

DETENCIÓN

DERECHOS DE LA PERSONA DETENIDA

por

Fernando Urioste

Se trata de desarrollar los derechos de la persona privada de su libertad. El momento de la privación comienza a partir de la detención y continúa hasta la obtención de su libertad. Esta puede ser definitiva, provisional o condicional.

Considerar los textos constitucionales sobre la detención. Código de Procedimiento Penal, vigente y el aprobado. Convenciones internacionales: la americana de derechos humanos y el pacto de derechos civiles y políticos.

Considerar también otras situaciones de privación de libertad, casos de alienados, menores, extranjeros con extradición pendiente. Situaciones que puedan comprenderse en la denominada "detención administrativa".

Los derechos a considerar: el derecho a un recurso efectivo, rápido y sumario a los efectos de que una autoridad judicial pueda decidir sobre la legalidad de la privación de la libertad (art. 25 de la CA). También debe examinarse la situación de la libertad física de las personas en ocasión de medidas extraordinarias, medidas prontas de seguridad y suspensión de garantías. La libertad física no está mencionada en el art. 27 de la Convención Americana, y por lo tanto puede suspenderse. ¿Ella alcanza al *habeas corpus*?

Depende de la extensión de este instituto y de los alcances de las medidas dispuestas por el Ejecutivo en el caso de las medidas prontas de seguridad.

Respecto a la suspensión de garantías, las opiniones continúan divididas. Al respecto ver las opiniones consultivas OC-8 y OC-9 de la Corte Interamericana de derechos humanos. Finalmente considerar la aplicación de normas internacionales que protegen los derechos de las personas en casos urgentes o cuando se pueden producir perjuicios irreparables. Estas situaciones comprendidas en las facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos denominadas "medidas provisionales", pueden constituir garantías necesarias para prevenir situaciones urgentes, donde se actúa preventivamente antes de que ocurra la lesión.

1) PRINCIPIO DE LIBERTAD

En una sociedad democrática, el principio de libertad es fundamental y nos será de gran utilidad para discernir las situaciones de conflicto entre los derechos y las posibles limitacio-

nes que puedan establecer las leyes o la propia Constitución. De acuerdo al mismo, se puede establecer que en un estado de derecho donde se reconoce a la sociedad democrática, la libertad de las personas es la norma general y es además un presupuesto de su organización. Como consecuencia de su vigencia, todo le está permitido y la persona puede realizar todos los actos que pretenda desarrollar, excepto aquellos que especialmente están prohibidos. Este principio de libertad reconocido en el artículo 10 de nuestra Constitución, actúa ligado al principio de competencia de los órganos públicos, según el cual, éstos pueden hacer solamente aquello que expresamente se les ha concedido y reconocido. Como vemos, ambos son complementarios y determinan la estructura fundamental de la sociedad democrática.

2) LA PRIVACION DE LIBERTAD

En función de ello, el orden jurídico ha reglamentado las situaciones precisas en las cuales se puede privar a una persona de su libertad física. Según lo dispone el artículo 15 de la Constitución:

“Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita del juez competente”.

Y agregan los artículos 16 y 17:

“En cualquiera de los casos del artículo anterior, el juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de las 24 horas, y dentro de 48 horas, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales”.

“En caso de prisión indebida, el interesado o cualquier persona, podrá interponer ante el juez competente, el recurso de *habeas corpus*, a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el juez indicado”.

Las disposiciones mencionadas nos establecen el marco normativo de los derechos fundamentales de toda persona detenida. Respecto a cuándo puede una persona ser privada legítimamente de su libertad, sufrir una detención o arresto, únicamente en las hipótesis del artículo 15: infraganti delito o por orden escrita del juez competente, habiendo semiplena prueba.

Según el artículo 17, esta detención será indebida si no concurren los elementos establecidos y recién mencionados. Entonces, el detenido tendrá el derecho fundamental de recurrir ante el juez competente, mediante el *habeas corpus*.

Hay *infraganti delito*, flagrancia, cuando la detención se realiza en el momento mismo de la comisión del delito o inmediatamente después. La orden escrita del juez competente es indispensable para completar la semiplena prueba, que determina la convicción fundada en elementos objetivos o de pruebas que lleve a esa conclusión. Si falta alguno de estos elementos, también la detención será ilegal.

El *habeas corpus* es el derecho fundamental que tiene toda persona que ha sido privada ilegítimamente de su libertad personal, porque no se dan las circunstancias mencionadas en

el artículo 15. La privación ilegítima de la libertad puede provenir también de otras circunstancias no previstas expresamente en el artículo 15. Así, por ejemplo, un arresto sin causa, una detención por un funcionario administrativo —un inspector municipal de tránsito, por ejemplo, una autoridad militar o una internación forzosa en casa de salud o en un hospital—. En todos estos casos, donde existe una privación de la libertad y cuando no se han cumplido los requisitos dispuestos en la ley, son todos ellos privaciones ilegítimas de la libertad, y por lo tanto están comprendidos en el *habeas corpus*.

Vale la pena detenerse en alguna de estas situaciones. Así por ejemplo, las detenciones en ocasión de razzias policiales. Son indebidas notoriamente en cuanto no existe la semiplena prueba ni la orden del juez. También las internaciones en asilos u hospitales cuando no se cumplen las exigencias requeridas en la ley (ley 9.581 de asistencia a psicópatas que requiere la intervención de dos médicos que certifiquen su necesidad).

La detención por averiguaciones ha sido discutida y hay doctrina que justifica esta facultad de la policía, estableciendo el plazo infranqueable de las 24 horas. Esto, a pesar de que se trata de una detención sin orden escrita del juez. Como es sabido, esta formalidad temporal es fácilmente superable por detenciones reiteradas. La policía ha sostenido y sostiene, que ese plazo de 24 horas la ampara y por lo tanto le pertenece, y que recién después puede el juez reclamar su jurisdicción.

Expuesto de esta manera, ello no tiene mayor justificación, pues lo esencial es la “evidencia” que pueda tener y no la que se pueda elaborar o fabricar mientras corre ese plazo. Lo grave es el consentimiento de los jueces a esta práctica, cuando dejan de intervenir hasta tanto no transcurra ese plazo.

El nuevo Código del Proceso Penal ha introducido algunas variantes al respecto, y como veremos, viene a legalizar la detención administrativa sin orden judicial. Así, por ejemplo, el artículo 184 permite la privación de la libertad fuera de los casos establecidos en la Constitución “cuando así lo ordene el tribunal competente”. Parecería que esta situación no requiere tampoco la semiplena prueba... La flagrancia del delito está definida en el artículo 188, que comprende los casos de infraganti delito en sentido estricto y también cuando existe semiplena prueba (inciso 3). En este caso, la disposición lo incorpora como flagrancia y no requiere la previa orden del juez. Por esto, entiendo que se viene a legalizar la detención policial por averiguaciones. Según el artículo 189, el funcionario policial puede y debe por sí detener, “aun sin orden judicial, al que sea sorprendido en situaciones de flagrancia”.

Debemos tener presente que por flagrancia se entiende, en sentido estricto, la definida en el numeral 2 y en sentido amplio, la definida en el numeral 3. En este caso, “cuando en tiempo inmediato a la comisión del delito” —se dice sin precisar la extensión temporal— “fuere hallada con efectos u objetos procedentes del él, con las armas o instrumentos adecuados para cometerlo, sin brindar explicaciones suficientes sobre su tenencia o presentarse rastros o señales que hagan presumir firmemente que acaba de participar en un delito”. Resulta claro que la apreciación y evaluación de estos hechos, según la disposición, lo hace la policía por sí, sin intervención judicial.

La situación de privación de libertad más discutida, sin lugar a dudas, es la que ocurre en los casos de aplicación de medidas prontas de seguridad, previstas en el artículo 168.17

y la suspensión de la seguridad individual, prevista en el artículo 31 de nuestra Constitución.

En todos estos casos, el derecho fundamental de la persona detenida es que su situación sea conocida y evaluada por un tercero independiente e imparcial, diferente a la autoridad que ha realizado la detención y que pueda, por lo tanto, examinar la situación. A estos efectos, se trata del derecho a tener un recurso efectivo ante la autoridad judicial, para que se cumplan esos cometidos.

Este derecho al amparo judicial, para garantizar la libertad personal, ha sido definido en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

“Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin que decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención, y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados parte, cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad, tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

Luego, en el artículo 25 desarrolla el derecho a la protección judicial frente a todo acto que viole sus derechos fundamentales reconocidos. Esta es una referencia genérica a todos los derechos, y entonces las obligaciones asumidas no son tan rigurosas como las establecidas en los casos de privación de la libertad personal. El recurso puede ser ante una autoridad administrativa. El recurso judicial es una posibilidad que los Estados se comprometen a desarrollar, según lo establece el numeral 2.

En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se lo reglamenta de una manera similar. Hay una disposición expresa (artículo 9.4) para la persona privada de su libertad –preso o detenido– que establece el recurso judicial 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”. Y también en su artículo 2 numeral 3, respecto al amparo de los otros derechos. El derecho a un recurso efectivo tiene lugar cuando la “violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”. En segundo lugar, la autoridad que va a decidir sobre el recurso puede ser judicial, administrativa o legislativa o cualquier otra autoridad competente. El Pacto recomienda a los Estados que desarrollen la posibilidad de que este recurso sea judicial.

Como vemos, la regulación es similar en el ámbito universal y regional. En todos estos casos, ese recurso efectivo ante la autoridad judicial es el *habeas corpus*, que podemos calificar, sin duda, como el derecho más importante frente a la detención ilegítima. Vale la pena, entonces, trazar sus objetivos.

3) EL HABEAS CORPUS

Originariamente se trataba del recurso establecido para los casos de detenciones ilegales. Protegía en este sentido la libertad física de las personas y nada más justo. Justino Jiménez de Aréchaga, en su curso de 1946, dice Gros Espiell, sugería como modificación futura en la Constitución, que pudiera aplicarse a la garantía de otros derechos. Hoy esta propuesta está

superada en cuanto nuestro sistema jurídico ha reconocido el recurso de amparo que alcanza precisamente a los otros derechos que no están comprendidos en la garantía del *habeas corpus* ⁽¹⁾

Este objetivo específico fue ampliado en la práctica jurisprudencial, no tanto en la nacional sino en otros países, especialmente en Argentina. Recuerdo una investigación realizada para la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) y el Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA) en 1987, sobre Independencia del Poder Judicial y de los Jueces. Una de las cuestiones a relevar fue precisamente el uso por parte de nuestro foro del recurso de *habeas corpus*.

Como no es un texto demasiado conocido, me permitiré traerlo a esta exposición, pues considero que mantiene su actualidad. Decíamos en aquella oportunidad:

“En materia de *habeas corpus*, nuestra conclusión es que el instituto, o bien es desconocido en la práctica del foro o, como afirman algunos abogados, el mismo no se utiliza porque puede llegar a perjudicar al defendido, ya que la policía siempre encuentra recursos para justificar la demora o la detención arbitraria de una persona”.

“La mayoría de los jueces afirmó que no se le presentó nunca a lo largo de su carrera un recurso de *habeas corpus*. Los magistrados que tramitaron un recurso de esta naturaleza, por lo excepcional del caso, lo recuerdan como dato anecdótico. Un juez recuerda que la interposición del recurso, en el interior del país, fue tan espectacular que la sola presentación solucionó el problema en la policía, que dejó inmediatamente en libertad al detenido, sin necesidad de tramitación del recurso. Otro magistrado señaló que sólo una vez recibió la interposición de un recurso y fue con el expediente de *habeas corpus* ante la propia policía, también en el interior del país, y solucionó el problema de una detención arbitraria, conversando con los jefes policiales”.

Otra fue la experiencia cuando rigieron las medidas prontas de seguridad, la suspensión de la seguridad individual y el estado de guerra, o la ley de seguridad. En estos casos, se enfrentaron dos corrientes de opinión y hay antecedentes jurisprudenciales muy interesantes que vale la pena recordar. Los veremos más adelante al estudiar concretamente la vigencia del *habeas corpus* en estados de emergencia.

Les mencionaba que el alcance original del *habeas corpus* se limitaba a la protección exclusiva de la libertad física. No obstante hoy se ha extendido este ámbito y se considera que es un recurso judicial que protege también otros derechos. Así la vida, la integridad física, el lugar de reclusión, pueden ser afectados especialmente cuando las condiciones de detención no son las legítimas. Precisamente en estos casos el recurso se ha revelado como adecuado y eficaz para la protección de esos derechos.

Recogiendo esta evolución, el nuevo Código del Proceso Penal se ha decidido con acierto a reglamentar el llamado “Proceso de Habeas Corpus” (artículos 360 a 366). Cuando define su concepto nos dice: “La (acción) de *habeas corpus* es una acción de amparo a la

(1) Héctor GROS ESPIELL, *Habeas Corpus*, pág. 193 en *El poder y su Control*. Seminario realizado en la UCUDAL, agosto-setiembre de 1989. Edición de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, 1990 Montevideo.

libertad personal ambulatoria contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad administrativa que le prive, restrinja, limite o amenace, así como para la protección de la persona privada de libertad, contra torturas y otros tratamientos o condiciones de reclusión violatorias de la dignidad del hombre”.

Esta protección extensiva deriva de las características de su propio procedimiento en la medida en que el juez debe ordenar a la autoridad aprehensora que traiga ante él al detenido, y en su presencia, explique y justifique los motivos de la detención. La presencia física del detenido le permite al juez apreciar si está vivo y si ha sido objeto de malos tratos. Y de informarse sobre las condiciones de su detención. Como el procedimiento es verbal, podrá escuchar cualquier reclamación que al respecto le diga el detenido.

Sobre la presencia del detenido ante el juez, el artículo 365 Código del Proceso Penal permite que el juez se conforme con “el informe sobre los hechos y (que la autoridad aprehensora) explique y justifique de inmediato el fundamento legal de su actuación, con remisión de testimonio de todas sus actuaciones”. Todo esto puede ocurrir sin la presencia del detenido, lo cual es muy grave.

Lo mismo puede decirse respecto al numeral segundo, donde el juez “podrá y según los casos” trasladarse a las dependencias administrativas para observar al detenido e interrogarlo. La disposición está redactada en términos genéricos, y puede afectar la independencia del juez. Considero que es de esencia del *habeas corpus* el sometimiento de la autoridad administrativa a la instancia judicial que siempre deberá presentar al detenido. La posibilidad de trasladarse a las unidades administrativas será una posibilidad posterior para apreciar las condiciones de la detención.

Cabe preguntarse también, si el *habeas corpus* corresponde cuando no ha existido privación de la libertad y el particular denuncia por ejemplo amenazas o temores graves y fundados de que pueda ser objeto de las mismas. Esto no es raro en situaciones de excepción o de inseguridad. ¿Cabe el recurso o la acción? No sé cuál es la respuesta de nuestra jurisprudencia. Sí en la jurisprudencia extranjera, en Argentina, por ejemplo, lo han utilizado ampliamente. De un modo similar, nuestra ley de amparo tiene prevista su interposición preventiva. Y entonces, ¿por qué no también en el *habeas corpus*? ¿Qué lo impide?

El derecho internacional de los derechos humanos ha recogido extensamente esta posibilidad y ha llevado la protección de los derechos a situaciones donde no ha habido lesión y todavía no hay víctima, pero no obstante considera suficiente el riesgo de sufrirla para ameritar una instancia de protección preventiva. El artículo 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece al respecto:

“En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que está conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se trata de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

La Corte Interamericana ha usado esta facultad en muchos casos y es, hoy día, un instrumento de protección indispensable en los casos de urgencia mencionados. Dentro de su jurisprudencia, es notable la cantidad de asuntos, en los cuales la Corte ha decidido actuar sobre la base de esta disposición.

4) EN SITUACIONES DE EXCEPCIÓN

Cuando ocurren situaciones de tensión social o de peligro para la seguridad pública, las constituciones tienen reglamentaciones especiales que permiten, dentro del estado de derecho, adoptar medidas apropiadas para superar estas dificultades y recomponer el orden jurídico. Suelen denominarse con distintos términos: estados de sitio, estados de emergencia, estado de excepción o medidas prontas de seguridad, como en nuestro país.

Las medidas prontas de seguridad están previstas dentro de las facultades que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo en los casos graves e imprevistos, de ataque exterior o conmoción interior. Se le habilita a adoptarlas y luego comunicarlas dentro de las 24 horas a la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estándose a lo que estas últimas resuelvan, según dice el artículo 168.17. Aquí las medidas restrictivas operan por la mera voluntad del Poder Ejecutivo. El contralor del Poder Legislativo será a posteriori, “estándose a lo que ellas resuelvan”.

No se trata de una norma en blanco, aunque requiere su reglamentación como lo viene solicitando el Comité de Derechos Humanos a nuestro gobierno desde hace más de quince años. Un aspecto está previsto en el inciso segundo de la disposición citada, y marca el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo. Respecto a las personas —dice— sólo podrá arrestarlas —privarlas de su libertad ambulatoria— o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él. Este derecho que le permite al detenido salir del país para evitar mantener su detención o la privación de su libertad, es una opción, una facultad que se le deberá ofrecer efectivamente. Estas medidas, como las otras, deberán ser sometidas dentro de las 24 horas al control de la Asamblea General o de la Comisión Permanente. La disposición finaliza estableciendo otro límite al Ejecutivo: el arresto no podrá efectuarse en locales destinados a la reclusión de los delincuentes.

Una primera interpretación establecía, como consecuencia de este texto, que el único control establecido era el mencionado del Poder Legislativo, que en estos casos se constituía en el garante de la legalidad. Por lo tanto, se dejaba fuera el control judicial de los actos del Ejecutivo.

Una segunda interpretación, elaborada por el Instituto de Derecho Constitucional de nuestra Facultad de Derecho, sostiene que si bien el Poder Judicial no está mencionado, tampoco está excluido, y que por lo tanto, mantiene en todo su vigor sus competencias de garante de los derechos de las personas. Afirma en este sentido, que se trata de una situación, que si bien es excepcional, no coloca al Ejecutivo al margen de los controles de legalidad. Al contrario, la disposición citada establece un margen jurídico de acción, que si bien es más restrictivo para las personas que el normal, mantiene, no obstante, una legalidad mínima que es necesario respetar, con más rigor quizá que en tiempos normales.

Así, en 1970, en ocasión de la vigencia de unas medidas prontas, el Instituto de Derecho Constitucional emitió un dictamen a la consulta que le fuera formulada, donde estableció precisamente el fundamento al que hacía referencia. Agregaba además que la prisión podía ser indebida si no se respetaban las condiciones y los límites establecidos. Así, por ejemplo, tiene que ser adoptada por el Presidente de la República, tiene que comunicarse dentro de las

24 horas de adoptada a la Asamblea General o a la Comisión Permanente; se deben mencionar y comunicar los motivos de la detención; se debe ofrecerle la opción para salir del país en términos concretos; cumplir las condiciones respecto al lugar de reclusión y dentro de un marco según el cual, las medidas tengan por finalidad una función asegurativa o de garantía. En términos generales, este fue el dictamen suscrito por los Dres. Cassinelli, Barbagelata y Pérez Pérez.

Como es sabido, en los tiempos revueltos de 1970 y 1971, el Poder Ejecutivo sostuvo la vigencia de la primera interpretación y pretendió desconocer la decisión de un Juez de recibir un *habeas corpus* y ordenar la liberación de personas detenidas bajo las medidas prontas de seguridad a los efectos de su salida del país. Situación que finalmente se resolvió con el acatamiento por parte del Poder Ejecutivo de la decisión judicial ⁽²⁾

En términos similares puede plantearse el problema de la vigencia del *habeas corpus* en ocasión de la suspensión de la seguridad individual prevista en el artículo 31 de la Constitución. En esta situación, caso extraordinario de traición o conspiración contra la patria, se requiere la anuencia de la Asamblea General o de la Comisión Permanente en su caso. Por lo tanto, la efectividad de las decisiones comienza una vez obtenida la anuencia mencionada y "sólo para la aprehensión de los delincuentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 17 del artículo 168".

La doctrina en esta materia no cuenta con el apoyo del Instituto de Derecho Constitucional, pues aquel dictamen no se refería únicamente a la situación bajo Medidas Prontas. Además los antecedentes fueron posteriores, recién en abril de 1972 se aplicó esta disposición. La opinión oficial del Poder Ejecutivo, sostenida públicamente por el Dr. Miguel Semino posteriormente, señala que en estos casos no rige el *habeas corpus*. Según expresa este jurista, el *habeas corpus* comprende la seguridad individual desde los tiempos de la revolución francesa y expresamente el artículo 31 suspende su vigencia, como la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. Son sus palabras: "es un caso gravísimo, extremo, que se dio por primera vez en el año 1842 y que durante 130 años nunca más se recurrió a este instituto hasta 1970". En estos casos los controles se desplazan hacia otros organismos políticos que son quienes asumen estas funciones ⁽³⁾.

Considero, con el Dr. Gros Espiell y el Dr. León Cortiñas, que las garantías del *habeas corpus* se mantienen íntegramente también en esos casos. La seguridad sólo se suspende para la aprehensión de los delincuentes; y estos, una vez aprehendidos, gozan de todas las garantías de la sección II de la Constitución ⁽⁴⁾

La cuestión ha quedado definitivamente laudada después de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidiera en su Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de

(2) León CORTIÑAS PELÁEZ, Poder Ejecutivo y función jurisdiccional, págs. 60 a 62, y 96 a 98. UNAM, México 1982.

(3) Miguel A. SEMINO. Análisis completo del *habeas corpus*, amparo y su vigencia en régimen normal y en estado de excepción, págs. 87 a 97. En Seminario taller sobre la enseñanza de los derechos humanos, Ministerio de Educación y Cultura c Instituto de Derechos Humanos, Montevideo 1986.

(4) León Cortiñas Peláez, op. cit. pág. 63.

1987 respecto a la solicitud que le formulara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este cuerpo fundamentaba su solicitud, precisamente en las dificultades planteadas en el ámbito americano respecto a la práctica de los Estados sobre la vigencia de los institutos de garantía en estados de excepción. Y como expresara la Comisión, es precisamente en esas emergencias cuando la vigencia de los institutos de amparo adquieren mayor importancia.

Según lo expresara la Corte al emitir esta opinión consultiva, los artículos 25.1 sobre protección judicial de los derechos, y 7.6 relativo a la libertad personal, de la Convención Americana, especialmente en relación con el artículo 27 que hace referencia a los estados de excepción y a los derechos que mantienen toda su vigencia, deben interpretarse en armonía. En este sentido se debe partir del principio de que la suspensión de las garantías no puede desvincularse con el ejercicio de la democracia representativa. Esta es inseparable del estado de derecho y del principio de legalidad.

Por lo tanto, la vigencia de estas garantías judiciales es indispensable para la protección de aquellos derechos que no son suspendibles en estados de emergencia, como expresamente lo establece el artículo 27.

Si bien es cierto que la libertad personal no está incluida dentro de la nómina de derechos que no se pueden suspender, ello no es obstáculo para concluir que el *habeas corpus* rige en estos casos. Por el contrario, vimos que se trata de un recurso que protege, además de la libertad —la prisión indebida— la integridad física y especialmente la vida del detenido. En cuanto estos derechos pueden estar lesionados en los casos de detención bajo medidas de excepción, el *habeas corpus* se constituye en la garantía fundamental, pues es el recurso adecuado para ello.

Según lo expresara la Corte, la suspensión de las garantías no puede exceder lo estrictamente necesario para atender la emergencia, y por lo tanto, no puede violar la legalidad de la emergencia, como por ejemplo, si las detenciones se prolongaran más allá de los límites temporales; o si fueran irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación de poder o abuso de poder ⁽⁵⁾.

Por estos fundamentos, la Corte Interamericana consideró que los procedimientos de *habeas corpus* y amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos, cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2, y sirven además para preservar la legalidad democrática. Y agrega finalmente, que “aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de *habeas corpus* o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones que a esos Estados impone la Convención” ⁽⁶⁾.

En este caso, el problema es más grave pero de más difícil solución. Según dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ningún Estado puede

(5) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Párrafo 39, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica 1987.

(6) Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párrafos 42 y 43.

dejar de cumplir una obligación internacional alegando su derecho interno. Se trata de situaciones en las cuales una ley contraviene las disposiciones de la Convención y hay, por lo tanto, una incompatibilidad entre ambas. Al respecto me remito a mi ensayo sobre el tema, publicado por la Revista de la Facultad de Derecho N° 12, correspondiente al año 1997.

5) EL AMPARO INTERNACIONAL

Otro de los recursos disponibles y que puede utilizar el detenido cuya situación pueda derivar en peligro de su vida o integridad, es el recurso internacional ante la Comisión Interamericana a los efectos de provocar la acción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta competencia se basa en lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se encuentra en el capítulo VIII que regula la organización y las competencias de la Corte. Establece lo siguiente:

“En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Se trata de una disposición excepcional, pues abre la jurisdicción de la Corte a una variedad muy grande de asuntos, caracterizados todos ellos por su gravedad y urgencia. Por esta razón escapan a las coordenadas generales de la protección internacional, que como se sabe está organizada para que funcione como un sistema subsidiario de orden interno. Es decir, cuando este falla o no ofrece la garantía necesaria, se va a la instancia internacional.

Por eso está aquel requisito general del derecho internacional, de agotar previamente los recursos internos.

Respecto a los derechos humanos, este requisito se ha adecuado a las exigencias de la finalidad del orden jurídico internacional, esto es, a la finalidad de la protección de los bienes jurídicos de las personas. Por eso día a día se reconocen más excepciones al previo agotamiento de los recursos internos. Y este que estamos considerando es uno de ellos.

La exigencia de “gravedad y urgencia” hace referencia precisamente a unas circunstancias de las cuales puede inferirse que el orden jurídico interno no está en condiciones de cumplir su función protectora, y entonces se pasa directamente a la instancia internacional para que con su intervención se logre la tutela buscada.

Se trata de una competencia en fuerte expansión y crecimiento. El último informe de la Corte Interamericana nos da cuenta que la Corte tiene en trámite, que están en diferentes etapas procesales, 16 casos contenciosos. Por medidas provisionales tiene en trámite 9 casos y en el último período (1996) ingresaron 6 casos nuevos.

Como puede apreciarse, respecto a su cantidad, ella representa el 50% de los casos contenciosos.

Como característica principal, debe señalarse que en todos los casos se trata de una medida preventiva que precisamente pretende la consumación de un daño o una lesión irrepara-

ble. Se trata de salvaguardar el derecho a la vida o a la integridad física, derechos de carácter fundamental indiscutible.

En segundo lugar, en todos estos casos, no existe certeza respecto a la efectividad del orden interno. Esa es precisamente la situación de urgencia que habilita la intervención de la Corte.

Los fundamentos tienen que ser serios. Es decir, el particular tiene que ofrecer elementos de hechos que lleven a la convicción del riesgo que está corriendo o puede sobrevenirle.

La Corte no tiene instrumentos para la prevención. No puede por sí garantizar la integridad de ningún derecho. Lo que sí puede es advertir al gobierno de la situación y hacerlo responsable de las consecuencias que puedan sobrevenir.

La competencia sobre medidas provisionales plantea muchos problemas de carácter teórico, pero en los hechos se ha transformado en un medio efectivo para proteger derechos que pueden ser dañados de un modo irreparable. Los Estados han asumido la responsabilidad especial que la Corte les ha encargado en los casos concretos y no lo han discutido.

No se ha cuestionado la obligatoriedad del mandato de la Corte. Esto es importante porque en otro ámbito, el de la Corte Internacional de La Haya, los Estados han sostenido que lo ordenado por la Corte, como medida provisional, no es obligatorio. Como ejemplo, la solicitud de la Corte a los Estados Unidos respecto al cumplimiento de la Convención de Viena sobre defensa de los extranjeros en juicio, en ocasión de la denuncia formulada por Paraguay ante la inminente ejecución de un nacional al cual no había podido asistir. En este caso, Estados Unidos no suspendió la ejecución de la pena de muerte y la llevó a cabo.

Se ha discutido si esta competencia de la Corte es general para todos los Estados que han reconocido su competencia contenciosa. En esta materia la doctrina oscila. Algunos como Gros Espiell sostienen que ella alcanza solamente a aquellos Estados que han aceptado su competencia contenciosa. Para ello se basa en el giro gramatical empleado por el texto del artículo, que hace referencia a su posterior conocimiento.

En lo que a mí respecta, no la comparto; creo que ella es general para todos los Estados en cuanto fue conferida en atención a la salvaguardia de derechos esenciales y a la gravedad de la situación. El conocimiento en un caso particular, no deriva necesariamente en que la Corte tenga que conocer luego sobre ese asunto. Parece pues, que es una competencia atribuida a la Corte para prevenir daños irreparables, con independencia de que luego lleguen o no a ella por las vías normales.

Esto para aquellos casos en los cuales no se le ha presentado demanda alguna. Los otros, cuando la Corte conoce y trata sobre un asunto que ya está bajo su jurisdicción, no ofrecen problema.

6) DERECHO DE DEFENSA

Es indispensable mencionar como otro de los derechos fundamentales de todo detenido, aquel derecho a contar con un defensor de su elección. Este derecho, inherente a la situación de privación de su libertad, está expresamente reconocido en los llamados derechos Miran-

da, que el ordenamiento jurídico americano reconoce a todo detenido. Nuestro derecho lo ha consagrado expresamente en el nuevo Código del Procedimiento Penal (artículos 67 a 73) al establecer el derecho a la defensa desde el instante de la detención y ante las autoridades administrativas.

Estas nuevas disposiciones consagran un progreso importante ante una realidad que reconoce unos menguados derechos a la defensa. Por este motivo, hay que felicitar a quienes han incorporado estas disposiciones, que venían siendo reclamadas por el foro desde hace mucho tiempo.

7) DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN

Finalmente tenemos que señalar que en todos los casos de prisión indebida, la víctima tiene derecho a una indemnización por concepto de reparación de la lesión en sus derechos sufrida como consecuencia de ese acto ilegal.