri Lanka el 16 de julio de 2004 y solicitó asilo en Hong Kong, donde se halla en tratamiento. Aún no se ha examinado su solicitud, pero impugna la afirmación del Estado parte de que no puede hacer nada en relación con un fallo dictado por un tribunal local.

7.2 A diferencia de su exposición inicial, el autor sostiene ahora que hasta la fecha no se ha presentado cargo alguno contra los sospechosos de la presunta agresión. Según él, el Tribunal de Magistrados de Colombo ha tenido ante sí informes preliminares, denominados "informes B", pero estos no son más que informes sobre el desarrollo de la investigación. La última vez que el Tribunal estudió el informe fue el 23 de julio de 2004. Así pues, un año y medio después del incidente aún no ha concluido la investigación. A juicio del autor, el hecho de que el Estado parte no investigue con diligencia las denuncias de tortura viola el artículo 2 y la falta de protección de los testigos les impide participar en el juicio que con el tiempo pueda tener lugar.

7.3 El autor también afirma que el Estado parte no ha contribuido a su rehabilitación. Dice que cuatro médicos le han diagnosticado un trauma psicológico a causa de los hechos antes expuestos, pero que en ningún momento se han respetado sus derechos fundamentales ni se ha examinado la solicitud de indemnización que presentó el 13 de marzo de 2003. Con arreglo al apartado 5 del artículo 126 de la Constitución, "el Tribunal Supremo examinará y resolverá toda petición en relación con el presente artículo en un plazo de dos meses a partir de la presentación de dicha petición", pero la petición presentada por el autor aún sigue pendiente. El hecho de que el Estado parte no haya examinado esas solicitudes demuestra, según el autor, que se ha dilatado indebidamente el agotamiento de los recursos internos en relación con las presuntas violaciones del artículo 7 y del párrafo 1 del artículo 10, lo que prueba que los recursos no son eficaces.

7.4 El autor añade una nueva reclamación sobre su condena por desacato, a saber, que no se le dio la oportunidad de ser juzgado, de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección, y que no se le informó del derecho que le asistía a tenerlo ni se le asignó un defensor. A ese respecto, el autor afirma que se trata de una violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar la reclamación que figura en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si dicha reclamación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 En cuanto a la presunta violación del artículo 7 y del párrafo 1 del artículo 10, en relación con la presunta tortura del autor y sus condiciones de detención, el Comité observa que esos asuntos están pendientes ante el Tribunal de Magistrados y el Tribunal Supremo. Aunque no queda claro si oficialmente se han presentado cargos contra las personas presuntamente responsables de la agresión, no hay duda de que el Tribunal de Magistrados está examinando el asunto. A juicio del Co-

mité, el plazo de 18 meses transcurrido desde la fecha del incidente no es un plazo excesivamente prolongado en el sentido del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Por consiguiente, el Comité concluye que las reclamaciones no son admisibles por no haberse agotado los recursos internos con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

8.3 En cuanto a la reclamación relativa a la arbitrariedad de su condena de cárcel con arreglo al artículo 9, que le fue impuesta tras un juicio que según el autor no fue imparcial, el Comité llega a la conclusión de que es más adecuado abordar esta cuestión también a la luz del artículo 14 del Pacto, por cuanto se refiere a la privación de libertad posterior a la condena.

8.4 En cuanto a la presunta violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, el Comité llega a la conclusión de que esa reclamación no ha sido fundamentada a los efectos de su admisibilidad, por lo que es inadmisibile en el marco del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.5 En cuanto a las restantes denuncias de violación de los párrafos 1 del artículo 9, de los párrafos 1, 2, 3 — en sus apartados a), b), d) y e)— y 5 del artículo 14, y del artículo 19, el Comité considera que están suficientemente fundamentadas y llega a la conclusión de que no hay impedimento alguno a efectos de admisibilidad.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 El Comité observa que los tribunales, sobre todo en el sistema del "common law", han usado tradicionalmente de su facultad de mantener el orden y hacer respetar la dignidad de los debates imponiendo expeditivamente sanciones por "desacato al tribunal". En este caso, sin embargo, la única perturbación señalada por el Estado parte es la presentación repetida de peticiones por el autor, para lo cual la imposición de una sanción financiera habría sido suficiente, además de una ocasión en que "alzó la voz" en presencia del tribunal y se negó luego a disculparse. Se le condenó por ello a un año de "cárcel rigurosa". Ni el tribunal ni el Estado parte han explicado razonadamente por qué se le impuso una pena tan severa y expeditiva en ejercicio de la facultad del tribunal de mantener el orden. El párrafo 1 del artículo 9 del Pacto prohíbe toda privación de libertad "arbitraria" y la imposición de una pena draconiana sin la debida explicación y sin garantías procesales independientes contraviene esa prohibición. El hecho de que sea el brazo judicial del Estado quien ha cometido un acto que viola el párrafo 1 del artículo 9 no exime de responsabilidad al Estado parte. El Comité concluye que la detención del autor fue arbitraria, en violación del párrafo 1 del artículo 9. A la luz de esta conclusión, en el presente caso, el Comité no necesita

examinar la cuestión de saber si las disposiciones del artículo 14 pueden aplicarse al ejercicio de la facultad de sancionar un acto de desacato de naturaleza penal. De modo análogo, el Comité no necesita examinar si hubo o no violación del artículo 19.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que el Estado parte ha violado el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

11. A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo, con inclusión de una indemnización, y de

efectuar las reformas legislativas que sean necesarias para evitar violaciones similares en el futuro. El Estado parte tiene la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

12. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

Comunicación N° 1222/2003

Presentada por: Jonny Rubin Byahuranga (representado por Tyge Trier)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Dinamarca

Fecha de aprobación del dictamen: 1° de noviembre de 2004 (82° período de sesiones)

Asunto: Deportación de un refugiado tras ser acusado de delitos relacionados con drogas

Cuestiones de procedimiento: Solicitud de medidas provisionales de protección

Cuestiones de fondo: Riesgo real y previsible de sufrir malos tratos a su regreso – Injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar – Protección de la familia

Artículos del Pacto: 7; 17; y 23, párrafo 1

Artículos del Protocolo Facultativo y del reglamento: Artículo 86 del reglamento

Conclusión: Violación (artículo 7)

1.1 El autor de la comunicación es el Sr. Jonny Rubin Byahuranga, ugandés nacido el 28 de octubre de 1956, que reside en Dinamarca y está en espera de su expulsión a Uganda. Alega ser víctima de una violación por Dinamarca¹ de los artículos 7 y 17 y del párrafo 1 del artículo 23 del Pacto. Está representado por abogado.

1.2 El 27 de noviembre de 2003, se transmitió la comunicación al Estado parte. El 7 de julio de 2004, el autor pidió al Comité que solicitara la adopción de medidas provisionales de conformidad con el artículo 86 de su reglamento para que el Estado parte no lo deportara mientras su comunicación estuviera siendo

examinada por el Comité. El 9 de julio de 2004, el Comité, a través de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, pidió al Estado parte que no deportara al autor antes de que el Comité hubiera tenido la oportunidad de evaluar la necesidad de seguir aplicando medidas provisionales. El Estado parte accedió a esa petición. El 30 de julio de 2004, el Comité informó al Estado parte de su decisión de extender su petición temporal de que no deportara al autor hasta la fecha de clausura del 82° período de sesiones del Comité, el 5 de noviembre de 2004.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor fue oficial del ejército ugandés bajo el régimen de Idi Amin. Huyó de Uganda en 1981, tras haber sido detenido ilegalmente y supuestamente torturado en varias ocasiones por las fuerzas militares. En diciembre de 1984, llegó a Dinamarca, donde se le concedió asilo el 4 de septiembre de 1986, de conformidad con el apartado ii) del párrafo 1 del artículo 7² de la Ley de extranjería. El 24 de julio de 1990, se le concedió un permiso de residencia permanente.

¹ El Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigor para el Estado parte el 23 de marzo de 1976.

² El párrafo 1 del artículo 7 de la Ley de extranjería en vigor en ese momento decía así: "Artículo 7 1). Tras solicitarlo, se emitirá un permiso de residencia a los extranjeros en Dinamarca o en la frontera, i) si reúnen las condiciones enunciadas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951; o ii) si por razones similares a las enumeradas en la Convención o por otras razones justificadas no se les puede exigir que regresen a su país de origen".

2.2 En 1997 el autor contrajo matrimonio con una ciudadana de la República Unida de Tanzania. Junto con la hija del autor de un matrimonio anterior (nacida en 1980), su esposa fue a vivir con él a Dinamarca en 1998. Luego adquirió la ciudadanía danesa y tiene dos hijos con el autor, que nacieron en Dinamarca en 1999 y 2000.

2.3 En sentencia de 23 de abril de 2002, el Tribunal de la Ciudad de Copenhague condenó al autor por delitos relacionados con drogas (artículo 191 del Código Penal de Dinamarca) a dos años y seis meses de prisión. También ordenó su expulsión del país³, considerando que expulsarlo no equivaldría a violar el derecho a la vida familiar enunciado en el artículo 8 del Convenio Europeo, y le prohibió definitivamente volver a Dinamarca. El Tribunal basó su decisión en una opinión de 19 de abril de 2002 del Servicio de Inmigración de Dinamarca, que consideraba que no había circunstancias que constituyeran un argumento determinante contra la expulsión del autor en virtud del artículo 26⁴ de la Ley de extranjería. La opinión se basaba en: a) el hecho de que, a la edad de 45 años, el autor había residido en Dinamarca durante 17 años y cuatro meses; b) la buena salud del autor, esto es, la ausencia de enfermedades que no pudieran ser tratadas en Uganda; c) el hecho de que su expulsión no afectaría al derecho de su esposa e hijos a seguir residiendo en Dinamarca, dado que su esposa y su hija mayor habían obtenido el permiso de residencia permanente; d) la ausencia de todo riesgo de

³ El artículo 22 de la Ley de extranjería, en vigor en ese momento, establecía en las partes correspondientes: "Artículo 22. Un extranjero que haya residido legalmente en Dinamarca durante más de siete años consecutivos o posea un permiso de residencia de conformidad con los artículos 7 u 8 podrá ser expulsado si: [...] iv) es condenado a una pena de prisión de conformidad con la Ley de drogas y narcóticos o con el artículo 191 o el apartado a) del artículo 191 del Código Penal [...]".

