

El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 del CEDH). Análisis a partir de los paradigmáticos casos ‘Klass’ y ‘Silver’

Víctorhugo MONTOYA CHÁVEZ

Para el artículo 13 del Convención Europea sobre Derechos Humanos – CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales), “*Toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales*”. De una prescripción como ésta se puede extraer algunas disposiciones que guían el actuar del derecho europeo, el mismo que puede ser comparado y complementado con otros ordenamientos internacionales (especialmente universal y americano), todo esto a fin de otorgarle a la persona una adecuada protección multinivel de su derecho.

Para ello utilizaremos como base dos de las sentencias más representativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH sobre la materia. La primera es el Caso Klass y otros c/ Alemania, Sentencia de 6 de septiembre de 1978, Demanda 5029/71, en el cual se plantea un problema sobre el alcance de los poderes de vigilancia secreta de las comunicaciones, previstos en una específica ley, con el supuesto fin de defender la Constitución¹. El segundo caso es el llamado Silver y otros c/ Reino Unido, Sentencia de 25 de marzo de 1983, Demanda 9310/81, que determina si órdenes de la autoridad penitenciaria para

¹ Hay diversos estudios sobre de esta sentencia y sus implicancias. Entre estos, GARCÍA ROCA 2006: 162; WILDHABER 2007 (“*the Court warned against the danger of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it*”].

Estudios sobre Derechos Individuales y de Grupo

controlar la correspondencia de presos, eran o no compatibles con la CEDH, por más que se tratara de comunicaciones con familiares y abogados². Vamos a tratar de descubrir el verdadero sentido del derecho al recurso efectivo a partir de ambas sentencias, complementándolas con algunas más emitidas por el TEDH, incluso confrontándolas con otras emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH.

1. TODA PERSONA...

El tenor del artículo 13 comienza reconociendo este derecho a favor de ‘toda persona’, sin identificar ni diferenciar a los sujetos que pueden gozar de protección por parte del CEDH. En el caso Klass, el TEDH afirmó que: “*el artículo 13 requiere que en el caso de que una persona considere que ha sido perjudicado por una medida presuntamente contraria al Convenio, la persona debe tener un recurso ante una autoridad nacional para que se resuelva su causa y, de ser apropiado, obtener reparación. De esta manera, el artículo 13 se debe interpretar en el sentido que garantiza un ‘recurso efectivo ante una instancia nacional’ a todas las personas que aleguen que sus derechos y libertades bajo el Convenio han sido violados*” (§64).

El centro del reconocimiento de una titularidad amplia se encuentra en que el acceso a la justicia es un derecho que tiene mayor importancia a la que normalmente uno pueda otorgarle *prima facie*, y que no puede ser jamás minimizada³. Esto es claramente observable en el caso Silver donde permitió ejercer el derecho a personas privadas de su libertad. Por eso, en el caso Klass, §64, el TEDH estableció que es necesario “*interpretarlo como garantía de un ‘recurso efectivo delante de una instancia nacional’ a cualquiera que alega una violación de sus derechos y libertades protegidos por la Convención*” (en la misma línea, Caso Silver, §113, Caso Leander c/ Suecia, Sentencia del 26 de marzo de 1987, §77).

Decimos ‘todas’ las personas porque, además de que a nadie se le puede excluir del ejercicio de este derecho, son diversos los mecanismos provenientes por el derecho internacional para conseguir una verdadera salvaguarda. La naturaleza del recurso efectivo ante una instancia nacional ha requerido que las diversas

² Sobre ambas sentencias, amplio desarrollo y explicación en CARMONA CUENCA 2009.

³ Así ha sido señalado, por ejemplo, en el Informe de la Comisión de Juristas de la OEA para Nicaragua, de 1994.

EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Montoya Chávez

instancias, no nacionales⁴, sino supranacionales (sistema universal y sistemas regionales de protección de derechos humanos, en un sentido de multinivel) hayan buscado dar a las personas distintos caminos para la adecuada protección del derecho.

En los Casos Klass y Silver, los recurrentes optaron, como correspondía, por la tutela regional europea. El TEDH puede recibir quejas de individuos alegando que un determinado Estado ha violado el artículo 13 del Convenio, tras lo cual, luego de decidir por otorgar una medida provisional, puede lograr un acuerdo amistoso o emitir sentencia⁵. Con la creación del TEDH se reforzó la posición del individuo en el sistema internacional, antes muy precaria, tanto así que justamente a partir del artículo 13 se pudo prescindir de la idea de reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones que de él se derivan y obligar a que las autoridades nacionales establecieran un recurso efectivo en caso de lesión (SAIZ ARNAIZ 1999: 36), pues antes se privilegiaba la voluntad de los Estados en detrimento de los titulares de los derechos. Así en el propio caso Klass, §34, ha quedado establecido que el CEDH fue creada para proteger al individuo y que sus cláusulas procesales deben ser aplicadas de una manera que sirva a rendir eficacia al sistema de demandas individuales y no para restarle su aspecto más relevante, la tutela judicial. El artículo 13 se presenta como un paso gigante en la protección de las personas, por lo que la presencia del TEDH significó una nueva realidad protectora.

