



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2004/7
14 de junio de 2004

ESPAÑOL
Original: FRANCÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Promoción y Protección
de los Derechos Humanos
56º período de sesiones
Tema 3 del programa provisional

**ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, ESTADO DE DERECHO
Y DEMOCRACIA**

**Cuestión de la administración de justicia mediante
tribunales militares**

Informe presentado por Emmanuel Decaux* **

Resumen

En su resolución 2003/8, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos pidió al Sr. Emmanuel Decaux que le presentara, en su 56º período de sesiones, una versión actualizada de su informe (E/CN.4/Sub.2/2003/4) y que prosiguiera su trabajo con vistas a establecer principios para la administración de justicia por los tribunales militares.

El presente documento es la versión actualizada solicitada por la Subcomisión y tiene en cuenta las observaciones formuladas en su 55º período de sesiones, así como los acontecimientos recientes y los nuevos elementos de que se dispone en relación con esta cuestión.

* Las notas se reproducen en el idioma original.

** De conformidad con el párrafo 8 de la resolución 53/208 B de la Asamblea General, se señala que este documento se presenta con retraso para incluir en él la información más reciente.

A este respecto, el seminario de expertos, incluidos los militares, organizado por la Comisión Internacional de Juristas en enero de 2004 en Ginebra, de conformidad con el deseo expresado por la Subcomisión en su resolución 2003/8, permitió debatir muy útilmente las recomendaciones contenidas en el informe. Hay que desear que esa Comisión pueda organizar en el presente año, con ese mismo carácter, un nuevo seminario bajo los auspicios de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. De igual modo, los seminarios regionales serían sin duda útiles también para reunir información sobre la base más diversa posible y permitirían recapacitar sobre la evolución reciente en los distintos continentes y hacer un balance general de la cuestión, de conformidad con el plan de trabajo de conjunto presentado en el 53º período de sesiones, que se refirió al "estado de la doctrina y de la jurisprudencia de los órganos internacionales, regionales y nacionales" (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3).

Teniendo presente la necesidad de "velar por que esos tribunales formen parte integrante del sistema judicial general", como subrayó la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 2003/39, aclarada por la resolución 2004/32, en el informe se presentan una serie de principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares, atendiendo a las recomendaciones hechas en el informe presentado por el Sr. Joinet al 54º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/2002/4, párrs. 30 y ss.), revisadas y completadas luego en el informe del Sr. Decaux al 55º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/2003/4). Esos principios, inherentes al concepto de buena administración de justicia, se refieren a las reglas de competencia y las garantías procesales que se imponen a la justicia militar en nombre del concepto fundamental de "unidad de la justicia", de conformidad con el esquema de análisis elaborado en los precedentes informes.

En esta etapa de reflexión colectiva, sería útil realizar una consulta lo más amplia posible sobre esos principios, tanto con los Estados como con las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales (ONG), así como con el conjunto de las partes participantes en el debate, a fin de que el Relator pudiera tener en cuenta todos los comentarios pertinentes al respecto, con miras a presentar en su momento una versión refundida a la Comisión de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

1. En su resolución 2003/8, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, acogiendo con satisfacción el informe presentado por el Sr. Emmanuel Decaux sobre la cuestión de la administración de justicia por los tribunales militares (E/CN.4/Sub.2/2003/4), y en particular las recomendaciones que en él se hacían, pidió al Relator que prosiguiera su trabajo con vistas a establecer principios para la administración de justicia por los tribunales militares y que le presentara, en su 56º período de sesiones, una actualización de su informe.

2. El presente documento es la versión actualizada que solicitó la Subcomisión. Tiene en cuenta los trabajos anteriores sobre la administración de justicia por los tribunales militares realizados a partir del cuestionario preparado por el Sr. Louis Joinet, que figura en su informe al 53º período de sesiones de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, anexo), y especialmente del informe del Sr. Joinet al 54º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/2002/4) y del informe del Sr. Decaux al 55º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/2003/4), y tiene en cuenta los acontecimientos recientes y los nuevos elementos de que se dispone en relación con esta cuestión.

3. A este respecto, en su resolución 2003/8, la Subcomisión celebró la iniciativa tomada por la Comisión Internacional de Juristas de organizar en Ginebra, en el transcurso del año, un seminario de expertos, de conformidad con la sugerencia hecha por el Sr. Joinet en su informe al 53º período de sesiones de la Subcomisión, en la que propuso "prever, para enriquecer la preparación del informe final, la organización de un seminario de expertos, con participación de militares, acerca de la evolución registrada, y en especial de los progresos realizados, en la administración de justicia por los tribunales militares" (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3, propuesta 1). El Sr. Joinet había reiterado esa sugerencia en su informe al 54º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/2002/4, párr. 4, nota) y el Sr. Decaux en su informe al 55º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/2003/4, párr. 3). Ese seminario, organizado por la Comisión Internacional de Juristas del 26 al 28 de enero de 2004 con el título "Los derechos humanos y la administración de justicia por los tribunales militares", fue especialmente fructuoso, y en él participaron expertos, juristas y militares procedentes de todos los sistemas jurídicos y todos los horizontes geográficos, así como representantes de las misiones diplomáticas y las ONG con sede en Ginebra. En particular, permitió al Relator tener en cuenta experiencias muy diversas y debatir muy abiertamente la formulación de las recomendaciones que figuran en su último informe (E/CN.4/Sub.2/2003/4, párrs. 74 y ss.). El Relator desea expresar su gratitud a la Comisión Internacional de Juristas por una iniciativa tan útil.

4. Es de desear que, como consecuencia del presente informe, un nuevo seminario de expertos, organizado con el mismo carácter por la Comisión Internacional de Juristas, bajo los auspicios de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, permita examinar a fondo los principios revisados presentados en el informe. Del mismo modo, los seminarios regionales serían sin duda igualmente útiles para reunir información sobre la base más diversa posible y recapacitar sobre la evolución reciente en los distintos continentes. Como se subrayó en el informe anterior, serían particularmente oportunas

síntesis regionales sobre África y Asia, pues permitirían hacer un balance general de la cuestión, de conformidad con el plan de trabajo de conjunto presentado en el 53º período de sesiones, que se refería "al estado de la doctrina y la jurisprudencia de los órganos internacionales, regionales y nacionales". Por su parte, la resolución 2003/8 invitó a los gobiernos, los órganos competentes de las Naciones Unidas los organismos especializados, las organizaciones intergubernamentales y las ONG a proporcionar al Sr. Decaux información sobre la cuestión.

5. La idea que inspira este estudio fue recordada por la Comisión en su resolución 2003/39 sobre la integridad del sistema judicial al decir que "*toma nota* [...] del informe sobre la cuestión de la administración de justicia por los tribunales militares (E/CN.4/Sub.2/2002/4) presentado por el Sr. Louis Joinet al 54º período de sesiones de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos" y destaca que "la integridad del sistema judicial debe observarse en todo momento". A este respecto, la Comisión:

"1. *Reitera* que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

2. *Reitera también* que toda persona tiene derecho a ser enjuiciada ante tribunales o juzgados ordinarios mediante procedimientos jurídicos debidamente establecidos y que no habrán de crearse tribunales que no apliquen esos procedimientos y se arroguen la jurisdicción propia de los tribunales judiciales o de los juzgados ordinarios.

[...]