⁴ El artículo 26 de la Ley de extranjería, en vigor en ese momento, decía así: "Artículo 26.1). Al tomar la decisión de expulsión, se ha de tener en cuenta la cuestión de si se debe suponer que la expulsión sería especialmente gravosa, en particular por las siguientes razones:

- i) los lazos del extranjero con la comunidad danesa [...];
- ii) la duración de la estancia del extranjero en Dinamarca;
- iii) la edad, salud u otras circunstancias personales del extranjero;
- iv) los vínculos del extranjero con personas que viven en Dinamarca;
- v) las consecuencias de la expulsión para los familiares cercanos del extranjero que viven en Dinamarca;
- vi) la inexistencia o exigüidad de los lazos del extranjero con su país de origen o con cualquier otro país donde se espere que fije su residencia; y
- vii) el riesgo de que, en casos diferentes de los mencionados en los párrafos 1) y 2) del artículo 7, el extranjero vaya a ser sometido a malos tratos en su país de origen o en cualquier otro país donde se espere que fije su residencia.

2) Un extranjero puede ser expulsado de conformidad con los apartados iv) a vi) del artículo 22, a menos que las circunstancias mencionadas en el párrafo 1 constituyan un argumento determinante contra su expulsión".

que, en casos diferentes de los mencionados en los párrafos 1) y 2) del artículo 7 de la Ley de extranjería, fuera a ser sometido a malos tratos en Uganda. El Servicio de Inmigración no puso objeciones a la petición del fiscal de expulsar al autor, a pesar de que casi no tenía contacto con sus familiares en Uganda y del hecho de que no había regresado a Uganda desde 1981.

2.4 El 3 de septiembre de 2002, el Tribunal Superior de Dinamarca oriental desestimó el recurso presentado por el autor contra la decisión del Tribunal de la Ciudad de Copenhague. El 12 de noviembre de 2002, la Junta de Apelaciones de Dinamarca desestimó su solicitud de venia para apelar contra la decisión del Tribunal Superior.

La denuncia

3.1 El autor alega que su expulsión: a) equivaldría a violar los derechos que le reconoce el artículo 7 del Pacto, ya que lo expondría a un peligro real e inmediato de ser sometido a malos tratos tras su regreso a Uganda, y b) constituiría una injerencia arbitraria en su derecho a la vida familiar de acuerdo con el artículo 17 del Pacto y una violación de la obligación del Estado parte de respetar y proteger a la familia en cuanto elemento natural y fundamental de la sociedad, como prescribe el párrafo 1 del artículo 23.

3.2 El autor subraya que ha vivido en Dinamarca durante 18 años sin haber regresado nunca a Uganda, que no tiene contacto con sus familiares en Uganda y que su esposa y sus hijos viven con él; los dos hijos más jóvenes nacieron en Dinamarca y nunca han estado en Uganda.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 El 11 de febrero de 2004, el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación, en las que impugnaba la admisibilidad porque el autor no había agotado los recursos internos y negaba que se hubiesen violado los artículos 7 y 17 y el párrafo 1 del artículo 23.

4.2 Por lo que respecta al agotamiento de los recursos internos, el Estado parte sostiene que el 31 de julio de 2003 el autor pidió a la policía de Copenhague que sometiese la cuestión de la revocación de la orden de expulsión a un tribunal para que la revisara de conformidad con el párrafo 1 del artículo 50⁵ de la Ley de

⁵ El párrafo 1 del artículo 50 de la Ley de extranjería dice así: "1) Si no se ha llevado a cabo la expulsión de conformidad con el párrafo 1 del artículo 49, el extranjero que alegue que se han producido cambios importantes en sus circunstancias, véase el artículo 26, podrá pedir que el Ministerio Fiscal presente ante un tribunal la cuestión de la reanudación [revocación] de la orden de expulsión. La solicitud a esos efectos deberá presentarse no antes de seis meses ni después de dos meses de la fecha prevista para la ejecución de la expulsión. Si la solicitud se presenta en una fecha posterior, el tribunal podrá decidir examinar el caso si considera que hay

extranjería. El 29 de agosto de 2003, la policía pidió al Servicio de Inmigración que volviese a emitir una opinión sobre la conveniencia de la expulsión del autor. El 18 de septiembre de 2003, el Servicio de Inmigración reiteró que no tenía ninguna información acerca de si el autor estaría expuesto a sanciones penales especialmente gravosas tras regresar a Uganda, ni de si correría el riesgo de ser juzgado nuevamente por el mismo delito por el que había sido condenado en Dinamarca. No obstante, había solicitado al Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca que investigase el riesgo de que fuera juzgado en Uganda por el mismo delito. Aparte de ese riesgo, no se podían tener en cuenta los posibles motivos de asilo consignados en los párrafos 1 y 2 del artículo 7 de la Ley de extranjería, de conformidad con el apartado vii) del párrafo 1 del artículo 26 de la Ley. El Servicio de Inmigración llegó a la conclusión de que, en vista de la naturaleza de los delitos cometidos por el autor y de la severidad de la pena de prisión que se le había impuesto, sus circunstancias personales no tenían más peso que los argumentos para su expulsión.

4.3 El Estado parte añade que el 11 de noviembre de 2003 el Tribunal de la Ciudad de Copenhague confirmó la orden de expulsión del autor por considerar que su revocación no se podía basar en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que el autor todavía podía invocar el artículo 31⁶ de la Ley de extranjería, que permite que el Servicio de Inmigración efectúe una nueva evaluación del riesgo⁷ antes de devolverlo a Uganda. El 1º de diciembre de 2003, el Tribunal Superior de Dinamarca oriental desestimó el recurso del autor contra la decisión del tribunal de la Ciudad. El 19 de enero de 2004, el Servicio de Inmigración, basándose en la información suministrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores sobre una amnistía para los simpatizantes del ex Presidente Amin y el riesgo de segundo procesamiento en Uganda por el mismo delito,

motivos que justifiquen que se haya sobrepasado el plazo límite".

⁶ El artículo 31 de la Ley de extranjería dice así: "1) No se podrá devolver a ningún extranjero a un país en el que corra peligro de ser condenado a muerte o sometido a tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes, o en el que el extranjero no esté protegido contra la posibilidad de ser enviado a un país así. 2) Un extranjero al que se aplique lo enunciado en el párrafo 1 del artículo 7 no podrá ser devuelto a un país en el que corra peligro de ser perseguido por los motivos enunciados en el artículo 1 A de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (28 de julio de 1951), o en el que el extranjero no esté protegido contra la posibilidad de ser enviado a un país así. Esto no se aplica si hay motivos fundados para suponer que el extranjero constituye un peligro para la seguridad nacional de Dinamarca o si, tras una sentencia firme por un delito especialmente grave, cabe suponer que representa un peligro para la sociedad, pero véase el párrafo 1".

⁷ Véase el apartado a) del artículo 49 de la Ley de extranjería: "Apartado a) del artículo 49. Antes de devolver a un extranjero al que se ha concedido un permiso de residencia de conformidad con los artículos 7 u 8 y a quien se ha decidido expulsar en virtud de sentencia [...], el Servicio de Inmigración decide si puede ser devuelto, véase el artículo 31, a menos que el extranjero esté de acuerdo en volver. [...]".

determinó que el artículo 31 de la Ley de extranjería no sería óbice para la expulsión del autor. El recurso de este ante la Junta de Refugiados y su solicitud a la Junta de Apelaciones para poder recurrir contra la decisión de 1º de diciembre de 2003 del Tribunal Superior seguían pendientes de resolución en el momento en que el Estado parte hizo su exposición. Por lo tanto, se sostiene que la comunicación es inadmisibles de conformidad con el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

4.4 Acerca del fondo de la cuestión, el Estado parte mantiene que el procedimiento ante los tribunales daneses y las autoridades de inmigración garantiza que no se expulse a nadie a un país en el que corra un verdadero peligro de ser sometido a tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El Servicio de Inmigración, tanto en sus opiniones de 19 de abril de 2002 y de 18 de septiembre de 2003 como en su evaluación del riesgo de conformidad con el artículo 31 de la Ley de extranjería, examinó detenidamente el peligro que podría correr el autor de ser sometido a malos tratos. Llegó a la conclusión de que su expulsión no infringiría ni el artículo 26 ni el artículo 31 de la Ley de extranjería. El artículo 31 recoge las obligaciones que tiene Dinamarca en virtud del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por consiguiente, en el artículo 7 del Pacto. El Estado parte concluye que la expulsión del autor sería compatible con el artículo 7 del Pacto.

