

**VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
A LA SENTENCIA SOBRE
EL CASO PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE
DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2005**

1. Son temas centrales en este caso la libertad de expresión y el debido proceso penal. Este, que será el asunto principal del presente *Voto concurrente*, constituye la cuestión más frecuentemente tratada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en lo que respecta a casos contenciosos, y también ha sido abordada, directa o indirectamente, en algunas opiniones consultivas. Asimismo, se halla presente en diversas resoluciones sobre medidas provisionales. La notable presencia de esta materia en los litigios ante el tribunal interamericano coincide con la experiencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de las cortes nacionales europeas ante las que se invoca la violación de disposiciones de la Convención de Roma.

2. El debido proceso es, en consecuencia, un asunto fundamental del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Lo es, por sus características materiales y por su presencia constante. La frecuencia con que se suscita corresponde a la trascendencia que reviste para la operación del conjunto de los derechos humanos y, por ende, para la vigencia y firmeza del Estado de Derecho. En definitiva, es a través del debido proceso como se provee a la mejor defensa de los derechos fundamentales cuando se ven afectados o se encuentran en riesgo. De ahí la extraordinaria relevancia que revisten todos los aspectos de esta materia, y particularmente algunos que han sido considerados por la Corte en el *Caso Palamara Iribarne*, cuya sentencia sigue la línea establecida en resoluciones anteriores que han influido en la legislación y en la jurisprudencia internas.

3. Para acreditar esas afirmaciones bastaría con tomar en cuenta --cuantitativa y cualitativamente-- las prevenciones del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, agrupadas bajo el epígrafe "Garantías Judiciales". La cuestión adquiere mayor importancia todavía --es decir, muestra su verdadero rostro y su trascendencia real-- si bajo un concepto de debido proceso más amplio y pertinente se añaden las otras expresiones del enjuiciamiento efectivo, oportuno, justo, que entran en juego en diversas hipótesis y que son otros tantos medios de preservar, amparar o recuperar derechos básicos de la persona.

4. Esta ampliación del concepto tradicional con el fin de abarcar todos los extremos de la cuestión en un concepto que corresponda al fenómeno en su conjunto, lleva a invocar distintos medios de tutela incorporados en preceptos del Pacto de San José, diversos del artículo 8, que poseen autonomía con respecto a éste pero se vinculan con él a través de la noción del debido proceso: artículo 4 (derecho a solicitar indulto, amnistía o conmutación); artículo 5 (exclusión de malos tratos en todos los casos, la mayoría de los cuales se asocia --de hecho o "derecho"-- con el desarrollo de una investigación penal judicial o prejudicial, separación de procesados, régimen de menores de edad sujetos a proceso); artículo 7 (legalidad y legitimidad de la privación de libertad, derechos del detenido, control judicial de la detención); 25 (protección judicial de derechos fundamentales), y probablemente también los artículos 9 (fundamento de la condena) y 10 (indemnización por condena determinada por un error judicial). Agréguese, en lo pertinente, las reglas de privación o restricción de derechos que explícitamente enlazan con supuestos

específicos (p. ej., afectación del derecho a la propiedad, conforme al artículo 21, y a los derechos de circulación y residencia, en los términos del artículo 22), así como --por supuesto-- el artículo 27, a propósito de la prohibición de suspender determinados derechos y las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.

5. El párrafo 1 del artículo 8, invocado en el *Caso Palamara Iribarne*, a cuya sentencia agrego el presente *Voto*, establece una norma de general alcance en esta materia, a saber: el derecho de toda persona "a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (...)". Por razones funcionales que considero evidentes, esta es una garantía rectora o, mejor todavía, condicionante del conjunto de garantías establecidas en el artículo 8, con alcance muy amplio en los más diversos órdenes del enjuiciamiento. Lo que dispone este precepto adquiere sentido y eficacia al amparo de aquella norma que establece el derecho de audiencia en condiciones calificadas

6. Como es sabido, no existe una descripción comprensiva y unánimemente aceptada acerca del debido proceso, con respecto al cual se traen a colación, inclusive, otros conceptos --sinónimos o aladaños, relación que no analizaré ahora-- como tutela judicial efectiva o juicio justo. En todo caso, es común mencionar sobre este punto una serie de derechos, figuras o instituciones, entre las que invariablemente se encuentra la exigencia de que el enjuiciamiento se siga ante un órgano jurisdiccional legalmente establecido, que posea, además, las características de independencia, imparcialidad y competencia que reclama el mencionado párrafo 1 del artículo 8 CADH.