9. *Insta* a los Estados que cuenten con tribunales militares para el enjuiciamiento de delincuentes a que velen por que esos tribunales formen parte integrante del sistema judicial general y apliquen los procedimientos jurídicos debidamente establecidos."

6. En su resolución 2004/32, aprobada sin votación el 19 de abril de 2004, la Comisión, "*tomando nota* de la resolución 2003/8, de 13 de agosto de 2003, de la Subcomisión" y "*destacando* que la integridad del sistema judicial debe observarse en todo momento [...], *toma nota* del informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados (E/CN.4/2004/60 y Add.1), así como del informe presentado por el Sr. Emmanuel Decaux a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos sobre la cuestión de la administración de justicia por los tribunales militares (E/CN.4/Sub.2/2003/4)". La Comisión aclara su formulación habitual para exhortar "a los Estados que hayan creado tribunales militares o tribunales penales especiales para juzgar a los delincuentes a que velen por que esos tribunales, cuando así lo requiera el derecho internacional aplicable, formen parte integrante del sistema judicial general y apliquen el debido procedimiento legal internacionalmente reconocido en garantía de un juicio imparcial, en particular del derecho a recurrir contra la sentencia condenatoria y la pena impuesta" (párr. 7). La redacción pierde la concisión que tenía aún en la resolución 2003/39, en donde la Comisión "*insta* a los Estados que cuenten con tribunales

militares para el enjuiciamiento de delincuentes a que velen por que esos tribunales formen parte integrante del sistema judicial general y apliquen los procedimientos jurídicos debidamente establecidos" (párr. 9). No es nada seguro que haya ganado en claridad, y la frase "*where required by applicable law*" no parece más precisa en inglés que en francés: "*lorsque le droit applicable l'exige*" ("cuando así lo requiera el derecho [...] aplicable"). Para terminar, la Comisión "*pide* al Sr. Decaux que tenga en cuenta la presente resolución en la continuación de su labor" (párr. 9).

7. Es así como debe investigarse el "derecho aplicable". Es en el marco de los principios generales de la buena administración de justicia donde hay que plantear efectivamente el desarrollo de la "justicia militar". Ni los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos ni los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las convenciones regionales o los demás instrumentos pertinentes son ambiguos cuando se trata de justicia. Las disposiciones relativas a la buena administración de justicia tienen un alcance general. Dicho de otra forma, la justicia militar debe formar "parte integrante del sistema judicial general", para recoger la fórmula de la Comisión. Esa opción implica examinar imparcialmente dos posiciones extremas, ambas tendientes a hacer de la justicia militar una justicia aparte, conveniente y expeditiva, al margen del derecho común, ya se trate de "sacralizarla", situándola más allá de los principios fundamentales del Estado de derecho, o de "demonizarla", invocando las experiencias históricas de un pasado demasiado reciente aún en muchos continentes. La alternativa es sencilla: o bien la justicia militar se ajusta a los principios de la buena administración de justicia y se convierte en una justicia como las demás, o pretende constituir una "justicia de excepción", un sistema aparte, situado fuera de la norma, sin contrapeso ni control, que abre la puerta a todos los abusos y no tiene de justicia más que el nombre... Entre la sacralización y la demonización, el proceso actual toma la vía de la normalización, de la "civilización" de la justicia militar.

8. Tras haber intentado en su informe anterior (E/CN.4/Sub.2/2003/4) aclarar los múltiples aspectos del estudio para poder estructurar el debate público necesario, el Relator estima posible pasar ahora a una nueva etapa que, de conformidad con la resolución 2003/8 de la Subcomisión, trate de establecer "principios para la administración de justicia por los tribunales militares". Esos principios tienen su origen en las recomendaciones que figuran en el último informe del Sr. Joinet (E/CN.4/Sub.2/2002/4, párrs. 29 y ss.) y completadas en el informe presentado al 55º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/2003/4). Se han revisado de nuevo, a la luz de los comentarios presentados por los expertos, especialmente militares, con ocasión del seminario internacional organizado por la Comisión Internacional de Juristas en enero de 2004. La enumeración de esos principios va acompañada de una breve explicación que trata de aclarar su contenido y alcance.

9. En esta etapa de reflexión colectiva, sería muy útil realizar una consulta lo más amplia posible sobre esos principios, tanto con los Estados como con las organizaciones internacionales y las ONG, así como con el conjunto de las partes participantes en el debate, a fin de que el Relator pudiera tener en cuenta todos los comentarios pertinentes al respecto, con miras a presentar a la Comisión, en su momento, una versión refundida.

I. PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR LOS TRIBUNALES MILITARES

Principio N° 1

Creación de los tribunales militares por la Constitución o la ley

Las jurisdicciones militares, cuando existan, sólo podrán crearse por la Constitución o por la ley, respetando el principio de la separación de poderes. Los tribunales militares deberán formar parte integrante de la estructura judicial normal y aplicar los procedimientos ordinarios reconocidos en el plano internacional como garantía de un proceso equitativo.

10. Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura aprobados en 1985 especifican que "la independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura" (párr. 1). El principio de la separación de poderes tiene el mismo rango que la exigencia de garantías estatutarias previstas al más alto nivel de la jerarquía de normas por la Constitución o por la ley, evitando toda injerencia del poder ejecutivo o de la autoridad militar en el funcionamiento de la justicia.

11. La cuestión de principio relativa a la legitimidad de las jurisdicciones militares no debe resolverse aquí, como se señalaba en nuestro informe anterior (E/CN.4/Sub.2/2003/4, párr. 71), después del informe del Sr. Joinet (E/CN.4/Sub.2/2002/4, párr. 29). De lo que se trata es de la legalidad de la justicia militar. A este respecto, la "constitucionalización" de los tribunales militares existente en muchos países no debe situarlos fuera del derecho común, por encima de la ley, sino, muy al contrario, incluirlos en los principios del estado de derecho, empezando por los de separación de poderes y jerarquía de las normas. En este sentido, ese primer principio es inseparable del conjunto de principios que siguen. Es importante cargar el acento en la unidad de la justicia. Como subrayaban el Sr. Stanislas Chernichenko y el Sr. William Treat en su informe final a la Comisión sobre el derecho a un juicio imparcial, presentado en 1994: "No se crearán tribunales que no apliquen los procedimientos judiciales debidamente establecidos a fin de modificar la jurisdicción de los tribunales ordinarios o de justicia". O bien: "Los tribunales serán independientes respecto del ejecutivo. El poder ejecutivo del Estado no podrá injerirse en las actuaciones de un tribunal, y un tribunal no podrá actuar como agente del ejecutivo contra un ciudadano"*.

12. *A contrario sensu*, la cuestión de la aplicabilidad de las garantías de la justicia militar a tribunales militares establecidos por el poder ejecutivo sigue intacta. En efecto, se trata de garantías mínimas, e incluso en situaciones de crisis, especialmente con respecto al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las derogaciones del derecho común hechas por los Estados Partes no deben ser "incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional" ni entrañar "discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social". Aunque el artículo 4 no se incluye expresamente en el "núcleo duro" de los derechos inderogables, la existencia de garantías

* E/CN.4/Sub.2/1994/24, annexe II, principes 17 et 19.

judiciales eficaces constituye un elemento intrínseco del respeto de los principios del Pacto, y especialmente de las disposiciones de su artículo 4, como subrayó el Comité de Derechos Humanos en su Observación general N° 29 (2001)[†]. A falta de esas garantías fundamentales, se estaría sencillamente ante una denegación de justicia.

13. Hay que recordar también que el derecho internacional humanitario establece garantías mínimas en materia judicial[‡]. El párrafo 4 del artículo 75 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra prescribe las garantías fundamentales en materia judicial que deben respetarse incluso en caso de conflictos armados internacionales, haciendo alusión a un "tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley", lo que, como ha dicho el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), "subraya la necesidad de impartir una justicia tan serena como sea posible, incluso en las circunstancias extremas de un conflicto armado, en que el valor de la vida humana cuenta a veces poco"[§]. El párrafo 2 del artículo 6 del Protocolo II habla a su vez de "un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad". Según el CICR: "se reafirma en él el principio de que toda persona acusada de haber cometido una infracción en relación con el conflicto tendrá derecho a un proceso ordinario. Ese derecho no será efectivo más que si la sentencia se dicta por "un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad"^{**}. Si al respecto de esas garantías judiciales es obligatorio en los conflictos armados, no se entiende cómo podrían no ser respetadas absolutamente esas garantías cuando no existe un conflicto armado. La protección de los derechos en tiempo de paz debe ser superior si es que no igual a la reconocida en tiempo de guerra.

Principio N° 2

Competencia funcional de las jurisdicciones militares

Las jurisdicciones militares, en principio, no deberán ser competentes para juzgar a civiles. En cualquier circunstancia, el Estado velará por que los civiles acusados de una infracción penal, cualquiera que sea la naturaleza de ésta, sean juzgados por los tribunales civiles. La competencia de los tribunales militares deberá

[†] Observation générale n° 29, par. 16. Voir aussi la communication n° 263/1987, *González del Río c. Pérou*, décision du 20 novembre 1992, CCPR/C/46/D/263/1987, par. 5.2.

[‡] Voir, notamment, le paragraphe 4 de l'article 75 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et le paragraphe 2 de l'article 6 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II).

[§] CICR, Commentaires du paragraphe 4 de l'article 75 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux (Protocole I), par. 3084.

^{**} Ibid., Commentaires du paragraphe 2 de l'article 6 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), par. 4601.

limitarse a las infracciones de carácter estrictamente militar cometidas por el personal militar. Las jurisdicciones militares podrán juzgar a las personas de estatuto asimilado al del militar, por infracciones estrictamente relacionadas con el ejercicio de su función asimilada.

14. En su Observación general N° 13 (1984) [párr. 4], relativa al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos observaba "la existencia, en muchos países, de tribunales militares o especiales que juzgan a personas civiles. Esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. Muy a menudo la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de justicia. Si bien el Pacto no prohíbe estas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la aplicación de las garantías previstas en el artículo 14". La práctica del Comité desde hace 20 años, especialmente en sus constataciones sobre comunicaciones individuales o sus observaciones finales sobre los informes nacionales, ha sido reforzar su vigilancia, a fin de limitar la competencia de los tribunales militares a los crímenes y delitos de naturaleza estrictamente militar, cometidos por personal militar. Muchos relatores temáticos o por países han adoptado también una posición muy firme a favor de una incompetencia de principio con respecto a los civiles. De igual modo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es unánime al respecto^{††}.

15. A la inversa, la competencia de los tribunales militares para juzgar al personal militar o asimilado no debe constituir una derogación del principio de derecho común, que constituya un privilegio de jurisdicción o una forma de administrar justicia por iguales. Debe ser excepcional y responder únicamente a las exigencias de la función militar. Esa noción es el "*nexus*" de la jurisdicción militar, especialmente cuando se trata de operaciones sobre el terreno, en que el juez territorial no puede ejercer su competencia. Sólo esa necesidad funcional puede justificar la existencia limitada pero irreductible de una justicia militar. Efectivamente, el juez nacional no puede ejercer su competencia personal activa o pasiva por razones prácticas debidas al alejamiento de la acción, mientras que el juez local que sería territorialmente competente tropieza con la inmunidad de jurisdicción.

16. En ese contexto operacional, hay sin duda una zona gris que debería explorarse mejor para aclarar el concepto de personal asimilado. Los trabajos en curso en la Subcomisión después del estudio de la Sra. Françoise Hampson sobre el alcance de las actividades y la responsabilidad de las fuerzas armadas, la policía civil de las Naciones Unidas, los funcionarios internacionales y los expertos que participan en operaciones de apoyo a la paz contribuirán sin duda a aclarar esos conceptos. De igual modo, el desarrollo de la participación de fuerzas paramilitares o de contratistas privados en regímenes de ocupación internacional o en operaciones de mantenimiento de la paz debería plantear con nueva intensidad la cuestión del estatuto jurídico y la responsabilidad de ese personal.

^{††} Voir les nombreux exemples cités par Federico Andreu-Guzman, *Military jurisdiction and international law, Military courts and civilians*, vol. II, Commission internationale de juristes (à paraître).

Principio N° 3

Enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos

En cualquier circunstancia, la competencia de las jurisdicciones militares debería suprimirse en favor de las jurisdicciones ordinarias para juzgar a los autores de violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, y procesar y juzgar a los autores de esos delitos.

17. Frente a la concepción funcional de la competencia de los tribunales militares, hoy se impone cada vez con más claridad la idea de que el enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de derechos humanos no puede realizarse por los tribunales militares, en la medida en que tales actos, por su naturaleza, deberían desligarse de las funciones ejercidas. Más aún, las autoridades militares podrían sentirse inclinadas a echar tierra sobre tales asuntos. Por consiguiente, es importante que las jurisdicciones civiles puedan desde el principio investigar, perseguir y juzgar a los autores de esas violaciones. La iniciación de oficio de la investigación preliminar por el juez civil constituye una etapa decisiva para evitar toda forma de impunidad. La competencia del juez civil debe permitir también tener plenamente en cuenta los derechos de las víctimas, en todas las fases del procedimiento.

18. Esa solución fue la adoptada por la Asamblea General con ocasión de la aprobación de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que determina que los autores de esos delitos "sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar"^{‡‡}. No se podrá considerar que los hechos constitutivos del delito de desaparición hayan sido cometidos en el ejercicio de funciones militares. Tanto la Subcomisión^{§§} como la Comisión^{***} han aprobado varias resoluciones que reafirman ese principio, consagrado por la práctica de los órganos de vigilancia de los tratados^{†††}. En su estudio sobre la impunidad encargado por la Comisión de Derechos Humanos^{‡‡‡}, la Experta independiente, Sra. Diane Orentlicher, recordó ese principio y constató que varios países habían logrado progresos en su cumplimiento^{§§§}.

^{‡‡} Résolution 47/133 du 18 décembre 1992, art.16, par. 2.

^{§§} Voir, par exemple, la résolution 1998/3 du 20 août 1998.

^{***} Résolutions 2003/72 du 25 avril 2003, par. 14, et 2004/72 du 21 avril 2004, par. 16.

^{†††} Voir les nombreux exemples cités par Federico Andreu-Guzman, *Military jurisdiction and international law, Military courts and gross human rights violations*, vol. I, Commission internationale de juristes, Genève, 2004.

^{‡‡‡} Résolution 2003/72, par. 16.

^{§§§} E/CN.4/2004/88, par. 42.

