

INFORMES Y DICTÁMENES

EL DERECHO DE TODA PERSONA A NO SER VÍCTIMA DE DETENCIÓN ARBITRARIA.

Dictamen a la atención del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

*Carmelo Faleh Pérez**
*Carlos Villán Durán***

Nota explicativa. En noviembre de 2012, la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)¹ presentó, para consideración del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria (GTDA), creado por la desaparecida Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1991, un informe o dictamen relativo al

* Doctor en Derecho. Profesor del ámbito de conocimiento Derecho internacional público y Relaciones internacionales del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y asesor jurídico de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH). Correo electrónico: carmelo.faleh@ulpgc.es

** Profesor de Derecho internacional de los Derechos Humanos. Co Director del Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá (Madrid). Miembro del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo). Presidente de la AEDIDH. Antiguo miembro de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1982-2005). Correo electrónico: cvillan@aedidh.org

1 La AEDIDH es una organización no gubernamental sin ánimo de lucro, constituida en el Principado de Asturias (España) en el año 2004, inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior de España con el número 584705, e integrada en la actualidad por 120 especialistas latinoamericanos y españoles en derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Su objetivo es constituir un puente permanente de comunicación entre el mundo académico, las instituciones públicas y la sociedad civil, a fin de trasladar a la práctica latinoamericana y española las normas y los principios del DIDH, alentando al cumplimiento de las decisiones y recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos encargados de supervisar su respeto efectivo. Entre los fines estatutariamente previstos, se contempla específicamente la participación en la divulgación y promoción del DIDH en el conjunto del territorio de los países de lengua española. La AEDIDH se asignó también como finalidad estatutaria la de “asesorar y representar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos ante los órganos internacionales de protección” [arts. 2.4 y 3.3 c) de sus vigentes Estatutos].

derecho de toda persona a no sufrir una detención que pudiera considerarse o calificarse como arbitraria, tal y como lo señaló el GTDA en su informe de actividades correspondiente al año 2012 presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 22º periodo de sesiones².

El GTDA forma parte de los llamados procedimientos temáticos establecidos por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y tiene naturaleza extra-convencional porque no ha sido creado ni definido por medio de un tratado internacional, como ocurre con tradicionalmente con los sistemas de control propios del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Su mandato, renovado cada tres años por el Consejo de Derechos Humanos, comprende actualmente la investigación de “casos de privación de libertad impuesta arbitrariamente, siempre que las instancias nacionales no hayan adoptado ninguna decisión definitiva en los mismos de conformidad con la legislación nacional, las normas internacionales pertinentes enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados de que se trate”³.

Importa destacar que en la investigación de casos de privación arbitraria de la libertad personal –anteriores o posteriores a un juicio– el GTDA adopta un enfoque de examen individualizado de los casos que llegan a su conocimiento y aplica un estricto marco jurídico de referencia a fin de decidir, caso por caso, si esa privación de libertad decidida por las autoridades de un Estado miembro de las Naciones Unidas, contraviene o no una o más de las disposiciones pertinentes del DIDH. Esa decisión toma forma de dictamen u opinión que publica regularmente el GTDA en su sitio web⁴. Es el procedimiento extra-convencional más técnico y desarrollado y se aproxima sobremanera a los procedimientos aplicados por los distintos Comités creados por los tratados internacionales del sistema universal de protección de los derechos humanos. Para el GTDA, forman parte de su mandato los casos de privación arbitraria de la libertad personal que corresponden a alguna de las cinco categorías siguientes: (a) Cuando es manifiestamente imposible invocar fundamento jurídico alguno que la justifique; (b) Cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de los derechos o libertades garantizados por los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; (c) Cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter

2 En efecto, “el 31 de octubre de 2011, el Grupo de Trabajo celebró consultas con los Estados y la sociedad civil y les envió una nota verbal invitándolos a todos a que respondieran a dos preguntas sobre la prohibición de la privación arbitraria de la libertad en la legislación nacional. [...] El Grupo de Trabajo recibió comunicaciones escritas del Afganistán, la Arabia Saudita, Australia, Azerbaiyán, el Canadá, Colombia, Chile, Dinamarca, España, Estonia, Francia, Georgia, Grecia, el Japón, Jordania, Kirguistán, el Líbano, Lituania, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Omán, el Paraguay, Portugal, Qatar, Serbia, Suiza, Suriname y Turquía. El Grupo de Trabajo también recibió comunicaciones escritas de la Comisión Internacional de Juristas y la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, doc. A/HRC/22/44, 24 de diciembre de 2012, párrs. 39-40, p. 17.

3 Resolución 24/7 (*La detención arbitraria*), aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 2013 sin votación. *Cfr.* asimismo las resoluciones 1991/42 (5 de marzo de 1991) y 1997/50 (15 de abril de 1997) de la antigua Comisión de Derechos Humanos, así como la resolución 6/4 del Consejo (28 de septiembre de 2007).

4 V. www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx.

arbitrario; (d) Cuando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de examen o recurso administrativo o judicial; y (e) Cuando la privación de la libertad constituye una vulneración del derecho internacional por tratarse de discriminación por motivos de nacimiento, origen nacional, étnico o social, idioma, religión, condición económica, opinión política o de otra índole, género, orientación sexual, discapacidad u otra condición, y lleva o puede llevar a ignorar el principio de igualdad de los derechos humanos. El GTDA examina pues el “estatuto jurídico” de la detención: la legalidad internacional de la medida privativa ordenada por el Estado, sin ocuparse del fondo de la acusación, de si el detenido es o no inocente, ni de reevaluar las pruebas, ni de revisar sentencias internas. No obstante, el GTDA ha señalado que las condiciones adversas o inadecuadas de detención, o contrarias a la dignidad humana, aunque no son parte de su mandato, tienen innegables repercusiones en el ejercicio del derecho a la defensa y, en esta medida, podría excepcionalmente considerarlas a fin de evaluar la arbitrariedad de una medida privativa de la libertad personal⁵.

Desde su creación, el GTDA adopta deliberaciones, con las que define cuál es su posición acerca de cuestiones que se suscitan durante la ejecución de su mandato. Así, en su 65º período de sesiones, el GTDA adoptó su Deliberación núm. 9, relativa a la definición y el alcance de la privación de libertad arbitraria en el derecho internacional consuetudinario. El GTDA concluyó que la prohibición de todas las formas de detención arbitraria formaba parte del derecho internacional consuetudinario y constituía una norma imperativa o de *ius cogens* y consideró que la prohibición de la arbitrariedad en el derecho internacional consuetudinario exige un examen exhaustivo de la licitud, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de toda medida por la que se priva de libertad a una persona⁶.

De esta forma, la deliberación núm. 9 constituye un aporte novedoso para el desarrollo progresivo del DIDH porque cuestiona en definitiva la competencia de los Estados para imponer a una persona una medida privativa de su libertad, exigiendo de las autoridades un ejercicio mesurado y equilibrado de sus competencias personales.

1. Sin ánimos exhaustivos, el **objeto de este dictamen** consiste en determinar si en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) actualmente vigente está reconocido el derecho de toda persona a **no** ser víctima de detención arbitraria y si tal derecho tiene naturaleza imperativa (*jus cogens*). A tales efectos, para definir qué entendemos por “detención” nos atenemos al uso que de tal término hace el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, y conforme al cual la detención engloba la condición de la personas sometida a “arresto” (acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad; de la “persona detenida” (persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito) así como de la “persona presa” (toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito)⁷.

5 Cfr. NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, doc. E/CN.4/2005/6, 1 de diciembre de 2004, pp. 24-25.

6 El texto completo de la Deliberación núm. 9 figura en NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, doc. A/HRC/22/44, cit. supra nota 4, párrs. 37-75, pp. 17-24.

7 Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

En cuanto al **concepto de norma imperativa** (*jus cogens*), la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) se refiere a ella como una “norma [...] de derecho internacional general [...] aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (art. 53). Además, el art. 64 de esta Convención admite el llamado *jus cogens superveniens*, puesto que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Con ello se acepta que el conjunto de normas de *jus cogens* o de derecho internacional general imperativo no es inmutable, sino que puede experimentar variaciones siempre que el consenso de la comunidad internacional de Estados en su conjunto evolucione para forjar nuevas reglas que protegen intereses esenciales de esa misma comunidad, distintos de los intereses individuales de cada Estado o de un grupo de Estados.

El concepto de norma imperativa se opone por tanto a la noción de norma dispositiva que, por definición, suple la falta de acuerdo entre los Estados sobre cómo regular una materia determinada.

Conviene también destacar que una norma imperativa es, por definición, de alcance o ámbito general, por lo que no puede confundirse con normas particulares ni con el concepto de derecho internacional particular. La esencia del concepto y su propia función de límite a lo que los Estados pueden pactar entre sí o decidir por sí solos, quedan claramente reflejados en las palabras de Sir Humphrey Waldock, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional:

“[...] todas las normas generales de derecho internacional tienen cierta índole imperativa, en el sentido de que son obligatorias para un Estado a menos y hasta que hayan sido dejadas sin efecto por otra norma de legítima creación. En cambio, una norma general sólo posee carácter de *jus cogens* cuando no se permite a los distintos Estados derogarla, ni aun por acuerdo en sus relaciones mutuas. En resumen: una norma de *jus cogens* es la que no puede derogarse, sino sólo modificarse mediante la creación de otra norma general que posea también carácter de *jus cogens*”.⁸

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) confirmó la existencia de normas que tienen el valor y la primacía especiales inherentes a su naturaleza imperativa. En 1949, la CIJ admitió la existencia de “ciertos principios bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, más absolutos en tiempos de paz que en tiempos de guerra” que debían haber llevado a Albania a comunicar al Reino Unido la existencia de un campo de minas en el mar territorial albanés⁹. En 1951, la CIJ señaló que la libertad de los Estados

8 NACIONES UNIDAS, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional — 1966* (Documentos de la segunda parte del decimoséptimo período de sesiones y del decimoctavo período de sesiones, incluso los informes de la Comisión a la Asamblea General), volumen II, doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1967, p. 25.

9 CIJ, “Asunto del Estrecho de Corfú” (Reino Unido de Gran Bretaña c. Albania), sentencia de 9 de abril de 1949, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1949, p. 22.

se encuentra limitada por aquellos “principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados incluso al margen de todo vínculo convencional”¹⁰. Más tarde, en 1970, la CIJ aceptó que en el derecho internacional contemporáneo hay obligaciones que los Estados asumen *erga omnes*, ante la comunidad internacional de Estados en su conjunto, y que difieren de aquellas otras cuya protección se asegura en el estricto marco bilateral (relación entre dos Estados) de la protección diplomática, precisando que tales obligaciones *erga omnes* derivan, por ejemplo, de “la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”¹¹. Poco después, la Corte consideró que el establecimiento y la imposición de “distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas únicamente en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico y que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana, es una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”¹². La CIJ sostuvo en 1980 que

“[...] el hecho de privar abusivamente de la libertad a seres humanos y de someterles a coacción física en penosas condiciones es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”¹³.

Seis años más tarde la CIJ afirmó que la obligación de respetar y hacer respetar los cuatro Convenios de Ginebra (1959) de derecho internacional humanitario no se explica solamente en términos propios del derecho de los tratados, puesto que tal obligación proviene asimismo de “los principios generales del derecho humanitario de los cuales los Convenios no son más que la expresión concreta”¹⁴. Por último, en 1996, al examinar la legalidad de la amenaza o empleo de las armas nucleares, la Corte afirmó que “es indudable que el hecho de que un gran número de normas del derecho humanitario aplicable en caso de conflicto armado sean tan fundamentales para el respeto de la persona y constituyen “principios elementales de humanidad” [...] ha sido la causa de que los Convenios de La Haya y de Ginebra hayan sido ratificados de forma tan amplia. Además, todos los Estados han de cumplir esas normas fundamentales, hayan o no ratificado los convenios que las estatuyen, porque constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario”¹⁵.

10 CIJ, “Reservas a la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio”, Opinión consultiva de 18 de mayo de 1951, *Recueil...*, 1951, p. 23.

11 CIJ, “Asunto de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited” (Bélgica c. España), sentencia del 5 de febrero de 1970, *Recueil...*, 1970, p. 31, párrs. 33-34, p. 33.

12 CIJ, “Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de África del Sur en Namibia (Sudoeste Africano) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad”, Opinión consultiva de 21 de junio de 1971, *Recueil...*, 1971, párr. 131, p. 45.

13 CIJ, “Asunto del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán” (Estados Unidos de América c. República Islámica del Irán), sentencia del 24 de mayo de 1980, *Recueil...*, 1980, párr. 91, p. 43 (la letra en negrita **no** figura en el original).

14 CIJ, “Asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua c. Estados Unidos de América), sentencia del 27 de junio de 1986, *Recueil...*, 1986, párr. 220, p. 140.

15 CIJ, “Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, Opinión consultiva de 8 de junio de 1996, *Recueil...*, 1996, párr. 79, p. 35.

2. De distintos **instrumentos jurídicos universales de protección de los derechos humanos** se puede inferir el derecho de toda persona a **no** ser víctima de una detención arbitraria.

Aunque, en el caso de la **Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)**, las disposiciones clave son ciertamente los arts. 3 y 9, hay que considerar, además, los arts. 2, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13 y 14 de la DUDH para sostener que toda persona tiene derecho a no sufrir una detención que incurra en arbitrariedad. También es pertinente el art. 28 de la propia DUDH, en la medida en que reconoce a toda persona el “derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados... se hagan plenamente efectivos”, porque apunta a que las medidas contrarias a los derechos que la DUDH reconoce deben ser combatidas tanto en el plano nacional como en el internacional.

La DUDH no es un tratado, pero tiene un peso y valor moral indudable y, por si esto fuera insuficiente, algunas de sus disposiciones ya alcanzaron un notable reconocimiento como costumbre internacional, pasando a formar parte del derecho internacional consuetudinario, por lo que actualmente no puede prescindirse de ella en el DIDH, a la hora de dar respuesta a la cuestión que aquí examinamos. Además, la DUDH es fundamento común de los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que es fuente de inspiración para determinar si hay en el vigente DIDH normas imperativas que prohíben practicar detenciones de forma arbitraria.

La disposición esencial es el art. 9 de la DUDH (“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”), pero es obvio que ese derecho viene completado con las garantías siguientes que figuran también en la DUDH y sin las cuales no puede ser debidamente comprendido: el principio básico de no discriminación (art. 2); el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 3); el derecho a no sufrir forma alguna de esclavitud o servidumbre (art. 4); el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5); la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley (art. 7); el derecho de toda persona a un recurso efectivo frente a actos que violen sus derechos fundamentales (art. 8); el derecho de toda persona 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 (art. 10); el derecho a la presunción de inocencia y a la irretroactividad de las leyes penales, incluidas las que determinan penas aplicables de mayor gravedad por la comisión de un delito (art. 11); el derecho de toda persona a circular libremente, incluso para los fines de salir o regresar a su propio país (art. 13) y, en fin, el derecho de las personas perseguidas a pedir asilo y disfrutar de él en cualquier país (art. 14).

En consecuencia, siendo evidente que hay casos o situaciones en que una persona sí puede legalmente ser privada de su libertad, sin embargo tal medida es aceptable siempre que respete todas esas garantías complementarias que acabamos de enumerar y que forman parte del DIDH. Si así no fuera, la detención sería arbitraria. También lo sería si la persona víctima de una detención arbitraria lo fuese por su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (art. 2.1 DUDH). Para sostenerlo así, es asimismo irrelevante “la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de

un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía” (art. 2.2 DUDH).