⁴ Si bien el derecho no está reconocido explícitamente en sede constitucional, los Estados han podido incorporarlo a sus ordenamientos jurídicos internos. El caso español es paradigmático. Sobre la base al artículo 10.2 de la Constitución, y en concordancia con el artículo 24, se ha llegado a reconocer el derecho al recurso efectivo (STC español 99/1985). En el Perú, sucede algo similar con la utilización de la cláusula interpretativa internacional de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que ha permitido su reconocimiento a través de jurisprudencia (STC peruano 0592-2010-PA/TC). En Argentina, la inclusión de la normativa internacional se produce por el rango constitucional de los tratados (artículo 75.22 de la Constitución).

⁵ Desde hace 50 años, a través del CEDH se ha admitido “el acceso de los individuos y de los grupos a los que se violaran ciertos derechos y sentar una jurisdicción obligatoria; prescindir de la idea de reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones que de él se derivan y obligar a que las autoridades nacionales establecieran un recurso efectivo (art. 13 CEDH) en caso de lesión” [GARCÍA ROCA 2006: 144].

Estudios sobre Derechos Individuales y de Grupo

Si las personas se hubiesen encontrado en el continente americano, como pudiere pasarles a los autores del presente trabajo, la cosa hubiese sido distinta. El derecho recurso efectivo tiene su origen en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (abril de 1948), la misma que habla en su artículo XVIII de un ‘procedimiento sencillo y breve’⁶. La prescripción fue traspasada a, además de declaraciones y pactos universales, a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos – CADH (o Pacto de San José de Costa Rica), la cual es la que mejor ha desarrollado normativamente la cuestión, presentándola en el artículo 25.1 como ‘protección judicial’ a favor de un “*recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo*”⁷. Bajo estos parámetros normativos, la persona afectada puede acudir a la Comisión Interamericana para solicitar tutela a través de una queja (petición) por la violación de los artículos mencionados. En caso que no llegarse a un acuerdo amistoso, el caso debe ser resuelto por la CIDH⁸.

Más allá de las soluciones regionales, con carácter vinculante, ‘toda’ persona puede acudir al sistema universal. Tanto el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos – DUDH⁹ como el artículo 2.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP¹⁰ reconocen la existencia de un recurso efectivo, exhibiéndolo el primero como derecho y el

⁶ Fue presentada de este modo: “*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*”

⁷ La referencia completa es: “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*”.

⁸ Algo similar sucede cuando un africano acude a su Comisión para quejarse sobre la base de una violación a lo contenido en la Carta Africana, con única diferencia muy relevante: no hay corte para que sentencie.

⁹ Dispone que “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley*”.

¹⁰ Expresa con convicción que “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo*”.

EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Montoya Chávez

segundo como obligación del Estado. Sobre la base de estas normas, un afectado puede acudir al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas – CDH, presentar una queja, para que éste la investigue y, en su caso, declarar la existencia de la violación y hacer un llamado al Estado para que ésta cese. Para clarificar el contenido del derecho al recurso efectivo, el Comité, en su 80º Período de Sesiones, elaboró la Observación General 31¹¹. De otro lado, toda persona afectada, tiene expedito el Procedimiento 1503, permite que tanto la Comisión de Derechos Humanos como la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos examinen las quejas presentadas que muestren patrones consistentes de violaciones graves a este derecho, nombrando un experto para su examen.

1. CUYOS DERECHOS Y LIBERTADES RECONOCIDOS EN EL PRESENTE CONVENIO...

La forma en que ha sido planteado el artículo 13 de la CEDH hace que haya sido configurado como un derecho relacional, al tener una característica procesal, pues gracias a su presentación éste permite la tutela de otros derechos. Permite establecer de la mejor manera posible el *status activus processualis* de la persona.

En el Caso Klass, por ejemplo, el acceso a los recursos se presenta como un mecanismo idóneo de tutela del secreto de las comunicaciones (artículo 8 del CEDH). En dicho fallo, si bien el TEDH reconoce ha reconocido la ‘categoría especial’ de la actuación del Estado ante amenazas terroristas, también señala que éste no goza “*de una latitud ilimitada para someter a medidas de vigilancia secretas a las personas en su jurisdicción /y/ no podrán tomar, a nombre de la lucha contra el espionaje y el terrorismo, cualquier medida juzgada por ellos conveniente*” (§49,50).

En el Caso Silver, por su parte, sirve para salvaguardar la no-invasión en el envío de correspondencia por parte de reclusos, y así evitar la vigilancia exploratoria o general de las telecomunicaciones a gran escala¹², lo cual

¹¹ Sobre la ‘Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto’, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 2004

¹² Tema enfatizado por el Grupo de trabajo del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección de las personas por lo que respecta al tratamiento de datos personales, a través de la

Estudios sobre Derechos Individuales y de Grupo

significó la protección también del secreto comunicacional (artículo 8)¹³ de la mano con la libertad de expresión (artículo 10).

Pero donde la relación ha sido más que significativa se puede encontrar la concomitancia con el artículo 6, referido al juicio justo¹⁴. Inicialmente, el TEDH reconoció el artículo 13 de forma accesoria al artículo 6¹⁵. A diferencia de lo ocurrido en sus orígenes, a partir de fines de los setenta, en los Casos Klass y Silver (además, en el Caso Abdulaziz y otros c/ Reino Unido, Sentencia del 28 de mayo de 1985), al artículo 13 empezó a reconocérsele un carácter autónomo, posición consolidada en el Caso Aksoy c/ Turquía, Sentencia del 18 de diciembre de 1996, §95-100¹⁶. Este carácter autónomo con relación al artículo 6 no significa que a través del artículo 13 no se puedan tutelar otros derechos; por el contrario, su principal virtud se encuentra es que gracias a sí es posible la verdadera vigencia de toda la CEDH, según acabamos de resaltar en los Casos Klass y Silver.

Lo que es innegable es que la consonancia entre proceso justo y recurso efectivo es muy fuerte. Así ha sido señalado en el Caso Kudla c/ Polonia, Sentencia del 18 de octubre de 2000, que admite la directa vinculación entre los artículos 6 y 13: “*the correct interpretation of Article 13 is that that provision guarantees an effective remedy before*

Recomendación 2/99, sobre la Protección de la Intimidad en el contexto de la Interceptación de las Telecomunicaciones, de 1999.

¹³ En otro caso, se consideró que las restricciones sobre la correspondencia eran una violación del artículo 8 y del artículo 13 porque el demandante no pudo presentar un recurso efectivo contra la decisión de extender las medidas especiales que se le habían impuesto (Caso Messina c/ Italia, Sentencia de 26 de febrero de 1993). También se han presentado otros casos en que se ha protegido a personas privadas de la libertad, como en el Caso Keenan c/ Reino Unido, Sentencia de 3 de abril de 2001.

¹⁴ Cabe señalar que desde sus inicios, el TEDH realizó una interpretación amplia de este artículo, dada su posición central y prominente en la misma, por estar vinculado a los propios principios generales del derecho, entre los cuales “*el principio fundamental del rule of law*” (GROTRIAN 1994: 6).

¹⁵ Aún se considera que el concepto ‘recurso’ debe entenderse dentro de la tutela jurisdiccional efectiva (entre muchos, ARMENTA DEU 1994).

¹⁶ Es tan cierto esto que el acceso a recursos ha permitido la protección a ámbitos no jurisdiccionales, a diferencia del artículo 6 que se restringe a la determinación de un derecho civil y una causa penal. Así, casos como las decisiones relativas a la entrada y permanencia de extranjeros, incluso el otorgamiento de asilo, como no involucran ámbitos civiles o penales, no podrían ser revisadas sobre la base del artículo 6 (Vid. Caso Maaouia c/ Francia, Sentencia de 5 de octubre de 2000).

EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Montoya Chávez

a national authority for an alleged breach of the requirement under Article 6(1) to hear a case within a reasonable time" (§156). Tal como ha sido entendido por el TEDH, el artículo 13 -en conjunción con el artículo 6- ha demostrado su 'enorme potencial protector' (JIMENA QUESADA 2005: 188). La línea jurisprudencial de la CIDH es similar a su homóloga europea¹⁷. Cuando el TEDH considera que una condición procesal resulta excesivamente gravosa para la interposición de un recurso por parte del interesado, llegando a tal extremo que obstaculiza el acceso a la jurisdicción, se considera contraria no sólo al artículo 13 sino también al artículo 6. Así ocurrió en el caso *Golder v. Reino Unido*, Sentencia de 21 de febrero de 1995, donde la negativa del Ministerio del Interior a autorizar que un preso consultara con un abogado supuso una restricción equivalente a una negación del derecho a la jurisdicción¹⁸.

También ha servido el artículo 13 para la tutela del derecho a la vida (artículo 2 de la CEDH). En el Caso *Ertak c/ Turquía*, Sentencia del 9 de mayo del 2000, se ha precisado que una protección conjunta de ambos "implica para los agentes del Estado la obligación de rendir cuentas del uso de la fuerza mortal, de someter sus actos a una forma de investigación independiente y pública susceptible de determinar si el recurso a la fuerza fue o no justificado en las circunstancias particulares" (§134). La Corte Interamericana también ha ido en la misma línea, como lo ha demostrado en el Caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) c/ Perú*, Fondo, Sentencia del 14 de marzo de 2001, cuando precisó las implicaciones del recurso sencillo, rápido y efectivo (artículo 25.1 de la CADH) con relación a la vigencia de derechos considerados inderogables por la comisión de delitos de lesa humanidad.

¹⁷ Explicación en el Voto del juez Cançado Trindade en el Caso *Masacre de Pueblo Bello c/ Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006: "Intentar disociar los artículos 25 y 8 de la Convención Americana sería, también por esta razón, a mi juicio inadmisible, y constituiría un retroceso a la prehistoria de la jurisprudencia de nuestra Corte. Es lamentable que, en lugar de seguir en la jurisprudencia avant garde de la Corte Interamericana al respecto, me vea en la obligación de, en el seno de la Corte, seguir luchando para evitar un grave retroceso jurisprudencial" (§57).

¹⁸ Algo similar sucedió en el Caso *Stone Court Shipping Co. c/ España*, Sentencia del 28 de octubre de 2003, al considerar contrario al artículo 6 la inadmisión de un recurso de casación por no haber sido presentado en plazo en el lugar que correspondía, sino ante un Juzgado de Guardia.

Estudios sobre Derechos Individuales y de Grupo

También ha existido un interesante desarrollo por parte del TEDH es en la conexión entre el artículo 13 y el 3, referido a casos de refugiados¹⁹. El Tribunal ha realizado consideraciones relativas a temas como el efecto suspensivo, los plazos, el ámbito de facultades de los tribunales internos y la asistencia legal. El artículo 13 puede, en consecuencia, ayudar a establecer o valorar los estándares aplicables mínimos para los procedimientos sobre la determinación de la condición de refugiado. Esta disposición puede ser empleada tanto para aconsejar a los gobiernos sobre legislación nacional o prácticas administrativas que afectan a solicitantes de asilo y refugiados, así como fundamento legal de peticiones ante cortes nacionales o el mismo Tribunal²⁰.

En conclusión, se puede decir que el derecho al recurso efectivo garantiza “*un medio a través del cual los justiciables puedan obtener, a nivel nacional, la reparación de las violaciones de sus derechos garantizados por la Convención, antes de denunciar al Estado internacionalmente ante la Corte*” (Caso Kudla, §152; al similar en Caso Rotaru c/ Rumania, Sentencia del 4 de mayo del 2000, §67 y Caso Jabari c/ Turquía, Sentencia del 11 de julio del 2000, §48).

Antes de terminar quisiéramos llamar la atención de cómo ha sido configurado esta configuración relacional del derecho en el ámbito europeo con relación a los otros ordenamientos internacionales. A diferencia del TEDH que centra el aporte del artículo 13 únicamente en otros derechos del propio CEDH, las normas americanas van más allá y aportan protección a derechos “*reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*” (artículo 25.1 de la CADH) –

¹⁹ Vid. diversa jurisprudencia, entre otras, Caso Jabari c/ Turquía, Sentencia del 11 de julio de 2000; Caso Richard Lee Goldstein c/ Suecia, Decisión del 12 de septiembre de 2000; Caso Chahal c/ Reino Unido, Sentencia del 15 de noviembre de 1996. Análisis sobre la materia, la Hoja Informativa El Artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDR) realizado por la AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS-ACNUR. www.acnur.org/biblioteca/pdf/2367.pdf (últ. rev. enero 2011).

²⁰ En el Caso Chahal, por el “*carácter irreversible del daño que podría ocasionarse en caso de materializarse el presunto riesgo de tortura o malos tratos y por la importancia que el Tribunal le confiere al artículo 3, el concepto de un recurso efectivo bajo el artículo 13 requiere un escrutinio independiente y riguroso de la solicitud para esclarecer si existen razones para temer un verdadero riesgo de tratamientos contrarios al artículo 3. Este escrutinio debe realizarse sin tomar en cuenta lo que sea que la persona ha hecho que merezca su expulsión o cualquier aparente amenaza que plantee para la seguridad nacional del Estado en cuestión*” (§151).

EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Montoya Chávez

incluso el artículo XVIII de la DADH se centra con exclusividad en “*alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*”). En la misma línea se encuentra la DUDH, toda vez que su artículo 8 busca una tutela a favor de otros “*derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley*”²¹.

2. TIENE DERECHO...

Este derecho ha sido configurado de forma autónoma con características propias. Para ello ha puesto algunas condiciones para que el afectado o víctima pueda recurrir la supuesta afectación ante el TEDH y se han determinado ciertas maneras en que podría verse vulnerado el derecho.

Aunque en los Casos Klass y y Silver no existen problemas sobre lo defendible que pueden presentarse las reclamaciones realizadas por los afectados (en el primero de ellos sólo hubo discusión sobre la legitimación activa de los recurrentes), éste es un tema relevante. El Tribunal ha tomado la posición de que los Estados deben establecer tales mecanismos o dar apertura a los ya existentes sólo cuando se trata de ‘*arguable claim*’. En el Caso *Boyle y Rice c/ Reino Unido*, Sentencia de 27 de abril de 1988, manifestó que “*el artículo 13 no puede, razonablemente, interpretarse que requiera un recurso en la legislación interna para cualquier presunta queja que una persona pueda tener de conformidad con el Convenio, sin importar lo infundada que su petición pueda resultar: la queja debe resultar defendible en los términos del Convenio*” (§52). Aunque no existe una definición de la noción de ser *arguability*, en su jurisprudencia, el TEDH ha realizado un paralelismo entre esta noción y la noción de ‘buen fundamento’ de una petición. Asimismo, “*los términos ‘manifestamente infundada’ se extienden más allá del sentido literal de la palabra ‘manifiesto’, pues tras una ‘examinación completa’ en la etapa de admisibilidad podrían ser rechazadas por ser manifestamente infundadas, sin importar su carácter defendible*” (Caso *Powell and Rayner c/ Reino Unido*, Sentencia de 24 de enero de 1990, §32).

La violación de un derecho como éste puede encontrarse de diversas formas. Entre ellas, se puede encontrar no llevar a cabo investigaciones exhaustivas sobre supuestos malos tratos por parte de las fuerzas de seguridad; no proporcionar los procedimientos adecuados para protestar u obtener una

²¹ El artículo 2.3.a del PIDCP, al igual que la norma del CEDH, se centra en los derechos por ellos reconocidos.

Estudios sobre Derechos Individuales y de Grupo

compensación por asesinatos cometidos por las fuerzas de seguridad; no establecer procedimientos de quejas relativos a la interceptación de llamadas telefónicas; o, no proporcionar medios de compensación a las personas expulsadas del colegio en base a su afiliación religiosa. En el Caso Silver, fue claro el Tribunal, pues como la retención de la correspondencia estaba legalmente permitida²², se impedía que cualquier requerimiento sea favorable a las personas privadas de la libertad reclamantes, razón por lo que el artículo 13 era afectado. Sin embargo, pese que a entender de Klass y los otros 4 abogados que plantearon la demanda ante el TEDH, la Ley G 10²³ no contenía posibilidad alguna de reclamo a quienes se vean afectados por la interceptación telefónica y control de misivas -lo cual afectaría el derecho al recurso efectivo- el Tribunal no estuvo de acuerdo con su planteamiento, descartando ésta como forma de violación.

Pero el recurso efectivo no sólo tiene un carácter de derecho humano. Se le ha reconocido otras funciones jurídicas. En primer lugar, se le ha presentado como una garantía judicial, pues una verdadera justicia requiere de un acceso a ella (tutela judicial *stricto sensu* o recurso efectivo) tanto como su realización (tutela judicial *lato sensu*)²⁴, tal como quedó sentado en el Caso Kudla. En segundo lugar, adquiere un carácter interpretativo *pro homine* (Caso Klass, §41,42), básicamente a partir de su configuración como derecho relacional que posibilita la mejor protección de otros derechos y libertades. En tercer y último lugar, como consecuencia de ser considerado un derecho, es una guía para la actuación del Estado, tal como claramente ha quedado expuesto en el artículo 2.3.a del PICDP, cuando se le presenta como una obligación estatal, antes que como un derecho propiamente dicho; de la misma forma, se puede encontrar el artículo 25.1 de la CADH: “*Los Estados partes se comprometen: (a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; (b) a desarrollar las posibilidades de*

²² Nos referimos a la Ley de Prisiones, de 1952.

²³ Acta del 13 de agosto de 1968 relativa a la restricción del secreto del correo, correspondencia y telecomunicaciones. Era conocida como Ley G 10, supuestamente por estar afectando el artículo 10 de la Ley Fundamental de Bonn.

²⁴ Recuérdese que en el ámbito americano se denomina al recurso efectivo como ‘protección judicial’.

EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Montoya Chávez

recurso judicial, y (c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

3. A UN RECURSO EFECTIVO...

Lo esencial de su configuración es que el derecho está referido a la existencia de un ‘recurso efectivo’, regla que si bien tiene un interesante asidero en normativa internacional, había sido establecida en el derecho consuetudinario²⁵. Contar con un *effective remedy* significa que el recurso interno debe permitir a la autoridad competente resolver tanto el fondo de la petición como otorgar una reparación apropiada. Hay algunas cuestiones relativas al contenido del concepto que han sido desarrollados por los Casos Silver y Klass²⁶.

En primer lugar, un recurso efectivo no significa que el fallo que se emita en sede nacional resulte favorable para el peticionario. En el caso de Silver, el Tribunal indicó que: “en el caso de que una persona tenga una petición defendible de que sea víctima de una violación de derechos humanos contemplados en el Convenio, la persona debe contar con un recurso ante una autoridad nacional para que decida su petición y, de resultar apropiado, para obtener una reparación” (§113).

En segundo lugar, e ingresando al test de convencionalidad, en los Caso Klass y Silver, se analiza el principio de previsión de la ley con relación al recurso efectivo. Para FREIXES SANJUÁN 1995, “el TEDH aprecia que existe una relación estrecha entre la cuestión de las garantías contra los abusos y la existencia de recursos efectivos que permitan obtener una reparación si los derechos han sido violados”. Por ello, es lógico que en el Caso Klass, el TEDH haya considerado “Que las medidas han de ser necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la defensa del orden o la prevención de las infracciones penales... aunque el legislador estatal goza de cierta discrecionalidad para imponer restricciones, no tiene poderes ilimitados, ya que deben existir garantías suficientes y adecuadas contra los abusos”. Para llegar a estar conclusión se

²⁵ Ésta es la forma en que lo contempló la Corte Internacional de Justicia en el Caso Interhandel, Suiza c/ Estados Unidos, Objecciones Preliminares, Sentencia del 21 de marzo de 1959.

²⁶ Pero éstas no son las únicas características que posee el recurso efectivo. En el ámbito americano, por ejemplo, la CIDH también ha cuestionado la existencia de recursos por coacción: “Para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales”. (Caso Cantos c/ Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, §55).

Estudios sobre Derechos Individuales y de Grupo

partió que las medidas de vigilancia previstas por la legislación alemana no autorizaban la vigilancia exploratoria o general, toda vez que sólo pueden efectuarse medidas de vigilancia cuando ciertos indicios permitan sospechar que alguien proyecta realizar, realiza o ha realizado infracciones graves; únicamente pueden prescribirse si el esclarecimiento de los hechos por otros medios está llamado al fracaso o presenta considerables obstáculos; incluso en ese caso la vigilancia sólo podrá referirse a la persona del sospechoso o a las personas presuntamente en contacto con éste (§50,ss.). En la misma línea, en el Caso Silver se puede observar que el Tribunal expresó que “*la Ley debe indicar el alcance de tal discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la manera de su ejercicio, con la suficiente claridad como para proporcionar a las personas la protección adecuada contra una injerencia arbitraria*”.

En tercer lugar, al igual que en el Caso Silver, el Tribunal también ha aceptado que “*aunque ningún solo recurso pueda por sí mismo satisfacer los requisitos del artículo 13, el conjunto de recursos disponibles en el ámbito interno lo puedan hacer*” (Caso *Leander contra Sweden*, Sentencia del 26 de marzo de 1987, §77). Una buena forma de capitalizar este derecho se puede encontrar en la amplitud de los procesos constitucionales, como el hábeas corpus (según lo dejara sentado la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos²⁷) o el amparo (*Vid.* lo señala BREWER CARÍAS 2003). De otro lado, y según lo ha dejado sentado la CIDH, no basta que la existencia formal de recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida, toda vez que cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una violación del acceso a la justicia²⁸.

Por último, conviene resaltar la diferencia entre las exigencias entre el CEDH y la CADH con relación a la forma en que debe presentarse el ‘recurso’. Para el primero éste debe ser efectivo. Para la segunda, debe ser también sencillo y rápido ¿Tiene alguna consecuencia práctica tal diferencia? Si bien para algunos,

²⁷ Informe del año 2000 para el caso colombiano, E/CN.4/2000/11, §194.

²⁸ En diversa jurisprudencia (Caso *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988; Caso *Godínez Cruz c/ Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989), la Corte ha dispuesto que para cumplir con lo dispuesto por el artículo 25 de la CADH no basta con la existencia formal de los recursos.

EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Montoya Chávez

ambas características se resumen en la ‘adecuación’ del recurso (FAÚNDEZ LEDESMA 2007), o como dice la misma CIDH, que sea “*idónea para proteger la situación jurídica infringida*” (Caso Velásquez Rodríguez c/ Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, §64), otros consideran que la redacción del artículo 25.1 no es demasiado afortunada, parece implicar que un recurso efectivo no necesariamente es rápido y sencillo (COURTIS 2007). Creemos que la protección es igual de fuerte en ambos sistemas regionales, máxime si el TEDH ha dejado sentado que “*el recurso exigido por el artículo 13 debe ser ‘efectivo’ en la práctica, así como en la ley. En particular, su ejercicio no debe ser obstaculizado injustificadamente por actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado*” (Caso Keenan, §122²⁹). Para el Tribunal Europeo lo importante no es que los recursos se encuentren disponibles en teoría, sino que tales recursos estén disponibles en la práctica, en la vida diaria³⁰.

4. ANTE UNA INSTANCIA NACIONAL...

El artículo 13 asimismo ilustra el papel subsidiario del TEDH. Se requiere un Estado que establezca mecanismos internos para reparar las eventuales violaciones del convenio que puedan ocurrir bajo su jurisdicción. En caso de que el Estado no cumpla con este deber o que los mecanismos existentes no resulten eficientes, una persona puede invocar la vulneración del derecho: “*la intervención del Estado sólo es posible después que el individuo haya, inter alia, agotado los recursos de la jurisdicción interna, momento en el que surgiría la responsabilidad internacional del Estado infractor*” (FAÚNDEZ LEDESMA 2007). . La pregunta que subyace a este punto es qué órgano público debe resolver los recursos presentados.

²⁹ Para llegar a esta conclusión, asevera que “*el artículo 13 del Convenio garantiza la disponibilidad de un recurso a nivel nacional para hacer respetar lo sustantivo de los derechos y libertades consagrados en el Convenio, sin importar la forma en que se encuentran garantizados en el derecho interno. De esta manera, el efecto del artículo 13 consiste en exigir la existencia de un recurso interno que conozca del aspecto sustantivo de una ‘petición defendible’ de conformidad con el Convenio Europeo y que otorgue la reparación necesaria*”.

³⁰ En la misma línea, la CIDH ha señalado que la regla del previo agotamiento de los recursos internos debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa (entre otros, Caso Hilaire y otros c/ Trinidad y Tobago, Sentencia del 21 de junio de 2002, §152; Caso Velásquez Rodríguez c/ Honduras, Excepciones preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, §93).

Estudios sobre Derechos Individuales y de Grupo

Que el recurso sea efectivo significa que el órgano a juzgar otorgue las mejores garantías de independencia, imparcialidad y procedimiento justo (Caso Klass, §55-56³¹). Ha sido clara la Observación General 31 de la CDH cuando en su punto 15 señaló que es el Poder Judicial el órgano que está en mejor capacidad de tutelar el derecho contenido en el artículo 13³², es decir, debe estar caracterizado por “*por su función jurisdiccional: resolver, conforme a las reglas del Derecho y después de un procedimiento reglado, cualquier cuestión que dependa de su competencia. Ha de reunir también una serie de requisitos -independencia, especialmente en relación al Poder Ejecutivo, imparcialidad, inamovilidad, garantías de procedimiento*” (Caso Belilos c/ Suiza, Sentencia de 29 de abril de 1988). Al respecto, el TEDH ha desarrollado la noción de Tribunal., avalando la posibilidad de que formen parte del mismo sujeto sin formación jurídica (Caso Langborger), órganos de composición plural en forma de jurado (Caso Pullar c/ Reino Unido, Sentencia de 10 de junio de 1996), e inclusive órganos muy especializados, cuya composición se reduce a 1 o 2 miembros cualificados del mismo órgano recurrido (Caso British American Tobacco c/ Países Bajos, Sentencia de 20 de noviembre de 1995).

Una correcta administración de justicia, y sobre ello ha sido prolífica la CIDH, “*constituye, en última instancia, uno de los pilares básicos... del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática*” (Caso Castillo Páez c/ Perú, Sentencia del 3 de noviembre de 1997, §82; Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001, §112; Caso Cantos c/ Argentina, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, §52; Caso Maritza Urrutia c/ Guatemala, Sentencia del 27 de noviembre de 2003, §117; Caso 19 Comerciantes c/ Colombia, Sentencia del 05.07.2004, §193, entre otros). A esta misma conclusión también se ha arriba en la jurisprudencia europea en

³¹ Independencia e imparcialidad no siempre son fácilmente diferenciables, tal como reconoció el propio TEDH en el Caso Langborger c/ Suecia, Sentencia de 22 de junio de 1989 (puede concluirse que la independencia actúa como un elemento accesorio de la imparcialidad).

³² Básicamente “*el poder judicial puede garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto de distintas maneras, en especial mediante la aplicación directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales u otras disposiciones legislativas similares o el efecto de la interpretación del Pacto en la aplicación de la legislación nacional*” (punto 15).

EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Montoya Chávez

evolución, donde el Estado de Derecho, no puede ser disociado del *rule of law* en una sociedad democrática (HARRIS *et al.* 1995: 461).

En esta línea de pensamiento se encuentra el Caso Klass, el cual plantea un problema sobre el alcance de los poderes de vigilancia secreta de la correspondencia, previstos en las leyes y que alegaban estar en pro de la defensa de la Constitución. El Tribunal se basó en el Caso Golder para recordar que el Estado de derecho es uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática, expresamente referido en el Preámbulo de la CEDH, y dedujo de este principio que las interferencias del Ejecutivo en los derechos de los individuos requieren de un adecuado, efectivo e independiente control judicial, o “*at least in the last resort, judicial*” (§55). No obstante, se concluye que el concreto sistema impugnado, pese a no ser judicial sino ante una comisión administrativa no traspasaba los límites del CEDH dada la cualificación de sus miembros (parlamentarios con presencia de las minorías) y otros extremos.

De otro lado, el recurso no tiene por qué ser resuelto necesariamente por una autoridad judicial. Al respecto, el TEDH también ha mencionado en el caso Klass, §67 que: “*la autoridad a que se hace referencia en el artículo 13 puede que no necesariamente sea en todos los casos una autoridad judicial, en sentido estricto. Sin embargo, las facultades y garantías procesales que cualquier autoridad posee resultan relevantes para determinar si el recurso ante ella es efectivo*”. Se considera una amplia variedad de autoridades de carácter no judicial satisfacen los requerimientos del artículo 13; lo que interesa no es tanto la posición formal de la autoridad, sino su capacidad de proveer un recurso efectivo³³. En este línea de pensamiento, para el TEDH se cumple el requisito normativo cuando: (i) la autoridad en cuestión sea lo suficientemente independiente en relación con el órgano responsable de la violación; (ii) resulte posible presentar ante ella el mérito de los argumentos que podrían presentarse ante el Tribunal; (iii) se encuentre en la capacidad de elaborar una decisión de carácter vinculante; y, (iv) que el denunciante puede aprovecharlo efectivamente.

³³ Pero, ¿desde cuándo se produce la tutela? “*La referencia a recurso no ha de entenderse como relativo a un acto impugnativo, sino al acto de iniciación de un proceso en reclamación de la reparación del derecho o libertad violado*” (PÉREZ-CRUZ MARTÍN 1998)

5. INCLUSO CUANDO LA VIOLACIÓN HAYA SIDO COMETIDA POR PERSONAS QUE ACTÚEN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES OFICIALES

La vulneración del derecho al recurso efectivo significó que todo el Estado ha sido el violador del mismo. El concepto de 'Estado' para el artículo 13 ha sido bastante amplio. No sólo han sido considerados como parte de ellos el quebrantamiento realizado por cualquiera de los poderes públicos que lo conforman ("*todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango -nacional, regional o local-*"³⁴), sino que asume responsabilidad por la violación "*cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales*" (artículo 13 del CEDH).

Esta amplitud del concepto permite la mejor protección del derecho. Pero ante el argumento de los Estados (especialmente de los Ejecutivos) es que la violación fue realizada por otro poder público por cuenta propia y así evitar la responsabilidad del Estado. Frente a ello, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ha expresado que un Estado Parte "*no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*". Esta base normativa ha servido para el CDH haya tomado posición sobre la materia, y una verdadera tutela del derecho al recurso efectivo, señalando que "*si bien el párrafo 2 del artículo 2 permite que los Estados Parte hagan efectivos los derechos reconocidos en el Pacto con arreglo a los procedimientos constitucionales internos, se desprende del mismo principio que los Estados Parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional ni otros elementos del derecho interno para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado*" (punto 4 de la Observación General 31³⁵).

³⁴ Punto 3 de la Observación General 31 del CDH.

³⁵ De esta forma, "*sólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas*" (punto 8 de la Observación General 31 del CDH). Esta amplitud de protección de las personas significa la mejor posible.

EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Montoya Chávez

De lo presentado hasta este punto, queda claro que el artículo 13 de la CEDH, referido al acceso a un recurso efectivo, tiene un contenido muy rico, el mismo que empezado a ser establecido por el TEDH a lo largo de su jurisprudencia, dentro de la cual cumplen un papel fundamental los Casos Klass y Silver. También se ha podido observar que la protección multinivel de un derecho como éste permite que haya tutela en sede universal, y que en el otro lado del Atlántico, pueda encontrarse una tutela específica a través de la normatividad e instancias jurisdiccionales americanas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, T. (1994) “El derecho a los recursos: su configuración constitucional”. En: *Revista General del Derecho*. Madrid, n° 598-599.
- BREWER CARÍAS, A. R. (2003) “La Constitución Europea, el derecho a la tutela judicial efectiva y la regulación del derecho de amparo (Una aproximación desde el punto de vista del Derecho Constitucional Iberoamericano) – Ponencia. *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. <http://www.us.es/cidc/Ponencias/europea/Brewer%20Carrias> (últ. rev. enero 2011).
- CARMONA CUENCA, E. (2009) “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional (art. 13 CEDH): Problemas interpretativos”. En: GARCÍA ROCA, J. y P. SANTOLAYA. *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2^a ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- COURTIS, C. (2007) “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”. En: ABRAMOVICH, V. et al (comp.) *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*. Buenos Aires, CELS.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H. (2007) “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” - Ponencia. *XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*. San José. www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD.../Faundez.pdf (últ. rev. enero 2011).
- FREIXES SANJUÁN, T. (1995) “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a

Estudios sobre Derechos Individuales y de Grupo

- los sistemas internos de derechos en Europa". En: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. Valencia nº 11/12.
- GARCÍA ROCA, J. (2006) "La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México, nº 5.
- GROTRIAN, A. (1994) *Article 6 of the European Convention on Human Rights - The Right to a Fair Trial*. Estrasburgo, C.E.
- HARRIS, D. J. *et al.* (1995) *Law of the European Convention on Human Rights*. Londres, Butterworths
- JIMENA QUESADA, L. (2005) "El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su protección nacional: entre el tiempo para conocer Europa y el tiempo para hacer justicia conforme a los parámetros europeos". En: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. Valencia, nº 50-51.
- WILDHABER, L. (2007) "The European Court of Human Rights: the past, the present, the future". En: *National Journal of Constitutional Law*. Toronto, vol. 20, nº 2.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. (1998) "La configuración del derecho a los recursos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Constitución Española de 1978". En: *Revista Xurídica Galega*. Pontevedra, nº 21.
- SAIZ ARNAIZ, A. (1999) *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.