19. Más allá de las violaciones graves asociadas a determinados regímenes militares o autoritarios, como las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales y las torturas sistemáticas, cabe preguntarse cuál será el límite del concepto de violaciones de los derechos humanos. También en este caso, la mejor guía debe ser la exigencia de asegurar un proceso equitativo ante un tribunal independiente e imparcial, y de garantizar plenamente los derechos de las víctimas: incluso cuando se trata de un acto aislado, cabe interrogarse si la jerarquía militar estará dispuesta a dejar plenamente al descubierto hechos que pueden afectar al espíritu del cuerpo o a la reputación del ejército.

Principio N° 4

Limitaciones al secreto militar

Las normas que permitan invocar el secreto militar no deberán desvirtuarse para entorpecer la justicia ni menoscabar los derechos humanos. El secreto militar podrá invocarse, bajo la supervisión de instancias independientes de control, para proteger, en la medida estrictamente necesaria, las informaciones relativas a la defensa nacional. El secreto militar no podrá invocarse en los siguientes casos:

- a) En relación con las medidas de privación de libertad, que en ningún caso deberán ser secretas, ya se trate de la identidad o de la localización de personas privadas de libertad;**
- b) Para impedir la incoación de investigaciones, acciones judiciales o procesos, sean de carácter penal o disciplinario, o para sobreseerlos;**
- c) Para denegar a los jueces y autoridades facultadas por la ley para ejercer funciones judiciales el acceso a documentos y zonas clasificados como de seguridad nacional o de acceso reservado;**
- d) Para impedir la publicación de los fallos de los tribunales;**
- e) Para impedir el ejercicio efectivo del recurso de hábeas corpus y de otros recursos judiciales semejantes.**

20. Este principio se explica por sí mismo. La invocación del secreto militar no puede justificar la detención en régimen de incomunicación de una persona contra la que se haya iniciado una acción judicial, haya sido condenada o sea objeto de cualquier medida de privación de libertad. En su Observación general N° 29, relativa al estado de excepción (artículo 4 del Pacto), el Comité de Derechos Humanos, establece que "los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, [...] la privación arbitraria de la libertad [...]"**** y que "las prohibiciones de la toma de rehenes,

**** CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, par. 11.

los secuestros o la detención no reconocida son disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión. El carácter absoluto de estas prohibiciones, aun en situaciones excepcionales, se justifica por su condición de normas de derecho internacional general"^{††††}.

21. El ejercicio del derecho de defensa entraña el derecho de toda persona procesada a "comunicarse con un defensor de su elección", conforme al apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero también, conforme al principio de humanidad y para garantizar la efectividad de esa obligación, con sus parientes y amigos. Asimismo, el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto sólo puede cumplirse plenamente si se respeta el derecho de defensa, comenzando por el acceso libre de la persona procesada a un defensor de su elección. Más en general, el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto prevé que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en [...] su correspondencia", dejando así abierta la posibilidad de que el detenido se ponga en contacto con sus parientes, sus amigos o su abogado. Varias normas internacionales subrayan la obligación de informar a los parientes de las personas privadas de libertad en el momento de su detención o traslado, así como a su abogado^{‡‡‡‡}. El Comité de Derechos Humanos^{§§§§}, el Comité contra la Tortura^{*****} y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias^{†††††} han subrayado en varias ocasiones la importancia de esa obligación. En su Observación general N° 20 (1992), el Comité de Derechos Humanos subraya que "con el fin de garantizar la protección efectiva de los detenidos, deberán adoptarse las disposiciones necesarias para que los presos sean mantenidos en lugares de detención oficialmente reconocidos, y para que sus nombres y lugares de detención, así como los nombres de las personas responsables de su detención, figuren en registros que estén a disposición de las personas interesadas, incluidos los parientes y amigos". El Comité agrega que "deberán adoptarse asimismo disposiciones contra la detención en régimen de incomunicación" (párr. 11).

22. En caso de crisis, el derecho humanitario prevé, por su parte, la posibilidad de comunicarse con el mundo exterior, de conformidad con la sección V del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Es importante recordar que el artículo 32 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales establece como principio general en cuanto a las personas desaparecidas o fallecidas "el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte

^{††††} Ibid, par. 13.

^{‡‡‡‡} Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principes 16, 18 et 19; Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10, par. 2; Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, règle 92. Dans le même sens, voir les articles 137 et 138 de la quatrième Convention de Genève.

^{§§§§} Voir, notamment, CCPR/C/79/Add.43, par. 15, CCPR/C/79/Add. 95, par. 12 et CCPR/C/79/Add. 81, par. 23.

^{*****} Voir, notamment, A/54/44, par 88 à 105.

^{†††††} E/CN.4/1997/34, par 26 et 30.

de sus miembros". La Asamblea General ha reafirmado ese derecho en numerosas resoluciones sobre las desapariciones forzadas. El Secretario General lo reafirmó en su circular sobre la observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas^{####}.

23. Hay que subrayar también que las personas privadas de libertad deben permanecer en los lugares oficiales de detención y que las autoridades deben llevar un registro de los detenidos^{§§§§}. En cuanto a la comunicación entre las personas privadas de libertad y sus abogados, hay que recordar que los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados determinan que "a toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación"^{*****}.

24. Si no se respetan esas garantías fundamentales aumenta el riesgo de que exista una situación de desaparición forzada o de detención arbitraria sin posibilidad de recurso efectivo ni en el orden jurídico interno ni en el internacional. En esos casos, el secreto es un mero pretexto para ocultar una denegación de justicia.

Principio N° 5

Garantías de hábeas corpus

En todas las circunstancias, toda persona privada de libertad tendrá derecho a interponer un recurso, como el de hábeas corpus ante un tribunal, a fin de que éste decida sin demora sobre la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención fuera ilegal. El derecho a interponer un recurso de hábeas corpus u otro recurso judicial de carácter semejante deberá considerarse como un derecho de la persona cuya garantía corresponderá en todas las circunstancias y en exclusividad a la justicia ordinaria. El juez habrá de tener acceso sin excepción a todo lugar donde pudiera encontrarse la persona privada de libertad.

25. Lo que se ha dicho sobre el acceso a un defensor independiente se aplica, *mutatis mutandis*, al acceso a un juez para presentar un recurso de hábeas corpus. El derecho de acceso a la justicia -el "derecho al derecho"- es uno de los fundamentos del estado de derecho. Como

ST/SGB/1999/13 du 6 août 1999.

§§§§ Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 10, par. 1; Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, règle 7; Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principes 20 et 29; Règles pénitentiaires européennes, règles 7 et 8.

***** Principe 8 des Principes de base relatifs au rôle du barreau, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (La Havane, 27 août-7 septembre 1990).

establece el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal". En tiempo de guerra, las garantías del derecho humanitario, en particular del Convenio IV de Ginebra, se aplican plenamente.

26. El recurso de hábeas corpus guarda también relación con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En su Observación general N° 29, relativa al estado de excepción (artículo 4 del Pacto), el Comité de Derechos Humanos estimó que "el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto exige a los Estados Partes en el Pacto que proporcionen recursos para cualquier violación de las disposiciones del Pacto. Aunque esta cláusula no se mencione entre las disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión enumeradas en el párrafo 2 del artículo 4, constituye una obligación inherente al Pacto en su conjunto. Incluso si los Estados Partes pueden, durante un estado de excepción y en la estricta medida que la situación exige, introducir ajustes en el funcionamiento práctico de los procedimientos relativos a los recursos judiciales o de otra índole, deben conformarse a la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo, en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto". A juicio del Comité, esos principios y la disposición relativa a los recursos útiles exigen el respeto de las garantías judiciales fundamentales durante un estado de excepción. "Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por una decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto"^{††††††}.

27. Que el recurso de hábeas corpus no puede ser suspendido se reconoce también en varias normas internacionales de carácter declarativo^{‡‡‡‡‡‡}. En su resolución 1992/35, "Hábeas corpus", la Comisión de Derechos Humanos exhortó a los Estados a mantener ese derecho incluso durante los estados de excepción. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado que no se pueden suspender los recursos judiciales cuya finalidad es proteger derechos que tampoco pueden ser objeto de suspensión, como el recurso de hábeas corpus^{§§§§§§}.

^{††††††} CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, par. 14 et 16.

^{‡‡‡‡‡‡} Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, principe 32; Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 9.

^{§§§§§§} Avis consultatifs OC-8/87, «*L'habeas corpus dans les situations d'urgence*», du 30 janvier 1987 et OC-9/87, «*Garanties judiciaires dans les états d'urgence*», du 6 octobre 1987.

Principio N° 6

Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial

Cuando subsistan jurisdicciones militares, su organización y funcionamiento deberán velar plenamente por el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal competente, independiente e imparcial, y garantizar en particular la independencia estatutaria de los jueces en relación con la jerarquía militar. Las personas seleccionadas para desempeñar las funciones de magistrado en las jurisdicciones militares deberán ser íntegras y competentes, y poseer la capacitación y las calificaciones jurídicas necesarias. La presencia de jueces civiles en la composición de tribunales militares sólo podrá reforzar la imparcialidad de esas jurisdicciones.

28. Este derecho fundamental se refleja en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Su aplicación práctica aparece detallada en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que en las convenciones regionales. En cuanto a la noción de tribunal independiente e imparcial, toda una jurisprudencia ha precisado el contenido objetivo, aunque también subjetivo, de los conceptos de independencia e imparcialidad. En particular, se ha hecho hincapié en la teoría de las apariencias, basada en el adagio inglés según el cual "*justice should not only be done, but should be seen to be done*" (no sólo debe hacerse justicia, sino que se debe ver que se hace justicia). Asimismo, es importante subrayar que el Comité de Derechos Humanos ha recordado que "el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna"*****.

29. La independencia estatutaria de los jueces con respecto a la jerarquía militar debe ser protegida estrictamente, evitando toda subordinación directa o indirecta, ya sea en cuanto a la organización y el funcionamiento de la propia justicia o en cuanto al desarrollo de la carrera de juez militar. La noción de imparcialidad es aún más compleja en relación con la teoría de las apariencias, ya que el justiciable puede ver en el juez militar, justificadamente, a un funcionario susceptible de ser "juez y parte" en todo asunto en que se ponga en entredicho la institución militar y no a un magistrado especializado como cualquier otro.

30. Asimismo, se debe hacer hincapié en la exigencia de que los jueces militares sean competentes y, en particular, hayan recibido la misma formación exigida a los jueces letrados. La competencia jurídica y deontológica de los jueces militares, como jueces conscientes de sus deberes y responsabilidades, es un componente intrínseco de su independencia e imparcialidad.

***** Communication n° 263/1987, *González del Río c. Pérou*, décision du 20 novembre 1992, CCPR/C/46/D/263/1987, par. 5.2.

Principio N° 7

Publicidad de los procesos

Al igual que en los asuntos de derecho común, la publicidad de los procesos deberá ser la norma, y la celebración de vistas a puerta cerrada habrá de ser totalmente excepcional y ser objeto de una decisión específica y motivada, sometida a un control de legalidad.

31. Los textos citados recuerdan que "toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con justicia". La publicidad del juicio es uno de los elementos fundamentales para su imparcialidad. Las únicas limitaciones a ese principio son las previstas en el derecho común, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia [...]". Todas esas hipótesis, en particular la invocación del interés de la "seguridad nacional", deben interpretarse estrictamente y aplicarse exclusivamente en caso de necesidad en "una sociedad democrática".

32. Además, el Pacto precisa que "toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario [...]" (art. 14, párr. 1). No es ese el caso, cuando menos en principio, de las causas enjuiciadas por los tribunales militares. Una vez más, la motivación de las sentencias es la condición misma de toda posibilidad de recurso y de todo control efectivo en la materia.

Principio N° 8

Garantía del derecho de defensa y de un juicio imparcial y equitativo

Deberá garantizarse plenamente el ejercicio del derecho de defensa en las jurisdicciones militares. Todo procedimiento judicial ante esas jurisdicciones deberá comprender especialmente las siguientes garantías:

- a) **Toda persona acusada de la comisión de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;**
- b) **El acusado deberá ser informado sin demora de los detalles de la infracción que se le impute y se le garantizarán, antes del juicio y durante éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;**
- c) **Nadie podrá ser condenado por un delito si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;**
- d) **Toda persona acusada de un delito tendrá derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas y en su presencia;**

e) Toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

f) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable;

g) Toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en la mismas condiciones que los testigos de cargo;

h) Toda persona declarada culpable de una infracción 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;

i) Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial o de otra índole, así como de los plazos para ejercer esos derechos.

33. En su Observación general N° 13 (1984) (párr. 4), el Comité de Derechos Humanos señala que "las disposiciones del artículo 14 se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de este artículo, ya sean ordinarios o especiales". En su jurisprudencia y en su Observación general N° 29, el Comité de Derechos Humanos considera que varias de las debidas garantías procesales y judiciales recogidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no pueden ser objeto de suspensión. Durante su 80° período de sesiones, celebrado del 16 de marzo al 3 de abril de 2004, el Comité decidió formular una nueva observación general sobre el artículo 14 del Pacto, principalmente para actualizar la Observación general N° 13.

34. Por su parte, el derecho internacional humanitario establece garantías mínimas en materia judicial⁺⁺⁺⁺⁺. El párrafo 4 del artículo 75 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra recoge las garantías procesales enunciadas en los párrafos 2 y 3 del artículo 14 del Pacto, pero también las enunciadas en el artículo 15 del Pacto, que no pueden ser objeto de suspensión en virtud del párrafo 2 de su artículo 4. Hay que subrayar que, en su Observación general N° 29 (párr. 16), el Comité de Derechos Humanos considera que "como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho internacional humanitario en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción".

⁺⁺⁺⁺⁺ Voir, notamment, le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 75, par. 4 et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), art. 6.

35. Las disposiciones del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto deben aplicarse plenamente: "Toda persona acusada de un delito tendrá derecho [...]: a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo". Asimismo, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados dicen que "toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal" y que "los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección"*****.

36. Se ha cuestionado el ejercicio de la asistencia jurídica por abogados militares, en particular cuando son designados de oficio, por no respetar las debidas garantías procesales. Desde el simple punto de vista de la teoría de las "apariencias", la presencia de abogados militares resta credibilidad a esas jurisdicciones. No obstante, la experiencia demuestra que la evolución de la función de abogado militar hacia una estricta independencia -si resulta real a pesar de la ambigüedad fundamental de su denominación- suele garantizar al acusado una defensa efectiva y adaptada a las limitaciones funcionales que pesan sobre la justicia militar, en particular cuando se ejerce de manera extraterritorial. En cualquier caso, el imperativo de la libre elección de un defensor debe prevalecer y el acusado tiene derecho a designar a un abogado de su elección si no desea recurrir a la asistencia de un abogado militar. Por ello, en lugar de preconizar la mera supresión de la función de abogado militar, se ha considerado preferible tomar nota de su evolución en curso con una doble condición: la salvaguardia del derecho del acusado a elegir un defensor de su elección y la garantía de la estricta independencia del abogado militar.