En el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (PIDCP) las mismas garantías aparecen, junto a otras que **no** figuraban en el texto de la DUDH, y adquieren un valor jurídico diferente en razón del alcance obligatorio del instrumento que las acoge. Aunque con mayores precisiones, el PIDCP reconoce, en efecto, los mismos derechos partiendo de lo que el art. 9 dispone, al reconocer a toda persona el “derecho a la libertad y a la seguridad personales” y añadir que “nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias”, ni “podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Si una persona fuese detenida “será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”. Caso de sufrir detención o prisión “a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. La persona detenida o presa tiene “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” y si la detención o prisión fuese ilegal, “tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

Además de estas garantías fundamentales, el PIDCP enuncia también el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos reconocidos a interponer un recurso efectivo (art. 2.3); el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7); el derecho a no sufrir forma alguna de esclavitud o servidumbre (art. 8); el derecho de toda persona privada de su libertad a ser “tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, el derecho de los procesados a ser separados de los condenados y recibir un trato diferenciado, en especial si fueran menores (art. 10); el derecho a no sufrir privación de libertad “por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual” (art. 11); la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y las garantías o derechos procesales concomitantes (art. 14); el derecho a la presunción de inocencia y a la irretroactividad de las leyes penales, incluyendo la irretroactividad de las leyes que asignan penas de mayor gravedad por la comisión de un delito (art. 15); la igualdad ante la ley y el derecho a recibir sin discriminación igual protección de la ley (art. 26). En fin, todos los derechos proclamados vienen presididos por la obligación básica que tienen todos los Estados Partes de respetarlos y garantizarlos “a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción... sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 2.1).

Algunos de los derechos enunciados en el PIDCP (6, 7, 8.1, 8.2, 11, 15, 16 y 18) no pueden ser objeto de suspensión alguna, ni siquiera “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente” (art. 4.1 del PIDCP). Fuera de estos casos, los Estados Partes pueden “adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

Ahora bien, aunque el PIDCP no incluya entre los derechos especialmente protegidos el que proclama en el art. 9 (el derecho a la libertad y seguridad personales y las garantías correspondientes), no se puede inferir de ello que el derecho a la libertad y seguridad personales puede ser suspendido de cualquier modo. Dicho de otra forma, la ausencia en el art. 4.2 de toda mención al art. 9 no permite concluir que el PIDCP autoriza a los Estados a practicar detenciones arbitrarias. La AEDIDH considera que en ningún caso o situación —ni siquiera en las hipótesis que el art. 4.1 del PIDCP contempla— puede un Estado Parte realizar detenciones arbitrarias. En 1982 el Comité de Derechos Humanos afirmó, a propósito de los derechos y garantías consignadas en el art. 9 del PIDCP, lo siguiente:

“Incluso en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública ésta [...] no debe ser arbitraria, debe obedecer a las causas fijadas por la ley y efectuarse con arreglo al procedimiento establecido en la ley (párr. 1), debe informarse a la persona de las razones de la detención (párr. 2) y debe ponerse a su disposición el derecho a recurrir ante un tribunal (párr. 4), así como a exigir una reparación en caso de que haya habido quebrantamiento del derecho (párr. 5). Si, por añadidura, en dichos casos se formulan acusaciones penales, debe otorgarse la plena protección establecida en los párrafos 2 y 3 del artículo 9, así como en el artículo 14”¹⁶

El carácter imperativo de la prohibición de las detenciones arbitrarias viene avalado también por las normas del **derecho internacional humanitario**. Así por ejemplo, el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949) incluye, entre las graves infracciones que las Altas Partes Contratantes deben perseguir y sancionar, “la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la **detención ilegal**, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario” (art. 147) (subrayado nuestro). Los cuatro Convenios de Ginebra reconocen además en el art. 3 común que en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, a las personas que no participen directamente en las hostilidades (incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa), serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo y prohíben, respecto a las personas protegidas, “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

16 Párr. 4 de la Observación general n° 8 [Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)], adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 16° período de sesiones (1982). NACIONES UNIDAS, *Instrumentos internacionales de derechos humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, volumen I, doc. HRI/GEN/1/Rev.9, 27 de mayo de 2008, p. 213.

Por otro lado, ni siquiera cuando una persona está siendo investigada por comisión de cualquiera de los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional (crímenes de guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad y agresión), cabe derogar o suspender el derecho a **no** padecer detención arbitraria. Al enumerar los derechos que tienen las personas sujetas a investigación, el **Estatuto de la Corte Penal Internacional** dispone claramente que “nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él”¹⁷. Además, entre los comportamientos constitutivos de crímenes contra la humanidad, el Estatuto de Roma incluye —“cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”—la “encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”¹⁸, así como la desaparición forzada de personas¹⁹.

No creemos pues que sea aceptable en DIDH la determinación que uno o más Estados Partes exhibieran para practicar detenciones arbitrarias, sea por común acuerdo, sea actuando en solitario, y cualquiera que sea el motivo esgrimido con tal finalidad. En 1994, el Comité de Derechos Humanos lo sostuvo claramente al ocuparse de las reservas formuladas con ocasión de la ratificación o adhesión al PIDCP y afirmar que:

“Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto. Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción. En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y *a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso,

17 Art. 55 d) del Estatuto de Roma. *Cfr.* los arts. 58 y 59 en lo concerniente a las garantías relativas a la adopción de la orden de detención y el procedimiento de detención de una persona cuando hubiere motivos razonables para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte.