7. Es posible --e incluso necesario, en mi opinión-- establecer cierto deslinde entre esta garantía sobre el tribunal, que he llamado "rectora" o "condicionante", y las restantes garantías acogidas en el mismo artículo 8, párrafos 1 y 2, así como en otras disposiciones de la CADH. Para que éstas operen se requiere la plena y puntual observancia de aquélla; de ahí su condición de rectora o condicionante. Así las cosas, parece razonable asignar a la existencia del juez o tribunal el carácter de presupuesto del debido proceso, y no sólo de componente o elemento de éste. En efecto, antecede a los otros derechos que pudieran quedar caracterizados de esta última manera.

8. Si se habla de defensa adecuada, derecho al silencio, recurso para la revisión integral del fallo, etcétera, se supone que todo ello viene al caso precisamente cuando se desarrolla un conjunto de actos de procedimiento ante la autoridad judicial prevista en el párrafo 1, que de esta suerte constituye el marco institucional u orgánico, o el supuesto o soporte, para la presentación en la escena de los otros derechos. Desde luego, esto no impide que se requiera la observancia de garantías de debido proceso cuando otras autoridades --no estrictamente judiciales o jurisdiccionales-- cumplen atribuciones de las que provendrá el reconocimiento o desconocimiento de derechos o deberes. En esta hipótesis existe una ampliación del concepto y el alcance de debido proceso judicial, para atender con realismo y eficacia los objetivos tutelares que éste persigue.

9. El artículo 8.1 fija las características del juzgador (en sentido material, no apenas en sentido formal) llamado a conocer una controversia y ante el que debe desenvolverse el procedimiento sujeto al régimen de garantías que prevé el mismo mandamiento:

a) establecido legalmente, esto es, que derive sus atribuciones de la ley que lo crea o, en todo caso, de una ley que las prevenga, considerando el genuino alcance que tiene la expresión "ley", asunto en el que se ha ocupado también la jurisprudencia de la Corte Interamericana;

b) preexistente a los hechos sobre los que debe pronunciarse, carácter *ex ante* que suele constituir una preciosa garantía de seguridad jurídica: se plantea en el eje mismo de la represión penal, a propósito del principio de legalidad: sustantiva, orgánica y procesal, y excluye los tribunales *ad hoc* y los juicios por comisión;

c) independiente, o sea, autónomo en todos los órdenes de su desempeño jurisdiccional, dotado con las facultades para resolver sin injerencia de otros órganos del Estado --o de cualquier instancia externa a sí mismo--, las contiendas que se le sometan, autonomía que debe existir tanto en la norma que gobierna el desempeño judicial formal (Constitución y ley secundaria), como en la realidad en la que actúa el juzgador;

d) imparcial, es decir, ajeno al interés y al derecho de quienes comparecen ante él, exento de "prejuicio", idóneo para constituir --formal y materialmente-- ese sujeto "tercero, puesto por encima de las partes", y por ello llamado a decidir con entera objetividad; y

e) competente, esto es, investido (por la ley preexistente que lo instituye) con la capacidad de resolver (de modo independiente e imparcial) los litigios que se le sometan conforme al régimen que distribuye entre los órganos jurisdiccionales la potestad de conocimiento y decisión que corresponde al Estado y que éste ejerce a través de la función jurisdiccional.

10. Establecido que el tribunal ha de reunir internamente dichos rasgos de idoneidad, es preciso avanzar sobre los datos externos --ya implícitos en aquéllos-- de su desempeño. En este orden figuran las conexiones entre la competencia y la igualdad ante la ley. Se trata, en fin de cuentas, de proyectar sobre el ejercicio de la función judicial otro de los principios radicales del orden democrático: esa igualdad de todas las personas ante la ley, que reclama la existencia de un mismo patrón de enjuiciamiento, sin detrimento de las singularidades derivadas de la materia del litigio y de la incorporación de elementos de igualación cuando contienden individuos con natural "desigualdad de armas", como he manifestado en *Votos* anteriores, en aquellas hipótesis en que la desigualdad real milita contra la igualdad formal.

11. Tras una larga etapa de privilegios materiales y procesales, se abrió camino la igualdad que desecha fueros y enjuiciamientos especiales: la jurisdicción del Estado se ejerce con la más segura objetividad, idéntica para cualesquiera individuos, sin otro miramiento que el peso de la razón en la que se sustenten las pretensiones. En este largo proceso de unidad jurisdiccional --sin que ello impida, ya lo dije, la existencia de competencias materiales especiales en función de la naturaleza de las relaciones sustantivas-- han quedado presentes, con mayor o menor extensión, algunos órdenes jurisdiccionales especiales. Entre ellos figura el llamado fuero militar, de guerra o castrense.