Principio N° 9

Participación de las víctimas en el proceso

Sin perjuicio del principio N° 3, relativo al ámbito de competencia de los tribunales militares, la jurisdicción militar no deberá excluir del procedimiento judicial a las víctimas de los delitos ni a sus causahabientes. Los procedimientos judiciales de las jurisdicciones militares deberán garantizar el respeto efectivo de los derechos de las víctimas de los delitos -o de sus causahabientes-, velando en particular por que:

a) Dispongan del derecho a denunciar los hechos delictivos y a recurrir a los tribunales militares para que emprendan acciones judiciales;

b) Dispongan de un amplio derecho a intervenir en el procedimiento judicial y puedan participar en él en calidad de partes, ya sea como parte civil, como tercer participante o como acusación privada;

***** Principes 1 et 5 des Principes relatifs au rôle du barreau, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (La Havane, 27 août-7 septembre 1990).

c) Dispongan de recursos judiciales para impugnar las decisiones y sentencias de los tribunales militares que les sean desfavorables;

d) Estén protegidas de todo maltrato, intimidación o represalia que pueda resultar de su denuncia o de su participación en los procedimientos judiciales.

37. En numerosos países, la víctima se ve apartada de la instrucción cuando la jurisdicción competente es militar. Esta desigualdad flagrante ante la ley debería eliminarse o, entretanto, limitarse de manera estricta. Debería ser obligatorio que la víctima estuviera presente o se hiciera representar desde el momento en que presentara la demanda o, al menos, en las vistas para sentencia, y que pudiera acceder previamente a la totalidad de los documentos del expediente.

Principio N° 10

Interposición de recursos ante las jurisdicciones ordinarias

Allí donde subsistan tribunales militares, su competencia debería limitarse al primer grado de jurisdicción. En consecuencia, las vías de recurso, especialmente los recursos de apelación, deberían ejercerse ante jurisdicciones civiles. En todos los casos, los recursos de casación deberán interponerse ante la jurisdicción civil suprema.

Los conflictos de competencia y de jurisdicción entre los tribunales militares y los tribunales de derecho común deben ser resueltos por un órgano judicial superior que pertenezca a la jurisdicción ordinaria y esté integrado por jueces independientes, imparciales y competentes, de ser posible por un tribunal supremo o un tribunal constitucional.

38. Si sus competencias funcionales pueden explicar la subsistencia de jurisdicciones militares de primera instancia, no parece haber justificación posible para la existencia de una jerarquía paralela de tribunales militares fuera del derecho común, ya que los imperativos de una buena administración de justicia por los tribunales militares obligan a que las vías de recurso, especialmente cuando se impugne la legalidad, se ejerzan ante las jurisdicciones civiles. Así pues, en la instancia de apelación o –como mínimo– de casación, las jurisdicciones militares deberán formar "parte integrante del sistema judicial general". Estas vías de recurso ante las jurisdicciones civiles superiores deberían estar abiertas tanto al acusado como a las víctimas, lo que conlleva la participación de estas últimas en el procedimiento, especialmente durante el juicio.

39. Asimismo, se debe crear un mecanismo judicial imparcial encargado de resolver los conflictos de jurisdicción o de competencia. Este principio es esencial, ya que impide que los tribunales militares constituyan un sistema paralelo de justicia no controlado por el poder judicial. Cabe destacar que el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias han formulado esa recomendación^{§§§§§§§§}.

§§§§§§§§ E/CN.4/1995/111, par. 120.

Principio N° 11

Obediencia debida y responsabilidad del superior

Sin perjuicio del principio N° 3 relativo al ámbito de competencia de los tribunales militares:

a) No se podrá invocar la obediencia debida para exonerar a un militar de la responsabilidad penal individual en que haya incurrido por la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad;

b) Aunque las violaciones graves de derechos humanos, como ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas y torturas, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, los haya cometido un subordinado, eso no eximirá a sus superiores de responsabilidad penal si no hubieran hecho uso de las facultades de que estaban investidas para impedir su comisión o para ponerle fin cuando poseían información que les permitía saber que el crimen se estaba cometiendo o estaba a punto de ser cometido.

40. El principio de obediencia debida, frecuentemente invocado ante las jurisdicciones, especialmente las militares, debería ir acompañado, en el marco de ese control de legalidad, de las limitaciones siguientes: el hecho de que el autor de una violación haya actuado por orden de un superior no debería exonerarlo de su responsabilidad penal. Todo lo más, se podría considerar esa circunstancia no como "circunstancia atenuante", sino como un motivo de reducción de la pena. A la inversa, las violaciones cometidas por un subordinado no exoneran a sus superiores jerárquicos de su responsabilidad penal si sabían o podían haber sabido que su subordinado estaba cometiendo o a punto de cometer esas violaciones y si, dentro de sus posibilidades, no tomaron las medidas necesarias para evitar las violaciones o reprimir a su autor.

41. En materia de procedimiento y responsabilidad penal, es importante resaltar que no se puede invocar el haber recibido órdenes de un superior jerárquico o de una autoridad pública para justificar las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las torturas, los crímenes de guerra, ni los de lesa humanidad, ni tampoco para eximir a sus autores de responsabilidad penal individual. Ese principio lo reiteran muchos instrumentos internacionales^{*****}. En el plano nacional, las legislaciones de varios países han integrado expresamente esa prohibición y varios tribunales han rechazado la "obediencia debida" como eximente de la responsabilidad penal. En la esfera del derecho penal militar, como ha resaltado

^{*****} Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 6, par. 1; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 2, par. 3; Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, art. 5; Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7.4); Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (art. 6.4); Statut de Rome de la Cour pénale internationale (art. 33).

algún autor, "el deber de obediencia no es absoluto [...] el principio de obediencia pasiva y ciega ha perdido su fuerza en el derecho penal militar [y, en lo que respecta a la ejecución de órdenes que entrañan manifiestamente la comisión de un delito] desaparece el deber de obedecer y ocupa su lugar el deber de desobedecer"^{††††††††}.

42. El derecho internacional establece la norma de la responsabilidad penal del superior jerárquico por las violaciones graves de derechos humanos, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos por el personal bajo su autoridad y/o control efectivo. Muchos instrumentos internacionales, la jurisprudencia internacional y varias legislaciones nacionales reconocen el principio de responsabilidad penal por negligencia del mando.

43. La Subcomisión ha mantenido expresamente esos dos principios en la redacción del proyecto de convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 9)^{††††††††}.

Principio N° 12

Objeción de conciencia al servicio militar

La condición de objetor de conciencia debería determinarse bajo el control de una jurisdicción civil independiente e imparcial, que ofreciera todas las garantías de un procedimiento equitativo, cualquiera que fuese la etapa del servicio militar en que se invocara.

44. Como señaló la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1998/77, corresponde a los Estados establecer órganos de decisión independientes e imparciales encargados de la tarea de determinar si la objeción de conciencia al servicio militar está basada en convicciones sinceras. Por definición, los tribunales militares serían "juez y parte" en la materia. Los objetores de conciencia son civiles que deben depender de instancias civiles bajo el control de un juez de derecho común.

45. No obstante, cuando el derecho a la objeción de conciencia no se encuentra reconocido en la ley, se trata al objetor como desertor y se le aplica el Código Penal Militar. Las Naciones Unidas han reconocido la existencia de la objeción de conciencia al servicio militar como una forma legítima de ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, reconocidos y garantizados tanto por la Declaración Universal de

^{††††††††} S. Erman, «Rapport général: l'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre», in *Cinquième Congrès international, Dublin, 25-30 mai 1970, L'obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre*, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, vol. 1, Strasbourg, 1971, p. 357.

^{††††††††} E/CN.4/Sub.2/1998/19, annexe.

Derechos Humanos como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^{§§§§§§§§}. El Pacto, que no se ocupa de este asunto, se limita a precisar que no se considerará trabajo forzoso "el servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia" (art. 8, párr. 3, apartado c) inciso ii)). El Pacto no ofrece ninguna indicación sobre los modos de atribuir esa condición jurídica ni, *a fortiori*, sobre la determinación del destino de los objetores en ausencia de un régimen previsto por la ley. No obstante, el Comité de Derechos Humanos ha vinculado claramente la objeción de conciencia al principio de libertad de conciencia, consagrado en el artículo 18 del Pacto^{*****}. El Comité ha expresado recientemente en varias ocasiones su preocupación por el hecho de que los tribunales militares impongan penas a los objetores de conciencia por no cumplir el servicio militar^{††††††††}. Ha considerado que el derecho a la objeción de conciencia puede ser invocado no sólo antes de realizar el servicio militar o de incorporarse a las fuerzas armadas sino también una vez que se forma parte de ellas o incluso después^{††††††††}.

46. En 1985, en la parte final de un estudio exhaustivo de la práctica preparado por la Subcomisión, Asbjorn Eide y Chama Mubanga-Chipoya formularon recomendaciones precisas en esa materia: "2 a) Los Estados deberían mantener o establecer organismos de decisión independientes para determinar si en un caso concreto la objeción de conciencia es o no válida según la ley nacional. También debería existir siempre el derecho de apelar a un organismo judicial civil e independiente. b) Los solicitantes deberían tener derecho a una audiencia y a ser representados por un letrado, así como a presentar testigos en su favor"^{§§§§§§§§}.

47. Como ya preveía la recomendación N° R (87) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se deberían respetar por todos los medios las siguientes condiciones:

"El examen de la demanda debe realizarse con todas las garantías necesarias para un proceso justo.

^{§§§§§§§§} Assemblée générale, résolution 33/165 du 20 décembre 1978; Commission des droits de l'homme, résolution 38 (XXXVI) de 1980, 1987/46 de 1987, 1989/59 de 1989, 1993/84 de 1993, 1995/83 de 1995 et 1998/77 de 1998; Comité des droits de l'homme, observation générale n° 22 (1993); décisions du Comité des droits de l'homme relatives aux communications n°s 446/1991 (par. 4.2), 483/1991 (par. 4.2) et 402/1990 (affaire *Henricus Antonius Godefriedus Maria Brinkof c. Pays-Bas*).

^{*****} Observation générale n° 22 (1993).

^{††††††††} Observations finales du Comité des droits de l'homme: Arménie, 19 novembre 1998, CCPR/C/79/Add.100, par. 18, et Observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël, 21 août 2003, CCPR/CO/78/ISR, par. 24.

^{††††††††} Observations finales du Comité des droits de l'homme: France, CCPR/C/79/Add.80, 4 août 1997, par. 19, et Observations finales du Comité des droits de l'homme: Espagne, CCPR/C/79/Add.61, 3 avril 1996, par. 15.

^{§§§§§§§§} Publication des Nations Unies, numéro de vente: E.85.XIV.1.

El demandante debe poder ejercer un derecho de apelación en contra de la resolución dictada en primera instancia.

El órgano de apelación debe estar separado de la administración militar y debe contar con una composición que garantice su independencia."*****

48. Si la solicitud de la condición de objetor de conciencia se presenta antes de la incorporación a filas, no debe haber obstáculo para que una instancia independiente, bajo el control del juez civil de derecho común, asuma la competencia. La cuestión puede parecer más compleja si la solicitud se presenta en el transcurso del servicio militar, cuando el objetor ya viste de uniforme y depende de la justicia militar. Por lo tanto, esa solicitud no debería sancionarse *ipso facto* como un acto de sumisión o de deserción, sin entrar a considerar en absoluto el fondo, sino que se debe examinar siguiendo un mismo procedimiento por una instancia independiente que reúna todas las garantías de un procedimiento equitativo. Como ya dijo el Sr. Dimitriu Mazilu en su informe final sobre los derechos humanos y la juventud presentado a la Subcomisión: "Los conscriptos deberían tener en cualquier momento el derecho a reivindicar la condición de objetor de conciencia, dado que esta reivindicación es un ejercicio del derecho fundamental a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión"††††††††. Ese razonamiento se puede aplicar a todas las personas durante su servicio militar, hayan sido llamadas a filas o se hayan incorporado a él, que en su calidad de ciudadanos en uniforme deben poder mantener sus derechos más fundamentales, comenzando por el de la libertad de conciencia††††††††.

Principio N° 13

Incompetencia de los tribunales militares para juzgar a los niños y a los menores de 18 años

Los menores, que pertenecen a la categoría de personas vulnerables, sólo deberán ser procesados y juzgados con respeto estricto de las garantías previstas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)§§§§§§§§. En consecuencia, no deberían ser sometidos en ningún caso a la competencia de las jurisdicciones militares.

***** Recommandation n° R (87) 8 relative à l'objection de conscience au service militaire obligatoire, adoptée par le Comité des ministres le 9 avril 1987. Voir aussi le rapport de M. Dick Marty, *Exercice du droit à l'objection de conscience au service militaire dans les États membres du Conseil de l'Europe*, APCE, Doc. 8809 du 13 juillet 2000.

†††††††† E/CN.4/Sub.2/1992/36, par. 104.

†††††††† Voir aussi la résolution 2004/35 sur l'objection de conscience au service militaire adoptée par la Commission des droits de l'homme le 19 avril 2004.

§§§§§§§§ Adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985.

49. En los artículos 40 y 37 (apartado d) de la Convención sobre los Derechos del Niño figuran las garantías penales específicas aplicables a los menores de 18 años, habida cuenta de su edad, además de las garantías penales de derecho común ya mencionadas. Esas disposiciones prevén la posibilidad de apartarse de las jurisdicciones de derecho común en beneficio de instituciones o de procedimientos que se adapten mejor a la protección del niño. Ese régimen de protección excluye *a fortiori*, la competencia de los tribunales militares cuando se trata de menores civiles.