4.5 Aunque admite que la expulsión del autor constituye una injerencia en su derecho a la vida familiar de acuerdo con el artículo 17, el Estado parte alega que esa injerencia está prevista en la ley, es conforme a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto, y razonable en las circunstancias del caso, dado que se debió a la condena del autor por un delito especialmente grave. El Estado parte invoca su derecho a controlar la entrada y la residencia de extranjeros, que incluye el derecho a expulsar a personas condenadas por un delito, en la medida en que esa expulsión no sea arbitraria sino proporcionada al objetivo legítimo que se persigue. Para el Estado parte, la expulsión del autor no constituiría un perjuicio excesivo para la esposa y la hija mayor, ya que ambas solo tienen lazos superficiales con Dinamarca y, por lo tanto, sería razonable suponer que se irían con él. Si, por el contrario, prefieren quedarse en Dinamarca, su derecho de residencia no se vería afectado por la expulsión del autor, puesto que ambas poseen el permiso de residencia permanente.

4.6 El Estado parte afirma que, aunque constituye una injerencia en virtud del párrafo 1 del artículo 23 del Pacto, la expulsión del autor no violaría esta disposición, dado que no hay nada que impida que su esposa, de nacionalidad tanzaniana, sus hijos o su hija mayor continúen su vida familiar con él en Tanzania o en cualquier otro país que no sea Dinamarca.

5. El 17 de marzo de 2004, el Estado parte informó al Comité de que, por decisión de 17 de febrero de 2004, la Junta de Apelaciones había desestimado la solicitud de venia para presentar un recurso contra la

decisión del Tribunal Superior de 1º de diciembre de 2003.

Petición de medidas provisionales por el autor

6.1 Los días 7 y 9 de julio de 2004, el autor pidió al Comité que obtuviera del Estado parte la seguridad de que, mientras examinara su comunicación, no sería expulsado a Uganda, donde podría ser objeto de un mal irreparable por haber sido teniente bajo el régimen de Idi Amin.

6.2 El autor sostiene que, en virtud de una decisión de 28 de junio de 2004, la Junta de Refugiados de Dinamarca rechazó su recurso contra la decisión del Servicio de Inmigración de fecha 19 de enero de 2004 por considerar que no correría ningún riesgo si volvía a Uganda. El 6 de julio de 2004, la policía le notificó oficialmente la decisión y le informó que sería deportado sin dilación.

6.3 El autor argumenta que durante su permanencia en Dinamarca ha criticado abiertamente al régimen actual de Uganda y que asistió a conferencias en las que protestó contra el trato que se daba a los opositores políticos en ese país. Nombra a varios militares y funcionarios de Uganda a los que teme particularmente.

6.4 Para apoyar sus afirmaciones, el autor remite a informes de fuentes no gubernamentales y gubernamentales que confirman que sigue habiendo ejecuciones extrajudiciales, torturas y detención arbitraria de opositores políticos o personas sospechosas de apoyar a los rebeldes en Uganda. Remitiéndose a la jurisprudencia del Comité, arguye que, si es expulsado de inmediato de Dinamarca, de nada servirá que el Comité examine su comunicación.

Exposición adicional del Estado parte y comentarios del autor

7. El 15 de julio de 2004, el Estado parte admitió que el autor había agotado los recursos de la jurisdicción interna después de que el 28 de junio de 2004 la Junta de Inmigración rechazara su recurso contra la decisión del Servicio de Inmigración de Dinamarca de 19 de enero de 2004. Una solicitud subsiguiente presentada al Ministro de Refugiados, Inmigración e Integración para que le otorgara el permiso de residencia por motivos humanitarios con arreglo al párrafo 1) del artículo 9b de la Ley de extranjería fue denegada el 9 de julio de 2004, pues el permiso solo puede concederse como mínimo dos años después de la salida del solicitante del territorio danés.

8. El 21 de julio de 2004, el autor señaló que el Estado parte no se había referido al riesgo de mal irreparable que correría si volvía a Uganda. Para sustentar sus afirmaciones, presenta una carta de fecha 14 de julio de 2004 del ex presidente del Instituto Schiller de Dinamarca, quien confirma que el autor asistió a conferencias del Instituto en su calidad de presidente de la Unión de Ugandeses en Dinamarca. En un artículo publicado en la *Executive Intelligence Review* el 10 de

octubre de 1997 y en un periódico en idioma alemán se habla de su participación, en septiembre de 1997, en una conferencia durante la cual se criticaron los supuestos vínculos del Presidente Museveni de Uganda con el Frente Patriótico de Rwanda. En la carta se expresa la preocupación de que la Embajada de Uganda en Copenhague haya tomado el nombre de los súbditos ugandeses que participaron en conferencias del Instituto Schiller.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte en cuanto a la admisibilidad y el fondo

9.1 El 26 de agosto de 2004, el autor comentó las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación de 11 de febrero y 15 de julio de 2004, reiterando que había agotado los recursos internos. Afirma que la carta del Instituto Schiller es un claro indicio de que las autoridades de Uganda están enteradas de sus actividades políticas por las listas de participantes en las conferencias a las que asistió, que también se pueden consultar en línea. A la vez que afirma que corre un verdadero peligro si vuelve a Uganda y que ello será una consecuencia necesaria y previsible de su deportación, el autor critica al Estado parte por no haberse referido a las pruebas que produjo.

9.2 Basándose únicamente en la determinación del riesgo hecha por el Servicio de Inmigración el 19 de abril de 2002 y el 18 de septiembre de 2003 en virtud de los artículos 50 y 26 de la Ley de extranjería, el Estado parte hizo caso omiso del hecho de que una gran parte de la denuncia del autor con arreglo al artículo 7 se debía a información obtenida *después* de la determinación del riesgo. Sin una respuesta del Estado parte a su alegación, habría que dar un valor considerable a esas afirmaciones no refutadas, puesto que el Estado parte tuvo la posibilidad de investigar a fondo sus alegaciones. El Estado parte no ha demostrado que la situación en Uganda haya cambiado radicalmente de modo que los motivos de su asilo en 1986 hayan desaparecido.

9.3 Para sustentar las alegaciones que ha formulado en virtud de los artículos 17 y 23, el autor reitera que él y su esposa tienen dos hijos que nacieron y se criaron en Dinamarca, hablan danés y consideran este país su hogar. El que el Estado parte no lo haya tenido en cuenta no puede cambiar la importancia que el Comité ha de conceder a su crianza en un medio estable y seguro, especialmente si los artículos 17 y 23 del Pacto se interpretan a la luz de los artículos 9 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La importancia del autor en la vida de sus dos hijos se deduce de los diversos informes sobre las visitas a la familia efectuadas durante las salidas de prisión; en ellos queda clara su alegría de ver a su padre.

9.4 El 6 de agosto de 2004, el Tribunal de la Ciudad de Copenhague decidió poner en libertad al autor, reconociendo así implícitamente sus estrechos lazos familiares y la penosa situación que suponían para él y para su familia los 11 meses que estuvo a disposición

judicial en espera de la deportación una vez cumplida su pena de prisión. El autor sostiene que permitirle volver a su vida familiar por algunos meses, durante los cuales puede cuidar de sus hijos mientras su esposa trabaja, para finalmente deportarlo a Uganda constituiría una grave violación de los derechos enunciados en los artículos 17 y 23.

9.5 Con respecto a la argumentación del Estado parte de que no hay nada que impida que su familia siga viviendo junta fuera de Dinamarca, el autor sostiene que su esposa no podría seguirlo a otro país sin posibilidades de empleo ni de escolarización o guardería para sus hijos.

9.6 Añade que la posibilidad de que se reasiente en Tanzania, como ha propuesto el Estado parte, no es una alternativa realista, puesto que ese país no tiene obligación alguna de aceptarlo y lo más probable es que se muestre renuente a acoger a un extranjero que ha sido condenado penalmente. A pesar de que ha estado de visita en Tanzania alguna vez, no tiene lazos con ese país.

9.7 El autor repite que no mantiene contacto con sus familiares en Uganda. Es probable que los miembros de su tribu, los Toros, lo traten como paria o le den muerte por haber servido en el ejército de Idi Amin, quien los oprimió.

9.8 El autor recuerda que el fallo dictado por el Tribunal de la Ciudad de Copenhague en mayo de 2002 no fue unánime en favor de su expulsión, pues uno de los tres jueces la consideró incompatible con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En una causa análoga a la presente, relativa a la deportación de un extranjero que había residido en Dinamarca varios años con su esposa y cuya deportación también se había ordenado basándose en una sentencia condenatoria por delitos relacionados con drogas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló que se había violado el artículo 8 del Convenio⁸.

9.9 El autor argumenta que, en vista de la duración de su permanencia en Dinamarca y del interés de su familia en permanecer unida, se debe considerar que la decisión del Estado parte de deportarlo es desmedida con respecto al propósito que persigue, pese a la relativa gravedad de su condena. Remitiéndose a la jurisprudencia del Comité⁹, concluye diciendo que la orden de expulsarlo constituye una injerencia arbitraria en el ejercicio de los derechos que le amparan en virtud de los artículos 17 y 23.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

10.1 Antes de examinar toda denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de

⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denuncia N° 56811/00 (*Amrollahi c. Dinamarca*), fallo dictado el 11 de julio de 2002.

⁹ Véase la comunicación N° 1069/2002, *Bakhkiyari c. Australia*, dictamen aprobado el 29 de octubre de 2003, párr. 9.6.

conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

10.2 El Comité se ha cerciorado, con arreglo a los apartados a) y b) del artículo 5 del Protocolo Facultativo, de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional y de que el autor ha agotado los recursos de la jurisdicción interna, como admite el Estado parte.

10.3 El Comité estima que el autor ha fundamentado sus reclamaciones satisfactoriamente con arreglo a los artículos 7 y 17 y al párrafo 1 del artículo 23 a efectos de la admisibilidad. Concluye que la comunicación es admisible y procede a examinar la cuestión en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

11.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

11.2 El primer particular que el Comité ha de examinar es si la expulsión del autor a Uganda lo expondría a un peligro real y previsible de ser sometido a un trato contrario al artículo 7. El Comité recuerda que, en virtud del artículo 7 del Pacto, los Estados partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución¹⁰. Toma conocimiento de la detallada relación del autor de los motivos por los que teme ser maltratado a manos de las autoridades de Uganda y concluye que ha justificado *prima facie* la posibilidad de que exista ese riesgo.

11.3 El Comité observa que, si bien es cierto que el Estado parte impugna la denuncia formulada por el autor en relación con el artículo 7, no expone motivos de fondo para ello. Se refiere únicamente a la evaluación del riesgo hecha por el Servicio de Inmigración de Dinamarca con arreglo a los artículos 26 (opiniones de fechas 19 de abril de 2002 y 18 de septiembre de 2003) y 31 (decisión de 19 de enero de 2004, confirmada por la Junta de Refugiados el 28 de junio de 2004) de la Ley de extranjería. Después de examinar los documentos, el Comité señala en primer lugar que el cuidadoso examen hecho por el Servicio de Inmigración en virtud del apartado vii) del párrafo 1 del artículo 26 de la Ley de extranjería se limitó a la determinación de las circunstancias personales del autor en Dinamarca, así como al riesgo de que fuese sancionado por el mismo delito por el que fue condenado en Dinamarca, sin tratar las cuestiones más extensas planteadas en virtud del artículo 7 del Pacto, como los malos tratos que podrían dar lugar a una solicitud de asilo con arreglo a los párrafos 1 y 2 del

¹⁰ Observación general N° 20 [44], párr. 9.

artículo 7 de la Ley de extranjería. En segundo lugar, en su decisión de 19 de enero de 2004, el Servicio de Inmigración basa su conclusión de que el autor no estaría en peligro de ser torturado o maltratado al volver a Uganda solo en una evaluación hecha por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la posibilidad de que fuese juzgado nuevamente en Uganda por el mismo delito y en la amnistía para los simpatizantes del ex Presidente Amin. Del mismo modo, la Junta de Refugiados, tras hacer un pormenorizado recuento de las palabras del autor acerca de su temor de ser sometido a malos tratos al volver a Uganda, rechazó su recurso basándose en la misma opinión del Ministerio, sin dar motivos de fondo propios en su decisión de 28 de junio de 2004. En particular, la Junta simplemente desestimó, por su tardía presentación, la afirmación del autor de que las autoridades ugandesas conocían sus actividades políticas en Dinamarca, por lo que corría particularmente el riesgo de ser sometido a malos tratos al regresar a Uganda. El Estado parte no ha comunicado al Comité el juicio de su Ministerio de Relaciones Exteriores ni otros documentos que constituirían la base fáctica de la evaluación del Ministerio. En resumidas cuentas, el Estado parte trata de refutar el presunto riesgo de un trato contrario al artículo 7 refiriéndose simplemente al resultado de la evaluación hecha por sus propias autoridades, en vez de formular observaciones sobre la versión bastante detallada del autor de por qué a su modo de ver existe ese peligro.

11.4 Como el Estado parte no ha presentado argumentos convincentes para rebatir las alegaciones del autor, el Comité dictamina que hay que dar la debida importancia a su detallada exposición de que existe el riesgo de un trato contrario a lo dispuesto en el artículo 7. En consecuencia, el Comité considera que, si se ejecutara la orden de expulsarlo devolviéndolo a Uganda, se estaría violando el artículo 7 del Pacto.

11.5 En cuanto a la presunta violación del derecho que tiene el autor a la vida familiar con arreglo al artículo 17 y al párrafo 1 del artículo 23, el Comité reitera su jurisprudencia de que puede haber casos en que la negativa de un Estado parte a permitir que un miembro de una familia permanezca en su territorio suponga una injerencia en la vida familiar de esa persona. Ahora bien, el simple hecho de que un miembro de una familia tenga derecho a permanecer en el territorio de un Estado parte no significa necesariamente que el exigir a otros miembros de la familia que salgan del país entrañe tal injerencia¹¹.

11.6 En el presente caso, y como el Estado parte ha aceptado que expulsar al autor constituiría una injerencia en su vida familiar, el Comité considera que la decisión del Estado parte de deportar a un padre de familia con dos hijos menores y obligar a la familia a escoger si lo acompaña o se queda en el Estado parte, se

ha de considerar una "injerencia" en la familia. Aunque la vida familiar del autor se vio interrumpida por un período bastante largo a causa de su reclusión y subsiguiente puesta a disposición judicial mientras estuviera pendiente su deportación, recibió la visita regular de su esposa durante ese tiempo y pudo visitar a sus hijos varias veces durante las salidas de prisión. Es más, reanudó su vida de familia a raíz de la decisión del Tribunal de la Ciudad de Copenhague de ponerlo en libertad el 6 de agosto de 2004.

11.7 Por tanto, se plantea la cuestión de si esa injerencia sería arbitraria o ilegal y, por consiguiente, contraria al artículo 17, así como al párrafo 1 del artículo 23 del Pacto. El Comité observa que la expulsión del autor se basó en el artículo 22 de la Ley de extranjería. No obstante, recuerda que incluso una injerencia prevista en la ley debe estar en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y ser razonable en las circunstancias particulares del caso¹². A este respecto, el Comité repite que, en los casos en que una parte de la familia ha de salir del territorio de un Estado parte mientras que la otra tiene derecho a quedarse, hay que tener en cuenta los criterios pertinentes para determinar si se puede justificar objetivamente dicha injerencia en la vida familiar, por un lado, a la luz de la importancia de las razones del Estado parte para expulsar al interesado, y por otro, del perjuicio a que se expondría a la familia y a sus miembros a consecuencia de la expulsión¹³.

11.8 El Comité observa que el Estado parte justifica la expulsión del autor a) por el hecho de que fue condenado por delitos relacionados con drogas y b) porque da por supuesto que la duración de la pena de prisión impuesta es un fiel trasunto de la gravedad de esos delitos. También toma conocimiento de la argumentación del autor de que su esposa e hijos viven en Dinamarca en condiciones estables y seguras y, por lo tanto, no podrían seguirlo si fuese expulsado a Uganda. Aun cuando bien puede ser que la expulsión del autor sería bastante penosa para su esposa y sus hijos, permanezcan en Dinamarca u opten por mantener unida a la familia y lo sigan a un país que no conocen y cuyo idioma los niños no hablan, el Comité toma nota de que el autor ha presentado la comunicación únicamente en nombre propio y no en nombre de su esposa e hijos. De ahí que el Comité solo puede decidir si su expulsión constituiría una violación de sus derechos en virtud de los artículos 17 y 23.

11.9 En el presente caso, el Comité advierte que el Estado parte ha querido justificar su injerencia en la vida familiar del autor en razón del carácter y la gravedad de los delitos cometidos por este. El Comité considera que los motivos expuestos por el Estado parte son razonables y bastan para justificar la injerencia en la vida de su familia. Por ende, el Comité llega a la conclusión de que, si se cumple la orden de expulsión

¹¹ Comunicación N° 930/2000, *Winata c. Australia*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2001, párr. 7.1; comunicación N° 1011/2001, *Madafferi c. Australia*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2004, párr. 9.7.

¹² Observación general N° 16 [32], párr. 4.

¹³ Véase la comunicación N° 1011/2001, *Madafferi c. Australia*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2004, párr. 9.8.

del autor devolviéndolo a Uganda, dicha expulsión no constituiría una conculcación de los derechos que tiene con arreglo al artículo 17 y al párrafo 1 del artículo 23.

12. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que, si se cumple, la expulsión del autor a Uganda violaría los derechos que tiene con arreglo al artículo 7 del Pacto.

13. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene el deber de proporcionar al autor un recurso efectivo, que incluya la revocación y el reexamen total de la orden de expulsión. También tiene el deber de evitar en lo sucesivo violaciones semejantes.

14. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide también al Estado parte que publique el dictamen del Comité.

APÉNDICE

Voto particular (discrepante) de los siguientes miembros del Comité: Sra. Ruth Wedgwood y Sr. Maxwell Yalden

La mayoría llega a la conclusión de que Dinamarca no ha fundamentado suficientemente su decisión de deportar al autor, de nacionalidad ugandesa, tras la condena por delitos relacionados con estupefacientes y una pena de prisión de dos años y seis meses. La mayoría considera que el autor, ex miembro de las Fuerzas Armadas de Idi Amin, ha probado *prima facie* que correría el riesgo de torturas u otros malos tratos en Uganda a su regreso, y que el Estado parte no lo ha refutado.

Los Estados partes tienen el deber de observar la obligación jurídica internacional de no devolución. Las circunstancias generales reinantes en Uganda no son tranquilizantes. Por ejemplo, en el reciente examen por el Comité de Derechos Humanos del informe de Uganda, presentado con arreglo al Pacto, el Comité señaló una "práctica generalizada de torturas y malos tratos" de los detenidos. (Observaciones finales sobre Uganda, 5 de mayo de 2004, párr. 17.) Por tanto, el Estado parte deseará examinar cuidadosamente los peligros alegados por el autor.

Ahora bien, el Comité no puede examinar de nuevo los hechos y las pruebas en cada caso de deportación, especialmente cuando el caso gira en torno

a la evaluación de la credibilidad del denunciante. Por tanto, el Comité se ha visto obligado a examinar la documentación disponible. La respuesta del Estado parte en este caso describe el detenido examen de la situación del autor efectuado por las autoridades nacionales. Ello incluye la información obtenida del Ministerio de Relaciones Exteriores y tres exámenes realizados por el Servicio Danés de Inmigración, así como las decisiones del Tribunal de la Ciudad de Copenhague, el Tribunal Superior de Dinamarca Oriental y la Junta Danesa de Apelación. El letrado del autor también sometió al Comité la decisión de la Junta Danesa de Refugiados de 28 de junio de 2004, aunque optó por no facilitar la traducción correspondiente, con lo cual solo podrían consultarla los pocos miembros del Comité que supieran leer danés.

El Estado parte ha asegurado al Comité que está a disposición del Secretario General de las Naciones Unidas si su defensa o el caso en general plantearan alguna cuestión. (Observaciones del Estado parte de 11 de febrero de 2004 sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación.) El Comité puede hacer peticiones por escrito a los Estados partes, así como a los denunciantes. Si el Comité hubiera deseado recibir todo el expediente de inmigración del autor o algún otro documento contenido en el mismo, podría fácilmente haberlo pedido al Estado parte. Dinamarca ha cooperado plenamente con el Comité mientras esta denuncia estaba abierta, ha mantenido en suspenso la deportación del autor a petición del Comité y lo ha devuelto a su familia en régimen de libertad condicional. El Comité no pide ordinariamente examinar los télex de un ministro de relaciones exteriores cuando se le han expuesto argumentos fundados, y es dudoso que muchos Estados aceptaran proporcionar material confidencial de esta naturaleza. Pero ciertamente el Comité puede pedir tales documentos si lo considera necesario para una evaluación, en vez de decidir irrevocablemente un caso en base a documentación incompleta.

Como mínimo, el Comité debería haber dado al Estado parte la oportunidad de facilitar los documentos adicionales que deseara examinar. Consideramos que no se ha cumplido este requisito. Es cierto que, si un Estado parte no coopera o no facilita información, el Comité puede decidir, si procede, tener debidamente en cuenta las alegaciones del autor y declarar la existencia de una violación sobre esa base. Ahora bien, en el presente caso esa conclusión no está justificada, porque el Estado parte, como se ha señalado antes, hizo un esfuerzo para cooperar con el Comité y se le podía haber pedido sin problemas que facilitara otra información pertinente.

El Comité tiene claramente la obligación de respetar la norma de equidad que exige, no solo ser equitativo con ambas partes, sino también parecerlo, y creemos que esa norma no se ha respetado. Por tanto, no podemos aceptar que en el presente caso pueda sostenerse la conclusión de que se ha infringido el Pacto.

ANEXO

RESUMEN DE LAS RESPUESTAS DE LOS ESTADOS PARTES A RAÍZ DE LA APROBACIÓN DE LOS DICTÁMENES POR EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

Nota: No fue posible reproducir el texto íntegro de las respuestas; no obstante, estas figuran en los expedientes de la secretaría del Comité. En los informes anuales del Comité se hace referencia regularmente al seguimiento de los dictámenes. En la medida de lo posible se han indicado las referencias pertinentes.

Comunicación N° 563/1993

Presentada por: Nydia Bautista (representada por abogado)

Presunta víctima: La autora

Estado parte: Colombia

Declarada inadmisibile: 11 de octubre de 1994 (52° período de sesiones)

Fecha de aprobación del dictamen: 27 de octubre de 1995 (55° período de sesiones)

Información complementaria recibida del Estado parte*

En una nota verbal de 25 de octubre de 2002, el Estado parte comunicó al Comité que había tomado medidas para prevenir la repetición de violaciones parecidas en el futuro. El Gobierno presentó ante la Cámara de Representantes dos proyectos de ley, que posteriormente se aprobaron, Leyes Nos. 589 y 599/2000 en las que se tipificaban como delitos el genocidio, la tortura y la desaparición forzada. El Estado parte señaló además que se habían promulgado otras leyes y decretos para dar cumplimiento al dictamen, en particular la Ley N° 288/1996. Asimismo, informa al Comité de que ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En consonancia con el dictamen del Comité, el Estado parte había concedido a la víctima una indemnización por daños y perjuicios de 36.935.300 pesos colombianos.

Decisión del Comité

En su 80° período de sesiones, el Comité consideró que este caso no se examinara más con arreglo al procedimiento de seguimiento, ya que el Estado parte había cumplido con el dictamen.

Comunicación N° 836/1998

Presentada por: Kestutis Gelazauskas (representado por abogado)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Lituania

Declarada admisible: 17 de marzo de 2003 (77° período de sesiones)

Fecha de aprobación del dictamen: 17 de marzo de 2003 (77° período de sesiones)

Información complementaria recibida del Estado parte**

En una nota verbal de 25 de julio de 2003, el Estado parte comunicó al Comité que el autor había sido puesto en libertad tres años, dos meses y diez días antes de que acabara de cumplir su condena conforme a la decisión del Tribunal de Distrito del distrito de Kaisiadorys. Además, desde la reforma del sistema judicial y la aprobación del nuevo Código de Procedimiento Penal, que entró en vigor el 1° de mayo de 2003, el Estado parte garantiza a todas las personas bajo su jurisdicción el derecho previsto en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, a saber, que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que "el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

* Se podrán encontrar los dictámenes del Comité en *Selección de Decisiones*, vol. 6, pág. 103. Para consultar la información sobre el seguimiento, véase el Informe Anual del Comité (A/58/40, vol. I, párr. 229 y A/59/40, vol. I).

** Se podrán encontrar los dictámenes del Comité en *Selección de Decisiones*, vol. 8, pág. 101. Para consultar la información sobre el seguimiento, véase el Informe Anual del Comité (A/59/40, vol. I).

Decisión del Comité

En su 80º período de sesiones, el Comité consideró que este caso no se examinara más con arreglo al procedimiento de seguimiento, ya que el Estado parte había cumplido con el dictamen.

Comunicación N° 1096/2002

Presentada por: Safarmo Kurbanova (no representada por abogado)

Presunta víctima: El hijo de la autora

Estado parte: Tayikistán

Declarada admisible: 6 de noviembre de 2003 (79º período de sesiones)

Fecha de aprobación del dictamen: 6 de noviembre de 2003 (79º período de sesiones)

Información complementaria recibida del Estado parte*

El 29 de septiembre de 2004, el Estado parte confirmó que, a raíz del dictamen del Comité, se conmutó la pena capital del autor por una de reclusión "a largo plazo". Posteriormente, el Estado parte informó al Comité de que esto quería decir 25 años. El Estado parte proporcionó una copia de la respuesta conjunta de la Oficina del Fiscal General y del Tribunal Supremo dirigida al Viceprimer Ministro. El Fiscal General y el Tribunal Supremo volvieron a examinar el caso del autor, quien había sido detenido el 12 de mayo de 2001 bajo sospecha de fraude y mantenido privado de libertad desde el 15 de mayo de 2001. Según las autoridades, en el expediente del caso no figuraba ninguna información a los efectos de que el autor hubiera sido sometido a torturas o malos tratos y el autor no formuló ninguna denuncia sobre este asunto durante la instrucción ni ante el tribunal. Las autoridades concluyeron que su condena por varios delitos (inclusive asesinatos) estuvo fundamentada y que el juicio fue conforme a derecho, por lo que no hallaron ningún motivo para impugnarla.

Comunicación N° 829/1998

Presentada por: Roger Judge (representado por abogado)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Canadá

Declarada admisible: 26 de julio de 2002 (75º período de sesiones)

Fecha de aprobación del dictamen: 5 de agosto de 2003 (78º período de sesiones)

Información complementaria recibida del Estado parte**

El 17 de noviembre de 2003, el Estado parte informó al Comité de que el 7 de octubre de 2003 funcionarios del Gobierno federal, representantes de Amnistía Internacional y el abogado del autor se reunieron para escuchar la opinión de Amnistía Internacional sobre cómo el Canadá debía dar efecto al dictamen. El 24 de octubre de 2003, el Cónsul General del Canadá en Búfalo tomó contacto con el Gobernador de Pensilvania y le planteó el caso *Judge*. El 7 de noviembre de 2003, el Gobierno del Canadá entregó al Gobierno de los Estados Unidos una nota diplomática en la que se adjuntaba copia del dictamen y se pedía a los Estados Unidos que no aplicaran la pena de muerte al Sr. Judge. También se solicitaba que esa petición se transmitiera prontamente a las autoridades competentes del Estado. El Estado parte comunicó al Comité que, tras la decisión de la Corte Suprema del Canadá en el caso *Estados Unidos c. Burns y Rafaey* en 2001, se atenia básicamente a la interpretación del párrafo 1 del artículo 6 que el Comité hacía en su dictamen y declaró que el dictamen se había publicado en el sitio web del Departamento del Patrimonio Canadiense. El Estado parte también comunicó al Comité que su interpretación del párrafo 1 del artículo 6 va más allá de la resolución 2003/67 del 59º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. Asimismo mostró su preocupación por el hecho de que el Comité considere que los derechos enunciados en el Pacto deben interpretarse por referencia al momento en que se

* Se podrán encontrar los dictámenes del Comité en *Selección de Decisiones*, vol. 8, pág. 355. Para consultar la información sobre el seguimiento, véase en el Informe Anual del Comité (A/59/40, vol. I y A/60/40, vol. II, anexo VII).

** Se podrán encontrar los dictámenes del Comité en *Selección de Decisiones*, vol. 8, pág. 85. Para consultar la información sobre el seguimiento, véase el Informe Anual del Comité (A/59/40, cap. VI y A/60/40, vol. II, anexo VII).

realiza el examen y no al momento en que tuvo lugar la presunta violación, y afirmó que el cumplimiento del Pacto no se debería evaluar en función de una interpretación de los derechos recogidos en él que no tenga vigencia en el momento de la presunta violación y que, por tanto, no se puede anticipar de forma razonable en el momento de los hechos.

El 8 de agosto de 2004, el Estado parte informó al Comité de que el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de América para Pensilvania Oriental había emitido una suspensión de la ejecución y no se había establecido una fecha para llevarla a cabo.

Comunicación N° 1090/2002

Presentada por: Tai Wairiki Rameka y otros (representados por abogado)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Nueva Zelanda

Declarada admisible: 6 de noviembre de 2003 (79° período de sesiones)

Fecha de aprobación del dictamen: 6 de noviembre de 2003 (79° período de sesiones)

Información complementaria recibida del Estado parte*

El 3 de febrero de 2004, el Estado parte comunicó al Comité que en la sección 5 (3) de la Ley de libertad condicional de 2000 se faculta al Ministro de Justicia para decidir qué tipo de delincuentes que no hayan cumplido aún el tiempo de condena que da derecho a solicitar la libertad condicional podrán beneficiarse del examen anticipado de sus casos por la Junta de Libertad Condicional, que estudiará si se justifica que una persona siga en prisión preventiva. El Ministro de Justicia propone considerar como tales a aquellos delincuentes que han sido condenados a reclusión preventiva con arreglo a la Ley de justicia penal: i) si un tribunal ha indicado que, en caso de no haberse impuesto la reclusión preventiva, la condena finita que se hubiera impuesto en su lugar hubiera sido inferior a diez años de cárcel; ii) si el delincuente ha cumplido un período de encarcelamiento no inferior al período total de la condena finita de referencia; y iii) si el delincuente ha solicitado el examen anticipado de su caso para obtener la libertad condicional. De este modo, el Sr. Harris tendrá la posibilidad de impugnar su régimen de reclusión continua cuando haya expirado el período de la condena finita de referencia a que se alude en la sentencia del Tribunal de Apelaciones. Además, el Estado parte señala que la legislación sobre la reclusión preventiva ha sido modificada. La Ley de condenas de 2002 exige al tribunal que determine por orden, en el momento de imponer una condena de reclusión preventiva, el período mínimo de reclusión, que será inferior a cinco años. El delincuente tiene derecho al examen ordinario una vez que ha expirado el período mínimo de reclusión. El 29 de marzo de 2004, el Estado parte contestó a la comunicación de los autores de 12 de marzo, argumentando que las cuestiones expuestas eran asuntos nuevos que no se habían planteado en la comunicación inicial.

Otra información

El 12 de marzo de 2004, los autores respondieron a la comunicación del Estado parte, y declararon que el recurso no era eficaz, que el propio recurso era una nueva violación del artículo 15 y que el Estado parte no había publicado el dictamen.

Decisión del Comité

El Comité, en su 80° período de sesiones, si bien observó que el autor no estaba satisfecho con el recurso ofrecido por el Estado parte, recomendó que este caso no se examinara más con arreglo al procedimiento de seguimiento.

* Se podrán encontrar los dictámenes del Comité en *Selección de Decisiones*, vol. 8, pág. 336. Para consultar la información sobre el seguimiento, véase el Informe Anual del Comité (A/59/40, cap. VI).

ÍNDICES

ÍNDICE POR ARTÍCULOS DEL PACTO

<i>Artículo</i>	<i>Comunicación</i>	<i>Página</i>	<i>Artículo</i>	<i>Comunicación</i>	<i>Página</i>
1	757/1997	49	7	778/1997	58
1 (1)	1134/2002	368		781/1997	65
2	757/1997	49		829/1998	82
	932/2000	175		868/1999	111
	943/2000	193		886/1999	132
	1051/2002	284		900/1999	137
	1138/2002	38		901/1999	6
2 (1)	854/1999	107		910/2000	157
	900/1999	137		950/2000	205
	1024/2001	34		981/2001	223
	1220/2003	44		1011/2001	253
2 (2)	868/1999	111		1024/2001	34
	879/1999	122		1051/2002	284
	983/2001	227		1069/2002	298
	1220/2003	44		1086/2002	321
2 (3)	778/1997	58		1090/2002	330
	823/1998	76		1096/2002	349
	829/1998	82		1134/2002	368
	868/1999	111		1189/2003	393
	901/1999	6		1222/2003	399
	909/2000	153	9	778/1997	58
	910/2000	157		868/1999	111
	939/2000	15		900/1999	137
	983/2001	227		910/2000	157
	1086/2002	321		933/2000	189
	1189/2003	393		950/2000	205
	1220/2003	44		1011/2001	253
3	757/1997	49		1024/2001	34
	909/2000	153		1051/2002	284
	939/2000	15		1086/2002	321
	943/2000	193		1189/2003	393
	1019/2001	26	9 (1)	916/2000	163
5 (2)	757/1997	49		981/2001	223
	854/1999	107		986/2001	237
6	781/1997	65		1069/2002	298
	868/1999	111		1090/2002	330
	886/1999	132		1128/2002	360
	950/2000	205		1134/2002	368
	1024/2001	34	9 (2)	815/1998	72
	1051/2002	284		1096/2002	349
	1096/2002	349		1128/2002	360
6 (1)	778/1997	58	9 (3)	815/1998	72
	829/1998	82		981/2001	223
6 (2)	811/1998	69		1096/2002	349
	1077/2002	310		1128/2002	360
			9 (4)	1069/2002	298
				1090/2002	330
				1128/2002	360

<i>Artículo</i>	<i>Comunicación</i>	<i>Página</i>	<i>Artículo</i>	<i>Comunicación</i>	<i>Página</i>
9 (5)	1128/2002	360	14 (2)	815/1998	72
10	781/1997	65		868/1999	111
	829/1998	82		981/2001	223
	910/2000	157		986/2001	237
	950/2000	205		1090/2002	330
	1096/2002	349		1189/2003	393
10 (1)	868/1999	111	14 (3)	868/1999	111
	1011/2001	253	14 (3) (a)	815/1998	72
	1086/2002	321		1096/2002	349
	1090/2002	330		1128/2002	360
	1134/2002	368		1189/2003	393
	1189/2003	393	14 (3) (b)	939/2000	15
10 (2)	868/1999	111		1128/2002	360
	1134/2002	368		1189/2003	393
10 (3)	1090/2002	330	14 (3) (c)	875/1999	118
12	910/2000	157		909/2000	153
	1128/2002	360		981/2001	223
	1134/2002	368		1095/2002	343
12 (1)	901/1999	6		1189/2003	393
12 (2)	1107/2002	354	14 (3) (d)	781/1997	65
12 (4)	901/1999	6		986/2001	237
	1011/2001	253		1128/2002	360
13	1051/2002	284	14 (3) (e)	781/1997	65
14	811/1998	69		815/1998	72
	829/1998	82		986/2001	237
	848/1999	103		1128/2002	360
	886/1999	132		1189/2003	393
	910/2000	157	14 (3) (g)	781/1997	65
	933/2000	189		815/1998	72
	1024/2001	34		836/1998	98
	1051/2002	284		1095/2002	343
	1220/2003	44		1096/2002	349
14 (1)	781/1997	65	14 (5)	781/1997	65
	815/1998	72		815/1998	72
	823/1998	76		836/1998	98
	836/1998	98		986/2001	237
	837/1998	3		1077/2002	310
	868/1999	111		1086/2002	321
	875/1999	118		1095/2002	343
	901/1999	6		1096/2002	349
	943/2000	193		1128/2002	360
	981/2001	223		1189/2003	393
	986/2001	237	14 (6)	868/1999	111
	989/2001	21		1134/2002	368
	1015/2001	267	15	781/1997	65
	1086/2002	321		960/2000	212
	1096/2002	349		981/2001	223
	1128/2002	360	17	778/1997	58
	1189/2003	393		901/1999	6

<i>Artículo</i>	<i>Comunicación</i>	<i>Página</i>	<i>Artículo</i>	<i>Comunicación</i>	<i>Página</i>
17	1011/2001	253	23 (1)	901/1999	6
	1019/2001	26		1069/2002	298
	1024/2001	34		1222/2003	399
	1069/2002	298	24	1011/2001	253
	1155/2003	378	24 (1)	901/1999	6
	1222/2003	399		1069/2002	298
17 (1)	854/1999	107	25	932/2000	175
18	931/2000	171		943/2000	193
	1024/2001	34		1138/2002	38
	1138/2002	38	25 (b)	1134/2002	368
	1155/2003	378	25 (c)	933/2000	189
18 (1)	1119/2002	357	26	823/1998	76
19	909/2000	153		837/1998	3
	931/2000	171		854/1999	107
	933/2000	189		901/1999	6
	1128/2002	360		909/2000	153
	1134/2002	368		932/2000	175
	1138/2002	38		939/2000	15
	1189/2003	393		943/2000	193
19 (1)	943/2000	193		960/2000	212
	1119/2002	357		983/2001	227
19 (2)	926/2000	167		986/2001	237
	1119/2002	357		989/2001	21
	1220/2003	44		1019/2001	26
19 (3)	926/2000	167		1024/2001	34
20	933/2000	189		1119/2002	357
21	933/2000	189		1136/2002	373
22	1119/2002	357		1138/2002	38
	1138/2002	38		1155/2003	378
22 (1)	1002/2001	244		1220/2003	44
23	1011/2001	253	27	879/1999	122
				1023/2001	276
				1138/2002	38
				1220/2003	44

ÍNDICE POR ARTÍCULOS DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

<i>Artículo</i>	<i>Comunicación</i>	<i>Página</i>	<i>Artículo</i>	<i>Comunicación</i>	<i>Página</i>	
1	757/1997	49	3	757/1997	49	
	781/1997	65		781/1997	65	
	879/1999	122		823/1998	76	
	909/2000	153		829/1998	82	
	910/2000	157		836/1998	98	
	932/2000	175		854/1999	107	
	983/2001	227		868/1999	111	
	1002/2001	244		943/2000	193	
	1024/2001	34		986/2001	237	
	1051/2002	284		1011/2001	253	
	1090/2002	330		1128/2002	360	
	1134/2002	368		1134/2002	368	
	1155/2003	378		1189/2003	393	
	2	757/1997		49	5 (2)	939/2000
781/1997		65	5 (2) (a)	757/1997		49
811/1998		69		815/1998		72
815/1998		72		836/1998		98
829/1998		82		910/2000		157
837/1998		3		926/2000		167
854/1999		107		986/2001		237
868/1999		111		989/2001		21
875/1999		118		1002/2001		244
886/1999		132		1086/2002		321
901/1999		6		1155/2003	378	
909/2000		153	5 (2) (b)	757/1997	49	
910/2000		157		778/1997	58	
916/2000		163		823/1998	76	
931/2000		171		848/1999	103	
932/2000		175		854/1999	107	
933/2000		189		879/1999	122	
939/2000		15		900/1999	137	
943/2000		193		909/2000	153	
983/2001		227		910/2000	157	
986/2001		237		943/2000	193	
1002/2001		244		989/2001	21	
1011/2001		253		1011/2001	253	
1015/2001		267		1015/2001	267	
1023/2001		276		1023/2001	276	
1024/2001		34		1051/2002	284	
1051/2002		284		1069/2002	298	
1069/2002		298		1086/2002	321	
1080/2002		316		1090/2002	330	
1090/2002		330		1095/2002	343	
1095/2002	343	1107/2002		354		
1096/2002	349	1119/2002	357			
1119/2002	357	1128/2002	360			
1128/2002	360	1134/2002	368			
1134/2002	368	1136/2002	373			
1138/2002	38	1189/2003	393			
1189/2003	393	1220/2003	44			
3	837/1998	3				
	1019/2001	26				

ÍNDICE POR TEMAS

A			
Acceso a la función pública en igualdad de condiciones		932/2000.....	175
933/2000.....	189	983/2001.....	227
943/2000.....	193	1002/2001.....	244
<i>Actio popularis</i>		1024/2001.....	34
1024/2001.....	34	1090/2002.....	330
Admisibilidad <i>ratione temporis</i> y <i>ratione materiae</i>		1155/2003.....	378
1134/2002.....	368	Concepto de tribunal imparcial	
Agotamiento de los recursos internos		1015/2001.....	267
823/1998.....	76	Condena en rebeldía	
829/1998.....	82	1086/2002.....	321
848/1999.....	103	Condiciones de detención	
854/1999.....	107	868/1999.....	111
900/1999.....	137	1011/2001.....	253
910/2000.....	157	1090/2002.....	330
916/2000.....	163	Criterios razonables y objetivos	
926/2000.....	167	854/1999.....	107
939/2000.....	15	983/2001.....	227
943/2000.....	193	Custodia de los hijos	
986/2001.....	237	901/1999.....	6
1002/2001.....	244		
1011/2001.....	253	D	
1015/2001.....	267	"De carácter civil"	
1019/2001.....	26	837/1998.....	3
1069/2002.....	298	Delito sumamente grave	
1090/2002.....	330	1077/2002.....	310
1095/2002.....	343	Denegación de justicia	
1107/2002.....	354	823/1998.....	76
1119/2002.....	357	Deportación	
1128/2002.....	360	1051/2002.....	284
1134/2002.....	368	1069/2002.....	298
1136/2002.....	373	1222/2003.....	399
1155/2003.....	378	Derecho a comparecer rápidamente ante un juez	
1220/2003.....	44	868/1999.....	111
Aplicabilidad de la reserva del Estado parte al artículo 22		1128/2002.....	360
1119/2002.....	357	Derecho a entrar al propio país	
Ausencia de compensación		901/1999.....	6
933/2000.....	189	Derecho a la defensa	
Autorización para actuar		1096/2002.....	349
879/1999.....	122	Derecho a la doble instancia judicial	
		829/1998.....	82
C		836/1998.....	98
Capacidad legal		986/2001.....	237
1138/2002.....	38	1077/2002.....	310
Compatibilidad <i>ratione materiae</i>		1095/2002.....	343
1015/2001.....	267	1096/2002.....	349
1128/2002.....	360	Derecho a la libre determinación	
Compatibilidad <i>ratione temporis</i>		1134/2002.....	368
950/2000.....	205	Derecho a la vida	
Compatibilidad <i>ratione temporis</i> y persistencia de los efectos		778/1997.....	58
983/2001.....	227	781/1997.....	65
Concepto de víctima		811/1998.....	69
781/1997.....	65	829/1998.....	82
879/1999.....	122	886/1999.....	132
		950/2000.....	205
		1024/2001.....	34
		1051/2002.....	284
		Derecho a la vida privada	
		1024/2001.....	34
		1155/2003.....	378

Derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo		Discriminación por motivos de residencia, origen étnico y lugar de nacimiento	
836/1998.....	98	932/2000.....	175
1095/2002.....	343	Discriminación por motivos lingüísticos	
Derecho a ser asistido por un intérprete		1220/2003.....	44
1096/2002.....	349	Discriminación por motivos religiosos	
Derecho a ser informado de las causas de la detención		1138/2002.....	38
868/1999.....	111	Discriminación/igualdad ante la ley	
1096/2002.....	349	757/1997.....	49
1128/2002.....	360	E	
Derecho a ser juzgado por un tribunal competente		Extradición	
848/1999.....	103	829/1998.....	82
Derecho a ser oído		F	
848/1999.....	103	Falta de cooperación del Estado parte	
Derecho a un juicio con las debidas garantías		1128/2002.....	360
836/1998.....	98	Fenómeno del pabellón de los condenados a muerte	
939/2000.....	15	781/1997.....	65
981/2001.....	223	811/1998.....	69
1051/2002.....	284	868/1999.....	111
1096/2002.....	349	Fundamentación de la reclamación	
1128/2002.....	360	781/1997.....	65
Derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas con humanidad		811/1998.....	69
868/1999.....	111	815/1998.....	72
950/2000.....	205	837/1998.....	3
1134/2002.....	368	875/1999.....	118
Desaparición involuntaria		886/1999.....	132
950/2000.....	205	901/1999.....	6
Derechos de las minorías		909/2000.....	153
1220/2003.....	44	931/2000.....	171
Detención arbitraria		932/2000.....	175
900/1999.....	137	939/2000.....	15
910/2000.....	157	1051/2002.....	284
1051/2002.....	284	1080/2002.....	316
1069/2002.....	298	1090/2002.....	330
1090/2002.....	330	1119/2002.....	357
1096/2002.....	349	1128/2002.....	360
Detención ilegal		1134/2002.....	368
778/1997.....	58	1189/2003.....	393
910/2000.....	157	I	
1128/2002.....	360	Igualdad ante la ley	
Detención y privación de libertad arbitrarias		823/1998.....	76
933/2000.....	189	981/2001.....	223
981/2001.....	223	989/2001.....	21
Dilación indebida		1015/2001.....	267
875/1999.....	118	1019/2001.....	26
909/2000.....	153	1086/2002.....	321
1015/2001.....	267	1119/2002.....	357
Discriminación		Igualdad de medios	
943/2000.....	193	811/1998.....	69
960/2000.....	212	1015/2001.....	267
1155/2003.....	378	Igualdad (de trato) para hombres y mujeres	
Discriminación por motivo de "otra condición"		939/2000.....	15
854/1999.....	107	943/2000.....	193
983/2001.....	227	Imposición preceptiva de la pena de muerte	
Discriminación por motivos de discapacidad física		868/1999.....	111
1024/2001.....	34	1077/2002.....	310
Discriminación por motivos de género			
1019/2001.....	26		

Inadmisibilidad <i>ratione materiae</i>		Libertad y seguridad de la persona	
781/1997.....	65	1128/2002.....	360
854/1999.....	107	1134/2002.....	368
868/1999.....	111		
943/2000.....	193	M	
983/2001.....	227	Medidas provisionales (de protección)	
1019/2001.....	26	1011/2001.....	253
1051/2002.....	284	1069/2002.....	298
Inadmisibilidad <i>ratione materiae</i>		1077/2002.....	310
y <i>ratione temporis</i>		1086/2002.....	321
837/1998.....	3	1222/2003.....	399
Inadmisibilidad <i>ratione temporis</i>		Mismo asunto	
757/1997.....	49	986/2001.....	237
Indemnización		989/2001.....	21
1128/2002.....	360	1002/2001.....	244
1134/2002.....	368	1019/2001.....	26
Injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar		1086/2002.....	321
y en la familia		1155/2003.....	378
901/1999.....	6		
1011/2001.....	253	N	
1222/2003.....	399	<i>Nullum crimen sine lege</i>	
J		1080/2002.....	316
Juicio con las debidas garantías			
781/1997.....	65	O	
811/1998.....	69	Otro procedimiento de examen o arreglo	
815/1998.....	72	internacional	
848/1999.....	103	757/1997.....	49
886/1999.....	132	815/1998.....	72
901/1999.....	6	910/2000.....	157
1220/2003.....	44	989/2001.....	21
Juicio sin dilaciones indebidas			
939/2000.....	15	P	
981/2001.....	223	Presunción de inocencia	
1095/2002.....	343	981/2001.....	223
Juicio sin las debidas garantías		1090/2002.....	330
910/2000.....	157	Presunta violación del derecho del autor a que	
		un tribunal imparcial examine su causa	
L		1189/2003.....	393
Libertad de asociación		Privación arbitraria de la vida	
1002/2001.....	244	1096/2002.....	349
1138/2002.....	38	Protección de la familia	
Libertad de circulación		901/1999.....	6
1128/2002.....	360	1222/2003.....	399
1134/2002.....	368	Protección del menor	
Libertad de expresión		901/1999.....	6
909/2000.....	153	1011/2001.....	253
926/2000.....	167	1069/2002.....	298
1119/2002.....	357		
1138/2002.....	38	R	
1220/2003.....	44	Recursos, dilación injustificada	
Libertad de opinión		950/2000.....	205
1119/2002.....	357	Recursos disponibles y eficaces	
1128/2002.....	360	757/1997.....	49
Libertad de pensamiento, de conciencia		829/1998.....	82
y de religión		868/1999.....	111
1024/2001.....	34	900/1999.....	137
1119/2002.....	357	901/1999.....	6
1138/2002.....	38	950/2000.....	205
1155/2003.....	378		

1011/2001.....	253
1069/2002.....	298
1086/2002.....	321
1090/2002.....	330
1128/2002.....	360
1220/2003.....	44
Representación letrada adecuada	
781/1997.....	65
Reserva	
1002/2001.....	244
1015/2001.....	267
1086/2002.....	321
1138/2002.....	38
Revisión de los hechos y las pruebas	
829/1998.....	82
1138/2002.....	38
S	
Separación familiar	
901/1999.....	6
1069/2002.....	298

T	
Tiempo y medios adecuados para preparar la defensa	
1015/2001.....	267
Tortura	
778/1997.....	58
981/2001.....	223
1096/2002.....	349
Tratos inhumanos/tortura	
886/1999.....	132
910/2000.....	157
1090/2002.....	330
Tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes	
829/19989.....	82
900/1999.....	137
901/1999.....	6
1024/2001.....	34
1090/2002.....	330
V	
Violación persistente	
909/2000.....	153

ÍNDICE POR AUTORES Y VÍCTIMAS

	<i>A = autor</i>			
	<i>V = víctima</i>			
	<i>A, V =</i>	<i>Estado parte</i>	<i>Comunicación N°</i>	<i>Página</i>
	<i>nombre del</i>			
	<i>autor víctima</i>			
A				
Ahani, Mansour	A, V	Canadá	1051/2002	284
Aliev, Azer Garyverdy ogly	A, V	Ucrania	781/1997	65
Arenz, Paul	A, V	Alemania	1138/2002	38
Ascanio Ascanio, Ernesto	V	Colombia	778/1997	58
B				
Bakhtiyari, Ali Aqsar	A, V	Australia	1069/2002	298
Bakhtiyari, Roqaiha	A, V	Australia	1069/2002	298
Baumgarten, Klaus Dieter	A, V	Alemania	960/2000	212
Bondarenko, Anton	V	Belarús	886/1999	132
Bone, William L.	A, V	Australia	983/2001	227
Borzov, Vjatšeslav	A, V	Estonia	1136/2002	373
Busyo, Adrien Mundy y otros	A, V	República Democrática del Congo	933/2000	189
Byahuranga, Jonny Rubin	A, V	Dinamarca	1222/2003	399
C				
Carpo, Jaime	A, V	Filipinas	1077/2002	310
Carrión Barcáiztegui, Mercedes	A, V	España	1019/2001	26
Casafranca de Gomez, Teófila	A	Perú	981/2001	223
Coronel Navarro, Gustavo	V	Colombia	778/1997	58
Coronel, José Antonio	A	Colombia	778/1997	58
Craig, William J.	A, V	Australia	983/2001	227
Czernin, Karl-Eugen	A, V	República Checa	823/1998	76
Czernin, Rudolf	A, V	República Checa	823/1998	76
D				
Dugin, Alexander Alexandrovitch	A, V	Federación de Rusia	815/1998	72
Dupuy, Georges	A, V	Canadá	939/2000	15
E				
El Ghar, Loubna	A, V	Jamahiriyá Árabe Libia Popular y Socialista	1107/2002	354
F				
Fernando, Anthony Michael Emmanuel	A, V	Sri Lanka	1189/2003	393
Filipovich, Jan	A, V	Lituania	875/1999	118
G				
Galåen, Irene	A, V	Noruega	1155/2003	378
Galåen, Kevin Johnny	A, V	Noruega	1155/2003	378
Gelazauskas, Kestutis	A, V	Lituania	836/1998	98
Gillot, Marie-Hélène y otros	A, V	Francia	932/2000	175
Gomariz Valera, Bernardino	A, V	España	1095/2002	343
Gómez Casafranca, Ricardo Ernesto	V	Perú	981/2001	223
Gorji-Dinka, Fongum	A, V	Camerún	1134/2002	368

H

Hoffman, Walter	A, V	Canadá	1220/2003	44
Howard, George	A, V	Canadá	879/1999	122
Hudoyberganova, Raihon	A, V	Uzbekistán	931/2000	171

I

Ibao, Oscar	A, V	Filipinas	1077/2002	310
Ibao, Roche	A, V	Filipinas	1077/2002	310
Ibao, Warlito	A, V	Filipinas	1077/2002	310
Ivanoff, Peter B.	A, V	Australia	983/2001	227

J

Jacobs, Guido	A, V	Bélgica	943/2000	193
Jansen, Maria	A, V	Noruega	1155/2003	378
Jansen, Richard	A, V	Noruega	1155/2003	378
Jayawardena, Jayalath	A, V	Sri Lanka	916/2000	163
Judge, Roger	A, V	Canadá	829/1998	82

K

Kankanamge, Victor Ivan Majuwana	A, V	Sri Lanka	909/2000	153
Kolanowski, Janusz	A, V	Polonia	837/1998	3
Kollar, Walter	A, V	Austria	989/2001	21
Kurbanov, Abduali	V	Tayikistán	1096/2002	349
Kurbanova, Safarmo	A	Tayikistán	1096/2002	349

L

Laing, Deborah Joy	A, V	Australia	901/1999	6
Länsman, Eino	A, V	Finlandia	1023/2001	276
Länsman, Jouni	A, V	Finlandia	1023/2001	276
Lee, Jeong-Eun	A, V	República de Corea	1119/2002	357
Leirvåg, Ben	A, V	Noruega	1155/2003	378
Leirvåg, Guro	A, V	Noruega	1155/2003	378
Leirvåg, Unn	A, V	Noruega	1155/2003	378
Love, John K.	A, V	Australia	983/2001	227

M

Madafferi, Anna Maria Immacolata	A, V	Australia	1011/2001	253
Madafferi, Francesco	A, V	Australia	1011/2001	253
Marques de Morais, Rafael	A, V	Angola	1128/2002	360
Matubuka, René Sibu y otros	A, V	República Democrática del Congo	933/2000	189
Mulai, Bharatraj	V	Guyana	811/1998	69
Mulai, Lallman	V	Guyana	811/1998	69
Mulai, Rookmin	A	Guyana	811/1998	69

N

Nicholas, David Michael	A, V	Australia	1080/2002	316
-------------------------	------	-----------	-----------	-----

O

Orning, Birgit	A, V	Noruega	1155/2003	378
Orning, Jens	A, V	Noruega	1155/2003	378
Orning, Pia Suzanne	A, V	Noruega	1155/2003	378

P

Paulsen, Edvin	A, V	Noruega	1155/2003	378
Perterer, Paul	A, V	Austria	1015/2001	267
Pezoldova, Alzbeta	A, V	República Checa	757/1997	49

Q

Quintero Ropero, Luis Honorio	V	Colombia	778/1997	58
Quintero Ropero, Ramón Emilio	V	Colombia	778/1997	58

R

Rameka, Tai Wairiki y otros	A, V	Nueva Zelanda	1090/2002	330
Randolph, Ati Antoine	A, V	Togo	910/2000	157
Röder, Dagmar	A, V	Alemania	1138/2002	38
Röder, Thomas	A, V	Alemania	1138/2002	38
Rodríguez Orejuela, Miguel Ángel	A, V	Colombia	848/1999	103

S

Sampedro Cameán, Ramón	V	España	1024/2001	34
Sánchez Vega. Nahún Elías	V	Colombia	778/1997	58
Sánchez, Ramón Emilio	V	Colombia	778/1997	58
Sanlés Sanlés, Manuela	A	España	1024/2001	34
Sarma, S. Jegatheeswara	A, V	Sri Lanka	950/2000	205
Schedko, Natalia	A, V	Belarús	886/1999	132
Semey, Joseph	A, V	España	986/2001	237
Shin, Hak-Chul	A, V	República de Corea	926/2000	167
Simpson, Gwen	A, V	Canadá	1220/2003	44
Surgeon, Jessica Joy	V	Australia	901/1999	6
Surgeon, Samuel Colin John	V	Australia	901/1999	6

V

Villegas Tellez, Ramón	V	Colombia	778/1997	58
------------------------	---	----------	----------	----

W

Wackenheim, Manuel	A, V	Francia	854/1999	107
Wallmann, Franz y otros	A, V	Austria	1002/2001	244
Weiss, Sholam	A, V	Austria	1086/2002	321
Wilson, Albert	A, V	Filipinas	868/1999	111
Wongodi, Thomas Osthudi y otros	A, V	República Democrática del Congo	933/2000	189