18 Art. 7.1.e del Estatuto de la CPI. También es crimen de lesa humanidad la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”, entendiéndose por persecución “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad” (arts. 7.1.h y 7.2.f del Estatuto de la CPI).

19 La desaparición forzada de personas resulta de “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado” (art. 7.2.i. del Estatuto de la CPI).

de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías. [...] Tampoco sería aceptable una reserva a la obligación de respetar y garantizar los derechos y hacerlo sobre una base no discriminatoria (párrafo 1 del artículo 2)”²⁰

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos también se ocupó de la relación existente entre los arts. 7, 9 y 10 del PIDCP, afirmando que:

“[...] las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión. [...] Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición. [...] Por otro lado, el Comité ha comprobado que en los informes de algunos Estados Partes no se proporciona información en lo que respecta al régimen aplicable a los menores acusados y a los menores delincuentes. El apartado b) del párrafo 2 del artículo 10 dispone que los menores procesados estarán separados de los adultos. Los datos presentados en los informes indican que algunos Estados Partes no prestan toda la atención necesaria al hecho de que se trata de una disposición imperativa del Pacto”²¹

Más tarde, en 2001, al examinar la suspensión de las obligaciones derivadas del PIDCP durante un estado de excepción, el Comité de Derechos Humanos aseveró que la categoría de normas de *ius cogens*, si bien guarda relación con los derechos que el art. 4.2 del PIDCP pretende proteger en todo caso o bajo cualquier circunstancia, no se limita a los que figuran en esa cláusula, porque otros derechos (como el derecho a no sufrir una privación arbitraria de la libertad) tienen indudablemente naturaleza imperativa:

20 Párrs. 8 y 9 de la Observación general n° 24 [Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto], adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 52° período de sesiones (1994). NACIONES UNIDAS, *Instrumentos internacionales de derechos humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales...*, cit. supra, pp. 254-255 (negrita nuestra).

21 Párrs. 3, 4 y 13 de la Observación general n° 21 [Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10)], adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 44° período de sesiones (1992). NACIONES UNIDAS, *Instrumentos internacionales de derechos humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales...*, cit. supra, pp. 242 y 244.

“La enumeración contenida en el artículo 4 de las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional. El hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6 y 7). Sin embargo, [...] **la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse**, que figura en el párrafo 2 del artículo 4. Los **Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo**, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, **la privación arbitraria de la libertad** o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”.²²

Ello nos permite afirmar dos cosas. En primer lugar, un Estado Parte en el PIDCP **no** puede ni excluir ni modificar el derecho enunciado en el art. 9, ni las garantías conexas, al objeto de reservarse la posibilidad de practicar privaciones de la libertad personal recurriendo a detenciones o encarcelamiento (prisión) arbitrarios que vulneran normas consuetudinarias de rango imperativo. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (GTDA) reconoció hace poco su voluntad de continuar “aplicando la prohibición de la detención arbitraria como una norma imperativa de derecho internacional (*o jus cogens*)”²³.

En segundo término, la AEDIDH opina que si una privación de libertad respeta las garantías contenidas en el art. 9 pero vulnera otras de rango perentorio o imperativo (*ius cogens*), entonces la medida privativa de libertad ordenada resulta *contaminada* y el Estado Parte responsable debe adoptar sin dilación todas las medidas necesarias para remediarlo, considerando, si hubiere lugar, la posibilidad de ordenar la inmediata puesta en libertad de la víctima como modalidad más adecuada de reparación efectiva. Es lo que ocurre, por ejemplo, si las condenas dictadas fueron producto de juicios que no respetaron las garantías relativas a un juicio justo o en los que se aceptaron como prueba válida confesiones obtenidas mediante tortura o malos tratos²⁴. En tal sentido, el Comité de Derechos Humanos subrayó con claridad en 2007 la primacía de las garantías del debido proceso diciendo que:

22 Párr. 11 de la Observación general n° 29 [Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4)], adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 72° período de sesiones (2001). NACIONES UNIDAS, *Instrumentos internacionales de derechos humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales...*, cit. supra, p. 284 (negrita nuestra).

23 NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, doc. A/HRC/19/57, 26 de diciembre de 2011, párr. 69, p. 22.

24 Cfr. la Observación general n° 2 [Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes], adoptada por el Comité contra la Tortura en su 39° período de sesiones (2007). NACIONES UNIDAS, *Instrumentos internacionales de derechos humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, volumen II, doc. HRI/GEN/1/Rev.9, 27 de mayo de 2008, pp. 124-131. Véase asimismo el párr. 10.4 del dictamen (decisión) del Comité contra la Tortura relativo a la comunicación n° 368/2008 (*caso Fatou Sonko c. España*), adoptado por el Comité el 25 de noviembre de 2011. Doc. CAT/C/47/D/368/2008, 20 de febrero de 2012.

“El artículo 14 establece garantías que los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno. Si bien los Estados Partes deben informar sobre la interpretación que dan a estas garantías en sus respectivos ordenamientos jurídicos, [...] el contenido esencial de las garantías del Pacto no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno. [...] Si bien el artículo 14 no está incluido en la lista de derechos que no pueden suspenderse, que figuran en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, los Estados que en circunstancias de emergencia pública decidan dejar en suspenso los procedimientos normales previstos en el artículo 14 deben asegurarse de que tal suspensión no vaya más allá de lo que exija estrictamente la situación. Las garantías procesales nunca podrán ser objeto de medidas derogatorias que soslayen la protección de derechos que no son susceptibles de suspensión. Así, por ejemplo, al ser imposible suspender la totalidad de las disposiciones del artículo 6 del Pacto, cualquier juicio que se concluya con la imposición de la pena de muerte durante un estado de excepción deberá guardar conformidad con las disposiciones del Pacto, incluidos todos los requisitos del artículo 14. De manera análoga, como tampoco puede suspenderse ninguna de las disposiciones del artículo 7, ninguna declaración o confesión o, en principio, ninguna prueba que se obtenga en violación de esta disposición podrá admitirse en los procesos [...], incluso durante un estado de excepción, salvo si una declaración o confesión obtenida en violación del artículo 7 se utiliza como prueba de tortura u otro trato prohibido por esta disposición. En ningún caso cabe desviarse de los principios fundamentales del juicio imparcial, incluida la presunción de inocencia”²⁵

Asimismo, el Relator Especial sobre la Tortura —al referirse al art. 15 de la Convención contra la Tortura (“Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento...”)— señaló que dicha norma de exclusión “es fundamental para defender el carácter absoluto e inderogable de la prohibición de la tortura proporcionando un desincentivo para su empleo” y recomendó:

“[...] considerar si la exclusión de las pruebas debería aplicarse [...] también a todas las otras pruebas obtenidas por medios legales pero siguiendo pistas que tuvieron su origen en un acto de tortura. En algunas jurisdicciones, este criterio se ha denominado la doctrina del “fruto del árbol envenenado”. Aunque reconoce que la norma internacional no va tan lejos, el Relator Especial recomendaría sin duda alguna a los Estados que, como práctica interna propia, adopten voluntariamente una norma de ese tipo en sus procedimientos penales internos”²⁶.

3. Finalmente, es importante detenerse en **la arbitrariedad** que califica a las detenciones contrarias al DIDH, a fin de delimitar el exacto alcance de la prohibición de la que nos ocupamos. Puede decirse que una medida arbitraria de privación de libertad es

25 Observación general n° 32 [El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (Artículo 14)], adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 90° período de sesiones (2007). Doc. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párrs. 4 y 6.

26 NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez, doc. A/HRC/16/52, 3 de febrero de 2011, párrs. 52 y 57, pp. 12 y 14.

aquella que es abusiva o caprichosa y que se opone a las exigencias de la justicia en el más amplio sentido. El derecho—internacional o interno—no puede nunca justificar esa forma de proceder reconociendo a los Estados competencia para detener abusivamente a las personas. Como indica el profesor Nowak al referirse a la segunda frase del art. 9 del PIDCP (“Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias”), la prohibición de la arbitrariedad constituye una limitación adicional a la privación de libertad y va dirigida tanto al poder legislativo como a los órganos encargados de aplicar las leyes, por lo que no basta con que la posibilidad de privar a una persona de su libertad esté prevista en la ley, ya que es necesario que la propia ley no sea arbitraria, y también que su aplicación no sea tampoco arbitraria. A partir de ahí e interpretando sistemática e históricamente el art. 9 del PIDCP, concluye que los casos de privación de libertad previstos en la ley no deben ser manifiestamente desproporcionados, injustos o impredecibles, y que la forma específica en la que se procede a la detención no debe ser discriminatoria y debe ser adecuada y proporcional a la vista de las circunstancias de cada caso concreto²⁷.

En tal sentido, conviene precisar que el adjetivo “arbitraria” no debe inducir a error: no equivale a “ilegal”. Si así fuese, ello tendría como resultado inapelable admitir que toda privación de libertad que fuera conforme con el derecho interno de un Estado sería incuestionable a la luz de las obligaciones que tienen los Estados en virtud del DIDH. En consecuencia, es posible que una detención sea legal y, al mismo tiempo, arbitraria si, a la luz de las circunstancias de la situación, cabe afirmar que esa detención se opone a las normas del DIDH que regulan el derecho a la libertad y seguridad personales. En ese sentido, como señaló el Comité de Derechos Humanos:

“Resulta indudable que las autoridades judiciales neerlandesas, al determinar varias veces si se debía prolongar o no la detención del autor, observaron las normas que rigen la detención provisional establecidas en el Código de Procedimiento Penal. Queda todavía por determinar si la detención ha sido arbitraria por otras razones [...]. La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las “garantías procesales”.²⁸

Esta interpretación de la arbitrariedad es consecuente con el mandato asignado al GTDA por la extinta Comisión de Derechos Humanos por medio de sus resoluciones 1991/42 y 1997/50 y que su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos, mantuvo intacto en su más reciente resolución de prórroga del mandato del GTDA por otro periodo de tres años²⁹. En efecto, el GTDA tiene el mandato de “investigar los casos de privación de libertad impuesta

27 Manfred NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2nd edition, 2005, pp. 224-225.

28 Párrs. 5.6 y 5.8 del dictamen del Comité de Derechos Humanos relativo a la comunicación n° 305/1988 (caso Hugo van Alphen c. Países Bajos), aprobado el 23 de julio de 1990. ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, volumen II, Documentos oficiales, Suplemento No. 40, doc. A/45/40, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, p. 123.

29 En su res. 15/18, de 30 de septiembre de 2010, el Consejo de Derechos Humanos decidió prorrogar el mandato del GTDA por otro período de tres años, de conformidad con las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos 1991/42 y 1997/50 y la resolución 6/4 del Consejo (párr. 11).

arbitrariamente, siempre que los órganos jurisdiccionales nacionales no hayan adoptado una decisión definitiva al respecto de conformidad con la legislación nacional, las normas internacionales pertinentes establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados³⁰. Con este enunciado resulta evidente que el GTDA podrá investigar los casos de detención arbitraria, aunque se basen en una decisión definitiva de los tribunales de un Estado, conforme con su legislación interna pero incompatible con las obligaciones internacionales que pesan sobre ese Estado en virtud de la DUDH o de otros instrumentos, entre los cuales figura obviamente el PIDCP. También consideramos que una detención incurrirá en arbitrariedad si las autoridades del Estado las practican desoyendo las garantías vigentes en el derecho interno y que pudieran ofrecer a las víctimas un mayor umbral de protección.

En consecuencia, las detenciones arbitrarias—esto es, abusivas, inadecuadas, desproporcionadas, irrazonables o discriminatorias—no son solamente aquellas que vulneran las garantías y derechos de la DUDH y del PIDCP, sino también aquellas otras que en realidad persiguen reprimir el ejercicio legítimo de otros derechos que reconocen tanto la DUDH como el PIDCP. La especificidad del mandato asignado al GTDA en 1991 por la Comisión de Derechos Humanos y la importante jurisprudencia que este órgano especial de investigación ha desarrollado a lo largo de poco más de dos décadas justifican que nos remitamos a las categorías I, II, III, IV y V que el GTDA tiene identificadas en sus métodos de trabajo a fin de evaluar y decidir si un caso concreto que le es denunciado incurre en arbitrariedad³¹:

- categoría I: detenciones arbitrarias por carecer de base legal alguna que las justifiquen³²;
- categoría II: detenciones arbitrarias por resultar del ejercicio de determinados derechos o libertades proclamados en la DUDH o en el PIDCP, si el Estado responsable fuese parte en este tratado internacional³³;
- categoría III: detenciones arbitrarias por incurrir en una grave inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la DUDH y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados responsables;

30 Párr. 15 de la res. 1997/50, adoptada por la Comisión de Derechos Humanos, sin votación, el 15 de abril de 1997.

31 Cfr. los métodos de trabajo revisados y publicados por el Grupo de Trabajo en su Informe de actividades correspondiente al año 2010. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, doc. A/HRC/16/47, 19 de enero de 2011, Anexo, pp. 21-28.

32 El GTDA ilustra esta categoría primera con casos como el mantenimiento de una persona en detención tras haber cumplido la pena o a pesar de una ley de amnistía que le sea aplicable.

33 Se trata de los siguientes derechos: a la igualdad ante la ley y a igual protección de la ley (arts. 7 DUDH y 26 PIDCP); a circular libremente y elegir residencia en el territorio de un Estado, y a salir de cualquier país y regresar al propio (art. 13 DUDH); a solicitar asilo y disfrutar de él en cualquier país (art. 14 DUDH); a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (arts. 18 DUDH y 18 PIDCP); a las libertades de opinión y de expresión (arts. 19 DUDH y 19 PIDCP); a la libertad de reunión y de asociación pacíficas (arts. 20 DUDH y 21-22 PIDCP); a participar en la dirección de los asuntos públicos, votar y ser elegido en las elecciones y acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (arts. 21 DUDH y 25 PIDCP) y el derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (art. 27 PIDCP).

- categoría IV: detenciones arbitrarias consecuencia de la retención administrativa prolongada sin posibilidad de recurso administrativo y judicial de solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados;
- y categoría V: detenciones arbitrarias por violación del derecho internacional por motivos de discriminación, haciendo caso omiso de la igualdad de derechos humanos o causando este resultado³⁴.

Son particularmente preocupantes las detenciones **de personas inmigrantes** y solicitantes de asilo y el DIDH precisa con urgencia de mayores desarrollos a fin de asegurar que la libertad de estas personas sean efectivamente respetadas. Aunque se acepte comúnmente que los Estados son soberanos para denegar la entrada de extranjeros en su territorio, esa competencia no puede comportar de forma automática la reclusión, el internamiento o la privación de libertad de las personas migrantes que se encuentren en situación administrativa irregular en el territorio de un Estado. Como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos»³⁵. Defender la detención y el internamiento de migrantes irregulares como regla general va contra principios elementales de humanidad y contra lo que defendemos que es una norma imperativa de derecho internacional general: el derecho de toda persona a no sufrir privación arbitraria de su libertad.

La AEDIDH sostiene que someter a internamiento a todos los solicitantes de asilo (en espera de la resolución de su solicitud) y a todos los inmigrantes en situación administrativa irregular, equivale a una práctica sistemática de detención arbitraria que es incompatible con el DIDH. En efecto, tal práctica ofende al principio de proporcionalidad y, por ende, al principio de no discriminación por razón del origen nacional, étnico o social de la persona retenida, lo que constituye una violación inaceptable de un principio estructural del DIDH.

Así lo expresó el GTDA en su opinión en el caso *Adnam El Hadj c. España*, cuando afirmó que

“Lo expuesto en los dos párrafos precedentes permiten calificar la detención del Sr. Adnam el Hadj como arbitraria, conforme a la categoría III de los Métodos de Trabajo del Grupo, por tratarse de violación de tal gravedad a las normas del debido proceso de derecho que así lo justifican. Es también arbitraria en virtud de la categoría IV, pues se trata de un inmigrante que no dispuso de recurso judicial ni administrativo para impugnar su detención. Y además, cabe considerar que en la especie se ha incurrido también en la categoría V, pues la privación de libertad de Adnam el Hadj fue motivada por discriminación por su origen nacional, étnico y social, desconociéndose la igualdad esencial de todas las personas en el reconocimiento y goce de sus derechos humanos”³⁶.

34 El GTDA se refiere a motivos de discriminación basada en el nacimiento, el origen nacional, étnico o social, el idioma, la religión, la condición económica, la opinión política o de otra índole, el género, la orientación sexual, la discapacidad u otra condición.

35 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 134.

36 Párr. 19 de la Opinión 37/2012 (*Adnam El Hadj c. España*), aprobada por el GTDA el 30 de agosto de 2012, durante su 64º periodo de sesiones.

El GTDA se fijó en los casos de migrantes y de solicitantes de asilo detenidos para exigir que se respetasen ciertas garantías relativas a las personas retenidas y a la detención misma a fin de valorar si una medida de retención aplicada a los solicitantes de asilo y a los inmigrantes es o no arbitraria³⁷. Más adelante, en 2006, el GTDA concluyó que «la detención obligatoria de los inmigrantes ilegales o incluso de los solicitantes de asilo sin que hayan cometido delito alguno es una cuestión que preocupa cada vez más al Grupo de Trabajo». Y añadió que

“Si bien las normas internacionales de derechos humanos no prohíben en principio la detención administrativa de solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales, ésta se puede equiparar a la detención arbitraria si no se justifica a la luz de las circunstancias del caso. Por otra parte, la detención de los solicitantes de asilo y los inmigrantes ilegales durante el tiempo necesario para establecer su identidad y nacionalidad o proceder a su expulsión no se puede considerar, en general, como una solución eficaz. Los procedimientos de expulsión exigen la cooperación del país de origen de la persona interesada. La falta de interés o la incapacidad del país de origen de cooperar eficazmente con el país de acogida impiden con frecuencia la realización de tales procedimientos o causa demoras importantes. En algunos países, la tasa de inmigración ha aumentado de forma considerable; otros Estados se sienten totalmente abrumados por un fenómeno que es nuevo para sus gobiernos, incluso si el número de extranjeros que ingresan en su territorio es relativamente reducido. En consecuencia, los inmigrantes ilegales y los solicitantes de asilo, incluidos los niños y las víctimas de la trata, corren el riesgo de quedar detenidos durante varios meses o años, a veces durante períodos (que pueden ser) indefinidos en algunos países en los que es obligatoria su privación de libertad o que recurren a la detención indefinida o ilimitada prescrita en las leyes nacionales.”³⁸

La AEDIDH se remite una vez más a las consideraciones del GTDA cuando afirma que:

“Con todo, es preciso recordar a todos los Estados que **los inmigrantes ilegales mantenidos en detención administrativa no son delincuentes ni sospechosos. La detención, por lo tanto, debe ser la excepción y no la regla.** El Grupo de Trabajo estima que privar de libertad a un extranjero sin un motivo jurídico válido no tiene ninguna justificación y constituye una detención arbitraria en el sentido de la categoría I de las que aplica el Grupo de Trabajo para el examen de los casos que se someten a su consideración.

[...] Asimismo, el Grupo de Trabajo recuerda la obligación de los Estados de estudiar otras medidas distintas a la detención administrativa que pueden aplicarse al extranjero de conformidad con la Garantía 13³⁹, formulada por el Grupo de Trabajo en su dictamen jurídico sobre la situación de los inmigrantes y los solicitantes de asilo. En opinión del Grupo de Trabajo, tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias”⁴⁰

También nos adherimos a la posición expresada recientemente por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes cuando afirma que:

“Para evitar la vulneración del derecho de los migrantes a la libertad y a la seguridad personales y para proteger a estos contra la arbitrariedad, **la privación**

de libertad de los migrantes debe estar prescrita por la ley y ser necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que se pretende alcanzar. La privación de libertad de un migrante, como la de cualquier otra persona, está justificada cuando se corre el riesgo de que alguien eluda futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos o cuando una persona representa un peligro para su propia seguridad o para la seguridad pública. [...] El Relator Especial desea destacar que la privación de libertad por motivos de seguridad solo se puede imponer, durante el menor tiempo posible, después de haber realizado una evaluación individual de cada caso y respetando todas las salvaguardias procesales”.⁴¹

En conclusión, la AEDIDH cree que nadie, ninguna persona, puede quedar sujeta a una medida que la prive de su libertad si esta adolece de arbitrariedad. El DIDH no ampara ni justifica en caso alguno esa clase de detenciones porque son injustas (por abusivas, inadecuadas, desproporcionadas, irrazonables o discriminatorias) y contrarias al DIDH. En particular, vulneran una norma de *jus cogens superveniens* que protege contra todo tipo de detención arbitraria sin excepción, y que se ha desarrollado a partir de las disposiciones relevantes de la DUDH, del PIDCP y del derecho internacional general (consuetudinario), alimentadas por una práctica favorable de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. En suma, la prohibición absoluta de la detención arbitraria está respaldada por una norma de *jus cogens* del DIDH, que ha sido aceptada como tal por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Fecha de recepción: 23 abril 2014.

Fecha de aceptación: 15 mayo 2014.