50. Una situación límite es, no obstante, la de los jóvenes reclutas, en la medida en que el párrafo 3 del artículo 38 tolera el reclutamiento de menores de edades comprendidas entre los 15 y los 18 años. En tiempo de paz, se debería poder aplicar las disposiciones generales de la Convención sobre los Derechos del Niño. En caso de conflicto armado, el artículo 38 prevé la aplicación de principios de derecho internacional humanitario. A ese respecto, se debería prestar atención particular a la situación de los niños soldados en caso de crímenes de guerra o de violaciones masivas de los derechos humanos. Sólo las jurisdicciones civiles parecen capacitadas en esas circunstancias para tener en cuenta todos los imperativos de una buena administración de justicia, con arreglo al principio N° 3, de conformidad con los objetivos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

51. El Comité de los Derechos del Niño, con ocasión de las observaciones finales sobre los informes nacionales, ha adoptado una posición de principio muy clara. Respecto de un Estado Parte, el Comité ha tomado nota "con preocupación de que incluso los niños cuya edad está comprendida entre 11 y 14 años pueden no estar sujetos a la ley de tribunales de menores si son acusados de haber cometido un delito que compete a la jurisdicción de los tribunales de seguridad del Estado o de los tribunales militares o si viven en zonas sometidas al estado de excepción"*****. En otro caso, el Comité instó "al Estado Parte a que, en consonancia con su prohibición de reclutamiento de niños como soldados, vele por que ningún niño sea juzgado por un tribunal militar"††††††††††. Evidentemente, esas situaciones son inaceptables, tanto en lo que respecta a los principios generales de la buena administración de justicia como a las exigencias específicas de protección de los derechos de los menores.

Principio N° 14

Régimen de prisiones militares

Las prisiones militares deberán ser conformes con las normas internacionales y ser accesibles a los mecanismos de inspección nacionales e internacionales.

52. Las prisiones militares deberán respetar las normas internacionales de derecho común, bajo el control efectivo de los mecanismos de inspección nacionales e internacionales. A ese respecto, se debería alentar a los Estados a que ratifiquen sin dilación el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

***** Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Turquie, 9 juillet 2001, CRC/C/15/Add.152, par. 65.

†††††††††† Observations finales du Comité des droits de l'enfant: République démocratique du Congo, 9 juillet 2001, par. 75.

Principio N° 15

Aplicación del derecho humanitario

En períodos de conflicto armado, los principios del derecho humanitario, en particular las disposiciones del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, serán de plena aplicación a las jurisdicciones militares.

53. Es preciso recordar lo establecido en el artículo 84 del Convenio III de Ginebra de 1949: "Únicamente los tribunales militares podrán juzgar a un prisionero de guerra, a no ser que en la legislación de la Potencia detenedora se autorice expresamente que los tribunales civiles juzguen a un miembro de las fuerzas armadas de dicha Potencia por una infracción similar a la causante de la acusación contra el prisionero. En ningún caso se hará comparecer a un prisionero de guerra ante un tribunal, sea cual fuere, si no ofrece las garantías esenciales de independencia y de imparcialidad generalmente reconocidas y, en particular, si su procedimiento no garantiza al acusado los derechos y los medios de defensa en el artículo 105". Todas las disposiciones del Convenio se dirigen a garantizar una estricta igualdad de trato asegurada "por los mismos tribunales y siguiendo el mismo procedimiento que con respecto a las personas pertenecientes a las fuerzas armadas de la Potencia detenedora" (art. 102). Si hubiera alguna duda sobre la calificación de prisionero de guerra, por lo que respecta "a las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto" (art. 5).

Principio N° 16

Exclusión de la pena de muerte

Los códigos de justicia militar deberían reflejar la evolución del derecho internacional a favor de la abolición progresiva de la pena de muerte, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. La pena de muerte no podrá imponerse nunca:

- a) Por crímenes cometidos por menores de 18 años;**
- b) A las mujeres embarazadas;**
- c) A la madre de un niño de corta edad; o**
- d) A las personas que tienen mermadas sus facultades mentales.**

54. La evolución verificada a favor de la abolición progresiva de la pena capital, incluso cuando se trata de delitos internacionales, debería hacerse extensiva a la justicia militar, que presentan menos garantías que la justicia ordinaria, habida cuenta de que, en este ámbito en particular, el error judicial es irreversible por naturaleza.

55. En particular, la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas vulnerables, especialmente a menores, debe respetarse en todas las circunstancias, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad [...]".

Principio N° 17

Revisión de los códigos de justicia militar

Los códigos de justicia militar deberán ser objeto periódicamente de una revisión sistemática, realizada con independencia y transparencia, para velar por que las competencias de los tribunales militares respondan a una estricta necesidad funcional, sin invadir las competencias que puedan y deban corresponder a las jurisdicciones civiles de derecho común.

56. Al estar vinculada la única justificación de la existencia de jurisdicciones militares a contingencias prácticas, relativas en particular a las operaciones de mantenimiento de la paz o a situaciones extraterritoriales, convendría verificar periódicamente si esa necesidad funcional sigue existiendo.

57. Esa revisión de los códigos de justicia militar debería realizarla una instancia independiente, que recomendase las reformas legislativas que debieran hacerse para limitar las competencias residuales no justificadas y pasar así, en lo posible, a las competencias de derecho común de las jurisdicciones civiles, con el fin de suprimir la doble incriminación.

58. De un modo más general, esa revisión periódica debería garantizar la adecuación y la eficacia de la justicia militar en relación con sus justificaciones prácticas. Asimismo, reflejaría el carácter plenamente democrático de una institución llamada a rendir cuentas de su funcionamiento ante los poderes públicos y el conjunto de los ciudadanos. Por último, de ese modo podría plantearse con toda transparencia en una sociedad democrática el debate de principio sobre la existencia misma de la justicia militar.

II. RECOMENDACIONES

59. Como subrayó ya el Relator, sería muy útil que una consulta muy amplia con los Estados, así como con las organizaciones internacionales, las instituciones nacionales de fomento y protección de los derechos humanos y las ONG, permitiese que el conjunto de personas interesadas realizaran un examen de fondo del proyecto de principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares.

60. Asimismo, dado que el Comité de Derechos Humanos, en su 80° período de sesiones, celebrado del 16 de marzo al 3 de abril de 2004, decidió hacer una nueva observación general sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Relator considera que el envío del presente informe al Comité sería una contribución útil a sus trabajos para elaborar esa nueva observación general.

61. Del mismo modo, sería deseable recomendar que la Comisión Internacional de Juristas, bajo los auspicios del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, organizase un segundo seminario de expertos, especialmente militares (véase *supra* párrs. 4 y 10). Ciertos aspectos merecerían un examen más profundo, como el alcance del principio *non bis in idem* y los conflictos positivos de competencia entre jurisdicciones militares y jurisdicciones ordinarias; la distinción entre infracciones disciplinarias y delitos y crímenes militares, y la lista de infracciones tipificadas en los códigos de justicia militar, incluidas las juzgadas por la justicia de derecho común; las facultades para investigar y perseguir delitos de la competencia de la justicia militar, y el papel que desempeña la policía militar, además de iniciar las diligencias ante las jurisdicciones militares; el régimen jurídico de las prisiones militares y el lugar que ocupa en el sistema de la justicia militar; el concepto de personal asimilado y la participación de las fuerzas paramilitares o de contratistas privados en las situaciones de ocupación internacional o en las operaciones de mantenimiento de la paz^{*****}.

***** Les travaux de la Sous-Commission à la suite de l'étude de M^{me} Françoise Hampson sur le champ des activités et de la responsabilité des forces armées, de la police civile des Nations Unies, des fonctionnaires internationaux et des experts participant à des opérations de soutien à la paix contribueront également à préciser ces questions importantes.