12. Hoy es acentuada la tendencia a la reducción, e inclusive a la desaparición, del enjuiciamiento militar. Para ello se aducen diversas razones vinculadas con las características del juzgador natural, a las que ya me referí, y con la regla de igualdad

ante la ley. Quienes sostienen la pertinencia de este fuero, y al mismo tiempo la necesidad de observar con el mayor escrúpulo el principio de igualdad ante la ley --y ante sus instrumentos característicos: a la cabeza, los jurisdiccionales--, señalan que el fuero militar puede y debe aplicarse --preferentemente en tiempo de guerra-- en el espacio de dos consideraciones determinantes e infranqueables:

a) la subjetiva, que es, en realidad, un dato profesional: sobre militares en activo, lo cual excluye a los integrantes de las "reservas", a los "retirados" y a otras categorías de individuos que pertenecieron a las fuerzas armadas, a título de integrantes activos, pero han dejado de hallarse en esa situación; y

b) la material, conectada con la naturaleza del tema en litigio: debe tratarse de cuestiones directa e inmediatamente relacionadas con el desempeño militar, la función de las armas, la disciplina castrense.

En algunas legislaciones, en las que ha avanzado mucho más la tendencia restrictiva de la jurisdicción militar, se agrega una exigencia sobre la circunstancia requerida para que actúe aquella jurisdicción: tiempo o situación de guerra. El hecho de que sólo en esta circunstancia opere la justicia castrense refuerza el carácter funcional del Derecho militar y de la jurisdicción respectiva y constituye, evidentemente, un dato elocuente sobre su carácter esencialmente excepcional.

13. Como se ve, la primera exigencia deja a los civiles --los no militares, en el sentido que acabo de describir-- fuera de la jurisdicción militar, de plano y sin excepción. La segunda excluye cualesquiera causas que no guarden relación directa e inmediata, por su propia naturaleza, con la función militar. De ahí que en este caso se hable de delitos de "función", que no se actualizan por el hecho de que el "funcionario" sea militar, aunque, como dije, también se exige esta condición. Evidentemente, esta referencia a la "función" tiene que ver con la naturaleza de las actividades, deberes, desempeños calificados como militares, que deben informar la legislación, y no sólo con determinada calificación formal en preceptos o decisiones de autoridades. Dicho de otra manera, es preciso atender --en este punto como en tantos otros-- a la naturaleza de las relaciones jurídicas, materialmente consideradas.

14. Puesto que aquí nos hallamos ante una justicia especial, sustraída a la jurisdicción ordinaria que rige sobre todas las personas, y por lo tanto estamos frente a una excepción o suspensión del régimen de igualdad, es necesario que a la hora de precisar quiénes son los justiciables y cuál es la materia de la justicia militar se actúe con criterio restrictivo, como ante todo supuesto de excepción. Esto implica la prevalencia y preferencia de la igualdad, no de la salvedad. Tal es la única regla de interpretación plausible desde la óptica de los derechos humanos y, por cierto, también la única consecuente con el desarrollo histórico de la materia.

15. En el caso *sub judice*, el inculpado en el proceso penal interno y víctima en el proceso interamericano había dejado de pertenecer a las fuerzas armadas: no tenía a su cargo funciones propiamente militares. Era un civil al servicio de aquéllas, vinculado por un título jurídico privado, el contrato, y responsable de tareas ajenas a la función militar, aunque tuviesen cierta conexión con ésta en amplio sentido, que no es el que determina la aplicación de la ley penal militar y el desempeño de la justicia castrense. De haber duda --que no la tengo-- sobre el carácter civil o militar del inculpado, ésta debiera despejarse a través del criterio de interpretación que *supra* mencioné: el más compatible con la plena aplicación de la igualdad ante la ley

y, por lo tanto, el más favorable al individuo.

16. Así las cosas, la Corte ha podido traer a cuentas su constante jurisprudencia a propósito de la jurisdicción militar: sólo para militares en activo y en lo que respecta a asuntos estrictamente vinculados con la función militar, jurisprudencia firme que constituye una apreciable aportación del Tribunal interamericano a la solución de cuestiones que se han presentado con alguna frecuencia en nuestra región. Si esto es así, el desempeño de la jurisdicción militar sobre un civil y a propósito de temas que exceden la función castrense resulta incompatible con la Convención, particularmente en lo que toca al artículo 8: el juez o tribunal no es naturalmente competente, sin que por ahora entremos a discutir si tampoco reúne las otras características requeridas por el mismo precepto, lo cual ha sido objeto de consideración cuando se ha tratado de juicios seguidos por otro género de delitos que afectan o se supone que afectan la seguridad pública o la seguridad nacional, con respecto a las cuales el tribunal y el enjuiciado son --o parecen ser--, cada uno en una trinchera, integrantes de las fuerzas contendientes.

17. Vuelvo a las consideraciones con las que inicié este *Voto*, para extraer de ellas y del desarrollo que he formulado en los párrafos precedentes cierta conclusión que estimo obligada. Si la existencia de juez o tribunal competente es un presupuesto del proceso y no apenas un dato o elemento de éste, al lado de los acogidos en las restantes garantías judiciales, y si en un supuesto específico no hubo tal juez o tribunal competente, los actos realizados ante quien no tiene esta condición no pueden ser considerados como actos procesales en sentido estricto, ni su conjunto puede ser calificado como verdadero proceso, ni su culminación como auténtica sentencia.

18. De ser así, la Corte que juzga violaciones a derechos humanos puede limitarse a establecer la inidoneidad del tribunal de conocimiento por los motivos que han quedado descritos, sin que sea necesario que califique --en rigor, que descalifique-- cada uno de los actos realizados dentro del supuesto proceso, considerando para ello las deficiencias específicas que aquéllos presentan: defensa, patrocinio, prueba, recursos, etcétera. Incluso si estas actuaciones se hubiesen realizado con el mayor apego a la Convención Americana, no se tendrían en pie como verdaderos actos procesales ni la resolución final adquiriría firmeza como auténtica sentencia, porque unas y otra carecerían del presupuesto --el cimiento-- sobre el que se construye el proceso: un tribunal competente, esto es, un órgano dotado con las atribuciones jurisdiccionales indispensables para conocer de cierta causa en función de la persona --o la profesión de ésta-- y la materia, y atento a la regla de igualdad ante la ley, que sólo admite contadas y rigurosas excepciones.

19. Como señalé, la libertad de expresión constituye otro de los temas relevantes en el presente caso, conforme a la demanda que dio origen al proceso desarrollado ante la Corte Interamericana. Este tribunal no llevó adelante una revisión detallada y profunda de las características de la libertad de expresión con respecto a la publicación del libro cuestionado. No pareció necesario hacerlo, en virtud de que la información que manejó el inculpado provenía de fuentes abiertas y había sido del conocimiento público. Esta circunstancia hizo innecesario llevar más lejos el examen de aquel tema. De haberse estado en una situación diferente, que obligara a mayores reflexiones, hubiera sido necesario analizar cómo opera la Convención en su conjunto con respecto a las obligaciones del Estado y a las libertades y los deberes del individuo --inclusive el deber de confidencialidad y las consecuencias de su inobservancia--, los derechos y las restricciones recogidos en el artículo 13 y las

disposiciones contenidas en los artículos 29 y 32.2 de la Convención. Quede para otra oportunidad este examen.

20. La Corte formuló algunas consideraciones acerca del delito de desacato en el marco de la libertad de expresión. Comparto las apreciaciones del Tribunal acerca de los riesgos que la formulación típica del desacato puede entrañar para la libertad de expresión. En mi opinión agregada a otras sentencias de la Corte --así, el *Caso Herrera Ulloa*-- he expresado mis puntos de vista, que no han variado, sobre el ejercicio de la crítica en relación con servidores públicos y la menor exigencia que se plantea a la libertad de expresión, si se compara con la que pudiera suscitarse cuando se alude a particulares. Lo que ahora quiero destacar es que esta materia debe ser analizada a la luz --o bajo la sombra, si se prefiere decirlo así-- de las fórmulas penales específicas, es decir, frente a "concreciones", no ante "abstracciones".

21. Puesto de otra manera, lo que interesa y preocupa no es la existencia de cierto tipo denominado "desacato" --un *nomen juris* que puede alojar diversos contenidos, desde aceptables hasta inadmisibles--, sino la forma en la que ese tipo penal incide sobre la libertad de análisis y expresión, como también la posibilidad -- que no pasó inadvertida para la Corte-- de que la represión indebida se ejerza a través de una figura delictiva diferente, como pudiera ser la de amenazas. Y también es preciso observar que la despenalización de la crítica no significa dejar al garete la antigua garantía --constante en diversas Constituciones-- que ampara a los miembros del Parlamento y a los juzgadores en contra de las reconvenciones maliciosas que atacan su propia capacidad de expresión o decisión, que también importa al régimen democrático.

Sergio García Ramírez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario