Osvaldo A. Gozaíni

Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Teoría procesal – constitucional del SIDH

Este libro es producto de varias generaciones pensantes que fueron mostrando sus ideas a tono con el encuadre que se formuló desde el comienzo de la investigación. Por ello, quiero dedicar la obra a ellos:

Arturo Bianchi

María Constanza Caeiro

María Guadalupe Lata

Gloria L. Liberatore

Matías E. Lizatovich

Silvana O. Pulice

Graciela M. Oriz

Pablo A. Saryanovich

María Cecilia Serrano

Indice

Introducción

Capítulo I: Garantías, principios, reglas y estándares

1. Introducción; 2. Las garantías del Sistema Interamericano; 3. El principio *pro homine*; 4. Principios de universalidad, interdependencia, complementariedad, e irrenunciabilidad; 5. Reglas del Sistema Interamericano; 6. Los estándares; 7. Conclusiones.

Capítulo II: Articulación de los derechos humanos en el derecho interno

(Sobre la base de la investigación desarrollada por el profesor Matías E. Lizatovich)

1. Introducción; 2. Aprobación de los tratados e incorporación al derecho local; 3. Adhesión de Argentina y México, entre otras; 4. Proyecciones e influencias de la incorporación; 5. Conclusiones: por una teoría procesal del derecho transnacional.

Capítulo III: La tesis de la supremacía constitucional y de convencionalidad

(Sobre la base de la investigación desarrollada por el profesor Arturo Bianchi)

1. Introducción; 2. Interpretación constitucional y convencional; 3. Dificultades; 4. La comunidad de intérpretes; 5. Alcance del control de convencionalidad; 5.1 Naturaleza jurídica de la sentencia transnacional; 5.2 Alcance erga omnes de la sentencia; 5.3 Revisión de la cosa juzgada; 6. Soluciones latinoamericanas para un mismo problema; 7. Conclusiones.

Capítulo IV: La tesis de la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

(Sobre la base de la investigación desarrollada por la profesora Graciela Mabel Oriz)

1. Introducción; 2. Fiscalización constitucional y control de supremacía; 3. Primacía de los derechos humanos; 4. El poder jurisdiccional de la Corte IDH; 5. La Corte IDH como Tribunal Constitucional; 6. El conflicto sobre la mayor supremacía; 7. Conclusiones.

Capítulo V: Revisión del caso o de violaciones sistemáticas

1. Introducción; 2. De las violaciones sistemáticas a la revisión de la cosa juzgada; 4. Principio de congruencia en el procedimiento ante la Corte IDH; 5. Relación del caso con las violaciones. Condena de efectos *erga omnes*; 6. Conclusiones.

Capítulo VI. El acceso a la justicia y sus estándares

1. Introducción; 2. Deberes del Estado; 2.1 El deber de educar en Derechos Humanos; 2.2 Reglamentar derechos programáticos; 2.3 Remover obstáculos que dificultan el acceso a la justicia; 2.4 Garantizar el derecho a ser oído: 3. Deberes y obligaciones de los jueces conforme estándares; 3.1 Activismo judicial; 3.2 Deber de investigar; 3.3 Independencia e imparcialidad para resolver; 4. Estándares o garantías mínimas para un proceso igualitario; 4. Conclusiones.

Capítulo VII: Gratuidad de la justicia

(Sobre la base de la investigación realizada por la profesora María Cecilia Serrano)

1. Introducción; 2. Razones que justifican las tasas de justicia; 3. Gratuidad para el Estado; 4. La gratuidad como estándar; 5. La gratuidad es una sentencia exhortativa; 6. Conclusiones.

Capítulo VIII: La fórmula de la Cuarta Instancia

(Sobre la base de la investigación desarrollada por la profesora Silvana Olga Pulice)

1. Introducción; 2. ¿Se puede revisar la cosa juzgada?; 3. Objetivos a considerar cuando se actúa sobre un caso; 4. Poderes del Tribunal internacional; 4.1 Competencia de la competencia; 4.2 Principio de progresividad; 5. ¿Qué se entiende por cuarta instancia?; 5.1 Origen de la teoría de la cuarta instancia; 5.2 Revisión indirecta o impropia; 5.3 Generación del ius commune; 6. El marco normativo de adhesión al Pacto de San José de Costa Rica; 7. Desarrollo jurisprudencial; 7. El recurso de revisión de la cosa juzgada; 8. Conclusiones.

Capítulo IX: El derecho al abogado

1. Introducción; 2. Asistencia jurídica y debido proceso; 3. El derecho a tener asistencia profesional en todo proceso; 4. El abogado como garantía o reaseguro; 5. Conclusiones.

Capítulo X: El derecho a la verdad

(Sobre la base de la investigación realizada por la profesora Silvana Olga Pulice)

1. Introducción; 2. Origen del derecho a la verdad; 3. Verdad y prueba; 4. Autonomía del derecho a la verdad; 5. Derecho a la verdad como manifestación del acceso a justicia; 6. El deber de investigar, 6.1 La investigación en el procedimiento del Sistema IDH; 6.2 La investigación en los procesos penales; 6.3 El deber de investigación en el proceso civil; 6.4 El deber de investigar en los procesos constitucionales; 6.5 Resumen de precisión; 7. Conclusiones.

Capítulo XI: Estándares en materia de iniciativa y carga probatoria

(Sobre la base de la investigación realizada por la profesora María Guadalupe Lata)

1. Introducción; 2.Principio de colaboración; 3. Principio de libertad; 4. Otros principios; 5. Carga de la prueba; 6. Conclusiones.

Capítulo XII: El derecho al recurso

(Sobre la base de la investigación realizada por la profesora María Constanza Caeiro)

1. Introducción; 2. Bases generales para los recursos; 3. Constituciones, leyes y reglamentos procesales; 4. Normas internacionales y jurisprudencia que la desarrolla; 4.1 Límites del derecho al recurso: ser condenado; 4.2 El derecho al recurso solo es para el condenado en sede penal; 4.3 El derecho al recurso para todos; 4.4 Limitaciones posibles al recurso; 5. El caso Argentino. Evolución de la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 6. Conclusiones.

Capítulo XIII: La doble instancia como garantía procesal

(Sobre la base de la investigación realizada por el profesor Pablo Alberto Saryanovich)

1. Introducción; 2. Doble instancia como revisión fáctica y jurídica; 3. Doble instancia o derecho al recurso: Conclusiones.

Capítulo XIV: El plazo razonable

Sobre la base de la investigación realizada por la profesora Gloria Lucrecia Liberatore

1. Introducción; 2. Evolución del criterio; 3. Los tiempos del proceso; 4. No hay un estándar para el plazo razonable; 5. Conclusiones.

Capítulo XV: La sentencia transnacional

1. Introducción; 2. Alcance de la jurisdicción de la Corte Interamericana; 3. Declaraciones y reparaciones; 4. Efectos de la separación formal del pronunciamiento; 5. Cosa juzgada convencional; 6. La sentencia transnacional como exhortación; 7. Conclusiones.

Capítulo XVI: La revisión de la cosa juzgada

1. Introducción; 2. La Corte IDH no es una vía de revisión del proceso; 3. Notoria injusticia y derechos humanos; 4. Principios de la ejecución de la sentencia transnacional; 5. Replanteo autónomo de la cosa juzgada revocada: 6. Conclusiones.

Capítulo XVII: Cumplimiento de la sentencia

1. Introducción; 2. Formas de cumplimiento a las sentencias; 3. Cumplimiento de la sentencia de reparaciones, 4. El deber de adoptar disposiciones en el derecho interno; 5. La sentencia de supervisión como herramienta parcialmente eficaz; 6. Conclusiones.

Conclusiones

Introducción

1. Hablar de conflictos generados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede suponer cierta resistencia a su desarrollo progresivo y cierto, lo que no es objeto de este trabajo. Todo lo contrario, la obra persigue demostrar que los Estados constitucionales que adscriben al modelo continental aceptan diluir el concepto cerrado de soberanía nacional, receptando opiniones y jurisprudencia del derecho internacional, más allá de constitucionalizar como derechos fundamentales los provenientes de Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, especialmente los que llegan de la Convención Americana.

De este modo, la integración normativa impacta en el funcionamiento tradicional de la tarea jurisdiccional, que sin resultar una suerte de control de constitucionalidad, le impone (por ser obligatoria la función) aplicar en el caso que resuelve el ordenamiento jurídico transnacional, y particularmente compatitibilizar el derecho interno con el internacional dando a éste primacía.

En Latinoamérica, la actividad jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado diversos estándares de interpretación sobre derechos fundamentales en crisis. En su evolución, primero se ocupó de violaciones sistemáticas que dieron reparación histórica a graves quebrantamientos de derechos humanos como fueron los casos de desaparición forzada de personas; de inmediato consideró masacres de poblaciones a manos de fuerzas militarizadas; o limitaciones en el derecho a ser oído; hasta encontrar cierta continuidad en la vulneración metódica del debido proceso, y así, fue generando un *corpus iuris* que se tornó de lectura y aplicación obligatoria como si fuera un precedente vinculante, aunque no sea igual la naturaleza jurídica.

Las decisiones se adoptaron en diversos formatos (propuestas, recomendaciones, medidas cautelares y provisionales, sentencias y opiniones consultivas), todos ellos producen efectos y consecuencias discutibles, al punto que entre los Estados partes hay asimetrías en la forma de admitir, rechazar o cumplir con las resoluciones.

Este aspecto de la actividad del tribunal se ocupa de lo sustantivo o de generar desde la jurisprudencia (control de convencionalidad) una suerte de *obligatoriedad de*

seguimiento que penetra en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Se delinea en este sector el derecho internacional interpretado de los derechos humanos cuya obligación de cumplimiento sortea obstáculos de registro diferente. Es el territorio a conquistar para evitar contratiempos y disputas innecesarias. Nos referimos, concretamente, a la diversidad de criterios que tiene cada Estado para respetar los derechos y las libertades reconocidos (conforme arts. 1 y 2 de la CADH), que de estar legislados tendrían que adoptar la inteligencia de aplicación que señale el control de convencionalidad, o en caso de no tenerlos reglamentado, adoptar "con arreglo a sus procedimientos constitucionales […] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (art. 2, cit.).

Esta es una parte del desafío que afronta el control de convencionalidad, que en mayor medida hemos tratado en otra obra (*Sistema Procesal Interamericano*, ediciones de Argentina y Colombia, 2016).

2. Por otro lado, el procedimiento que se tramita ante los órganos del Sistema IDH, en sí mismo es singular, autónomo y con presupuestos, principios y reglas que no se pueden comparar con el proceso común; por eso, no es posible atrapar su naturaleza dentro de la teoría del proceso.

Uno de los aspectos más conflictivos proviene de las sentencias de la Corte Interamericana, cuya naturaleza transnacional promete resolver un conflicto de situación directamente vinculado con la libertad del hombre. Es esta una sentencia que no trabaja sobre un asunto concreto, el que en todo caso, es el testigo de la violación y la causa-fuente de la denuncia que llega al Sistema Interamericano.

La petición no tiene por finalidad revisar la cosa juzgada, porque en su lugar estudia la posible vulneración de derechos humanos en el Estado denunciado. En razón de ello, por vía de principio, la *res judicata* interna no se altera con lo resuelto por la Corte IDH. A veces, la influencia sobre ella se marca en las indemnizaciones resarcitorias que establece y pueden ejecutarse mediante los mecanismos internos previstos para la ejecución forzosa.

3. Sin embargo, todo este procedimiento tiene numerosas lagunas técnicas y un complejo entramado de explicaciones que no consigue esclarecer la naturaleza jurídica que posee.

En efecto, a pesar del control subsidiario que ejercen los tribunales internacionales, dejando en cada Estado la responsabilidad primera para la eficacia de los derechos humanos, lo cierto es que las denuncias aumentan más que estadísticamente, obligando así a verificar que existe un derecho más serio que le corresponde a los hombres y mujeres que pueblan y organizan la sociedad donde viven. Los derechos humanos le pertenecen a toda la humanidad y deben garantizarse por encima de todo esquema rígido que los enmarque y aprisione sin darles la libertad que le es propio.

En consecuencia, este poder de decisión que tiene el Sistema Interamericano se presenta aduciendo que no es una cuarta instancia; que no revisa la cosa juzgada; que es un mecanismo complementario del derecho local; que no altera los presupuestos procesales de los Estados; que señala deberes y obligaciones sustanciales y adjetivos que, contrariamente a lo que manifieste en sus declamaciones, impacta y obliga –o no– a los Estados parte a modificar lo resuelto en un caso; que renueva un problema dirimido internamente; que indica estándares para el debido proceso que pueden ser contrarios a los que tienen los códigos procesales; que propone un modelo para los enjuiciamientos (v.gr.: es clara la preferencia en materia penal por el sistema acusatorio); en fin, de cuanto trata este trabajo es de advertir el correlato entre lo dicho y lo que se pretende; entre afirmar lo que no es cierto o expresar como verdad aquello que en los hechos es diferente; y en definitiva, de propiciar que se implemente una teoría general para el derecho procesal transnacional o un derecho procesal internacional que adecue razones con fundamentos.

Para cualquiera de estas intenciones el derecho procesal constitucional nos pone luz en el camino para razonar un lenguaje apropiado; para comprender la causa por la cual aquello que se dice con enunciados o declaraciones se formula como deberes impuestos; o bien para saber cuanta incidencia tiene en el derecho interno asumir Pactos y Convenciones de Derechos Humanos sin que ello signifique resignación o sumisión; lo mismo, también, para poder concretar cuál es el pináculo del control, y el sitial que ocupan los tribunales superiores frente a la Corte IDH.

5. Este espacio de reflexión lo instalamos en el derecho procesal constitucional porque es dentro de esta ciencia donde el fenómeno que trae el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos encuentra cobijo y desarrollo. Es cierto que hay un derecho internacional de los derechos humanos, pero éste se refiere al aspecto sustantivo que nutre y da esencia a la disciplina; pero los temas adjetivos son muchos e impactan con tal fuerza en el derecho interno que obligan a razonar y argumentar con justificaciones distintas a las que provienen de la teoría general del proceso[*].

No pretendemos más que mostrar ciertas desarticulaciones técnicas que pueden ensamblar con apenas pocos ajustes. A veces con la sola modificación de las palabras en uso, en otras, para verificar si todo cuanto se dispone por resoluciones del tribunal internacional son estándares obligatorios. En su caso, es preciso reconocer la naturaleza jurídica del proceso transnacional, el cual no tiene más que parecidos con el proceso tradicional y por ello es que no todos los mencionados estándares son garantías, principios o reglas para implementar el debido proceso.

6. Esta ha sido la culminación de un largo tiempo de discusiones en seminarios, mesas redondas, congresos (entre las universidades nacionales de México –UNAM– y de Argentina –UBA– se han realizado en los años 2016 y 2017, dos congresos con el título "Límites del control de convencionalidad") y, sobre todo, en el marco de la investigación emprendida por los profesores de nuestra cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que tras presentar disparadores temáticos, se dio libertad a cada uno de ellos para que emitieran sus opiniones especializadas.

Los trabajos se han analizado y replanteado. Las ideas fueron consideradas o debatidas, y en algunos casos no fueron incorporadas a la obra, y cuando lo fueron se ajustó el estilo de redacción al propio. La dirección que llevé a cabo tiene la impronta de dejar en claro que no se pretende debilitar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, todo lo contrario, se trata de proponer una explicación teórica y práctica que permita eludir el estancamiento del procedimiento en la última etapa de cumplimiento.

---

[*] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Transnacional*. Tirant lo Blanch, México, 2016.

7. Asimismo, cada capítulo culmina con conclusiones de los interrogantes que cuál si fuera filosofía peripatética se programan desde el comienzo. Por eso, no es únicamente la ejecución de sentencia transnacional el objeto central del cometido, sino y en su caso, advertir de qué manera los estándares que delinea la Corte IDH encuentran vallas en el derecho interno que obligan confirmar donde está la mayor supremacía.

A veces, el derecho interno tiene mejores niveles de protección que amparados en el principio *pro homine* cooperan con la interpretación del tribunal internacional; pero en otros supuestos se contraponen con el espíritu dispuesto mediante el control de convencionalidad y, en consecuencia, tendrán que articular más que esfuerzos y buena fe para que se cumpla con la finalidad del derecho a tutelar.

También puede ocurrir que instituciones como el deber de investigar se propicie con fórmulas reñidas con el régimen procesal común de los Estados; o que la iniciativa probatoria, en lugar del marco de cooperación para alcanzar el derecho de la verdad quede relegado por la carga que significa el *onus probandi*. Semejante así al problema de no decir claramente cuál es el plazo razonable y que contenido significativo tiene el derecho al recurso.

8. En definitiva, este libro es un ensayo pensado para ir elaborando una teoría procesal – constitucional para ofrecer con argumentos una perspectiva que en hipotesis, deba llevar a cambios reglamentarios, sin descontar la necesidad de introducir algunas reformas al Pacto de San José de Costa Rica, con el fin de proyectar su eficacia a un plano de mayor confianza que el actual.

Osvaldo A. Gozaíni

Capítulo I

Garantías, principios, reglas y estándares

Sumario: 1. Introducción; 2. Las garantías del Sistema Interamericano; 3. El principio *pro homine*; 4. Principios de universalidad, interdependencia, complementariedad, e irrenunciabilidad; 5. Reglas del Sistema Interamericano; 6. Los estándares; 7. Conclusiones.

1. Introducción

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante Sistema IDH) produjo un impacto trascendente en los Estados que adhirieron y forjaron una nueva identidad para el acervo jurídico. Los enunciados de los artículos 1° (deber de respeto y acatamiento) y 2° (adecuación del derecho interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) trajeron una obligación legislativa que alteró la tradición sobre el origen, deliberación y modalidades de la creación normativa.

La novedad no siempre fue bien recibida, quizás por la costumbre que las leyes se promueven fronteras adentro, mientras que el derecho comparado y la jurisprudencia sirven como fuentes donde abrevar.

Con las opiniones consultivas más la secuencia creciente y repetida de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) la producción de leyes encontró una guía de orientación que antes no contaba, y su importancia fue tan notoria, que no se discutió la jerarquía constitucional de la interpretación proveniente de los órganos del sistema.

Es más, cuando se entendió que la actividad de dichos entes era un auténtico control de convencionalidad, que *per se* era diferente al control constitucional que fiscalizaba el principio de la supremacía de la Norma Fundamental, toda la ideología de la división de poderes, la soberanía de los Estados, la influencia de los precedentes para la decisión judicial, entre muchos más reflejos de la innovadora impronta, perdieron personalidad y debieron buscar otros fundamentos.

Hemos dicho en otro lugar que […]

> El derecho procesal constitucional ocupa en la actualidad un espacio tan importante en la ciencia, que repercute con influencia notable en la teoría general del derecho procesal y en los principios procesales de la Constitución. A una le modifica los conceptos de jurisdicción, acción y proceso. Al otro, por el impacto que produce en la teoría de la separación de poderes el fenómeno de los tribunales constitucionales y la creación de derechos con sentencias normativas[1].

Además, la relación constante que se desarrolla entre los Estados que forman parte del Sistema IDH favorece un diálogo político que, aceptando las desigualdades jurisdiccionales de cada uno para fiscalizar la defensa constitucional, van trabajando como si fuera un derecho comparado donde cada cual se refleja para ver donde se tiene mejor protección y eficacia.

En estos casos es común aceptar las variaciones constitucionales que algunos rotulan como propias de una nueva perspectiva que llaman "neoconstitucionalismo", cuyo centro de fuerza es el activismo y la renovación desde los poderes estatales, dando a los jueces una verdadera dimensión social que lo aleja de la tradición decimonónica que lo instaló en su tiempo como árbitro del resultado en la lucha entre partes.

También cambia el orden jerárquico que de la Constitución se espera. Vale decir, admitiendo que estas fuentes internacionales son influyentes, se mide esa injerencia conforme sean de aplicación igual, superior o inferior a la Constitución. En todo caso, hay algo evidente desde esta mirada: la teoría piramidal forjada por Kelsen ha perdido actualidad.

Otros acuñan el pensamiento acentuando la fuerza normativa de la Constitución. Ella es la que forma al Estado y modela el perfil social e institucional. Los habitantes son los destinatarios de sus disposiciones, y a veces solo son quienes tengan residencia o ciudadanía, evitando que la Norma Básica alcance a extranjeros (como ocurre en algunos Estados europeos). En este sitio se pone a la Constitución como norma inalterable y permanente. No hay jerarquía, porque el llamado bloque de constitucionalidad se mira como referencia.

Lo que producen estos cambios es un movimiento que difumina el paradigma constitucional abriendo paso a un orden común que tiene dos pilares notables. Uno

---

[1] Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Transnacional,* Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 76 y ss.

contiene el derecho de fondo o material que se presenta como "derecho internacional de los derechos humanos"; y por otro sector aparece un derecho técnico nuevo, bajo el nombre de "derecho procesal transnacional"[2].

> Los derechos humanos se vinculan íntimamente con los derechos constitucionales y con el derecho procesal. En efecto, tanto los derechos constitucionales clásicamente dispuestos en dos órdenes bien repartidos entre los que pertenecen a la sociedad como "garantías", y los que hacen a la estructura política del Estado; como los derechos procesales, orientados a dar efectiva tutela o protección a los derechos en crisis, encontraron en los derechos humanos un espejo donde podían reflejar simetrías. Cuando las figuras se mostraban diferentes, algo estaba fallando. O el orden interno consagraba bajo la figura de la supremacía constitucional, derechos y garantías que consideraba justos, pero en realidad estaban alejados del espíritu superior que ponderan los derechos igualmente captables "para todos"; o bien, en su caso, el proceso constituía una representación esquiva con los requerimientos de un nuevo orden social[3].

La renovación puede ser discutible, es cierto, pero el objetivo de este ensayo es verificar si los contenidos de este derecho nuevo pueden superar el test de toda ciencia que persigue reconocimiento y autonomía. Se trata de comprobar si pueden ser comparables las garantías, principios y reglas que se interpretan como estándares dentro de un molde ya acuñado, o es necesario elaborar una teoría propia para el Sistema Interamericano.

> Un comienzo de esta hipótesis de trabajo se encuentra desarrollado en nuestro libro *Teoría de la sentencia constitucional*[4]donde elaboramos un criterio particular para que las decisiones provenientes de tribunales internacionales destinados a la tutela y promoción de derechos humanos, se comprenda con principios singulares que difieren de la teoría general del proceso, enunciando así conclusiones que advierten la necesidad de explicar con parámetros no comparables porque son distintos y únicos.

2. Las garantías del Sistema Interamericano

Pocas dudas quedan sobre cuánto han conseguido los derechos humanos como identificador de garantías, principios y valores. En efecto […]

---

[2] Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Transnacional,* Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 1 y ss.

[3] Gozaíni, Osvaldo A., *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos. Vínculos y autonomías,* Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1995, pp. 18 y ss.

[4] Gozaíni, Osvaldo A., *Teoría de la sentencia constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 114, Porrúa, México, 2015.

> La Corte IDH señaló en varias sentencias y en particular en la 16ª Opinión Consultiva (sobre "*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*"), que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe […] "acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales", y que dicha interpretación evolutiva, consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados, ha contribuido decisivamente a los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[5].
>
> Asimismo, ha establecido que la obligación de garantizar los derechos de la Convención, presupone obligaciones positivas para el Estado, a fin de proteger los derechos inclusive en la esfera privada, debiendo las autoridades competentes, sean judiciales o administrativas, revisar si las actuaciones o decisiones que se ejercen en el ámbito privado y acarreen consecuencias a derechos fundamentales, resultan acorde con el derecho interno y sus obligaciones internacionales. De lo contrario, el Estado debe corregir la vulneración a estos derechos y brindarles una adecuada protección[6].

El comienzo de la historia señaló a las convenciones internacionales como un faro que orientó los lineamientos éticos que, teniendo carácter universal, constituyeron la guía de interpretación y aplicación para los derechos humanos.

La idea fuerza fue la protección del ser humano, y el compromiso central de ejecución le correspondió al Estado y sus funcionarios. La limitación del poder opresivo, la proscripción de arbitrariedades, diluir el discrecionalismo abusivo, evitar la discriminación abierta o la generación de desigualdades intolerables, fueron muchos de los objetivos primeros que llegaron a consolidarse como una categoría normativa fundamental, pionera para la construcción del derecho internacional de los derechos humanos.

Nunca se establecieron como derechos de primera mano, sino como garantías o reaseguros de aquello que en el derecho interno no fuera considerado. Vale decir, desde siempre el sistema de protección a los derechos humanos trabaja como ordenamiento suplementario –que toma fuerza en los preámbulos de las declaraciones de 1948–, al reconocer que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza

---

[5] Corte IDH, *El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* - Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A N° 16, párr. 114.

[6] Corte IDH. Caso "*Lagos del Campo vs. Perú"*, sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 340, párr. 92

convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Cuando se sanciona la CADH y gradualmente se incorpora a las legislaciones locales, lo complementario no perdió vigencia, pero le agregó a los Estados parte un elemento antes solamente declamado. A partir de allí se debían respetar los derechos y libertades de las personas, además de garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna. Este deber de respeto y acatamiento no se formuló como un programa de anhelos a cumplir; verdaderamente era una garantía para la eficacia intrínseca del sistema.

Aun cuando se predica la observancia implorando los mejores esfuerzos de los Estados, así como la sumisión a la *pacta sunt servanda* y la buena fe, los artículos 1 y 2 de la CADH aunados con el art. 27, generaron una garantía propia y un espacio amplio para la seguridad jurídica de las personas que tuvieran reclamos por derechos no cumplidos que pudieran tornar en responsabilidad internacional.

> Afirma Diego García Sayán que […]: "Esta viva interacción entre las normas internacionales de derechos humanos y los principios y normas del ámbito interno se retroalimenta permanentemente y se encuentra en constante movimiento. Le otorga especial dinamismo a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, en la perspectiva de garantizar y efectivizar los derechos humanos, internacionalmente protegidos, en el plano nacional a través de la exigibilidad de la Convención en los procesos domésticos. En este sentido, cabe destacar que el papel de la sociedad civil representa otro ángulo en la exigibilidad de cumplimiento de la Convención. Los individuos pueden acceder a la justicia y exigir su cumplimiento, impulsando y participando directamente de los procesos de reclamo de sus derechos o en la búsqueda de la verdad, por medio de la interpretación o aplicación que los jueces hagan de ella y de los estándares obligatorios de la Corte"[7].

La garantía era el deber de respeto, la regla el previo agotamiento de los recursos internos antes de ir con un reclamo a los organismos internacionales. De este modo, podía el Estado resolver el problema según su derecho antes de verse enfrentado a un

---

[7] García Sayán, Diego, *Prólogo,* en "Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada", coordinadores Christian Steiner - Patricia Uribe; Fundación Konrad Adenauer (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica) y Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de México, México, 2014, p. XII

proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta "coadyuvante o complementaria de la interna"[8].

Sin embargo, no se puede garantizar aquello que depende de actos voluntarios y libremente dispuestos, por lo cual si un Estado decide apartarse del sistema no hay sanciones emergentes; lo mismo si resuelve no cumplir una sentencia de la Corte IDH; o no seguir el temperamento que le señala una sentencia exhortativa. En consecuencia, antes que una garantía propia del mecanismo tuitivo, se proclama un deber prestacional que puede tener derivaciones poco claras.

La Corte IDH ha determinado que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para "remover" los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la CADH reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1 del propio Pacto de San José[9].

3. El principio *pro homine*

Este principio es guía y rector en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Con el mismo se da preferencia a la mejor aplicación y alcance de un derecho que tenga como sujeto al ser humano, por lo cual, es inaceptable que puedan tomarse de los textos de la convención y de cualquier otro tratado sobre derechos humanos, una interpretación contraria a este principio.

Como todo parámetro es un indicador que orienta hacia el mejor camino, sin que ello signifique obligar a una lectura totalmente espejada en el modelo. Sin embargo, fácil es concluir que si la predilección es por el uso del derecho interno, lo que vale es el resultado que produce. En este sentido, si el derecho sufre reducciones, carece de validez y no puede producir efectos jurídicos. Sin embargo, un Estado puede desarrollar

---

[8] Así es desde los primeros fallos contenciosos de la Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 61; Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo), párr. 64; Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, sentencia de 15 de marzo de 1989 (Fondo), párr. 85.

[9] Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, CADH). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A N° 11, párr. 34.

una interpretación de los derechos humanos, originados en una fuente del derecho internacional, utilizando para ello su derecho interno, si el resultado de tal interpretación conduce a una opción mejor.

> El principio *pro homine* es una expresión del artículo 29, inciso b) de la CADH, de acuerdo con el cual ninguna disposición convencional puede ser interpretada en el sentido de: "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. Resulta así que las normas establecidas en las convenciones de derechos humanos suponen estándares mínimos, susceptibles de ser ampliados por otras convenciones o bien por la legislación interna.

Aquí el principio tiene dos facetas que no se contradicen. Permite actuar con activismo ampliando la gama de derechos protegidos (v.gr.: con la tutela de los datos personales también se puede alcanzar y comprender aspectos de la vida privada, el derecho al honor y la propia intimidad); o proclamar algunas restricciones cuando se trata de limitar o suspender el ejercicio del estándar (v.gr.: en caso de suspensión o emergencia el sujeto no pierde la posibilidad de tener acceso a dos procesos constitucionales básicos: amparo y habeas corpus).

4. Principios de universalidad, interdependencia, complementariedad, e irrenunciabilidad

Al aplicar los derechos humanos cualquiera sea la actividad emprendida, el norte que fija el principio *pro homine* se ha de integrar con otros elementos cotidianos de la interpretación. La *universalidad* es propia y de esencia, y por ello en la redacción de garantías y derechos el estándar es la no discriminación, en la medida que son todas las personas los titulares de los derechos, sin distinción de edad, sexo, raza, idioma, nacionalidad, religión, condición económica o social, ideas políticas, preferencia sexual, impedimento físico, enfermedad o cualquier otra condición.

Inclusive, en la universalidad se justifica actuar sin margen de apreciación, sin que tenga esta característica impacto en la diversidad cultural. Por el contrario, siendo el derecho a la cultura un derecho humano, el principio de universalidad lleva implícito su respeto por todas las civilizaciones, lo que no impide el rechazo a aquellas prácticas que sean violatorias de derechos humanos.

Todos son beneficiarios, y en la aplicación periódica es posible hacerlos *interdependientes* cuando con el derecho interno se consigue un mejor ejercicio de efectivización. De allí la complementariedad con otras fuentes, lo que se suele llamar diálogo o comunidad de intérpretes.

No obstante, no hay derechos absolutos, si no hay respeto por el otro. El Estado puede reglamentar siempre dentro de ciertos límites y de acuerdo a los estándares internacionalmente aceptados.

También son derechos irrenunciables, inalienables e intransferibles. La *irrenunciabilidad* es propia del contenido esencial que se garantiza, de manera que no sería posible, siquiera, establecer un test de constitucionalidad sobre jerarquía de los derechos.

Que sean *interdependientes* es natural de un derecho polisémico, donde no solo las reglas del proceso justo, equitativo e imparcial se establecen como preferentes, sin que sea una atribución diferenciada o exclusiva para categorías de sujetos como las mujeres, los ancianos o los menores de edad.

Indivisibles son como todos los derechos humanos. Es una característica implícita en la concepción integral de los derechos, en los que no opera ninguna forma de jerarquía ni sus violaciones o consecuencias pueden tratarse aisladamente de otras en las que no se haya actuado en forma directa. Si la integridad se rompe, se afecta la persona como un todo y no sólo una parte de ella.

La indivisibilidad significa que todos los derechos humanos están unidos por un mismo cuerpo de principios y que todos están situados a un mismo nivel. No hay derechos humanos más importantes que otros. A su vez, la interdependencia significa que todas las garantías están conectadas. No puede afectarse un derecho sin afligir otros.

Y finalmente, son *intransigibles* porque resultan innegociables.

En conjunto son más garantías que principios y en armonía propician un mínimo de obligaciones jurisdiccionales y de otro carácter (legislativo y administrativo) que tienden a elaborar un sistema destinado al pleno ejercicio de los derechos.

> Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho del hombre.

> A este respecto, conviene recordar que la Corte señaló en la Opinión Consultiva acerca del *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que […] para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

5. Reglas del Sistema Interamericano

Los organismos que interpretan la CADH son la Comisión y la Corte IDH. Ambas se rigen por sus estatutos y reglamentos. De allí se genera un mecanismo asistencial para quienes se consideran víctimas de un Estado que no respeta los derechos humanos, que actúa en forma subsidiaria a lo que no puede remediar el derecho interno –o lo hace de modo insuficiente–, dando lugar a una suerte de instancia internacional con presupuestos singulares de admisión y trámite.

Estas son las reglas del procedimiento, pero con ellas hay que tener cuidado de no confundirlas como si fueran parte de una etapa más en la escala de revisiones y decisiones que tiene un proceso común. La posibilidad de plantear peticiones ante la Comisión IDH comienza un ciclo de análisis sobre la defensa que tuvieron en el derecho interno los derechos humanos que se exponen en la denuncia. Quien se arroga la calidad de afectado o víctima, debe superar un mínimo de presupuestos y condiciones para la recepción, y la decisión que sobre ello se tome será la base para entrar al proceso ante la Corte.

> La protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario. Por ello, una de las reglas establecidas como es la del agotamiento de los recursos internos se basa en el principio de que un Estado demandado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno. El efecto de esa norma es asignar a la competencia de la Comisión un carácter esencialmente subsidiario. La premisa básica de la fórmula es que la Comisión no

> puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que encuentre que se ha cometido una violación de alguno de los derechos amparados por la Convención Americana[10].

De acuerdo con ella, la función de la Comisión IDH consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados parte de la Convención, pero no en hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

Si bien es aceptado el fenómeno de judicialización de las cuestiones vinculadas con el avasallamiento del Estado a los derechos del hombre que no encuentran reparación o tutela efectiva en el derecho interno, también resulta necesario advertir que no es posible trasladar a este tipo de procedimientos los principios y presupuestos característicos del trámite ordinario.

Que el sistema tenga reglas propias es de pura lógica, desde que existe una especialidad del trámite que tutela las libertades del hombre, y que acentúa la diferencia cuando se permite que el mismo ciudadano sea el que demande a un país, ya que si la acción quedara trabada entre Estados sería absolutamente irrelevante.

En síntesis, para explicar cómo funciona el sistema de acceso, trámite y resolución se ha puesto en marcha el llamado derecho procesal transnacional.

> Aun cuando a primera vista pudiera parecer extraño que un sector del Derecho Procesal Constitucional, que es predominantemente interno, posea proyección en el ámbito exterior del ordenamiento jurídico nacional, lo cierto es que un examen más cuidadoso nos lleva al convencimiento de que existen cada vez más relaciones, y por ello, conflictos, entre la aplicación de las disposiciones constitucionales y las que pertenecen al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte directa, por medio de mecanismos de incorporación, del orden jurídico interno, y por ello deben considerarse normas nacionales de fuente internacional. Preferimos utilizar el término 'transnacional', que es más amplio que el de derecho internacional, en cuanto el primero comprende no sólo este último, sino también al creciente derecho de la integración, que establece normas comunitarias que son

---

[10] Comisión IDH. Caso 11.671, "*Carlos García Saccone vs. Argentina*", Informe 11/98, publicado en *Informe Anual Comisión IDH* (1997) OEA/Serie L/V/II.98.

intermedias entre el derecho internacional en sentido estricto y los ordenamientos jurídicos nacionales"[11].

6. Los estándares

Garantías, principios y reglas[12] del Sistema IDH en algunos casos se vuelven estándares. Es decir vuelcan en alguno de ellos una referencia, un modelo o patrón que se pretende generalizar con el fin de unificar los criterios de aplicación de los derechos humanos.

El permiso de la extensión *para todos* de estos estándares llega de la autoridad implícita que asumen los órganos del sistema cuando un Estado adhiere a la CADH; la que mediante el control de convencionalidad va expresando el poder de decisión que se cuenta.

Sin embargo hay un léxico incomprensible en el lenguaje que los órganos expresan. En efecto, tal como mencionamos en la introducción, cuando se comparan los resultados efectivos que debe hacer un Estado para cumplir y ejecutar la sentencia transnacional, es evidente que muchas de las declaraciones que se formulan como aclaratorias del Sistema IDH, en la práctica se contradicen.

Por ejemplo, cuando se ordena dejar sin efecto una sentencia del derecho interno, que por razones técnicas y jurídicas para llegar al Sistema IDH debe acreditar ser la última decisión del tribunal de máxima autoridad del Estado parte y estar en estado de cosa juzgada, es notorio el desajuste que se produce entre manifestar que no se altera la *res judicata* con el efecto consiguiente que supone quitarle consecuencias al fallo local y privarla de cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones.

La Corte IDH suele argumentar que nunca se pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en la CADH[13]. Por eso cuando se trata del

---

[11] Héctor Fix–Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, ps. 99 y 100.

[12] Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, principios y reglas del proceso civil (Sobre el cambio en los principios procesales),* editorial académica española, Madrid, 2015, pp. 1 – 639.

[13] Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú.* Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (Competencia). Serie C,, Nº 54, párr. 37, y *Caso Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 64.

cumplimiento de las sentencias, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron.

En el caso *Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina*[14] se dijo que el cumplimiento del deber de "dejar sin efecto" las sentencias internas que se habían encontrado como violatorias de la Convención Americana, era una tarea que le correspondía a Argentina quien podría identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por el Tribunal. Esto llevó a que la Corte Suprema local interpretara que lo solicitado era "sinónimo de revocar" la sentencia emitida por dicho tribunal interno, y que ello significada exceder las potestades remediales del tribunal internacional.

Este es uno de los más evidentes antagonismos. ¿Se puede dejar sin efecto una sentencia sin afectar la cosa juzgada del derecho interno? Si la respuesta es afirmativa como pretende decirlo la Corte internacional: ¿cómo aislar las respuestas que se encadenan como etapas de revisión? Vale decir, ¿es o no una cuarta instancia?

7. Conclusiones

La formación legislativa dispuesta con un nuevo emplazamiento que no mide la importancia del modelo (*civil law* o *common law*), le pone a los Estados un formato de igualdad digno de ponderación.

En este tránsito que recorre novedades y transformaciones aparecen proclamados nuevos principios; trae y fomenta garantías para todos en identidad de situación y, para los Estados partes que aceptan la jurisdicción de los organismos que el Sistema crea, surge una nueva obligación de respeto y acatamiento que no es producto de la legislación interna, ni de acuerdos entre Estados, ni de principios de cooperación internacional.

El estándar se propone en dos niveles: para que exista comunidad interpretativa en los derechos que tratados y convenciones establecen; y con el fin de delinear un debido proceso que trasciende cuanto se aplica en la instancia contenciosa internacional.

---

[14] Discusión abierta en Argentina con el caso "Fontevecchia". CS, resolución del 14 de febrero de 2017, *"Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina"*.

En materia de técnica este es el centro de atención, pero en lo sustancial, es decir, en la materia que nutre la posibilidad de encontrar una ciencia independiente, está el control de convencionalidad, que significa interpretar la CADH, y demás tratados relacionados con derechos fundamentales.

En este orden emergen los derechos humanos, que ofrecen una cobertura general sin miradas personales ni ropajes personalizados. Florece el *ius comune* con una fuerza de convicción aglutinante que tiene en los sistemas regionales, continentales y universales un mecanismo de asistencia tutelar distinto al que en cada Estado se genera.

Hay, entonces, dos perspectivas que se reúnen en todo momento. La del material con la que trabaja la ciencia, y la forma como se garantiza un modelo de cumplimiento y ejecución cuando los Estados no respetan el compromiso asumido al adherir al Sistema.

Del encuadre preliminar aparece en primer término el derecho internacional de los derechos humanos; y del otro, el derecho procesal transnacional.

Capítulo II

Articulación de los derechos humanos en el derecho interno*

Sumario: 1. Introducción; 2. Aprobación de los tratados e incorporación al derecho local; 3. Adhesión de Argentina y México, entre otras; 4. Proyecciones e influencias de la incorporación; 5. Conclusiones: por una teoría procesal del derecho transnacional.

1. Introducción

El devenir de los tiempos con sus particularidades y preferencias fueron poniendo objetivos distintos que pasaron por épocas donde, algunas veces, se pensó en un destino común para los pueblos, fomentando un derecho de gentes; otras creyeron en la soberanía absoluta y propiciaron normas fundamentales para el Estado: es el tiempo de constitucionalismo. Después los conflictos masivos que generaron grandes guerras en el siglo XX observaron la necesidad de tener acuerdos de protección, como fue la "Sociedad de las Naciones", que poco sirvieron apenas se vio el escaso o nulo éxito de esa unión ante el impacto de la segunda guerra mundial.

Tras ella fue el tiempo de los derechos humanos. Comienza un período de prevalencia del derecho internacional, con un formato diferente al modelo de acuerdos entre Estados, que persigue instalar garantías y estándares de consenso global.

Así surgieron las bases para la promoción y protección de los derechos humanos, a partir del cual los Estados han formado un piso mínimo de derechos y garantías comprometidos con un destino común: el hombre.

A nivel regional la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969), protege los derechos fundamentales de las personas de los Estados parte, creando un sistema jurídico que tiende a consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos básicos.

Sin la intención de ahondar en las teorías que interpretan la relación entre el derecho internacional público y el derecho interno[15], en este capítulo introductorio del

---

* Sobre la base de la investigación desarrollada por el profesor Matías E. Lizatovich.

tema central a enfocar, trataremos de visualizar la forma como los Estados reciben este cúmulo de derechos elaborados que integran tratados y convenciones que, por su importancia y carácter, se introducen en el derecho interno, dando a las Constituciones un marco de referencia singular.

Vale recordar que los Estados que hayan firmado o ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), deben cumplir especialmente el artículo 27 por el cual expresamente se inhiben de invocar el derecho interno como justificativo de incumplimiento de las mandas internacionales. Los Estados de la región que actualmente han firmado o ratificado este tratado son Argentina, Brasil, Colombia, México y Uruguay.

Al hablar del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante Sistema IDH), nos referimos a los mecanismos que creó la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) para velar por la vigilancia y cumplimiento por parte de los Estados, de los derechos humanos que la Convención promueve.

Para fiscalizar la efectiva observancia de los compromisos asumidos por los Estados, la CADH señala a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (quien representa a todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos –OEA-) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órganos competentes.

También, la Carta de la OEA encomienda a la Comisión la vigilancia de respeto y acatamiento de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

---

[15] Históricamente existieron dos grandes teorías doctrinarias que trataron de determinar las relaciones del Derecho Internacional con el Derecho Interno, estas son: El Dualismo y el Monismo. El Dualismo parte de la idea de que el Derecho Internacional y el Derecho interno de los estados constituyen dos sistemas jurídicos independientes, es decir que no forman parte el uno del otro. Esto se debe, según los dualistas, a que ambos ordenamientos jurídicos tienen características diferentes (por ejemplo: rigen distintos ámbitos y distintos sujetos, mientras que el derecho internacional rige las relaciones Estado-Estado; el derecho interno rige las relaciones Estado-Individuos), y por lo tanto no debería haber conflicto entre ellos. En esta concepción, una norma de derecho internacional deberá entonces ser transformada en norma de derecho interno para poder invocarla y aplicarla en el derecho interno.

Por su parte, los Monistas aseguran que tanto el Derecho Internacional como el Derecho Interno, forman parte de un mismo sistema jurídico. Kelsen, uno de sus principales defensores argumentaba que el Derecho Internacional como el Interno, en su ordenamiento jurídico son de idéntica naturaleza, porque sus funciones y destinatarios son los mismos, por lo tanto las normas del derecho del Derecho Internacional pueden ser aplicables automáticamente dentro de un estado y obligar a los particulares y a los órganos del estado a cumplir dichas normas, siempre y cuando haya una correlación entre las leyes del Derecho Internacional Público y las leyes internas del estado.

La Comisión IDH como órgano encargado de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, tiene la facultad de recibir peticiones o comunicaciones que contengan denuncias o quejas sobre violaciones de los derechos humanos contenidos en la Convención o en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, no es un órgano jurisdiccional, por lo que una de sus labores fundamentales en este proceso es la de facilitar una composición entre las partes.

> La Asamblea General de la OEA fomentó […]: Instar a los Estados Miembros de la Organización a que de conformidad con el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas: a) concentren sus esfuerzos en la universalización del sistema interamericano de derechos humanos, aumentando el número de adhesiones a sus instrumentos fundamentales y que en tal sentido consideren, lo antes posible y según sea el caso, firmar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos del sistema o adherir a estos instrumentos; b) adopten las medidas legislativas o de otra índole que, según el caso, sean necesarias para asegurar la aplicación de las normas interamericanas de derechos humanos en el ámbito interno de los Estados; c) adopten las medidas necesarias para cumplir las decisiones o sentencias emitidas por la Corte Interamericana y realicen sus mejores esfuerzos para dar seguimiento a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; d) sigan dando el tratamiento que corresponde a los informes anuales de la Corte y de la Comisión, en el marco del Consejo Permanente y de la Asamblea General de la Organización, estudiando posibles formas de considerar el estado de cumplimiento de las sentencias de la Corte, así como el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión, por parte de los Estados Miembros de la Organización; e) contribuyan al Fondo Específico para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, destinado a incentivar contribuciones voluntarias a los órganos del sistema[16].

El procedimiento seguido ante la Comisión IDH constituye la oportunidad que tienen los Estados para alcanzar soluciones amistosas. Si no se concreta, la investigación continúa y concluye con sendos informes de propuestas y recomendaciones (arts. 50 y 51 CADH). Si bien éstas últimas carecen del carácter vinculante de una sentencia, el Estado tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicarlas, de conformidad con lo establecido por la propia Corte IDH en varias oportunidades.

> La Corte ha dejado establecido que […] "en virtud del principio de buena fe consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado

---

[16] Cfr. AG/RES. 1890 (XXXII-O/02). Evaluación del funcionamiento del Sistema IDH de protección y promoción de los Derechos Humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento (aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2002).

> internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la CADH, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión IDH que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función *promover la observancia y la defensa de los derechos humanos"*[17]. La obligación de realizar los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones tiene múltiples alcances. Es evidente que el Estado debe colocarse en una posición constructiva respecto a dichas recomendaciones, debe examinar con todo detenimiento los pasos y medidas que es menester adoptar para darles cumplimiento, debe buscar caminos que le permitan sortear los obstáculos que impiden adoptar las medidas en cuestión y debe aplicar estas últimas a cabalidad de no resultar insalvables tales obstáculos.

Por su parte, la Corte IDH posee una competencia informativa vinculante y otra contenciosa. La función aclaratoria que tiene el tribunal se manifiesta en *Opiniones Consultivas*, las que si bien en principio no son de seguimiento obligatorio, contienen la línea interpretativa y de razonamiento que integran el llamado control de convencionalidad, por lo que deben ser tomadas en cuenta por los órganos de cada Estado.

La competencia contenciosa trabaja después del informe que emite la Comisión IDH, dando lugar a un procedimiento *sui generis* que culmina con sentencias condenatorias o exculpatorias del Estado respecto a la violación o no de la CADH, las que son definitivas e inapelables. Por ello, los Estados parte que aceptaron la competencia de la Corte IDH tienen, en principio, la obligación de dar cumplimiento a las resoluciones.

Queda claro, entonces, cual es el Sistema IDH en orden al modelo de procedimiento; resta por ver cómo los Estados partes articulan los derechos humanos que este sistema protege, con su derecho interno.

Para Becerra Ramirez […]

> En el camino hacia la ratificación de un tratado se pueden observar, desde la perspectiva de la doctrina de *ius gentium*, varios aspectos que son trascendentes. Uno de ellos es que normalmente el órgano central que está autorizado para expresar la voluntad del Estado para obligarse vía un tratado es el jefe de Estado. Como sabemos, en los diferentes sistemas constitucionales la función de jefe de Estado y de gobierno se divide, como en el caso del sistema parlamentario, o bien recaen las dos funciones en una sola persona, como es el caso

---

[17] Corte IDH. Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Serie C, N° 33, párr. 80.

del presidencialismo. Pero el punto importante es que el jefe de Estado tiene el *jus representationi* a nivel internacional[18].

2. Aprobación de los tratados e incorporación al derecho local

La aprobación de tratados internacionales se puede clasificar diferenciando tres grupos, dependiendo del grado de involucramiento del Ejecutivo y Legislativo:

1. Competencia exclusiva del Ejecutivo. En este caso el jefe de Estado, sin necesidad de conformidad parlamentaria, resuelve aprobar un tratado. Este sistema era tradicional en las monarquías del siglo XIX, por ejemplo, en Francia, durante el segundo Imperio, y después retomado en ciertos Estados autoritarios durante el siglo XX, como fue Alemania entre 1933 y 1945 e Italia durante los años 1922 y 1943.

2. Competencia parlamentaria. Esta es una técnica usual en algunos Estados, que acuerdan el ingreso de los tratados si el Parlamento lo aprueba. Es propio de varios Estados europeos respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos.

3. Competencia dividida entre el Legislativo y el Ejecutivo. Es el formato común en los Estados modernos. En algunos países la autorización del Legislativo es requerida para ciertos tratados importantes, pero en otros se solicita para todos los tratados[19].

Los Estados de la región americana se encuentran en este último grupo, donde la incorporación (ratificación o adhesión) a un tratado internacional, se efectúa a través de la actividad conjunta de los poderes de administración y legislación. El ejecutivo, por lo general, es quien efectúa la negociación, la adopción del texto y la firma del cuerpo legal; mientras que el parlamento lo aprueba según las mayorías requeridas, e incluso puede desecharlo.

Con relación al Pacto de San José de Costa Rica, cada Estado lo asume con modelos que no siempre resultan semejantes. En efecto, algunos países adhieren al Sistema IDH de forma incondicionada, es decir sin reserva alguna (como son el caso de Brasil, Paraguay, Panamá, Honduras o Chile, por ejemplo); mientras que otros ingresan

---

[18] Becerra Ramirez, Manuel, *La Jerarquía de los Tratados en el Orden Jurídico Interno. Una Visión desde la perspectiva del Derecho Internacional*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

[19] Setter, Ingrid, *Ensayos sobre el derecho de tratados en Estocolmo y Londres*, Sweet & Maxwell, 1967, pp. 20-22.

con reservas (como ha sucedido con Argentina[20], México[21], Trinidad y Tobago o Uruguay[22], entre otros).

> Conforme lo define el artículo 2.1.d) de la Convención de Viena de 1969 […] "se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o adherirse a él "con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".

La Convención de Viena acepta que un Estado pueda formular una reserva a menos que: *a)* la reserva esté prohibida en el tratado; *b)* el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la que se

---

[20] Reserva: El artículo 21 queda sometido a la siguiente reserva: "El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e `interés social', ni lo que éstos entiendan por `indemnización justa'".

Reconocimiento de Competencia: En el instrumento de ratificación de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación. Se deja constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento.

[21] Reserva: El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23 ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos. Con fecha 9 de abril de 2002, el gobierno de México notificó a la Secretaría General su intención de retirar parcialmente las declaraciones interpretativas y reserva, subsistiendo en los siguientes términos: Declaración interpretativa Con respecto al párrafo 1 del Articulo 4 considera que la expresión "en general" usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados. Reserva El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.

[22] Reserva: El Artículo 80, numeral 2 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece que la ciudadanía se suspende "por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaría". Esta limitación al ejercicio de los derechos reconocidos en el Artículo 23 de la Convención no está contemplada entre las circunstancias que al respecto prevé el parágrafo 2 de dicho Artículo 23 por lo que la Delegación del Uruguay formula la reserva pertinente. El Artículo 80, numeral 2 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece que la ciudadanía se suspende "por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaría". Esta limitación al ejercicio de los derechos reconocidos en el Artículo 23 de la Convención no está contemplada entre las circunstancias que al respecto prevé el parágrafo 2 de dicho Artículo 23, por lo que la Delegación del Uruguay formuló la reserva pertinente.

Reconocimiento de competencia: En el instrumento de ratificación de fecha 26 de marzo de 1985, depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la OEA, el gobierno de la República Oriental del Uruguay declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, bajo condición de reciprocidad, de acuerdo a lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco párrafo tres, y sesenta y dos, párrafo dos.

pretende hacer y, *c)* que en los casos no previstos anteriormente la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

3. Adhesión de Argentina y México, entre otras

La decisión de adherir a la CADH (y reconocer la competencia de los órganos) tiene obligaciones y consecuencias. El plexo normativo internacional asume jerarquía dentro del derecho interno y su nivel depende del modelo como se resuelve ingresar al sistema. El punto de partida es la armonización de los ordenamientos legales, y los pasos siguientes desenvuelven el conocido desarrollo progresivo y constante de los derechos humanos que tiene la convención con el fin de comunicar el derecho interno con el internacional evitando colisiones entre ellos.

Las Constituciones de Argentina[23] y México[24] siguen el modelo de jerarquía constitucional de las normas de la Constitución de los Estados Unidos de América[25]. Allí, se dispone que los tratados internacionales tienen la categoría de ley suprema de la nación y expresamente se expresa que el tratado prevalecerá ante un caso de contraposición con el derecho interno.

A nivel regional, Argentina con la reforma constitucional de 1994 hizo vanguardia en el tratamiento jerárquico que le fue dado a los tratados internacionales de

---

[23] Constitución de la Nación Argentina. **Artículo 31**.- "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859".

[24] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Artículo 133**. "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas. (Artículo reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la federación el 29 de enero de 2016)".

[25] Constitución de los Estados Unidos de América. **Artículo Seis.** 2. "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado".

Derechos Humanos. De algún modo tenía base en el art. 105 de la Constitución para la República del Perú de 1979, que luego fue derogada[26].

La sanción del art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional[27], le otorgó jerarquía constitucional a los acuerdos sobre derechos humanos que tuvieran reconocimiento expreso del Estado. La CADH y todos los demás tratados, pactos y convenciones que se fueran sumando, dieron lugar a una especie de bloque de constitucionalidad que alteró la supremacía de la Constitución Nacional como único referente.

> Los tratado internacionales que taxativamente la letra de la norma detalla, permiten el ingreso de nuevos tratados que la Nación Argentina, a través de mayorías especiales en ambas cámaras del Congreso (aprobación de dos tercios de los miembros de ambas Cámaras) asocian y obtienen jerarquía constitucional. El último párrafo del art. 75.22 constitucional dice que […] "los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

La jerarquización constitucional da lugar a debates entre la doctrina y la jurisprudencia que lo interpreta.

En Argentina, el caso "*Analía M. Monges vs. Universidad de Buenos Aires*" da testimonio de las diferencias […]:

> "El art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquéllos '*no derogan*

---

[26] Constitución para la República del Perú. **Artículo 105.** "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución". (Estuvo vigente hasta el año 1992, cuando fue suspendida por el gobierno de Alberto Fujimori, en cuya gestión entró en vigor la Constitución de 1993).

[27] Constitución de la Nación Argentina. **Artículo 75 inc. 22**. "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual cotejan los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir […]. "De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptibles de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir" […]. "De tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución – entre ellas, el inc. 19 del art. 75– aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente".

En México, la inclusión de los tratados sobre derechos humanos proviene de larga data, pero trasciende cuando la Corte IDH condena a México y la exhorta a modificar su constitución.

El caso "*Radilla Pacheco vs. México*" del año 2009, resuelve condenar a México por violaciones a los derechos a la libertad, a la integridad personal, a la vida, y al reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Radilla Pacheco; así como a los derechos a la integridad física y mental, a las garantías judiciales y a la protección judicial de sus familiares, todo consecuencia de la desaparición forzada ocurrida en el año 1974 en el Estado de Guerrero.

Hasta ese momento, México no tenía un procedimiento interno determinado para hacer cumplir las sentencias de la Corte IDH. Luego de un importante debate jurídico, se decide reformar el artículo primero constitucional[28], que modifica la función

---

[28] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Artículo 1**: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

"Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

jurisdiccional de interpretación constitucional al sumar en el plexo jurídico del Estado los derechos humanos del Pacto de San José y la inteligencia aportada por la Corte IDH en ejercicio del control de convencionalidad.

La Suprema Corte mexicana, en la sentencia del caso 293/2011, confirmó esta interpretación y puso fin a contradicciones que fueron surgiendo en diferentes tribunales mexicanos, sobre la jerarquía que debía darse a esos tratados y convenciones. Allí también, se resolvió que los fallos de la Corte IDH tendrían carácter vinculante para los magistrados mexicanos[29].

Vale remarcar que la Corte IDH en el caso *Rosendo Radilla*, dejó de lado una reserva antepuesta por México respecto al art. 9 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, por la cual se guardó el derecho de tramitar casos de desaparición forzada de personas ante la justicia militar.

Por su parte, Colombia[30] establece en el artículo 93 de la Constitución la jerarquía de tratados y convenios internacionales, asumiendo al mismo tiempo, la interpretación que corresponde seguir para orientarse en la aplicación. El impacto de

---

"Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

"Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

[29] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de Tesis 293/2011. Sesión 26, 27 y 29 agosto y 2 y 3 de septiembre 2013. "Tema 1: Las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá atender a lo que indica la norma constitucional"**.** Tema 2: **"**La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para las y los jueces mexicanos, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a la persona".

[30] Constitución Política de Colombia 1991. **Artículo 93. "**Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2001, **con el siguiente texto:** El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él".

esto se ve en el bloque de constitucionalidad pues mediante la intervención de la Corte Constitucional se ha dicho que […]

> Si a una misma situación son aplicables la convención Americana y otro tratado internacional debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos instrumentos pero no en la convención para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce[31]

En el caso de Brasil, el artículo 4[32] de la Constitución (1988) establece que en las relaciones internacionales el Estado aplicará, entre otros principios, la prevalencia de los derechos humanos.

Este se debe interpretar conjuntamente con el apartado 2° del art. 5 de la misma carta fundamental en orden a establecer que los derechos y las garantías indicados no excluyen otros que deriven del régimen y los principios adoptados por ella, o de los tratados internaciones en que sea parte la República Federativa de Brasil.

> Según Pablo Luis Manili[33] el artículo 5 al mencionar a los tratados de derechos humanos como fuente colateral de derechos no enumerados en el texto constitucional hace que el derecho internacional de los derechos humanos se transforme en fuente de derechos con jerarquía constitucional a los efectos de completar el sistema de derechos y libertades fundamentales.

Para Flavia Piovesan[34][…]:

---

[31] La Corte Constitucional en la sentencia T-679/05 hizo una interesante diferencia, conforme el estándar de mayor protección. El caso era que Colombia podía tener derechos más amplios y expandidos que los del propio Sistema Interamericano, en cuyo caso, cuando las normas del derecho interno son más favorables a la garantía del derecho a la libertad de expresión mal podría alegarse la existencia de cláusulas más limitantes en la Convención para restringir el derecho que en el ámbito interno goza de una mayor protección.

[32] Constitución de la República Federativa del Brasil. Art. 4. La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: 1. independencia nacional; 2. prevalencia de los derechos humanos; 3. autodeterminación de los pueblos; 4. no intervención; 5. igualdad de los Estados; 6. defensa de la paz; 7. solución pacífica de los conflictos; 8. repudio del terrorismo y del racismo; 9. cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad; 10. concesión de asilo político. Párrafo único: La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

[33] Manili, Pablo Luis, *El Bloque de constitucionalidad*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 381 y ss. En especial capítulo: "*La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano*".

[34] Piovesan, Flavia, "*Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição brasileira*", en Brant, L. N. C (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo* . Curitiba, Juruá, 2011.

> En virtud del marco constitucional dispuesto se atribuye a los derechos enunciados en tratados internacionales la jerarquía de norma constitucional, incluidos en el elenco de los derechos constitucionalmente garantizados, que presentan aplicabilidad inmediata. La jerarquía constitucional de los tratados de protección de los derechos humanos deriva de la previsión constitucional del art. 5º, a la luz de una interpretación sistemática y teológica de la Carta, particularmente de la prioridad que atribuye a los derechos fundamentales y al principio de la dignidad de la persona humana. Esta opción del constituyente de 1988 se justifica ante el carácter especial de los tratados de derechos humanos y, en opinión de parte de la doctrina, de la superioridad de esos tratados en el plano internacional, teniendo en cuenta que integrarían el llamado *ius cogens* (derecho cogente e inderogable)".

En el año 2004 la Enmienda Constitucional nº 45/04, introdujo un agregado en el referido artículo 5º para establecer que […] "*aquellos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por cada Cámara del Congreso nacional, en dos rondas, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales*".

En suma, agregar en el derecho interno a tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos, tiene características distintas a las que surgen de un acuerdo bilateral. Hay en la adhesión a derechos fundamentales un carácter de supranacionalidad que se convierte en la última manifestación de voluntad del Estado procurando con ello adoptar un estándar de protección superior al que tiene. Por eso, tienen un valor prioritario de aplicación directa y operativa en su práctica inmediata.

4. Proyecciones e influencias de la incorporación

Es notorio que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno no se produce solamente por la asociación a una idea global, ni por la adhesión a un compromiso que vincula a los Estados.

El derecho es más que eso, son garantías y tienen una base en la igualdad que implica reconocimientos sin aplicaciones singulares; es decir que abandona lo que parece ser un tema de agregación normativa al derecho local, para asumir que tienen los derechos humanos una jerarquía propia que excede el pensamiento del legislador nativo.

Lo cierto es que un examen más cuidadoso nos lleva al convencimiento de que existen cada vez más relaciones, y por ello, conflictos, entre la aplicación de las disposiciones constitucionales y las que pertenecen al campo transnacional, algunas de

las cuales forman parte directa, por medio de mecanismos de incorporación, del orden jurídico interno, y por ello deben considerarse normas nacionales de fuente internacional.

Preferimos utilizar el término 'transnacional', que es más amplio que el de derecho internacional, en cuanto el primero comprende no solo este último, sino también al creciente derecho de la integración, que establece normas comunitarias que son intermedias entre el derecho internacional en sentido estricto y los ordenamientos jurídicos nacionales[35].

> Para Hitters, esta perspectiva trae como consecuencia que el clásico control de constitucionalidad realizado dentro de los países –por órganos centralizados (concentrado), o fragmentariamente por cualquiera de los jueces (difuso)– sea mucho más fascinante y abarcador, ya que se lleva a cabo por cuerpos transnacionales ejemplo, la Corte de Luxemburgo, (en el área de la Unión Europea), o por los tribunales de Estrasburgo, y la de Costa Rica en el sector de los derechos humanos, que conforman lo que se ha llamado, la justicia o el proceso supranacional, con reglas adjetivas propias[36].

El control de convencionalidad es la concreción efectiva de esa labor interpretativa, donde ya no se trata de considerar el principio constitucional de la supremacía, sino de confrontar la adaptación de ella con las normas sobre derechos humanos reconocidos e incorporados en Tratados y Convenciones. Esta suerte de erosión sobre lo interno, no es tal porque retroalimenta la fuente de protección y promoción de los derechos humanos.

> Rey Cantor sostiene que se trata de realizar un examen de confrontación normativo con un tratado internacional, lo que consecuencialmente determina el sometimiento de la Constitución al tratado de derechos humanos y, la Constitución no es la única y exclusiva norma para confrontar leyes internas, en una escala de jerarquía normativa, al activar el control de constitucionalidad, porque los tratados de derechos humanos podrán ser utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes[37].

Se origina entonces un fuerte impacto sobre la supremacía de la Constitución local que se encuentra profundamente retocada y domesticada por el derecho positivo

---

[35] Fix–Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, pp. 99 y 100.

[36] Hitters, Juan Carlos, *Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos*, La Ley, 2003-D, 1373. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Transnacional,* Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 366 y ss.

[37] Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos,* Biblioteca Porrúa de Derechos Humanos, n° 26, Porrúa, México, 2008, p. 34.

internacional[38]; así también impacta en la soberanía, el poder Constituyente y la división de poderes.

5. Conclusiones: por una teoría procesal del derecho transnacional

Lo interesante del fenómeno de adhesión se refleja en la forma como acceden los derechos humanos y también los emergentes de tratados y convenciones que los aplican y generan una interpretación activa; éste se proyecta al derecho interno y vincula (también condiciona) a los Estados en cualquiera de sus funciones esenciales (administración, legislación y justicia).

Por eso, la tarea de aplicar derechos humanos no es solo de las cortes especializadas sino de todos los jueces, promoviendo un control difuso de convencionalidad que debe ser estudiado por una ciencia especializada como es el derecho procesal constitucional del que varias veces nos hemos ocupado[39].

El principio de interpretación conforme suma la Constitución y los tratados internacionales, sin dar posibilidad alguna de ignorancia o soslayo de las sentencias que expiden los organismos del sistema. En el caso americano, la jurisprudencia de la Corte IDH irrumpe obligatoria, tanto como orientan las recomendaciones e informes de la Comisión. En el orden interno, el juez o tribunal tiene obligación de expandir el principio *iura novit curia,* e inclusive de aplicar las disposiciones pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente.

El principio "pro homine" es un resorte para la actuación promotora y tutelar de los derechos humanos, y el derecho procesal constitucional (en su cobertura como derecho procesal transnacional) funge como ciencia al servicio docente de explicar razones y posibilidades para su aplicación.

Todas estas características, provocan una ciencia nueva que denominamos *derecho procesal transnacional* que no se iguala ni relaciona con el derecho procesal civil internacional. Este se ocupa de cuestiones vinculadas con situaciones jurídicas de procedimientos que suceden con las relaciones entre Estados, sea por conflictos entre

---

[38] Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 281.

[39] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional,* tomos I y II, Porrúa, México, 2011; también *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano,* Tomos I, II, III y IV, La Ley, Buenos Aires, 2013.

ellos, o por compromisos de asistencia y reciprocidad. En cambio, en lo supranacional hay procedimientos propios que se aplican a controversias entre Estados, o de estos con particulares.

El órgano jurisdiccional no encuentra su fuente en acuerdos de colaboración, sino en adhesiones voluntarias de las naciones a un sistema regional, continental o internacional cuyas decisiones serán adoptadas para el caso concreto, pero ofreciendo al mismo tiempo, interpretaciones *conforme* a los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que se entiendan aplicables. Esta jurisprudencia unificará criterios y servirá de base para encontrar una especie de *lex universalis*.

Los mecanismos asistenciales para la defensa de los derechos humanos fuera del ámbito local, promueve que el título de derecho procesal transnacional o supranacional sea equiparado con el derecho internacional de los derechos humanos (del que sería parte como rama), o con una suerte de derecho procesal relativo a los derechos humanos, como lo llamó en forma pionera, Niceto Alcalá Zamora y Castillo[40].

La construcción teórica del proceso transnacional[41] se implementa con bases idénticas a las que tiene el derecho procesal constitucional, contando esta adhesión que formulamos con adscripciones notables[42].

La idea fuerza de esta obra de investigación es, justamente, diseñar una teoría para el proceso transnacional cuya razón introductoria hemos destacado en este capítulo.

---

[40] Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos,* Cívitas, Madrid, 1975.

[41] Gozaíni, Osvaldo A., *El proceso transnacional (Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos),* Ediar, Buenos Aires, 1995.

[42] Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La Corte Interamericana de derechos humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)", en *Panorámica del derecho procesal y convencional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2013, p. 209.

Capítulo III

La tesis de la supremacía constitucional y de convencionalidad*

Sumario: 1. Introducción; 2. Interpretación constitucional y convencional; 3. Dificultades; 4. La comunidad de intérpretes; 5. Alcance del control de convencionalidad; 5.1 Naturaleza jurídica de la sentencia transnacional; 5.2 Alcance erga omnes de la sentencia; 5.3 Revisión de la cosa juzgada; 6. Soluciones latinoamericanas para un mismo problema; 7. Conclusiones.

1. Introducción

La entrada al derecho local del derecho internacional de los derechos humanos, sumado a la obligatoriedad de seguir la jurisprudencia de los órganos del Sistema IDH, rememora una vieja discusión acerca de admitir o no, que los Tratados o Convenciones suscriptos por los Estados posean mayor jerarquía jurídica que la de sus propias constituciones; y de la respuesta a ello, surgen los interrogantes en torno a la eficacia y extensión de la jurisdicción transnacional.

El problema a desentrañar no es el modelo como se toma al Pacto de San José de Costa Rica y otros acuerdos internacionales sobre derechos humanos, que en todo caso lo analizamos en el capítulo anterior, sino de resolver la naturaleza constitucional que asumen o, en su caso, saber si el control de convencionalidad es una categoría diferente.

Este posible contraste surge de varios frentes de abordaje que se deben considerar. Algunos se concentran en distinguir el rol que tiene un tribunal de las características que posee la Corte IDH, dado que su similar Europeo afirma ser un tribunal constitucional, mientras el nuestro evolucionó del control constitucional al de convencionalidad.

También es necesario verificar la naturaleza de las resoluciones que se toman, pues cuando son propuestas y/o recomendaciones, por vía de principio no tendrían obligatoriedad; sin embargo países como Colombia y Argentina aceptan la ejecución directa.

---

* Sobre la base de la investigación desarrollada por el profesor Arturo Bianchi.

Cuando son opiniones consultivas se tiene similar encuadre de incertidumbre, pero asumido el acto como inteligencia acordada a una cláusula de la CADH, no habría dudas sobre la vinculación que importa para los órganos de aplicación del derecho interno.

Finalmente, la emisión de sentencias condenatorias a un Estado podrían ser únicamente extensibles para él, por aplicación del principio de la cosa juzgada; sin embargo, la Corte IDH sostiene que se proyecta para todos los Estados partes del Sistema IDH.

En suma, América latina tiene respuestas desiguales para este quid de atención especial. Y lo cierto es que la historia se repite porqué el tema se plantea desde la formación democrática de los Estados

> En el caso de Argentina, por ejemplo, esa discusión habría formado parte de los razonamientos que hicieron gala en ilustres como Juan Bautista Alberdi, Bartolomé Mitre o Juan María Gutiérrez allá por el siglo XIX[43]. Con posterioridad, la doctrina se encargó de poner sobre tablas el interrogante que trae saber el lugar que ocupa en el derecho constitucional interno el derecho internacional. El problema sigue siendo actual y radica en el hecho de que el derecho evoluciona conforme avanza cada sociedad en tiempos determinados y no son uniformes las interpretaciones como para poder afirmar tajantemente que una Constitución tiene mayor jerarquía normativa que un Tratado internacional o viceversa.

2. Interpretación constitucional y convencional

El tema de la interpretación jurídica tiene distintos niveles de enfoque (filosofía; teoría del derecho; derecho constitucional; derecho privado, etc.) y cuenta con un altísimo grado de sabidurías expuestas (Savigny; Betti; Cossio; Carnelutti; García Maynez; Recaséns Siches, entre muchos más), pero asentado en el derecho constitucional fue cobrando interés preferente, y mostrado como uno de los centros neuronales de la ciencia.

En verdad, el desarrollo se debió a la "justicia constitucional", pues siguiendo el argumento de Pierandrei […],

---

[43] Ver en dicho sentido el estudio de Pablo Luis Manili que hiciera, para el caso de la historia constitucional argentina, con el título: *"La supremacía constitucional y los tratados internacionales*", publicado en "Constitución de la Nación Argentina" dirigida por el Dr. Daniel Sabsay y coordinada por el autor citado, tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 1070 y siguientes.

> "la interpretación de las normas constitucionales debe adecuarse a la naturaleza fundamental de las disposiciones de la ley suprema y tomar en consideración los motivos políticos y los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos"[44].

Bien dice Fix Zamudio que […],

> "la interpretación constitucional se ha transformado paulatinamente en una labor altamente técnica que requiere de sensibilidad jurídica, política y social y, por tanto, ha sido inevitable que desembocara en el establecimiento de una justicia constitucional, de manera que actualmente impera el principio de que son los jueces ordinarios (en el sistema llamado indirecto o difuso) o los magistrados constitucionales (en el régimen concentrado o de los tribunales constitucionales) los capacitados, por la índole de sus funciones, para interpretar con mayor precisión las disposiciones fundamentales y hacerlas vivir realmente en el medio social para el que fueron dictadas"[45].

Es evidente, entonces, que la interpretación se convirtió en una tarea esencialmente jurisdiccional, y cuando ella afincó en la lectura de normas constitucionales fue preciso hurgar métodos y sistemas que lo aislaran de la interpretación jurídica de la ley[46].

Jueces del sistema difuso, o tribunales constitucionales consiguieron desde las sentencias constitucionales conformar un cuadro de resultados que no ensamblaron en la teoría general del proceso ni en las facultades constitucionales regladas por la organización suprema de un Estado, mácula que no las diluye porque tienen la impronta notoria de quedar erigidas como verdaderas sentencias normativas.

Después fueron leyes las que esclarecieron sus alcances, pero fue más el activismo judicial desenvuelto en valores, principios y relaciones con los derechos humanos, los que fundaron un nido propio que solo tomó del derecho constitucional la fuente donde abrevar; y del derecho procesal la técnica de laboreo; pero sus contenidos son independientes y dieron espacio a la formación del derecho procesal constitucional.

> Según Fix Zamudio […] "la interpretación que realizan los jueces constitucionales tiene un contenido muy extenso de valoración jurídica, si se toma en consideración que las disposiciones fundamentales poseen un alto grado de abstracción que llega a su máxima

---

[44] Pierandrei, Franco, *L´interpretazione delle norme costituzionali in Italia,* en "Scritti di diritto costituzionale", tomo II, G. Giapichelli, Turín, 1964, pp. 54 y 655.

[45] Fix Zamudio, Héctor, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* Porrúa, 2009 (6ª edición), pp. 167/168.

[46] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Control constitucional y de convencionalidad,* Nueva Jurídica, Bogotá, 2016, pp. 145 y ss.

amplitud respecto de las normas de principio o de carácter programático, y por ello las decisiones judiciales integran el contenido de estas disposiciones, que en su mayor parte formalizan principios y valores que el órgano constituyente (originario o reformador) ha considerado esenciales para la comunidad política"[47].

Este activismo tiene un abrupto desarrollo, casi avasallante, pues en apenas diez (10) sin llegar a veinte (20) años, el control de convencionalidad empujó el cambio de paradigmas, que se manifiesta en el proceso de colonización del derecho constitucional interno y en el desarrollo de un *corpus iuris internacional* que produce algunos conflictos con las jerarquías normativas.

Si al modelo de sentencias transnacionales se agrega el trabajo sin margen de apreciación (con la exclusión, además, de los jueces ad hoc) que con el respeto fundado en los artículos 1 y 2 de la CADH van generando estándares y conceptos generales, es fácil observar como la interpretación constitucional fronteras adentro se conmueve con postulados externos provenientes de un tribunal internacional y de un sistema que opina con propuestas y recomendaciones, dando lugar así a un esquema nuevo para asumir las fuentes del derecho local aplicable.

3. Dificultades

El alistamiento del derecho convencionalizado en las filas del derecho interno suma polémicas en orden a la jerarquía que tienen; dificultad que aumenta cuando se observa que la adscripción no fue uniforme en la región, al quedar muchas veces de manifiesto la influencia de la diversidad cultural, social e, incluso, jurídica, que hicieron que se adoptaran modelos constitucionales distintos y, a su turno, también aplicaron regímenes procesales desiguales.

El pensamiento elevado de quienes forjaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos –o Pacto de San José de Costa Rica–, no se ha perdido ni diluido, a pesar de estas debacles, pero se advierten debilidades que sumadas ponen en riesgo aquél propósito de consolidar en el continente americano un régimen de libertades personales, garantías colectivas y plenitud de justicia social.

En esta línea de confrontación el Sistema IDH fue siempre claro al sostener que actuaría como un mecanismo de asistencia y complemento de los Estados parte. Debían

---

[47] Fix Zamudio, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado,* cit., p. 174.

ser estos quienes concibieran la adaptación de sus ordenamientos, y acompasarlos con dicha esperanza de igualdad en las lecturas y simetría en las aplicaciones. Por eso el margen de apreciación fue un elemento poco útil para la idea fuerza impulsada, aunque al mismo tiempo, promovió conatos de resistencia. Quizás, por qué no, también esta fuese la causa por la que dejaron de intervenir los jueces *ad hoc*.

Precisamente, en el marco de la intransigencia algunos países se fueron del Sistema; otros lo habían hecho y regresaron; algunos más por decisiones políticas e ideológicas que por oponerse a la finalidad propuesta, rechazaron ejecutar decisiones transnacionales o desconocieron la autoridad jurisdiccional que en las leyes de incorporación del tratado al derecho interno se había declarado.

> Se advierte que […] "no hay uniformidad en la doctrina para determinar en un caso concreto si un tribunal se ha pronunciado conforme a derecho en ejercicio de una legítima técnica de interpretación, e integración jurídica o se ha transformado en creador del derecho, instaurador de nuevas tendencias jurídicas, imponiendo el voluntarismo judicial. Ruiz Fabri, al referirse a la dimensión creadora del derecho que tienen vía interpretación expansiva las decisiones internacionales, en especial, las jurisdiccionales -trascendiendo el caso particular y las relaciones inter-partes- , ha expresado que ese rol no depende de la voluntad del tribunal, sino de la "ratio" del dictamen[48] […]". Lo cierto es que se […] "ha abierto una importante ventana al voluntarismo / activismo judicial al valorizar los pronunciamientos de los organismos especializados de derechos humanos, los que se han caracterizado por una constante progresividad irretornable *pro homine*, y, en muchos casos, han equiparado al principio interpretativo "pro homine" (a la hora a interpretar los tratados sobre derechos humanos) con un principio general del derecho "pro homine" derogatorio o ampliatorio de normas positivas internacionales"[49].

Vale sostener así que la rauda velocidad que tomó el control de convencionalidad tiene que superar asimismo el grave contratiempo de la diversidad que le facilite encausar respuestas sin provocar polémicas.

Recordemos el pensamiento del gran jurista peruano Domingo García Belaunde cuando expresa las porfías que trae la interpretación constitucional […]:

---

[48] Ruiz Fabri, Héléne, '*La motivation des décisions dans le réglement des differends de l'OMC*', en Ruiz Fabri, H - Sorel, J.-M. (eds), *La motivation des décisions des jurisdictions internationales*, Pedone, Paris, 2008, p. 103.

[49] Drnas de Clément, Zlata, *Interpretación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.* Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Caso "*Ahmadou Sadio Diallo*", en Revista de la Facultad (Córdoba), Vol. III N° 1 Nueva Serie II (2012), pp. 291 – 314.

> "¿Es la interpretación constitucional distinta a las demás interpretaciones jurídicas? ¿Existe alguna diferencia entre la interpretación constitucional y la interpretación administrativa? ¿Están cercanos la interpretación constitucional y la interpretación penal o no? La pregunta de fondo apunta a lo siguiente: si es que la interpretación constitucional es distinta a las demás interpretaciones jurídicas -y aquí las respuestas varían-, algunos dicen que no, que formalmente son lo mismo, es decir, se trata de las mismas operaciones mentales que son válidas en todo el campo del Derecho. Pero hay autores que van más allá, e incluso sostienen que la interpretación es una sola y que lo que sucede es que cada rama del Derecho puede tener matices que no tienen otras. Por ejemplo, es claro que por analogía no pueden crearse ni delitos ni tributos. Pero, otros autores sostienen que sí, que el mundo constitucional tiene una fisonomía especial y que necesita principios o cánones propios de interpretación que la diferencian de las del resto del ordenamiento. Son, pues, dos posiciones extremas"[50].

4. La comunidad de intérpretes

Un reciente libro de Calógero Pizzolo[51] plantea la posible pérdida del paradigma constitucional, abriendo paso para que sea el derecho internacional el que se ocupe de establecer un orden común. No escapa al ilustrado profesor "Jean Monet", que el escenario jurídico se encuentra fragmentado en una diversidad de sistemas legales autónomos los cuales, lejos de encontrarse separados e incomunicados, se encuentran conectados entre sí influyéndose recíprocamente.

Dice Pizzolo […]

> En el contexto de normas interconectadas, el proceso de fragmentación permite la formación de una comunidad de intérpretes finales. Siguiendo las palabras de los jueces constitucionales italianos en referencia a la Unión Europea, con la ratificación de los Tratados fundacionales, se *ha entrado a formar parte de un ordenamiento jurídico autónomo, integrado y coordinado con el ordenamiento interno*. En igual sentido, se expresan sus homólogos alemanes […]. Dicha Comunidad se encuentra integrada, ante todo, por el intérprete de la primera palabra, esto es los jueces nacionales que ejercen de manera exclusiva la competencia de interpretar la voz –y los silencios– del constituyente. Estos jueces nacionales, en la etapa de unidad interpretativa previa a la fragmentación,

---

[50] García Belaunde, Domingo, *La interpretación constitucional en su laberinto,* en "Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad", (AA.VV.) (Director: Osvaldo A. Gozaíni), Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional – Ediar, Buenos Aires, 2017, pp. 19 – 42.

[51] Pizzolo, Calógero, *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos,* Astrea, Buenos Aires, 2017.

> ostentaban también el monopolio de la interpretación de la última palabra. Pero ocurre que al integrarse en una comunidad de intérpretes, si bien no pierden esta segunda competencia pasan a ejercerla en superposición con los demás intérpretes que forman parte de la comunidad.
>
> La posibilidad de escuchar un coro de voces sobre el contenido y alcance de los derechos humanos potencia el conflicto entre los intérpretes. La superación de un posible bloqueo a la eficacia de los derechos, lo cual acontecería frente a interpretaciones divergentes u opuestas de los mismos, es profundizar en las relaciones de cooperación. Cada uno de los intérpretes finales que hacen parte de la comunidad, cooperan entre sí, si logran desarrollar un diálogo interjurisdiccional. Precisamente, es este diálogo el instrumento idóneo para alcanzar los consensos mínimos que permita una cohabitación pacífica. Estos consensos, se expresan en técnicas de cohabitación practicadas por las partes y que, en esencia, implican un ejercicio de auto-contención o deferencia jurisdiccional.
>
> La salida que encontró la práctica jurisprudencial al problema de las normas interconectadas, es convertir el espacio común pluridimensional en un espacio de diálogo interjurisdiccional. En una unión de jurisdicciones. El diálogo, por tanto, no siempre es bilateral, también lo es multilateral y tiene como objeto la construcción de las relaciones interordinamentales[52].

El diálogo entre fuentes diversas es un modelo diferente al de la imposición jurisprudencial cuyo formato puede ser más propio en el *common law* que en el derecho continental (*civil law*). Con la pluralidad de intérpretes se consiguen ampliar los puntos de vista, es cierto, siendo más un proceso de adaptación final que trabaja sobre el consenso, antes que un ejercicio puro de aplicación de precedentes obligatorios.

El poder jurisdiccional que tienen las sentencias de la Corte IDH es indudable; más encuentra en la ausencia de un régimen concreto de ejecución directa e inmediata, el trance que resquebraja dicha autoridad.

Es cierto que tanto la Comisión como la Corte IDH subrayan el rol vigilante que tienen para atender que los Estados den estricta observancia de las normas convencionales y los principios del debido proceso y el juicio justo[53]. Este no es el

---

[52] Pizzolo, Calógero, *Una aproximación a las técnicas de cohabitación en una comunidad de intérpretes finales,* en "Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad", (AA.VV.) (Director: Osvaldo A. Gozaíni), Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional – Ediar, Buenos Aires, 2017, pp. 75 – 90.

[53] Comisión IDH. Informe N° 97/03, Caso *Fondo Gary T. Graham*, actualmente conocido como *Shaka Sanfoka vs. Estados Unidos*, 29 de diciembre de 2003. Véase, por ejemplo, *McKenzie y otros c/ Jamaica*, supra, párrafo 188, en que se cita, *inter alia*, *Woodson c/ Carolina del Norte*, 449 L Ed 944, 961 (U.S.S.C.). La Comisión antes sostuvo que el carácter irrevocable e irreversible de la pena capital hace de ella una forma de castigo que difiere en sustancia, así como en grado, de otros mecanismos de castigo, lo

problema, sino otro: ¿por qué diluir el poder jurisdiccional en la interpretación del Estado que debe cumplir una sentencia?

La diferencia puede estar en un problema comunicacional del Sistema, que apoyado en el rol de Ministerio Público que investiga si dentro de un Estado se cumple con los derechos humanos, decide encaminar ante la Corte una etapa contenciosa contra dicho Estado confrontando entonces con sus políticas internas.

De ello surge que al confrontar su comportamiento con los derechos humanos verifica al mismo tiempo el proceso judicial que se convierte en el testigo documental de las posibles violaciones, generando entonces la confusión de actuar sobre un caso propio, o en realidad obrar como una cuarta instancia en esta etapa preliminar al juicio de la Corte IDH[54].

Inexcusablemente, como no se puede sostener que la Comisión sea un organismo de continuación jurisdiccional, es común que se apele a argumentos altisonantes que poco sirven para evitar el desconcierto[55].

De allí que la inteligente postura de Pizzolo deba confrontar con la realidad de los hechos, porque no se dialoga cuando se exige seguir temperamentos adoptados, siendo entonces inevitable comprobar la eficacia que se persigue para dotar de obligatoriedad a las decisiones transnacionales.

Este planteo trae numerosas polémicas. De las muchas, una reciente surge del caso *Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina*[56] que declaró responsable internacionalmente a la República Argentina por la violación del derecho de libertad de

---

que justifica la aplicación de un criterio especialmente estricto de confiabilidad para establecer si una persona es responsable de un delito que dé lugar a la imposición de la pena de muerte.

[54] La Comisión ha sostenido firmemente que cuando está de por medio una posible violación de los derechos de una persona en el marco de los instrumentos interamericanos sobre derechos humanos pertinentes, la fórmula de la cuarta instancia no se aplica y la Comisión puede considerar el asunto. Comisión IDH. Informe Nº 39/96, Caso 11.673: *Marzioni vs. Argentina*, 15 de octubre de 1996.

[55] Es así que tienen que fundarse excepciones a la "fórmula de la cuarta instancia" que se explicitan con términos como los siguientes […] En las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de un sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los tribunales competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean. Cuando es evidente que ha existido una violación de uno de los derechos protegidos por la Convención, la Comisión tiene competencia para entender en el caso. La Comisión está plenamente facultada para fallar con respecto a supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales internos que den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención. Comisión IDH. Informe n° 7/98. Caso 11.587. *Emiliano Castro Tortino vs. Argentina.* 2 de marzo de 1998.

[56] Cfr. Caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 238.

pensamiento y expresión, en perjuicio de las víctimas periodistas que, al momento de los hechos, se desempeñaban como director editorial de la Editorial Perfil Sociedad Anónima y director editorial de la revista Noticias, que era publicada por la referida empresa.

Una de las partes de la sentencia sostiene que […]

> El Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que éstas tengan respecto de terceros; a saber: *a)* la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico; *b)* la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia; tales montos deberán ser reintegrados con los intereses y actualizaciones que correspondan de acuerdo al derecho interno, y *c)* así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones. A efectos de cumplir la presente reparación, el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias, y cuenta para ello con el plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia.

Notificada al Estado se derivó la ejecución a la Corte Suprema de Justicia que resolverá –por mayoría– cumplir parcialmente, desechando dejar sin efecto la sentencia que oportunamente había dictado.

La oposición expuesta argumentó que el Sistema IDH constituye un marco de naturaleza coadyuvante o complementaria del derecho interno de los Estados, que no instala a la Corte IDH como una instancia más, ni construye una "cuarta instancia", con potestad de revisar o anular decisiones jurisdiccionales estatales.

Obviamente, al despojarle autoridad para revisar la cosa juzgada y dejar sin efecto una sentencia del más alto tribunal de la nación, revela el conflicto que así lo expresa […]

> "Revocar la sentencia firme dictada por éste Tribunal, implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial Argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional"[57]. Aun así, enfatiza ese voto del Tribunal sobre el final, que lo resuelto en el caso […] "no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del Artículo. 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la

[57] CS, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe Sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (La Ley 20/02/2017, p.9; Cita Online: AR/JUR/66/2017). Voto mayoritario, considerando 18.

> cual tiene competencia el tribunal internacional (artículo. 63 CADH; artículos 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional)"[58].

El 18 de octubre de 2017, en sentencia de supervisión, la Corte IDH adoptó una suerte de esclarecimiento al conflicto. Las presentaciones que habían hecho ante el tribunal diversas entidades sugerían las consecuencias que entendían provocaba el fallo de los magistrados supremos, sosteniendo que eran limitaciones inaceptables a la ejecución de las sentencias internacionales; que constituía un desafío estructural a la eficacia del Sistema IDH en la República Argentina con derivaciones significativas para la ciudadanía.

La Corte IDH dijo […]

> Los Estados parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. En lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron[59].

5. Alcance del control de convencionalidad

El escenario donde trabaja el Sistema IDH tiene múltiples actores que disputan el rol principal. Es una obra donde el eje central puede atrapar temas distintos y desorientar al espectador que no reconoce cual es el centro de la trama. Pero también es cierto que, al mismo tiempo, al observador le ofrece la posibilidad de comprender la finalidad que tiene la faena tanto como saber el objetivo que se quiere fundamentar[60].

---

[58] CS, ibídem, voto mayoritario, considerando 20.

[59] Resolución de la Corte IDH, 18 de octubre de 2017, Caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* (cumplimiento de sentencia), párr. 14.

[60] Esta sutil distancia entre objetivos propuestos y realidades contempladas, puede sintetizarse en marcos desiguales. Por ejemplo: el fin principal del Sistema IDH puede ser la tutela efectiva y continua de los derechos humanos, de modo que cuando un Estado deje de cumplir con ello, en forma sistemática o en casos puntuales, será menester de la Comisión y de la Corte IDH, promover las correcciones y tomar las decisiones que cupiesen. En cambio, no escapa la posibilidad de que a través de estándares (que incluye las propuestas y recomendaciones, como a las opiniones consultivas) el sistema diseñe, bajo el principio de igualdad constitucional y el parámetro de la convencionalidad, un modelo para el debido proceso, cuyos contenidos mínimos se presentan y que cada Estado podrá aplicar conforme sea el régimen jurídico interno. En tercera línea y sin que tenga una escala jerárquica menor, aparece la promoción de un *corpus iuris interamericano* que funge como una sombrilla protectora de los condicionantes locales. En fin, cada uno tiene reservas posibles, como lecturas encontradas, pero todas ellas tienen el mismo problema: el

Esta resolución de fecha 17 de octubre de 2017 en el caso recién informado (*Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*) ilustra con ejemplos que da la propia Corte IDH sobre la intención que se procura alcanzar cuando, después de verificado el incumplimiento del Estado sobre la defensa efectiva –sustancial o procesal– de los derechos humanos, se dicta una sentencia que parece revocar una sentencia del derecho interno.

5.1 Naturaleza jurídica de la sentencia transnacional

El primer aspecto a ocuparnos, sin que sea el más trascendente, es la naturaleza que tiene la sentencia transnacional. Se afirma que […]

> Los fallos de la Corte son definitivos e inapelables, y produce los efectos de autoridad de cosa juzgada internacional[61]. El cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia es una obligación que no está sujeta a condiciones, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, "los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Dichos Estados tienen la obligación convencional de implementar tanto en el ámbito internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las Sentencias, y de no cumplirse se incurre en un ilícito internacional[62] . Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional[63].

Sin perjuicio de ampliar más adelante, no se puede eludir la comparación que resulta de confrontar la arquitectura que construye una sentencia transnacional respecto de aquellas que provienen de procedimientos comunes o constitucionales.

---

cierre del proceso transnacional queda en manos del Estado y puede éste elaborar con cierta discrecionalidad la respuesta que quiera dar.

[61] Cfr. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo de 2013, Considerandos 61 y 68.

[62] Cfr. Cfr. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14, párr. 35; Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 17 de noviembre de 1999, Considerando 3, y Caso *López Lone y otros vs. Honduras*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 25 de mayo de 2017, Considerando 14.

[63] Cfr. Caso *Gelman vs. Uruguay*, supra nota 25, Considerando 59, y Caso *López Lone y otros vs. Honduras*, cit., considerando 14.

En efecto, lo primero que se visualiza radica en el tribunal que interviene a instancia de un autonominado Ministerio Público del Sistema IDH, dando lugar a una etapa contenciosa destinada a verificar la responsabilidad internacional del Estado denunciado.

No se trata de una intervención sin caso, es decir que no resolverá en abstracto, ni hará declaraciones académicas. Hay un conflicto que supera la etapa formal de admisión e investigación preliminar, que lleva a un proceso bilateral, contradictorio que culminará con una sentencia que –como fue dicho– tendrá efectos de cosa juzgada internacional.

Este resultado, podría ser comparable con la *cosa juzgada constitucional*, que pone a la decisión ante requerimientos propios de la naturaleza jurídica que perseguimos encontrar. Es en este territorio donde se ha de definir si la sentencia crea derechos o solo interpreta con lectura propia e inapelable lo que dice la CADH y demás tratados que considere.

Sin embargo, la equiparación no es posible, apenas se advierte que, por vía de principio, un tribunal constitucional trabaja sobre normas y efectos; y el caso internacional surge de actos lesivos del Estado que dejan de cumplir con normas asumidas al reconocer el tratado. Por eso es que no se pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados[64].

Lo expuesto podría colegir una audacia más de la interpretación, con el fin de poner en duda la naturaleza procesal de la sentencia internacional, al faltar en ella los poderes de la jurisdicción, y esencialmente el de ejecutar las decisiones que toma, que las deriva al derecho interno sosteniendo que los condenados han de proceder conforme la buena fe (*pacta sunt servanda*).

> La Corte IDH ha sostenido reiteradamente la obligatoriedad cuando en dos casos contra Venezuela (casos *Apitz Barbera y otros* y *López Mendoza*), el Estado sostuvo que no daría cumplimiento a las sentencias con base en que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de ese país emitió decisiones en el 2008 y 2011 que declaraban la "inejecutabilidad" de tales sentencias de la Corte IDH, afirmando entonces que, aun cuando exista una decisión del tribunal de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional

---

[64] Cfr. Cfr. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, N° 54, párr. 37, y Caso *Gelman vs. Uruguay*, cit., considerando 64.

> declarando tal "inejecutabilidad", ello no puede oponerse como una justificación para el incumplimiento de lo dispuesto por este tribunal internacional[65].

También ampliaremos este posible desajuste teórico que comprende la tesis de jurisdiccionalizar la tarea de la Corte IDH.

5.2 Alcance erga omnes de la sentencia

La cosa juzgada internacional tiene alcance para todos, desde que el modelo de pronunciamiento es de interpretación, dejando en la parte de reparaciones cuanto constituye la condena particular al Estado parte.

Como es una sentencia que se modula con los efectos del control de convencionalidad, vincula a todos los Estados y se aplica en toda su fundamentación.

> Al fin y al cabo, la propia definición de *ius cogens* abarca la idea de "comunidad internacional en su conjunto", según el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Sería artificial defender que la identificación de una norma de este tipo, que trata los intereses comunes de los miembros de la comunidad internacional, fuese restringida apenas a las partes en disputa en un caso judicial. Artificial porque atentaría contra la propia función de las normas *ius cogens*, que poseen efectos *erga omnes*, en el derecho internacional. Incluso en la Corte IDH, no se puede simplemente excluir los efectos *erga omnes* de las decisiones que implican la identificación de normas *ius cogens*. En algunos casos, la Corte constató la violación de una norma de este tipo, como en los casos *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* o *Gomes Lund vs. Brasil*. En estas situaciones, y en lo que se refiere a la norma *ius cogens* identificada, es perfectamente coherente -aunque esto no reduzca la complejidad de la situación– defender la tesis del efecto *erga omnes* de las sentencias. Sin embargo, la Corte Interamericana parece estar yendo más allá. Se impone la obligación de control de convencionalidad, teniendo necesariamente en cuenta la interpretación que ese tribunal internacional da a la Convención Americana, no solamente en casos que involucren violaciones de normas ius cogens. Se da a entender, por tanto, que todos los casos juzgados por el tribunal internacional están dotados de efectos *erga omnes*[66].

---

[65] Cfr. Caso *Apitz Barbera y Otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 23 de noviembre de 2012, Considerando 39, y Caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 20 de noviembre de 2015, Considerando 8

[66] Bandeira Galindo, George Rodrigo, *El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* en *Protección multinivel de Derechos Humanos,* Brasilia, 2012, pp. 255 – 273.

Argentina cuestiona este alcance en el citado caso *Fontevecchia* donde deja de cumplir la sentencia condenatoria en toda su extensión arguyendo que las decisiones que se toman en procesos contenciosos contra el Estado son, en principio, de cumplimiento obligatorio; pero esta obligatoriedad alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. Y como se entendió que al ordenar que se *dejara sin efecto* una sentencia dictada por la Corte Suprema, importaba revocar la cosa juzgada, lo interpretó como un exceso no contemplado por el artículo 63.1 de la CADH.

En definitiva, como explicamos a continuación, es este un conflicto competencial, si consideramos que es un deber del Estado adecuar la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención, lo que significa suprimir reglamentos, actos y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio.

Y si este deber de actuar se pone en el Estado administrador –no en los jueces–, estaba claro que se podía cumplir sin entrar en la controversia generada. En suma, es el Estado quien debe satisfacer la derogación o anulación de normas o prácticas que tengan impacto inconvencional así declarado, y por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro.

La propia Corte IDH le dice en la resolución antes mencionada que […]

> En el cumplimiento del deber de "dejar sin efecto" las sentencias internas que se determinaron en la sentencia del presente caso como violatorias de la CADH, correspondía a Argentina identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por este tribunal. En su decisión la Corte Suprema interpretó que lo solicitado era "sinónimo de revocar" la sentencia emitida por dicho tribunal interno en el 2001 Al ordenar esta reparación la Corte IDH no indicó que para cumplirla el Estado tuviera necesariamente que "revocar" dichos fallos. Es por ello que en el párrafo 105 de la Sentencia se dispuso que el Estado debía adoptar "las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias" para "dejar sin efecto" tales sentencias.

5.3 Revisión de la cosa juzgada

En nuestra opinión se tiene que reconstruir la naturaleza funcional de la Comisión IDH sin continuar mencionando como "cuarta instancia" un procedimiento que no es de revisión propiamente dicho[67].

La cosa juzgada puede tener límites temporales, y es constante aceptar que cuando las circunstancias que dieron lugar a una sentencia han cambiado, es factible reciclar las cosas llevándolas a un nuevo emplazamiento. Esta posibilidad tiene restricciones cuando hay derechos consolidados o han generado efectos jurídicos que se vienen cumpliendo amparados por la impronta de la definitividad de la sentencia.

Ahora bien, si la actuación de los órganos del Sistema es para verificar si en el Estado denunciado se han respetado los derechos y garantías de las personas físicas, no es el derecho interno cuanto se tiene que cotejar, sino el encuadre que tiene dentro del bloque de convencionalidad y en particular los derechos que tiene la Convención Americana.

Dentro de ellas están las garantías, principios y reglas del debido proceso, de forma tal que, por implicancia manifiesta, cuando se señala al Estado que dejó de cumplir con tal o cual precepto, al mismo tiempo le dice que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada está teñida de inconvencionalidad.

No está señalando que se revoca la sentencia, porque no es esa la función que denuncia, sino que la política del Estado que permitió esa actuación es contraria a las normas del Pacto de San José de Costa Rica.

Se abre así un espacio para deliberar si hay confrontación entre el control de constitucionalidad aplicado por el derecho interno y el control de convencionalidad que concreta la justicia transnacional[68].

---

[67] Gozaíni, Osvaldo A., *La revisión de la cosa juzgada local en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Ley, 2017-B suplemento del 24 de abril de 2017, pp. 1 y ss

[68] En la sentencia del caso "*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*", la Corte se pronuncia por primera vez sobre la cuarta instancia como excepción preliminar. El conflicto se suscita porque México alega que los recursos internos fueron resueltos conforme a las reglas del debido proceso de la Convención Americana y aplicando *ex officio* el control de convencionalidad. Sin embargo la Corte contesta que el planteamiento del Estado mexicano versa sobre cuestiones de fondo, es decir, México alega la inexistencia de violaciones de derechos humanos, cuando esa es precisamente, la cuestión de fondo. Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 220, párr. 21.

La cosa juzgada impide que se reabran procesos que se amparan en la regla *non bis in idem*, pero la cosa juzgada internacional es diferente y se explana en un territorio distinto donde siempre están referenciados los derechos fundamentales.

Esta es una diferencia que no fue advertida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina[69], que llevó al tribunal americano a decir […]

> La Corte recuerda que esa misma reparación de "dejar sin efectos" sentencias internas ha sido cumplida por otros Estados y por Argentina en casos similares a éste, en los que se constató una violación a la Convención Americana por la imposición judicial de responsabilidades penales o civiles ulteriores contrarias al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión[70]. Para dar cumplimiento a esa reparación los Estados han adoptado diferentes tipos de medidas o acciones y lo han comunicado a la Corte, la cual realiza una valoración en cada caso concreto. Entre tales medidas o acciones los Estados han efectuado las siguientes: acuerdo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia disponiendo remitir el fallo a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que revisara la sentencia penal condenatoria y emisión de una posterior sentencia de revisión por dicha Sala Penal[71]; emisión de una decisión judicial mediante la cual el mismo tribunal penal que emitió la sentencia penal violatoria a la Convención ordenó que se dejara sin efecto en todos los extremos dicha sentencia y emisión de una sentencia contencioso administrativa para ordenar al Estado la restitución de las sumas que habían pagado las víctimas por concepto de la condena que recibieron en la acción civil resarcitoria por daño

---

[69] CS, 14 de febrero de 2017, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina"*.

[70] En el caso *Herrera Ulloa* se ordenó a Costa Rica "dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia [penal condenatoria] emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José" en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa. En el caso *Palamara Iribarne* se ordenó a Chile "dejar sin efecto […] en todos sus extremos, las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne: la sentencia de 3 de enero de 1995 de la Corte Marcial de la Armada en la Causa Rol N° 471 por el delito de desacato y las sentencias emitidas por dicha Corte Marcial […] el 3 de enero de 1997 y por el Juzgado Naval de Magallanes el 10 de junio de 1996 por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares". En el caso *Kimel* se ordenó a Argentina "dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se derivaran". Para ello el Estado debía dejar sin efecto "la sentencia condenatoria emitida en contra del señor Kimel, que implicó la violación de su derecho a la libertad de expresión en todos sus extremos". En el caso *Tristán Donoso* se ordenó a Panamá "dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Santander Tristán Donoso y todas las consecuencias que de ella se derivaron". Cfr. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, N° 107, punto resolutivo cuarto; Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, N° 135, punto resolutivo décimo segundo; Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, N° 177, punto resolutivo séptimo, y Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, N° 193, punto resolutivo décimo cuarto.

[71] Cfr. Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 1 de septiembre de 2010, Considerandos 12 a 19.

> moral relacionada con la referida sentencia penal violatoria de la Convención[72]; resolución del Director del Servicio del Registro Civil que ordenó la eliminación de antecedentes penales del Registro General de Condenas[73]; y emisión de sentencia de revisión penal de la sentencia violatoria de la Convención[74].

Cada uno de estos cuestionamientos técnicos y materiales que se oponen al progreso efectivo de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno, de alguna manera son producto de un déficit teórico en la explicación científica del Sistema.

Cuando el Estado encuentra intransigencias que entiende justificadas, en lugar de buscar soluciones que den plenitud a la eficacia de tutela, consagra obstinaciones poco útiles que postergan *sine die* las reparaciones ordenadas para subsanar la violación en su perjuicio. No hay que olvidar que la ejecución de las sentencias de la Corte IDH es parte fundamental del derecho de acceso a la justicia internacional[75].

> Con su argumento relativo a que la Corte IDH "no puede constituirse en una instancia revisora de las decisiones de la Corte Suprema", dicho tribunal interno parece partir de que sería adecuado dejar subsistente un acto jurisdiccional violatorio de la CADH sólo porque fue un acto emitido por el más alto tribunal de Argentina. Con ello, sugeriría que es el único tribunal del Estado cuyas decisiones no pueden ser dejadas sin efecto a pesar de ser violatorias de derechos humanos. Para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado, independientemente de sus funciones o jerarquía, puede generar la responsabilidad internacional del Estado. Al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas la Corte Interamericana no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales internos, sino que determina si éstos han incurrido en sus decisiones en alguna violación de los derechos humanos u obligaciones internacionales reconocidos en los tratados sobre los cuales este Tribunal tiene competencia[76].

---

[72] Cfr. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 22 de septiembre de 2006, Considerandos 10 a 12 y 19, y Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 22 de noviembre de 2010, Considerandos 7 a 10 y 19.

[73] Cfr. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 30 de noviembre de 2007, Considerandos 20 a 22 y 39.

[74] Cfr. Caso *Kimel vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 5 de febrero de 2013, Considerandos 5 a 12.

[75] Cfr. Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia, párrs. 82 y 83, y Caso *Supervisión conjunta de 11 casos vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 21 de agosto de 2014, Considerando 14.

[76] Resolución de la Corte IDH de 17 de octubre de 2017 en *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*

6. Soluciones latinoamericanas para un mismo problema

Las razones que estorban la identidad de soluciones en el tránsito del control constitucional al de convencionalidad, en miras a conseguir cierta homogeneidad de interpretación y ejecución, se pueden encontrar en distintas cuestiones, donde lo procesal tiene evidente participación.

Por ejemplo, la disparidad de los sistemas de control de constitucionalidad internos que tienen los países americanos[77] y, por otro lado –pero no menos importante– el hecho de tener que aplicar jurisprudencia de los órganos de interpretación del Sistema que no atienden los casos con el margen de apreciación nacional (es decir que emiten decisiones generales sin considerar idiosincrasia ni peculiaridades de cada Estado parte), adquiere un evidente contraste que se puede ver claramente con la obligatoriedad y efectos que se le dan a las resoluciones de la Corte IDH.

Esta disputa recuerda el aprieto que trajo a los Estados tener que resolver sobre la jerarquía del derecho internacional que podía estar en contrapunto con las normas fundamentales de cada país.

Los más destacados constitucionalistas han llegado a ciertas conclusiones que podríamos sostener como mayoritaria[78]. Esta mantiene la tesis que, si en las Constituciones internas se les reconoce a ciertos tratados igual jerarquía normativa que las propias Constituciones, cuando el derecho interno preexistente a la vigencia y reconocimiento de un tratado o convención por un Estado entran en contradicción, lo que sucede es que el derecho interno queda derogado por la normativa internacional. Mientras que cuando una ley local posterior a la vigencia y reconocimiento de un tratado o convención suscripta por ese Estado contradice sus postulados, debe considerársela inconstitucional.

En nuestros días se suma el control de convencionalidad y, en consecuencia, cuando una ley local, incluso la Ley Suprema, entra en contradicción con un tratado o convención agregado al texto constitucional con jerarquía asimilada, la ley local no sólo

---

[77] V.gr.: Colombia, con un sistema de control de constitucionalidad concentrado; Argentina, con un sistema de control de constitucionalidad difuso; México con control compartido, etc. Ver por todos: Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano,* Tomo II (en especial), La Ley, Buenos Aires, 2014.

[78] Goldschmidt, Werner*, Derecho internacional y derecho interno argentino*, ED, 7-784; Bidart Campos, Germán J., *Manual de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, p. 285; entre otros.

resulta inconstitucional, sino que lisa y llanamente puede afirmarse que resulta también inconvencional.

Los fundamentos del razonamiento se deben encontrar en el régimen de los tratados, cuyo anclaje está en el artículo 27 y en un pasaje del preámbulo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969).

> En el primero se estableció la siguiente directiva: *"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".*
>
> En dicho artículo 46, a su turno, se previó que: *"1) El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2) Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y a la buena fe".*
>
> Luego, en el preámbulo, de un modo más amplio se le reconoció a los principios de libre consentimiento, al de buena fe y a la regla *"pacta sunt servanda"* un carácter obligatorio que se reafirma ante las Naciones Unidas con las declaraciones de inobservancia de los tratados y/o convenciones que no fueran cumplidos por los Estados signatarios.

7. Conclusiones

El problema así planteado podría quedar resuelto si en lugar de establecer un orden jerárquico de normas en escala de aplicación, se viera el modo como se cumplen por el derecho interno las decisiones supranacionales. Creemos que en lo que se debe hacer foco es en sortear el desafío de conjugar dichas normas (constituciones y tratados) e instrumentarlas de modo tal que en ningún caso se lleguen a violentar las garantías que tanto en los órdenes internos como en el transnacional se busca proteger.

Ese debe ser el fruto del trabajo del diálogo jurisprudencial que debiera existir entre las Cortes locales y la Corte IDH. Pero dialogar no es imponer, sino conversar y ver que el tipo de procedimiento que se sustancia ante los tribunales internacionales sobre derechos humanos, no es un juicio donde el resultado tenga necesariamente que llevar a que alguien gane y otro pierda.

En efecto, cuando se trata de un proceso transnacional, son los Estados quienes, generalmente, son los condenados por el incumplimiento de algún Pacto o Convención. Pero esas condenas no pueden cumplirse a costa de una nueva violación de las mismas garantías o derechos que el fallo internacional intentó realzar en sustento de los compromisos *ex ante* asumidos por los Estados.

Capítulo IV

La tesis de la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Sumario: 1. Introducción; 2. Fiscalización constitucional y control de supremacía; 3. Primacía de los derechos humanos; 4. El poder jurisdiccional de la Corte IDH; 5. La Corte IDH como Tribunal Constitucional; 6. El conflicto sobre la mayor supremacía; 7. Conclusiones.

1. Introducción

La prédica que hace el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema IDH) sobre el carácter complementario de su intervención parte desde el mismo Preámbulo de la Convención Americana (CADH) cuando reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados.

Parece claro que la función prevista es subsidiaria, y porta el firme deseo de ser guía de orientación para la eficacia sustancial y la ejecución completa de los derechos y libertades por ella contemplados.

Todas las personas quedan garantizadas por el efecto útil que los Estados deben dar al comprometerse a cumplir el pleno ejercicio de los derechos humanos, y para que esto no sea una mera declaración, la tarea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha enfatizado la sumisión que se debe hacer al control de convencionalidad.

La trascendencia de esta intervención produce innovaciones en el control de constitucionalidad interno, de modo tal que la norma fundamental también se impacta con la jurisprudencia interpretativa de contenidos que hace el tribunal internacional, alterando de suyo la tradicional pirámide que en su vértice superior alojaba la carta

---

* Sobre la base de la investigación desarrollada por la profesora Graciela Mabel Oriz.

magna del Estado, para permitir un residente más con pactos y convenciones sobre derechos humanos, que se instalan allí para darle un sesgo diferente al principio de la supremacía constitucional.

Asume entonces cierta vaguedad afirmar que el Sistema Interamericano es exclusivamente subsidiario de los sistemas internos; e inclusive, al tener jerarquía constitucional el control de convencionalidad, no parece posible aislar la concurrencia de derechos, deberes y garantías que se suman al contenido dogmático de la Constitución, obligando al que interpreta a tener una doble referencia: la que proviene del órgano jurisdiccional local que asume la función de cierre de la interpretación constitucional; y la que llega de la Corte IDH que al dar inteligencia de contenidos y aplicación a los derechos humanos, se vuelve obligatorio para el derecho interno.

Larga es la disputa entre internacionalistas que debaten sobre este poder de los órganos del Sistema IDH, pues mientras unos resaltan que la actuación de ellos siempre es posterior a los hechos que se deben resolver tras haber agotado los recursos internos; otros argumentan que la obligatoriedad no es un efecto de la interpretación en el caso, sino un postulado que rige como principio obligatorio conforme el deber que surge de los artículos 1 y 2 de la CADH.

El primer aspecto lo sostiene la propia Corte IDH cuando afirma que […]

> Esta naturaleza ha sido reconocida no sólo por el Sistema Interamericano sino, además, por otros sistemas regionales, como es el caso del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha expresado que la protección establecida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es subsidiaria al sistema nacional de protección. El Convenio Europeo permite a cada Estado Parte, en primer lugar, la tarea de asegurar los derechos y libertades consagradas. La institución creada por ella, hace su propia contribución a dicha tarea, pero se ve involucrada sólo mediante procedimientos contenciosos y cuando todos los recursos internos han sido agotados (art. 26). De lo anterior, se obtiene que la Corte Europea reconoce de una manera clara y precisa la importancia de brindar al Estado la posibilidad de reparar las vulneraciones a los derechos humanos por medio del agotamiento de todos sus recursos internos, relacionando esto íntimamente con el fin mismo de los sistemas internacionales que es el brindar una protección a aquellos derechos cuando los Estados no lo hayan hecho[79].

---

[79] Corte IDH. Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Sentencia de 30 de junio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 197, voto en disidencia de Einer Elías Bier

El segundo, en cambio, plantea transitar un camino más complejo porque la función jurisdiccional del Sistema IDH parece encumbrar desde la obligatoriedad del control de convencionalidad una suerte de nuevo poder que excede la función de equilibrio entre fuerzas existentes.

Con este argumento Graciela Oriz dice que […]

> Es posible afirmar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un poder más que cumple una función reguladora, limitadora y de control respecto de los poderes del Estado. Con el agregado que no se limita como los demás poderes (legislativos y ejecutivo) o tribunales ordinarios (poder judicial), a interpretar la ley, sino que además es creadora de normas jurídicas; ella puede dar instrucciones o límites a los poderes sobre cómo debe llevar a cabo la función ejecutiva, de legislar y la jurisdiccional, sobre derechos humanos, sino se quiere incurrir en una inconvencionalidad[80].

2. Fiscalización constitucional y control de supremacía

Existe en la doctrina varias definiciones para significar el "poder". Es algo más que un concepto con una idea implícita; puede tener comprensiones distintas según sea el lugar y circunstancia cuando de él se habla. En ciertas ocasiones el único poder aceptado es el del pueblo, desde el cual parten facultades o potestades para administrar, legislar, juzgar o fiscalizar la tarea de cada uno; en otras, se prefiere darle autonomía a los poderes dando origen a la teoría de la separación básica de ellos; es decir, del Poder Ejecutivo; el Legislativo y el Judicial.

Cuando se busca el punto de partida enseguida surge la figura de Montesquieu, que apuntaló el aislamiento de la gestión propia de cada estamento del poder, respecto del pueblo que según sus dichos era el poder en sí mismo. Pero en realidad fue Rousseau quien desde el "contrato social" entendió que la voluntad divina del pueblo se expresaba en las leyes que los representantes emitían, los administradores aplicaban y los jueces controlaban en su eficacia.

Es el tiempo del constitucionalismo incipiente donde era más profunda la grieta entre el monarca y la nobleza que entre el gobernante y los súbditos, e inclusive a la

---

Morales. Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 207, párr. 22.

[80] Oriz, Graciela M., *El quinto poder. Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Tesis presentada en la Maestría en Derecho Procesal Constitucional, que desarrolla la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 2017.

burguesía de entonces. De allí que no sea referencia más que anecdótica la de fundamentar la división de poderes en el Iluminismo francés.

Ya en el siglo XX la impronta del positivismo y la creación de Tribunales Constitucionales toma a la sociedad en una perspectiva muy diferente a la del siglo anterior. Los poderes se diluyen sin mantener centros referenciales. No hay estrictamente hablando un poder sobre otro, sino un reaseguro de independencias que con un matiz heterogéneo en América lo definieron como sistema de contrapesos (*check and balance*). Las preocupaciones primeras fueron sustentar mecanismos de protección internacional que reaccionaran contra los embates de fuerzas militares (así nació la Sociedad de las Naciones), después se refuerzan los derechos humanos y, con la Declaración Universal, comienza otra era.

En este devenir histórico, sin demasiada prolijidad expositiva, se debe resaltar la función normativa de la Constitución que podría considerarse como una creación análoga a la historia de Ulises encadenado, quien para resistir el mortal llamado del canto de las sirenas se encadenó al mástil de su barco[81].

> Equivalente a las autoimpuestas cadenas que salvaron la vida de Ulises, la Constitución se convierte en una norma que sujeta al Estado para evitar que su actuar sea contrario a derecho, de tal manera que las disposiciones constitucionales se convierten en verdaderas normas jurídicas coercibles, capaces de someter a los agentes públicos a un actuar respetuoso de los mandatos superiores —inclusive obligándolos a la realización de los derechos de las personas— transformando la organización del Estado en una verdadera maquinaria, cuya ingeniería se deriva de la Constitución[82].

La ilusión de una norma básica y hegemónica resuelta de una vez y para siempre fue el objetivo de las constituciones. La disposición se pensaba fronteras adentro con un peso muy grande de la idiosincrasia de los pueblos, por eso la fuerza vital de la soberanía y el respeto –al menos declarado– por la diversidad cultural.

El paso siguiente fue la protección al contenido pétreo de la Norma Fundamental. Implícita en la idea se cultiva el positivismo constitucional por el cual la ley madre no se toca, solo se defiende de interpretaciones que la priven del contenido dispuesto por sus creadores.

---

[81] Elster, John, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, p. 89.

[82] Chaux Donado, Francisco José, *Ingeniería Constitucional. La evolución del checks and balances en el Estado Social de Derecho*, Revista Vniversitas, N° 126, enero-junio de 2013, Bogotá, Colombia, pp. 89-121.

En Europa es famoso el disparador que tiene la polémica entre Kelsen y Schmitt que disputaban sobre quién podía ser el mejor guardián: o el Parlamento o jueces especializados después nominados como Tribunales Constitucionales. En América se privilegió el enfoque disperso con un órgano supremo que conserva el derecho a tener la última palabra, por ser el fiel intérprete de la Constitución.

Hasta aquí un repaso superficial que puede cerrar un capítulo importante para individualizar la protección constitucional y la defensa de los derechos humanos. Ello nos muestra cierta jurisdiccionalización que se advierte al agregar en el protagonismo de los jueces un estándar nuevo en la vigilia del cumplimiento de las leyes.

La novedad aparece con el llamado "bloque de constitucionalidad", que determina una variante significativa en el control "*a priori*", porque admite ser un control "*a posteriori*" ocasional[83]. Uno está en el frente interno que se fundamenta en el principio de la soberanía para enfatizar la supremacía constitucional; el otro surge de una fuente internacional que produce jurisprudencia uniformadora de seguimiento obligatorio. El primero acepta la actuación de modelos previstos como órganos de la constitución (v.gr.: tribunales constitucionales especializados o jueces con control difuso); el restante se aloja en un tribunal internacional al que se le reconoce competencia. La articulación entre ellos es compleja y provoca algunos desconciertos como el que titula este capítulo: ¿cuál es la supremacía mayor?

3. Primacía de los derechos humanos

La vigencia de los derechos humanos despersonalizó los derechos individuales que contenían las constituciones. No significa esto que los haya eliminado sino que comenzaron a verse como garantías, deberes y obligaciones que debían respetarse en todo tiempo y lugar bajo un principio que se denominó "*pro homine*".

La universalidad fue la respuesta que dieron países como Alemania, Italia, Portugal y tiempo después España, al despojo que había generado la segunda guerra mundial. Desde entonces fue evolucionando la idea de un nuevo constitucionalismo a nivel mundial.

---

[83] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Control constitucional y de convencionalidad,* Nueva Jurídica, Bogotá, 2016, p. 17.

> Uno de los puntos en común hace parte de los temas sobre los que se ocupa el neoconstitucionalismo, por ejemplo: el concepto mismo de Constitución, la interpretación constitucional[84], la función de la Constitución dentro del sistema jurídico o la forma para hacer compatible la doctrina sobre la separación de poderes con el nuevo rol de los jueces. Otro aspecto compartido es la idea de que todo el ordenamiento jurídico debe ser irradiado por la Constitución, en especial, por los derechos fundamentales, dentro de los cuales se incluye a los derechos sociales fundamentales. El éxito en el recurso al concepto alude, a juicio de sus cultores, a lo atinado de la identificación del fenómeno que procura identificar. En algunos casos, se hace referencia a la constitucionalización de los derechos humanos mientras que en otros se apela a la constitucionalización del ordenamiento jurídico[85].

Los derechos humanos dejaron de ser vistos como los estandartes de los sectores sometidos; de aquellos que sufrieron los embates del poder cuando resistieron la opresión; el escudo internacional contra los vulnerados en sus derechos políticos, sociales y culturales. Todos ellos en verdad fueron los responsables del arrollador activismo judicial y legal que fue creando la razón para un derecho común e igualitario.

Sin embargo, al mismo tiempo que se despliega y progresa en la toma de conciencia aparecen contingencias imprevistas que vuelven la mirada hacia atrás para interrogarse: si la construcción democrática es la deliberación entre representantes del pueblo que tiene derecho a participar ¿por qué se vuelve obligatorio seguir el pensamiento de un tribunal internacional que no es elegido por el pueblo? ¿Qué confianza dispensa? ¿No cambia el modelo de interpretación constitucional? O será que el control de convencionalidad es un poder novedoso que penetra el tejido constitucional para adaptarlo a su trama.

Dice Pedro Salazar Ugarte […]

> La ola del constitucionalismo democrático llegó a las normas, pero no ha impactado en la realidad. Por diferentes razones y mediante procesos que no es posible conjuntar sin incurrir en simplificaciones inadmisibles, en general, en América Latina los derechos sirven

---

[84] Los distintos tipos de neoconstitucionalismo son reconstruidos por varios autores: Pozzolo, Susana (editores), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011; Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2010, pp. 461-506; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2012, p. 201; Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad Externado, Bogotá, 2009. Cfr. por todos: *Ius Constitutionale Commune en América Latina,* Armin von Bogdandy - Mariela Morales Antoniazzi - Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Puand International Law, México, 2017, pp. 46 y ss.

[85] García Ramírez, Sergio, *La "navegación americana" de los derechos humanos: hacia un Ius Commune*, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina,* cit., p. 87.

> como moneda de cambio en las transacciones políticas, como fórmulas discursivas utilizadas retóricamente desde el poder y como promesas institucionalizadas que, al no materializarse, van perdiendo legitimidad o mutan de significado. Por ello, lo que predomina en la región son los presidencialismos fuertes y la retórica de los derechos. De ahí que las democracias sean frágiles y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentre permanentemente amenazado.
>
> Esta contradicción estructural entre los diseños institucionales y las realidades políticas y sociales de los países latinoamericanos es el principal obstáculo para lograr los objetivos que encauzan a la idea del *Ius Commune* latinoamericano[86]

Comienza así en el siglo XXI un embate contra la promesa de igualación real que asienta su crítica al poder de interpretación de tribunales internacionales que toman decisiones en abstracto y con formatos generales que no precisan la diversidad cultural que las constituciones adoptaron como un progreso de fines del siglo XX. Es lo que se llama actuar sin margen de apreciación nacional.

La universalidad adoptada como regla de interpretación común se refuerza con el funcionamiento de los tribunales internacionales, especialmente las Cortes de Europa y América para los derechos humanos, pero al mismo tiempo entre ellas hay notables asimetrías que demuestran la necesidad de articular mejor el diálogo que se fomenta, con el fin de encontrar un piso de marcha similar.

Todos estamos de acuerdo en que los derechos humanos son la primera preocupación de los Estados y, al mismo tiempo, es la base que resguarda el control que hace la jurisdicción transnacional. No obstante, miramos con preocupación el estado actual del Sistema IDH que en lugar de crecer y agigantar su arenga, va perdiendo fuerzas con el alejamiento de Estados que abandonan el compromiso; que protestan y no cumplen sentencias u otras decisiones; o promueven resistencias internas con el argumento de un potencial exceso de facultades jurisdiccionales de la Corte IDH.

4. El poder jurisdiccional de la Corte IDH

En Europa el ejercicio jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se explica como si fuera un modelo dentro de los tribunales constitucionales. Se acepta la naturaleza jurídica que proviene de Kelsen donde se altera la clásica

---

[86] Salazar Ugarte, Pedro, *La disputa por los derechos y el Ius Constitutionale Commune*, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina,* cit., p. 114.

división de poderes asignando al último intérprete constitucional un poder adicional que se hospeda fuera de las fronteras.

> Sin duda –dice Oriz-, ejercen poder y por tanto se involucra en asuntos políticos, administrativos y judiciales cambiando así el clásico esquema de poderes planteado por Montesquieu y le otorga al juez constitucional funciones adicionales a la de simple aplicador del derecho. Este evidente rol y papel dinámico, de limitar y controlar el poder del gobierno de turno, al legislador y a los jueces (con algunos excesos), es función del tribunal constitucional y esas funciones, son propias de un poder del Estado actual. Por eso Kelsen los consideró un cuarto poder[87].

En América la explicación es otra. La Corte IDH advierte, en primer lugar, que el artículo 62 de la CADH le atribuye competencia para conocer todo caso que, sometido a su jurisdicción, esté relacionado con la interpretación y la aplicación de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica. Por lo tanto, su función consiste en resolver si en las circunstancias denunciadas se produjeron violaciones específicas.

Quiere decir que el deber funcional lo instala como un órgano que debe señalar al Estado si ha violado o no sus obligaciones internacionales, dirimiendo el caso con fórmulas interpretativas que razonan con el control de convencionalidad.

También en Europa el resultado es comparar lo constitucional con la eficacia expansiva de los derechos humanos vigentes en la Convención continental; procedimiento que faculta a examinar los respectivos procesos internos, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación, y el cumplimiento del debido proceso.

El contraste entre ambos está en que la Corte IDH en lugar de reconocerse como una especie de tribunal constitucional (como lo dijo al pasar en el caso "*Myrna Mack Chang*"[88]), comenzó a utilizar una voz distinta (control de convencionalidad) que le dio cierta autonomía al activismo para distanciarlo de lo puramente constitucional.

Es válido recordar una vez más que en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*[89] se explica que […]:

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

---

[87] Oriz, ob. cit., passim.

[88] Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101, voto de Sergio García Ramírez.

[89] Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, cit., párr. 124.

> Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabra, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El sometimiento al poder jurisdiccional de la Corte IDH tiene un notable impacto, sobre todo en un continente que acostumbró a tener establecido que la soberanía nacional es un tema incuestionable. El derecho internacional se redujo al cumplimiento de los tratados y de las relaciones entre los Estados; y se fomentó la autoridad legislativa, de modo tal, que nadie, ni siquiera una corte internacional de justicia, tenía la virtualidad de influir en las decisiones normativas de un Estado soberano.

El cambio fue copernicano y desde las primeras manifestaciones en jurisdicción consultiva se afirmó que […]:

> Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción[90].

Además, cuando un Estado se somete a la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH –consagrada en el art. 62.1 de la CADH–, queda vinculado a la integridad de ésta, y comprometido con la garantía de protección internacional de los derechos humanos. Por eso, la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido dicha competencia.

---

[90] Corte IDH. *El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82, nota 6, párr. 29.

Para nosotros, se trata de la más pura realización del principio de autoridad jurisdiccional, porque la decisión obliga a los jueces y tribunales internos a seguir el sentido asignado al precepto, que en caso de contradicción manifiesta con la normativa local, pone en cabeza de las autoridades del Estado el deber de compatibilizar[91].

La interpretación convencional y la sentencia pronunciada en el caso es definitiva e inapelable (art. 67 CADH) y, en conjunto, van compilando una suerte de *corpus iuris* interamericano.

5. La Corte IDH como Tribunal Constitucional

La Corte IDH no se reconoce como tribunal constitucional pero actúa como si lo fuera. Dicho esto en perspectiva procesal, pues como intérprete de la CADH y demás tratados sobre derechos humanos no caben dudas sobre la legalidad de sus reglas y las consecuencias que le trae a los Estados comprometerse a la vigencia progresiva y eficiente.

Vale decir que si las peticiones que llegan a la Comisión IDH dan lugar a un procedimiento de investigación preliminar destinado a verificar si el derecho interno del Estado denunciado cumple con la convención u otros tratados; y luego de ello se entiende que hay razones suficientes que surgen de la evaluación del caso para someter el expediente a la Corte IDH y comenzar la etapa contenciosa, todo el procedimiento que culmina en una sentencia *sui generis* permite visualizar un proceso y demostrar que lo actuado tiene imperio y autoridad normativa, solo que carece de uno de los presupuestos típicos del poder jurisdiccional: la posibilidad de ejecutar sus decisiones y obligar al acatamiento.

Sobre esta base podemos empalmar respuestas al título de este parágrafo. La coincidencia entre tribunales constitucionales y la Corte IDH es la función interpretativa, que no es diferente a la que tiene cualquier actividad jurisdiccional al conjuro del principio *iura novit curia*. Solo que si despojamos la solución del y para el caso para desplegar como esencia la tarea de ser guardián del Sistema, quizás sea posible entender cierto paralelismo.

Para Oriz […]

---

[91] Gozaíni, Osvaldo A., *Procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Nueva Jurídica, Bogotá, 2016, p. 461.

> Si se analiza la función esencial de todo tribunal constitucional, vemos que consiste en examinar la conformidad de la Constitución con todo tipo de actos, tanto legislativos como infralegislativos, es decir, el control de constitucionalidad se propone tutelar la supremacía de la constitución por sobre el derecho subconstitucional (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, sentencias incluso). En cambio, la misión de la Corte Interamericana –según la competencia que se encuentra establecida en la misma convención– consiste en examinar la conformidad del texto de la CADH o los demás tratados que forman parte del *corpus iuris interamericano*, con toda norma o actos procedente de los Estados parte que configuran el escalón inferior del "sistema constitucional" interamericano. De acuerdo a ello, se advierte que deben ser controladas las normas con rango constitucional con las normas con rango legislativo o infra-legislativo. Dicho esto, si analizamos tanto la función consultiva como la contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, surge que esta posee la capacidad de examinar y controlar la conformidad con el "corpus iuris" interamericano, de todo tipo de normas y actos que provengan del ámbito interno de los países[92].

En efecto, el control de convencionalidad se parece funcionalmente al control de constitucionalidad, y así lo afirma el propio tribunal cuando sostiene que […]

> La tarea de los jueces trasnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público— y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía[93].

El actual presidente de la Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ha señalado que la supremacía constitucional se viene redimensionando –el canon convencional

---

[92] Oriz, ob. cit., passim.

[93] Corte IDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

prevalece sobre las constituciones–[94], pero además de ello plantea que en determinados casos el control de convencionalidad es parte del canon de constitucionalidad[95].

Ahora bien, que la similitud sea de fácil encuentro no sorprende, pero el rol jurisdiccional dista de encuadre técnico. La posibilidad de entregar a la Corte IDH un ejercicio constitucional directo supone abrir un cauce imprevisto, que tampoco se puede derivar de una supuesta delegación constitucional emergente de la adhesión del Estado al Pacto de San José de Costa Rica.

Ratificar esta deducción llega del propio sistema que se reconoce subsidiario y para lograr que se cumplan los objetivos del derecho internacional de los derechos humanos, y la admisión efectiva de las sentencias que de ella surgen, pide a los Estados que pongan sus mejores esfuerzos para acatar la decisión y para que la interpretación convencional se ejecute.

> Un tribunal internacional de derechos humanos no aspira –mucho menos todavía que el órgano nacional– a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento[96].

6. El conflicto sobre la mayor supremacía

En los capitulos iniciales pudimos alertar sobre las innovaciones que trajo el Sistema Interamericano cuando se introdujo en el derecho interno. En materia constitucional fue el símbolo expresivo de una idea fuerza mundial que prohijó los derechos humanos por encima de toda idiosincracia, promoviendo un *corpus iuris* continental fiscalizado por tribunales internacionales con jurisdicción suficiente para exhortar reformas constitucionales, adaptaciones legales o disposiciones que pueden afectar la cosa juzgada de un proceso ya finiquitado por el derecho interno.

---

[94] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*. En Fix Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, *Formación y perspectivas del Estado en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 2010, p. 189

[95] Ibídem, pp. 172-173.

[96] Corte IDH, Caso *Tibi*, cit., voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 4.

Este auténtico eslabón normativo que se verifica al cambiar el formato de creación de fuentes del derecho, tiene con las sentencias de la Corte IDH el agregado de estándares y conceptos generales que delinean la interpretación legal de los derechos humanos.

Con el control de convencionalidad las constituciones deben adaptarse para ser compatibles con las normas (derecho internacional de los Derechos Humanos) y prácticas (debido proceso) que va produciendo la jurisprudencia de la Corte IDH. Es ésta una obligación para los Estados que sean parte del sistema porqué cuando se ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, se suma al derecho interno y como tal, también los jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por el efecto útil del Pacto con el fin de que no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad[97].

Este fuerte impacto en los ordenamientos jurídicos y constitucionales pone fuera del territorio soberano un universo de conceptos que superan la naturaleza de ser guías u orientaciones. Por ello algunos entienden que la mayor supremacía que se debe custodiar es la de los derechos humanos, antes que las declaraciones, derechos y garantías provenientes de la Ley Fundamental.

Recordemos que en el caso *Gelman vs. Uruguay* se manifestó que […]

> La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las

[97] Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), cit., párr. 180; Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), cit., párr. 339. Caso *Fernández Ortega y otros. vs. México.* Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), cit., párr. 236, entre muchos más.

> cuales también debe primar un "control de convencionalidad" […], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia (Uruguay) ha ejercido, en el Caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que "el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley[98].

Claro está que al ser un tribunal el que interviene, siempre lo hará sobre un caso testigo que suele ser la cabeza del expediente y el motivo que genera la petición. De manera que el modelo de sentencia que se emite con el nominado control de convencionalidad, no deja de ser más que un pronunciamiento que obliga a los Estados condenados a poner sus mejores esfuerzos para cumplirlo, sin que pueda imponer la Corte IDH un modelo específico para realizar el control de constitucionalidad y convencionalidad[99].

En este sentido, se recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

Pero hablamos de control no de supremacía.

7. Conclusiones

El alcance del poder jurisdiccional de la Corte IDH lejos está de constituirse en un quinto poder tal como lo propone la investigación que discutimos en este capítulo. Puede llegar a ser un órgano constituido por el derecho internacional con peso e influencia en el derecho interno, pero de allí a ponerlo por encima de la organización constitucional no parece razonable ni posible.

La actuación de cierre que desenvuelve el Sistema IDH tiene el marco de la petición propuesta y el encuadre que allí se encierra. La verificación sobre el caso posibilitará entender si el Estado ha cumplido con su deber de protección sobre

---

[98] Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), cit., párr. 219.

[99] Corte IDH. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), cit., párr. 124.

derechos humanos, dando espacio a los múltiples *obiter dicta* que renueva la Corte IDH cada vez que debe interpretar y definir los derechos y libertades que se analizan.

Esta congruencia que emana del control de convencionalidad se proclama obligatoria para todas las autoridades y órganos nacionales de los Estados miembros, con independencia de su pertenencia a los poderes constituidos, toda vez que el Estado responde en su conjunto. Pero lo cierto es que el acatamiento no surge explícito de las normas, al punto que la propia jurisprudencia transnacional pide a los Estados que pongan sus mejores esfuerzos para que la *pacta sunt servanda* y la buena fe implícita no queden diluidos.

En consecuencia no puede haber un poder allí donde la autoridad no se puede imponer. La *autorictas* es otra cosa. Es el reflejo que proyecta un órgano que tiene la potestad de exhortar y disponer cambios para el ordenamiento jurídico de los Estados, inclusive promoviendo reformas constitucionales.

El poder emplazar la supremacía convencional por encima del principio de la supremacía constitucional tiene varios ajustes que concretar. Por ejemplo, es necesario explicar con menos dogmatismo estéril el rol que actúa la Corte IDH, pues al no ser un órgano que participe del proceso originario tramitado ante los jueces del Estado que corresponda, lejos puede el tribunal constituirse en una suerte de alzada o cuarta instancia.

El margen de incidencia se reduce al correcto ejercicio del "control de convencionalidad", que supone realizar el test de compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional, y cuanto así resuelva se encuadra en el artículo 33 de la CADH que precisa el límite para conocer "de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes" y en general, tiene el objetivo de aplicar e interpretar las normas del Pacto de San José con carácter obligatorio para los Estados partes que se hayan sometido a su jurisdicción.

Esta obligación, o deber de acatamiento, se extiende a todos los poderes del Estado y, es por esto que, Ferrer Mac-Gregor indica […]

> Cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado

> de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana[100].

En segundo término, la doctrina que emana del control de convencionalidad se debe diferenciar del control de constitucionalidad, porque si bien es cierto en un primer momento la Corte IDH sostiene que su actuación es una "especie" de fiscalización sobre el principio de supremacía, después debió cambiar lo afirmado en la medida que entre una y otra forma de control, hay diferencias de métodos y sistemas, tanto como los hay en orden a los derechos que se tutelan. Una distancia evidente aparece con la mención del destinatario, toda vez que el control de constitucionalidad es función judicial, mientras que el control de convencionalidad se dirige a todos los niveles del poder.

Otra disparidad se suscita en algunos sistemas de control de constitucionalidad que impiden trabajar sobre ello si no hay petición expresa de partes; mientras que el control de convencionalidad se dispone como un deber propio del oficio de cualquiera que aplique derechos humanos. Por ejemplo, si la Constitución dice que los jueces deben actuar solamente en casos concretos estando prohibido que declare la inconstitucionalidad normativa, desde que solo pueden resolver la inaplicabilidad de la ley cuestionada: ¿qué pasa con el poder de intervención en cuestiones de convencionalidad donde la contradicción entre una norma local y otra proveniente de la CADH permitiría declarar la inconvencionalidad?

Inclusive, en legislaciones que afincan el control de constitucionalidad en Tribunales concentrados parecería contradictorio darles a todos los jueces un poder que desde la Norma Fundamental no tienen.

---

[100] Cfr. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 149, párr. 172; y Caso *Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, Nº 147, párr. 140.

Capítulo V

Revisión del caso o de violaciones sistemáticas

Sumario: 1. Introducción; 2. De las violaciones sistemáticas a la revisión de la cosa juzgada; 4. Principio de congruencia en el procedimiento ante la Corte IDH; 5. Relación del caso con las violaciones. Condena de efectos *erga omnes*; 6. Conclusiones.

1. Introducción

En el Sistema IDH los órganos intervienen escalonadamente iniciando el procedimiento la petición que denuncia a un Estado que quebranta derechos contemplados en la Convención. Con la admisión preliminar la Comisión requiere informaciones al gobierno al cual pertenece la autoridad señalada como responsable de la violación alegada (cfr. art. 48 CADH); también podrá desechar la presentación por alguna de las razones que establece el art. 46.

De corresponder, la primera intención es proponer una solución amistosa entre las partes, y de no llegar a ella, la Comisión IDH redacta un informe en el que expone los hechos y sus conclusiones. Por lo general, en este documento se formulan propuestas y recomendaciones que se estiman adecuadas.

Cuando el Estado no ejecuta acción alguna, o lo hace solo en parte, la Comisión tiene derecho a someter el caso a la decisión de la Corte IDH. Esta es la etapa contenciosa, que culminará con una decisión específica.

El artículo 63 de la CADH dice […]

> 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
>
> 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Esta breve descripción del procedimiento tiene la finalidad de enmarcar el tema que trataremos en este preludio. En efecto, la intervención complementaria o subsidiaria que hace el Sistema IDH respecto al derecho interno, pone en clave los límites de la competencia de cada órgano. La Comisión verifica la procedencia de la petición y comprueba *prima facie* la importancia de los hechos.

En esta labor de investigación preliminar el órgano sostiene inveteradamente que […]

> No es función de ella actuar como una cuarta instancia cuasi–judicial y revisar los fallos de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la OEA[101].
>
> También la Corte IDH ha dicho que […]: "La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativa y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia[102].

Evidentemente, entonces, la petición trabaja sobre hechos que fueron parte de un procedimiento local anterior, pues no sería posible concluir otra cosa al quedar establecido como exigencia y presupuesto de la instancia supranacional, el haber agotado los recursos internos.

Es cierto que la tarea que el sistema encomienda no es de revisión del caso judicial, pero de hecho debe hacerlo porque el expediente contencioso suele constituir la prueba esencial y necesaria para confrontar la evidencia.

Doctrina autorizada afirma que […]

> El esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos. La Corte Europea ha señalado que se deben considerar los procedimientos como un todo, incluyendo las decisiones de los

---

[101] Resolución 29/88, Caso 9260, Informe Anual de la Comisión IDH 1987-1988

[102] Cfr. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Opinión Consultiva OC–18/03, del 17 de Septiembre de 2003, "*Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados*", párrs. 36 y 37.

> tribunales de apelación, y que la función del tribunal internacional es determinar si la integralidad de los procedimientos, así como la forma en que fue producida la prueba, fueron justos[103]. Por tanto, las atribuciones no son para investigar y sancionar la conducta individual de los agentes del Estado que hubiesen participado en esas violaciones, sino para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos[104].

En todo caso, si la intervención ante el tribunal internacional comienza un proceso nuevo, que no se relaciona con el tramitado en sede local, es impropio sostener que pueda influir en él (por ejemplo, revocando la cosa juzgada; u ordenando que se revise el caso; o que se deje sin efecto la sentencia, para tomar solo una parte de las formas como la Corte IDH se pronuncia).

Sin embargo, son numerosos los casos donde se verifica una auténtica revisión que obliga al Estado (no a los jueces) a tomar medidas internas que por su alcance impactan en lo resuelto por sus magistrados.

En efecto, la Corte IDH ha obrado como cuarta instancia […]

> Al disponer la prohibición de aplicar leyes de amnistía o prescripción; la reapertura de un proceso; la suspensión de los efectos del proceso y la sanción establecida en la sentencia del orden interno; la realización de modificaciones al derecho interno; la adopción de medidas especiales o la adecuación en un plazo razonable de su derecho interno; la iniciación del procedimiento para suscribir y promover la ratificación de una convención internacional; la reincorporación a las actividades previas a la violación, la reinscripción en el sistema de seguridad social y sistema jubilatorio con efecto retroactivo; la anulación (o falta de efectos jurídicos) de ciertas disposiciones del derecho interno; la posibilidad de que los familiares de la víctima actúen en todas las etapas procesales de investigación en el sistema interno, juntamente con el derecho a la verdad; la derogación de normas o procesos; la adecuación de penales a estándares internacionales; el deber de efectuar el control de convencionalidad; la anulación de los efectos de una sentencia penal; la existencia de un derecho a la verdad; la consagración de derechos específicos de las comunidades indígenas, etc.[105]

El marco que tiene la Convención es claro en orden a la tutela de la persona humana y sus derechos; precisamente son ellos los que justifican la protección

---

[103] Eur. Court H. R., *Edward v. the United Kingdom,* judgment of 16 December 1992, Series A Nº 247-B, pp. 34-35, para. 34 y Eur. Court H. R., *Vidal v. Belgium,* judgment of 22 April 1992, Series A Nº 235-B, pp. 32-33, para. 33.

[104] Drnas de Clément, Zlata, *Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Cuarta instancia?*, trabajo expuesto en la XVIII Reunión Conjunta de Academias de Derecho de Argentina, 29 de octubre de 2009, p. 6.

[105] Drnas de Clément, ob. cit., pp. 13 – 14.

internacional de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno[106].

Ahora bien, si merced a esta suplencia jurisdiccional se afecta la última decisión de los jueces, surge al menos incomprensible afirmar que no se formaliza una instancia de replanteo. Y si a ello le agregamos una condena al Estado por el obrar de sus jueces, que son quienes en definitiva no acogen con eficiencia los derechos humanos que los órganos del sistema encuentran vulnerados, se nos ocurre que hay al menos una parte de la explicación que utiliza un lenguaje incomprensible.

Vale decir, si el proceso internacional es autónomo y diferenciado del procedimiento local; los sujetos procesales son diversos; la materia en disputa cambia; la prueba no tiene simetrías, y la sentencia solo debe resolver si el Estado violó los derechos fundamentales del peticionante (que en etapa contenciosa es víctima presunta), la naturaleza de la decisión no debiera afectar las decisiones del derecho interno; y si lo hace, la sentencia transnacional no encuadra debidamente en el esquema teórico de la función jurisdiccional.

Esta deficiencia que puede no ser notoria, y que por ello se explicará en el desarrollo, ha llevado a plantear si en lugar de analizar casos de derechos humanos alterados, se observan mejor en la actividad de la Comisión y la Corte, las violaciones sistemáticas que puedan tener los gobiernos.

La respuesta podría ser que ello no es necesario, porque entre las funciones de la Comisión IDH está la potestad de crear relatorías con mandatos ligados al cumplimiento de sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos respecto de las áreas temáticas que resulten de especial interés a ese fin.

> Los relatores y relatoras deberán llamar la atención del pleno de la Comisión sobre cuestiones que, habiendo llegado a su conocimiento, puedan ser consideradas como materia de controversia, grave preocupación o especial interés de la Comisión (art. 15.8, Reglamento de la Comisión IDH).

2. De las violaciones sistemáticas a la revisión de la cosa juzgada

[106] Así lo indica el preámbulo de la CADH.

Vamos a partir de una base hipotética para sustentar nuestras conclusiones: El tribunal internacional tramita en vía contenciosa un caso que lleva la comisión donde intervienen en litisconsorcio víctimas y otros partícipes que se encuentran presentados ante ésta. La prueba se plantea en investigación preliminar, y el informe constituye el antecedente que hace posible la deducción de un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.

Las partes son el Estado y los peticionantes. Hay bilateralidad; hay contradicción; pero es un pleito *sui generis* que tiene un replanteo probatorio con características distintas a la etapa probatoria del proceso ordinario; y con una decisión final absolutamente incomparable con la sentencia común que determina ganadores y vencidos. La sentencia de reparaciones, en sí misma, es diferente y puede ser modalizada como diferida en el tiempo.

Este modelo no es auténticamente un proceso, sino un procedimiento especial que tiene simetrías notables con el litigio judicial, pero con ausencias importantes de poderes que caracterizan la función jurisdiccional. El más importante: carece de *executio,* vale decir que las sentencias de la Corte IDH no son ejecutables por el mismo tribunal que dicta el pronunciamiento definitivo.

Dice el art. 68 de la CADH:

> 1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
>
> 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Quiere decir que los tres elementos que componen la teoría del proceso (jurisdicción, acción y proceso) están modificados, debiendo el tribunal supranacional a partir del modelo instaurado, dar razones y justificativos para fundamentar la obligatoriedad que declara tener en sus pronunciamientos.

A partir del planteo, consideramos que la función tuitiva del Sistema IDH no necesita explicar sus objetivos, solo que al mencionar que no impacta en la cosa juzgada interna, ni constituir su actividad una 4ª instancia, niega una actividad que de hecho practica.

> Oportunamente dijo Gros Espiell[107] [...] "es obvio y debe concluirse que cuando se somete un caso a la Corte para que lo analice y decida, en el ejercicio de su competencia contenciosa, se está abriendo un procedimiento *sui generis,* de tipo jurisdiccional que, aunque vinculado al necesario funcionamiento previo de la Comisión, no es ni un recurso de tipo jerárquico, ni una apelación, revisión, casación o anulación.

La CADH enumera los deberes de los Estados parte bajo la consigna de obligar al respeto de los derechos, y al deber de adoptar disposiciones en el derecho interno cuando los derechos y libertades mencionados no estuvieran garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Las personas físicas cuentan con la Comisión y la Corte IDH como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte (art. 33 CADH).

Cuando al sistema llegan peticiones (de denunciantes) o comunicaciones (Estado vs. Estado) el fundamento está en los hechos que podrían caracterizar una violación de los derechos garantizados por la CADH y demás tratados internacionales sobre la materia. Por lo general se vuelcan antecedentes que los recursos judiciales internos no han solucionado a satisfacción del que se considera víctima, dando lugar así a la actuación que comienza en la instancia supranacional.

En los embriones del sistema las peticiones refirieron a desaparición forzada de personas. Honduras, en tres casos sucesivos, fue condenada por hechos ocurridos entre los años 1981 a 1984, cuando más de cien (100) personas desaparecieron sin tener noticia de ellos ni del modo como había ocurrido. Se pudo demostrar que las desapariciones solían iniciarse mediante el secuestro violento de las víctimas, muchas veces a la luz del día y en lugares poblados, por parte de hombres armados, vestidos de civil y disfrazados que actuaban con aparente impunidad en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas. Estos hechos constituían una práctica sistemática perpetrada en contra de personas consideradas por las autoridades hondureñas como peligrosas para la seguridad del Estado.

---

[107] Gros Espiell, Héctor, *El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 56, mayo- agosto 1986, p. 516.

Lo relevante de los casos de Honduras fue tener constancia de una violación sistemática que era propia de todas las dictaduras que asolaron Latinoamérica en la década de los años 70 del siglo XX.

Dice Abramovich […]

> Es indudable que el rol de los órganos del sistema, tanto de la Comisión como de la Corte, ha variado a la luz del cambio de los escenarios políticos en el Continente Americano. En sus inicios el Sistema IDH debió enfrentar violaciones masivas y sistemáticas cometidas bajo sistemas de terrorismo de Estado, o en el marco de violentos conflictos armados internos. Su rol fue, en síntesis, el de un último recurso de justicia para las víctimas de esas violaciones, que no podían acudir a sistemas de justicia interno devastados o manipulados. En esos tiempos iniciales de asfixia política al interior de los Estados nacionales, los informes sobre países de la Comisión sirvieron para documentar situaciones con rigor técnico, y para legitimar las denuncias de las víctimas y sus organizaciones y exponer y desgastar la imagen de los dictadores en la esfera local e internacional. Luego, durante las transiciones post-dictatoriales en la década del 80 y principios de la década del 90, el Sistema tuvo ya un sentido más amplio, pues procuró acompañar los procesos políticos dirigidos al tratamiento del pasado autoritario y sus secuelas en las instituciones democráticas. En este período el Sistema IDH comenzó a delinear los principios medulares acerca del derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación ante graves violaciones, masivas y sistemáticas, de derechos humanos. Fijó los límites de las leyes de amnistía. Sentó las bases para la protección estricta de la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa. Invalidó los tribunales militares para juzgar civiles y casos de derechos humanos, limitando un espacio de acción de las fuerzas militares que eran todavía actores de veto en las transiciones y procuraban impunidad por los crímenes del pasado. Protegió el habeas corpus, las garantías procesales y el orden constitucional democrático y la división de poderes estatales, ante la posibilidad todavía latente en la época de regresiones autoritarias y de abusos de los estados de excepción. Interpretó el alcance de las limitaciones que impone la Convención a la aplicación de la pena de muerte, invalidando la pena de muerte a menores de edad y enfermos mentales, la aplicación de pena de muerte como sanción única frente a un crimen, y fijando estándares estrictos de debido proceso, como garantía para limitar la arbitrariedad de los tribunales en la aplicación de la pena capital. Abordó además temas sociales que expresaban rezagos discriminatorios en la región, por ejemplo al afirmar la igualdad ante la ley de las mujeres en sus derechos familiares y matrimoniales, y los derechos hereditarios de los hijos nacidos fuera del matrimonio que los códigos civiles americanos consideraban todavía como "ilegítimos". Durante la década del 90 además enfrentó con firmeza regímenes de terrorismo de estado, como el régimen peruano de Alberto Fujimori, documentando y denunciando como lo había hecho en Sudamérica en los 70, prácticas sistemáticas de desapariciones y torturas y la impunidad que apañaba esos crímenes de estado. También fue un actor relevante en el

> seguimiento de las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas en el marco del conflicto armado interno en Colombia[108].

Este encuadre primero permitió creer que el objetivo central de protección estaba destinado a resolver las violaciones sistemáticas antes que zanjar casos ocasionales. La suposición fue producto de un tiempo donde la necesidad de estabilizar las instituciones estaba en los cometidos centrales de la justicia internacional.

Superada la transición se llegó al tiempo de la democracia, y a los derechos que ocuparon el escenario principal de actuación. La Corte IDH, en esta etapa, presta atención a los derechos que padecen y se revelan en conflictos individuales; la necesidad de consolidar la representatividad, la participación popular, la calidad institucional, entre otros objetivos, demostró el perfil de las sentencias.

Una vez más dice Abramovich […]

> En este nuevo escenario los órganos del Sistema IDH han procurado no sólo reparar a las víctimas en casos particulares, sino también fijar un cuerpo de principios y estándares, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos y en el fortalecimiento de los principales mecanismos domésticos de protección de derechos. El desafío en esta etapa es mejorar las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos en el nivel nacional. Este enfoque tiene como presupuesto el carácter subsidiario de los mecanismos de protección internacional frente a las garantías de esos derechos en los propios Estados. De tal modo que reconoce los límites claros de la supervisión internacional y al mismo tiempo resguarda el necesario margen de autonomía de los procesos políticos nacionales, para alcanzar mejores niveles de realización y vigencia de los derechos humanos[109].

Observada la evolución, y sobre todo la necesidad de agotar los recursos internos, queda en relieve la función del Sistema como mecanismo de integración normativa, o de orientación jurisprudencial, sin afectar el derecho interno al que en su caso pide armonizar con las pautas que ella indica a través del control de convencionalidad.

Pero hubo un tiempo que no se puede precisar con una fecha determinada, cuando los casos que llegaron al tribunal empezaron a trabajar con el resultado

---

[108] Abramovich, Víctor, *De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* Revista Sur, tomo 6, nº 11, Buenos Aires, 2009, pp. 7-39.

[109] Ob. cit., p. 10.

particular del proceso local. Allí los límites entre actuar sobre derechos sin afectar la cosa juzgada fueron avanzando hasta llegar a inocultables desavenencias.

La idea de encontrar patrones generales para el debido proceso; fortalecer con estándares la eficacia jurisdiccional; derogar normas comunes al amparo de sentencias exhortativas que por aplicación del art. 2º de la CADH conseguían el objetivo reformista; promover un modelo de investigación y resolución para los conflictos penales; imponer el derecho a la verdad junto al deber de investigar, entre muchos índices más, demostraron que la Corte IDH se estaba convirtiendo en una nueva instancia.

> Este proceso de globalización de estándares de derechos humanos, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas judiciales, y ha generado una mayor atención en las autoridades estatales a los desarrollos del Sistema IDH. Así la jurisprudencia fijada por la Comisión y en especial por la Corte, ha incidido en diversos cambios jurisprudenciales en los países del área, en temas relacionados con la débil y deficitaria institucionalidad de las democracias latinoamericanas. Podemos mencionar por ejemplo la jurisprudencia sobre la despenalización del desacato y de las críticas emitidas por la prensa, el acceso a la información pública, los límites en la persecución penal de manifestaciones públicas pacíficas. La fijación de límites y condiciones objetivas para el uso de la prisión preventiva; de las facultades de detención de las policías y para el uso de la fuerza pública. La determinación de pautas para un sistema penal diferenciado para los menores de edad; sobre el derecho a apelar ante un tribunal superior las condenas penales, la participación de las víctimas de crímenes de estado en los procesos judiciales. También el reconocimiento de mínimos de debido proceso en la esfera administrativa y la revisión judicial de actos administrativos, así como de garantías básicas en los procesos de remoción de magistrados, entre otros asuntos de gran relevancia para el funcionamiento de las instituciones y orden constitucional en los Estados[110].

4. Principio de congruencia en el procedimiento ante la Corte IDH

Cuanto debe acordar la Comisión IDH en sus primeros movimientos como pieza esencial del procedimiento que encamina una petición, no es responder al acierto de la presentación para verificar desde sus aspectos formales el derecho de formular pretensiones. La puesta en marcha del sistema obliga a que se verifique, *prima facie*, si

---

[110] Abramovich, ob. cit. pp. 12 – 13.

el Estado denunciado ha respetado los derechos y libertades reconocidos en tratados y convenciones.

Por eso la petición es un ejercicio del derecho a ser oído, que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene una función que no es igual en los procesos judiciales. Hemos dicho en este orden de ideas, que se debe comprender la diferencia entre pedir y dejar en manos del tribunal las obligaciones de verificación y procedencia; respecto a formular pretensiones, justificarlas y probarlas por imperativo del propio interés[111].

La denuncia enfatiza el deber de investigar que predica el movimiento en pro de alcanzar el derecho a la verdad. Es una actividad de la Comisión que no tiene a la víctima más que como referencia de los hechos que conoce. Necesita la versión del Estado para corresponder las verdades enunciadas con las admisiones, reconocimientos o justificaciones que el gobierno produzca. La etapa probatoria es preliminar a un replanteo probable en el contencioso, y también, el fundamento para resolver si hay causas suficientes para informar a la Corte IDH que al Estado denunciado debe llevárselo a juicio.

Quiere decir que la Comisión resuelve sobre los hechos revelados que ponen motivos para el enjuiciamiento. Son los derechos los que se afectan y, por tanto, deben remediarse.

Sin embargo la petición es un acto que empalma con la denuncia penal, pero no tiene parecidos con la demanda judicial, porqué no se adapta la presentación al rigor formal que ella contiene. Por ejemplo, la precisión de individualizar los sujetos puede quedar bajo reserva, o amparado en la seguridad que se debe resguardar para las víctimas. Los hechos tienen más flexibilidad que los investigados, al punto que se pueden incorporar otros relatos de confirmación. La prueba se reproduce y las pretensiones de reparación no comprenden sumas determinadas, desde que esta precisión se delega para el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas que presenten los damnificados directos o indirectos.

En esta etapa preliminar, el Estado puede presentar argumentos y la Comisión pronunciarse sobre todas y cada una de las acusaciones. Esto garantiza la seguridad

---

[111] Gozaíni, Osvaldo A., *El Sistema Procesal Interamericano, Procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Ediar, Buenos Aires, 2016, pp 95 y ss.

jurídica, la igualdad procesal y el derecho de defensa, por cuanto el Estado debe conocer los cargos que se le imputan y estos se manifiestan en los contenidos de la investigación.

El informe de la Comisión que recomienda al Estado solucionar los hechos denunciados y reparar los daños producidos, es el marco que delimita cuanto se puede actuar en la Corte IDH.

Cuando llega el caso al tribunal internacional, el sistema permite que la víctima formule pretensiones distintas y adicionales a las que se vinculan con la presentación inicial. Antes habló de derechos vulnerados, ahora puede requerir reparaciones específicas.

Vale decir que el escrito de sometimiento del caso ante el tribunal supranacional no es propiamente una demanda, pero tiene implicancia directa en varias cuestiones:

a) Del artículo 61 de la Convención se deriva el principio de que al someter un caso ante la Corte, la Comisión o los Estados, determinan el objeto y los límites del proceso; es decir, los hechos que deben ser probados por las partes y analizados por la Corte, tanto como los derechos cuya violación se dilucida.

b) La prueba es de confirmación antes que de verificación. Demostrar la gravedad fue propio de la investigación preliminar, ahora corresponde considerar la importancia de la violación para condenar al Estado y determinar las reparaciones consecuentes.

5. Relación del caso con las violaciones. Condena de efectos erga omnes

Las peticiones de la Comisión son independientes de las que exigen las víctimas o sus representantes. Lo habitual es requerir la "obligación de reparar", en los términos que lo permite el artículo 63.1 CADH. La locución puede comprender no solo reclamos indemnizatorios a título de compensación, sino agregar acciones concretas que se tienden a rectificar o restituir el derecho violentado por las acciones del Estado, en la medida que sea posible restaurar para dejar al individuo en la situación anterior al daño provocado.

Cuando ello no es factible le corresponde a la Corte ordenar que se adopten una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados,

se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se efectúe el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados en el caso pertinente[112].

Otros agregan pretensiones que comienzan con el dictado mismo de la sentencia (que se considera un medio de reparación por sí mismo) y programan obligaciones tales como continuar investigando para alcanzar el derecho a la verdad; procesamiento y castigo a los responsables individuales; elevación de testimonios permanentes a titulo de recuerdos imborrables como la construcción de monumentos, o la celebración de actos públicos para disculparse, etc.

La satisfacción ha sido entendida como toda medida que el autor de una violación debe adoptar conforme a los instrumentos internacionales o al derecho consuetudinario, que tiene como destino el reconocimiento de la comisión de un acto ilícito. La Corte tiene establecido que el derecho indemnizatorio tiene como finalidad compensar económicamente, de una manera adecuada y efectiva, los daños sufridos producto de las violaciones en contra de los derechos humanos. Asimismo, la extensión o monto a acordar dependerá de los daños materiales como inmateriales causados.

Las víctimas pueden reclamar otros resarcimientos. No se necesita vincular la medida del daño con la reparación que se pide, pero debe quedar en claro que la sentencia no impone daños punitivos.

> Sostiene la Corte que las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes en los procesos contenciosos pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda, mientras no aleguen hechos nuevos a los ya contenidos, dado que constituye el marco fáctico del proceso. A su vez, puesto que un caso contencioso es sustancialmente un litigio entre un Estado y un peticionario o presunta víctima, estas pueden referirse a hechos que permitan explicar, contextualizar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la demanda, o bien, responder a las pretensiones del Estado, en función de lo que aleguen y la prueba que aporten, sin que ello perjudique el equilibrio procesal o el principio del contradictorio, pues el Estado cuenta con las oportunidades procesales para responder a esos alegatos en todas las etapas del proceso. Por otro lado, en cualquier estado del proceso anterior al dictado de la sentencia se podrán señalar al tribunal hechos supervinientes, siempre que se encuentren ligados a los hechos del proceso. Corresponde a la Corte determinar en cada caso la necesidad de establecer los hechos, tal como fueron presentados por las partes o tomando en cuenta otros elementos del acervo

---

[112] Corte IDH. Caso *La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 162, párr. 201; Caso *del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, N° 160, párr. 415.

> probatorio, siempre que se respete el derecho de defensa de las partes y el objeto de la litis[113].

El sentido de las reparaciones cobra relieve particular en las sentencias de la Corte IDH. No se trata únicamente de señalar los errores de derecho en la interpretación de la CADH, o de condenar las conductas lesivas de los Estados; sino, además, de reparar las violaciones flagrantes de aquellos que toleran con la acción o la omisión de sus actos.

Recordaba Cançado Trindade con su voto razonado del caso *Bulacio vs. Argentina*[114] que […]

> La *reparatio* no pone fin a lo ocurrido, a la violación de los derechos humanos. El mal ya se cometió; mediante la *reparatio* se evita que se agraven sus consecuencias (por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido). Bajo este prisma, la *reparatio* se reviste de doble significado: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, al mismo tiempo en que restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (un orden jurídico erigido sobre el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana). El orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no–repetición de los hechos lesivos.

Fuera del sentido filosófico de la sentencia, es preciso diferenciarla del derecho de compensación que proviene del artículo 10 de la CADH, que asigna a toda persona el derecho a ser indemnizada conforme a la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Esta reparación es independiente de la que genera el proceso transnacional. La fuente es el error en el derecho interno, y promueve un derecho diferente al que asigna el procedimiento.

6. Conclusiones

De cuanto se resume se torna complejo resolver si el objeto central es solucionar casos individuales porque el sentido de la convención es proteger a todo ser humano afectado por actos del Estado; o en su caso, decidir si el deber primero es ver la

---

[113] Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 200, párr. 56.

[114] Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina.* Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 100.

conducta sistemática de violación que puedan hacer los Estados parte que resultan denunciados.

Como el proceso se inicia a impulso del denunciante, aun cuando la Comisión puede intervenir de oficio, el conocimiento de los hechos (la *notio* del poder jurisdiccional) llega de las víctimas presuntas; la intervención del Estado no es potestativa porque debe informar sobre las circunstancias que se presentan (la *vocatio* o emplazamiento para que comparezca es otro poder jurisdiccional); y la decision de los órganos del Sistema IDH se acota a los derechos que se verifican (coincide el poder acordado en el *iudicium* jurisdiccional).

La particularidad está en el alcance *erga omnes* de la sentencia transnacional, cuyo impacto se extiende al Estado condenado que debe reparar; y a los demás Estados parte que deben respetar, cumplir y aplicar la interpretación acordada en el caso conforme los deberes y obligaciones que surgen de los artículos 1 y 2 de la CADH.

Quiere decir que desde la singularidad de un caso se adoptan decisiones que serán la guía de interpretación para casos similares, donde los hechos no serán más que la fuente donde abrevar y los derechos cuya inteligencia se acuerda desde el caso, se proyecta como interpretación de la CADH.

Las dudas que llegan sobre estos aciertos declarados aparecen cuando se confronta el nivel de cumplimiento caso por caso. A veces es más fácil remediar un comportamiento sistemático que la Corte advierte como violatorio de la CADH (v.gr.: algunas garantías del proceso penal, como disponer la asistencia consular); que ejecutar en el derecho interno una condena específica (v.gr.: dejar sin efecto una sentencia; volver a enjuiciar vunerando el principio *ne bis in eadem*).

Recientemente la Corte tuvo que emitir una resolución aclaratoria en la supervisión de cumpimiento de la sentencia dictada en el caso *Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina*[115] en virtud de la oposición pronunciada por el más alto tribunal de la nación que sostuvo que aquella se había excedido de su competencia al imponer la revocación de una decisión previa de la propia Corte qe en el año 2001 había condenado civilmente a dos periodistas. Volvió entre sus argumentos a sostener que esa decisión convertía al tribunal internacional en una 4ª instancia que cuestionaba y era contrario a disposiciones constitucionales que consagraban la cosa juzgada.

---

[115] Resolución Corte IDH de 18 de octubre de 2017.

La Corte IDH señaló varias cosas:

> 1º) Las sentencias que ella emite deben cumplirse por obligaciones de buena fe (*pacta sunt servanda*)
>
> 2º) El derecho interno no puede ser motivo para escudar la inejecución.
>
> 3º) Exista la cosa juzgada internacional que vincula a los Estados partes y los comprometen a poner sus mejores esfuerzos para acatar las decisiones jurisdiccionales que se adopten.
>
> 4º) No existe un problema de jerarquía constitucional sobre el derecho internacional cuando se trata de cumplir con aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron.
>
> 5º) Las sentencias de la Corte IDH no revocan la cosa juzgada interna, solo aconseja adoptar medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para dejar sin efecto las sentencias locales que fueran violatorias de derechos humanos.
>
> 6º) No se puede ir en contra de los propios actos cuando un Estado cumple sentencias del tribunal internacional, que se dejan de cumplir en casos semejantes.
>
> 7º) No le corresponde a los Estados ni a sus jueces establecer la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte IDH puesto que sería inadmisible subordinar el mecanismo de protección imperante en la CADH a restricciones que hagan inoperante la función del tribunal.
>
> 8º) Para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado, independientemente de sus funciones o jerarquía, puede generar la responsabilidad internacional del Estado.
>
> 9º) Se recuerda que el principio de complementariedad o subsidiariedad implica que la responsabilidad estatal de la CADH sólo puede ser exigida en el ámbito internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios en el ámbito nacional.

Cada una de estas declaraciones pone de manifiesto los poderes jurisdiccionales que el Sistema IDH no tiene, a saber:

1º) No cuenta con la *coertio* que es el poder o la autoridad que surge del proceso judicial para imponer actos y resoluciones de trámite, así como aplicar multas y penalidades.

2º) No puede ejecutar por sí misma las sentencias que pronuncia, es decir que carece de *executio*, y por ello debe implorar que se cumpla de buena fe y poniendo los mejores esfuerzos.

3º) La cosa juzgada internacional no es un mecanismo procesal sino un efecto del control de convencionalidad, toda vez que la *res judicata* es una verdad declarada para quienes son partes en un proceso jurisdiccional sin que pueda afectar el derecho de terceros que no tienen oportunidad de intervenir.

4º) Si la sentencia internacional no revoca la cosa juzgada interna, aconsejando solamente dejarla sin efecto, se debe crear un sistema de ejecución propio para las decisiones del Sistema IDH que impida ponerlo en contra de normas constitucionales[116].

---

[116] El monismo democrático insiste con dar aplicación directa a tratados y convenciones sin necesidad de ley que los incorpore al derecho interno. Con este mensaje algunos autores sostienen que el mensaje del caso *Fontevecchia* que emite la Corte argentina, significa tanto como decir "se cumple pero no se acata" provocando una resistencia que resulta contraria a la idea de la unidad del ordenamiento jurídico, en el cual el ideal de la democracia constitucional y de los derechos humanos, muestre que entre ellos no hay conflicto (Cfr. Alegre, Marcelo, *Monismo en serio: Fontevecchia y el argumento democrático,* en Revista Pensar en Derecho, Nº 10 – Año 5, Eudeba, Buenos Aires, 2017, p. 37).

Capítulo VI

El acceso a la justicia y sus estándares

Sumario: 1. Introducción; 2. Deberes del Estado; 2.1 El deber de educar en Derechos Humanos; 2.2 Reglamentar derechos programáticos; 2.3 Remover obstáculos que dificultan el acceso a la justicia; 2.4 Garantizar el derecho a ser oído: 3. Deberes y obligaciones de los jueces conforme estándares; 3.1 Activismo judicial; 3.2 Deber de investigar; 3.3 Independencia e imparcialidad para resolver; 4. Estándares o garantías mínimas para un proceso igualitario; 5. Conclusiones.

1. Introducción

El acceso a la justicia es un movimiento mundial anterior a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También precede a la Convención Europea y a lo hecho por sus órganos políticos y jurisdiccionales. La corriente surge, esencialmente, con la necesidad de difundir los derechos provenientes de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) que proclama […]

> Como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacionales e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

En tándem con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la misma época, aunaron consignas para fomentar el cumplimiento de garantías mínimas para el desarrollo de principios y valores emergentes de la libertad e igualdad reconocida para todas las personas.

Quizás haya sido Mauro Cappelletti quien dio inicio con sus investigaciones a este fabuloso y constante progreso que cobra fundamento en una simple constatación: *derechos que no se conocen son derechos sin ejercicio*.

> Cappelletti comenzó entre los años 1960 a 1970 una investigación profunda que denominó el "Movimiento mundial en pro del acceso a la justicia", dando lugar a una vasta publicación en varios tomos que dieron a conocer con su par Bryant Garth. Analiza el fenómeno en tres escenarios diferentes: el *constitucional*, donde investiga las fuentes normativas que tienen las cartas magna de cada Estado en la regulación de derechos

> fundamentales; el *transnacional* enfatizando la necesidad de superar la visión acotada de lo interno con el fin de conseguir ampliaciones que excedan lo contextual, a modo de fomentar un *corpus iuris* universal; y la *dimensión social* de los derechos aplicados por la justicia, donde mostrará las barreras, debilidades, confrontaciones, y demás condicionantes para obtener una justicia igualitaria[117].

En esta introducción tenemos que esclarecer el alcance del planteo que venimos sosteniendo en este libro: ¿es el acceso a la justicia un estándar? O ¿son en realidad varios patrones instalados para dar forma al debido proceso?

Si todo el acceso a la justicia se comprende en un género de obligaciones y deberes, la mirada se debe poner en cuanto hace un Estado para cumplir con la consolidación de derechos humanos declarados en los tratados internacionales. Uno de ellos apunta con fervor que […]

> Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes del orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todos acatarlas siempre[118].

Enseñar y educar en derechos humanos es un deber del Estado, para que puedan eludir la omisión por desconocimiento, o la desinteligencia con preceptos que algunos toman como llegados de los derechos naturales. Lo ideal, claro está, es que se apliquen sin necesidad de reclamo, porque será únicamente en esta vía cuando debamos razonar el alcance que tiene el acceso a la justicia como entrada al proceso.

La doctrina especializada agrega […]

> Esto supone la posibilidad de reclamar en contra del Estado, pero también que el mismo establezca mecanismos para resolver los conflictos que se presenten entre los particulares. Es fundamental al respecto que exista la posibilidad de interponer reclamos en la vía administrativa y judicial y que los mismos sean resueltos respetándose la imparcialidad, el

---

[117] Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant; *Access to justice: A world survey*, Milano, 1978; una síntesis de todo se encuentra en Cappelletti, M. y Garth B., *El acceso a la justicia*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, traducción de Samuel Amaral, 1983.

[118] Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948).

> debido proceso y en un plazo razonable, requiriéndose además en la vía judicial la garantía de la independencia. Todo lo anterior para que se pueda tutelar de manera eficaz el derecho. En definitiva el acceso a la justicia tiene primordialmente un sentido instrumental. El acceso a la justicia se considera un derecho humano, pero también la forma de reclamar el respeto de frente a violaciones de los derechos humanos, cuando la prevención de dicho quebranto ha sido ineficaz. Además permite reclamar en contra el Estado o en contra de particulares cualquier derecho, no requiriéndose que se esté ante un derecho humano. Es importante tener en cuenta que el acceso a la justicia no supone solamente un derecho del demandante, sino también del demandado, no solamente un derecho de la víctima, sino también del imputado, etc. El respeto del debido proceso en el proceso administrativo o judicial es parte del acceso a la justicia[119].

Por su parte, si el acceso a la justicia se apuntala en el derecho a tener jueces y un proceso justo, los contenidos mínimos tendrán que observar la amplitud que se otorgue al derecho a ser oído, y el medio procesal que permita actuar el derecho al recurso 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[120].

2. Deberes del Estado

Propiciar el acceso a la justicia que actualmente gira su significado para hablar de *acceso a justicia*, simboliza conseguir que las personas tengan del Estado las condiciones requeridas para vivir en una sociedad igualitaria.

> Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales (art. XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre).

El reconocimiento de derechos a toda persona constituye un emplazamiento a consolidar derechos subjetivos de naturaleza diversa, donde ocupan un sitial preferente los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Ellos inclusive, se han ampliado notablemente con derechos sustanciales que fueron constitucionalizados, así como otros quedaron interpretados con la finalidad para

---

[119] Llobet Rodríguez, Javier, *Introducción,* en "Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Panamá", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2009, p. 8.

[120] Cfr. art. XVIII (Derecho de justicia) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

la que se los destina (familia, salud, educación, en primera línea). En todo este avance progresivo y constante, el control constitucional interno, y el control de convencionalidad sumaron esfuerzos para que el acceso a situaciones de justicia igualitaria y equitativa fueran una realidad evidente.

Estos derechos contraen al mismo tiempo deberes de cooperacion, respeto y obediencia, que en conjunto elaboran una jerarquía inédita para la construcción de fuentes normativas.

Precisamente, con la superación del dogma de la supremacía constitucional (primacía de la Norma Fundamental sobre todo el ordenamiento jurídico) se abre paso a la internacionalización de los derechos fundamentales que son claves para instalar el aspecto material del acceso a la justicia.

2.1 El deber de educar en derechos humanos

El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice […]

> La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales: favorecerá la comprensión, la tolerancia, la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Educar es un derecho anterior a la mera comunicación formal de los derechos que se establecen. La legislación es menos rigurosa al punto que parte de la base que con la publicacion de las leyes se presume por todos conocida.

Por lo tanto educar es un proceso que va más allá de la mera instrucción o del traslado de información. Es más fácil transmitir información sobre los derechos humanos que modificar actitudes y conductas. Es afectar los corazones, los estilos de vida, las convicciones. Educar en derechos humanos no puede reducirse al orden intelectual, pertenece al reino de los sentimientos, de las pasiones, porque supone trascender la palabra y pasar a la acción. Es el desafío de ser más humanos. Educar sería en este sentido el intento de transmitir y adquirir actitudes que encarnan la utopía de los derechos humanos[121].

---

[121] Texto de Mujica, Rosa María, *¿Qué es educar en derechos humanos?*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2002, p. 23

De cuanto aquí se trata no es un problema jurídico. Antes bien, se ocupa de verificar el modelo que asume el Estado para enseñar el contenido de los derechos humanos. Es una tarea diferente a la que tiene el reconocimiento formal dispuesto al adherir a un tratado, o sumarlo en la legislación interna; aquí el deber estatal es la formación completa que exceda la simple aceptación intelectual.

Estacionan en el territorio de planes educativos primarios, secundarios y universitarios; la estandarización de conductas para funcionarios que usen armas de fuego; generan patrones de comportamiento en situaciones de emergencia, y muchas más acciones que ingresan en el deber de educar.

2.2 Reglamentar derechos programáticos

Por vía de principio todos los derechos y garantías consagrados en tratados y convenciones sobre derechos humanos son operativos para el derecho interno sin necesidad de normas reglamentarias, más allá de la necesidad de tener una ley que adhiera o los ratifique.

Esta regla del derecho internacional se sobrepone al carácter relativo que tienen las normas constitucionales cuando afirman que los derechos reconocidos por la Norma Básica del Estado no son absolutos, toda vez que ellos pueden ser limitados y restringidos a través de su reglamentación.

Sin embargo, hay veces que la disposición de normas generales para las personas se establecen sobre paradigmas que no tienen en cuenta idiosincracias o particularidades de cada lugar (v.gr.: diferencias en el modo de concretar el control de constitucionalidad), de modo tal que es necesario promover reglamentos de aplicación que, de omitirlos o postergarlos, impactan en la eficacia directa de cuanto se ha reconocido.

La ley reglamentaria no puede afectar el contenido esencial del derecho del que se ocupa, pero puede ampliar las ventajas u ofrecer mejores estándares de aplicación. Por ejemplo, la protección de los derechos constitucionales en el Sistema Interamericano no tiene al abogado como parte esencial en el derecho de defensa, pero si un Estado establece el ejercicio profesional como elemento indispensable para evitar la indefensión técnica, el estándar será superior al que implanta el propio derecho declamado.

> Otro ejemplo es el artículo 23.2 de la CADH que dice […]: La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En la Opinión Consultiva 18/2003[122] México preguntó a la Corte IDH si podía establecer limitaciones al goce y ejercicio de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes que no estuvieran debidamente documentados, esperando respuesta sobre la compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.

Las intervenciones de algunos Estados parte sostuvieron que cada uno tenía la potestad de reglamentar el ejercicio de los derechos y enmarcar el establecimiento de políticas estatales dentro de la ley, sin que ello sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.

Sin embargo, la Corte IDH adujo que tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

En el párrafo 84 hizo una aclaración importante […]

> En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

La conclusión fue que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de

---

[122] OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias. No obstante […]

> Al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por el tribunal en el sentido de que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana"[123]. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en "los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos", advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonables"[124]. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran[125]. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía[126].

2.3 Remover obstáculos que dificultan el acceso a la justicia

Un conocido estudio de la Comisión IDH[127] analizó un núcleo de situaciones que obstaculizan el acceso a la justicia. Para ello elaboró un informe que concluye con recomendaciones para los Estados formuladas a título de estándares.

En estos divide la atención en dos planos esenciales que son los mismos que tomamos en este capítulo como pauta y advertencia. Por un lado, acepta que el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado esquemas sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, afirma que la

---

[123] *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 46; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, párr. 56.

[124] Cfr. Eur. Court H.R., *Case of Willis v. The United Kingdom,* Jugdment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., *Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands,* Jugdment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., *Case of Petrovic v. Austria,* Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium,* Judgment of 23rd July 1968, Serie A 1968, para. 10.

[125] *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 46.

[126] OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 89.

[127] Comisión IDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema IDH*, Resumen ejecutivo.

obligación de los Estados no es sólo negativa –de no impedir el acceso a esos recursos– sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos, para lo cual cada uno debe remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceder a la justicia.

Los estándares son patrones que se presentan como modelos para alcanzar el derecho al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, y en conjunto se refieren a las garantías mínimas que se deben implementar.

En cambio, el acceso a la justicia y a los derechos que se consagran como fundamentales para la persona humana, proponen deberes u obligaciones positivas de los Estados, donde anidan presupuestos que la práctica consuetudinaria demuestran que son auténticas obstrucciones.

> Un primer aspecto del derecho de acceder a la justicia en materia de derechos sociales, es la existencia de obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales y el alcance de la obligación positiva del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal. De esta manera, numerosas cuestiones vinculadas con el efectivo acceso a la justicia -como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso- resultan asuntos de inestimable valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, es común que la diversa situación económica o social de los litigantes se refleje en una desigual posibilidad de defensa en juicio.

Veremos más adelante que la obligación de deponer impedimentos en el acceso a la justicia que tengan origen en la posición económica de las personas, no tiene igualdad de respuesta en el sistema americano; al punto que varios países, entre ellos Argentina, han entendido que las sentencias de la Corte IDH cuando argumenta sobre la conveniencia de no exigir la tasa de justicia como presupuesto de entrada al proceso, es una mera exhortación antes que una verdadera condena.

Ante esta eventualidad que se reitera y fomenta lecturas asimétricas, el informe de la Comisión IDH recomienda la provisión de servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos, a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva.

> Con esto en miras, se han identificado algunos criterios para la determinación de la procedencia de la asistencia legal gratuita en casos concretos. Estos son: *a)* la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; *b)* la complejidad de las

cuestiones involucradas en el caso y *c)* la importancia de los derechos afectados.

A su vez, el Sistema IDH tuvo oportunidad de identificar situaciones estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia a determinados sectores de la sociedad. En estos casos, la Comisión IDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela.

La mayor preocupación es facilitar el acceso y remover los obstáculos que impiden u obstruyen la eficacia de otros derechos reconocidos. Como acceder a los jueces es un presupuesto necesario para tener un proceso debido, es el Estado el que debe actuar como reaseguro del derecho de igualdad, en la medida que pone en estos el tener que asegurar la igualdad de oportunidades.

> En el artículo 7, numerales c, d, e, f, g de la Convención de Belém do Pará se señala que los Estados parte se encuentran obligados a incluir normas penales, civiles, administrativas y de otra naturaleza en su ordenamiento interno para prevenir, sancionar erradicar la violencia; a adoptar medidas de restricción al agresor, a abolir leyes vigentes, así como reglamentos y modificar prácticas consuetudinarias que "respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer"; a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos y a "establecer mecanismos judiciales y administrativos que garanticen a la mujer victima de violencia a una reparación y a medios de compensación justos y eficaces".

No es este el espacio para desarrollar las actuaciones que se imponen como deberes del obrar efectivo para asegurar la garantía de acceder a resoluciones justas y a una justicia pronta y efectiva. Sin embargo acuden en ayuda argumental otros resúmenes que utilizamos a estos efectos […]

> En América Latina persisten distintas barreras que limitan el acceso a la justicia para la población, en particular para los grupos más vulnerables. En efecto, podemos mencionar problemas como el de la discriminación étnica y cultural que afecta a los Pueblos Indígenas, "al desconocer y desconfiar éstos del sistema de justicia y, éste, de las culturas, las lenguas, los razonamiento y formas de solución de controversias, conflictos y las sanciones que imparten en la justicia indígena"[128] (barreras culturales y lingüísticas); "el

[128] Villarán, Susana, *Acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en Lovatón, David, Informe Final de proyecto "Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a

costo que entrañan los procesos para personas que viven en pobreza o pobreza extrema y la ausencia o déficit en muchos países de defensores públicos o asistencia legal gratuita"[129] (barreras económicas), "la existencia de prejuicios y estereotipos de género en los funcionarios del sistema de justicia que colocan en desventaja a las mujeres y la ausencia de servicios jurídicos especializados para mujeres"[130] (barreras de género). Estos obstáculos mencionados aquí no son los únicos; sin embargo, constituyen los más palpables y los que principalmente contribuyen a generar situaciones de sistemática vulneración y exclusión de ciertos sectores de la población en relación al derecho de acceso a la justicia. Adicionalmente, se presentan barreras de carácter institucional, en las cuales la responsabilidad del Estado se puede establecer de forma más directa, ya que responden a falencias de las propias instituciones públicas. En la región, diversos son los países en los que la población en general encuentra dificultades para hacer efectivo este derecho debido a las barreras mencionadas […]. Entre los problemas más comunes se encuentra la burocratización del sistema de justicia, la cantidad de procedimiento y requisitos requeridos a lo largo de un proceso judicial dificulta y desincentiva el seguimiento del proceso. Dentro de esta burocratización podemos mencionar la presentación de documentos escritos para cada acto procesal, así como el incumplimiento de los plazos procesales (como el tiempo de comparecencias y audiencias), a cuyo incumplimiento suelen contribuir los abogados a través de estrategias de dilación y frustración de actos procesales. Otro problema común es la falta de un servicio de información inmediata (a diferencia de la información ex ante a la que se hará mención más adelante) por parte de las instituciones públicas, en especial a nivel judicial, que facilite a los usuarios un entendimiento y seguimiento del proceso, así como una guía para la realización de trámites y presentación de documentos, información sobre los plazos procesales (conteo de días hábiles y consecuencia del incumplimiento), sobre las posibilidades de asistencia letrada (defensa pública), consecuencias de los actos procesales, etc.[131]

3. Deberes y obligaciones de los jueces conforme estándares

Las facultades del juez en el proceso pueden ser estudiadas desde la plataforma sencilla de los principios y presupuestos procesales, de manera que se concreten las reglas de dirección material, el control disciplinario, el orden y la regularidad de los trámites, las potestades para usar la fuerza legitimada por el poder jurisdiccional, etc.

---

la Justicia en las Américas, Organización de Estados Americanos (OEA), Instituto de Defensa Legal, Consorcio Justicia Viva, Lima, diciembre de 2007, p. 6.

[129] Villarán, ob. cit., p. 6.

[130] Villarán, ob. cit., p. 7.

[131] AA.VV., *Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas,* edición conjunta de Due process of law – Debido proceso legal y del Instituto de Defensa Legal, Lima, 2010, pp. 5 y ss.

En este campo se exponen las polémicas sobre la interpretación entre "autoridad" y "autoritarismo" en el proceso; la iniciativa probatoria del juez; los efectos y alcance de principios como el dispositivo, o el de economía procesal, o bien, para resolver los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada. Son temas y cuestiones de larga data y profusa bibliografía, en los que hemos opinado largamente y allí remitimos[132].

Otra visión se puede adoptar desde la finalidad, o la misión propiamente dicha que tienen los jueces en la sociedad. Acá deben circunscribirse algunos puntos cruciales en el debate; por ejemplo, ¿cuáles son las fronteras que se pueden cruzar en busca de la verdad?, ¿tiene que ser siempre el juez quien dirija todo el procedimiento?, ¿no es diferente, la acción que se realiza en un proceso constitucional respecto a uno civil, o penal?

En este último tramo es donde colabora la interpretación jurisprudencial y consultiva del sistema interamericano de derechos humanos, al corresponder las garantías judiciales previstas en el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, con el art. 25 del mismo cuerpo legal que clama por un "recurso sencillo y eficaz".

> Lógicamente, a los fines de deducir nuevas reglas, la noción de recurso no se puede seguir desde el plano procesal: no se refiere el art. 25 a un medio de gravamen o a un mecanismo de impugnación; sino a una vía siempre disponible para reclamar por los derechos humanos que se consideren violados (v.gr.: recuérdese que en los estados de emergencia siempre será valedero el amparo y el hábeas corpus); la sencillez se relaciona con lo simple, que sea comprensible, adaptado a la urgencia de la pretensión, sin ritualismo ni solemnidades, es decir, en pocas palabras, un proceso que consiga ser eficaz en base a la confianza que surja de sus propios postulados.

La actuación judicial es vital para lograr resultados satisfactorios, porque en definitiva, la justicia la hacen los hombres y no las leyes ni los principios. Por eso, más allá de admitir tareas propias de quien trabaja con derechos humanos, y en especial, las particularidades que tiene el proceso internacional de defensa, cabe interrogarse si es factible encuadrar estas misiones que delinea la Corte IDH para los jueces y autoridades jurisdicionales. En todo caso ¿cuáles son las misiones que se pueden explanar para todos los jueces?

---

[132] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil,* Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 455 y ss.

En líneas generales, el primer objetivo es superar las rigideces técnicas; evitar que las solemnidades del acceso condicionen la lectura de pretensiones viables que podrían ser entorpecidas por requisitos de legitimación; saber qué pasó en los hechos que se plantean como casos controvertidos, con el fin de alcanzar la verdad; asumir que hay reglas tradicionales como la bilateralidad y la contradicción que en algunos procesos, como los constitucionales, se desplazan o aminoran; en suma, se reclama un juez comprometido con la sociedad donde vive y que lo quiere partícipe de sus necesidades y concluyente con sus reclamos.

Sin embargo, reina cierta confusión cuando se instala este deber funcional en el campo del debido proceso en lugar de hacerlo dentro de los contenidos de la tutela judicial efectiva. Es verdad que el trabajo de depuración realizado en las sentencias constitucionales permitió esclarecer los contenidos, pero al mismo tiempo, se reflejaron las diferencias en Latinoamérica para encontrar desarrollos que debiendo ser iguales, sufrían el impacto de sus propias legislaciones.

Es decir, existiendo un proceso similar, las resoluciones adoptadas diferían los modos de ponderar la eficacia jurisdiccional y la justicia del caso.

El caso más notable es el juicio de amparo, que siendo claramente un proceso constitucional, encuentra múltiples formas de realización poco acordes con la finalidad que se persigue de esta herramienta vital para que se cumpla el principio de supremacía de la Norma Fundamental.

Por eso, cuando en cada lugar se enfrenta la necesidad de identificar los contenidos específicos de la garantía del debido proceso y de la tutela judicial, hay que superar ciertos dogmas y arquetipos.

3.1 Activismo judicial

En este sentido, no se puede pensar en un servicio judicial justo y equitativo, si la decisión que se toma no proviene de un proceso desarrollado con parámetros de igualdad de fuerzas y posibilidades.

De allí que en la actualidad, antes que normas se buscan principios, y éstos se consagran en estándares que consolidan una idea fuerza que va afirmándose por etapas.

La primera de ellas asienta en el acceso a la justicia; luego de ejercitado el derecho a ser

> oído, comienza el derecho al proceso, y con éste se explanan las garantías que todo proceso debe contar, sin perjuicio de completarse con el derecho a la jurisdicción que será el lugar donde se aquilata la tutela judicial efectiva. En escala son, en nuestra opinión, los contenidos básicos que debe encontrar el individuo que promueve una petición ante los órganos de la justicia.

Desde la perspectiva del Estado, el acceso a la justicia tiene igualmente visiones polifacéticas. No hay que olvidar que el proceso es una garantía anterior al conflicto, y como tal, tiene el deber de garantizar con los jueces, que se cumpla en forma justa y equitativa la resolución del conflicto entre los hombres. Es éste un mandamiento fundamental que nutre los derechos y garantías provenientes de cualquier Constitución.

Siguiendo el argumento no se puede negar que todos los jueces tienen un deber funcional de atender los reclamos que se formalizan a través de demandas o presentaciones. La acción queda configurada como un derecho subjetivo a la tutela jurídica, y para que quede suministrado, se tiene que solucionar la entrada al proceso, y todo el trámite en sí mismo, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado.

Ahora bien la Corte IDH admite que en el ejercicio de competencias que le son propias, trabaja esclareciendo normas de la convención, pero al mismo tiempo, crea nuevas reglas, persuade sobre la conveniencia de aplicar ciertos estándares, o modifica presupuestos tradicionales. A veces se duda sobre la pertinencia de esa labor; en otras surge el interrogante de saber si el tribunal está extendiendo una competencia que no tiene.

Lo cierto es que este activismo jurisdiccional se refleja en múltiples acciones, como cuando extiende la validez jurídica de la opinión consultiva; o promueve la eficacia *erga omnes* de sus decisiones; o dispone reparar en un modelo indemnizatorio propio que el derecho interno debe acatar; etc.

> La jurisprudencia de la Corte IDH proporciona numerosos ejemplos de activismo judicial: la regla que prohíbe amnistiar delitos graves (graves violaciones de los derechos humanos o crímenes internacionales), la regla que prohíbe la prescripción de ciertos delitos (violaciones, graves violaciones, muy graves violaciones de los derechos humanos o bien crímenes internacionales), la regla que excluye la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el ne bis in ídem en caso de nuevas pruebas, la regla que prevé el

> derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular, la regla que establece que la Corte puede decidir más allá del caso concreto, la regla que establece que la Corte puede ordenar medidas a estados que no participaron en el proceso internacional, etc. Algunas fueron efectivamente usadas para decidir casos y otras afirmadas en obiter dicta[133].

El llamado activismo judicial es una expresión muy usada para destacar la función atenta y creadora del órgano judicial, que en el caso de tribunales internacionales agrega el poder de interpretación, con la consecuente posibilidad de creación normativa que no concluye con la adopción o cristalización de la norma en cuestión, sino con el test del análisis de sus consecuencias[134].

En este sentido, con la expresión activismo judicial se pretende analizar hasta qué punto el juez internacional deduce consecuencias jurídicas de los principios y normas declaradas en el ordenamiento como estructural y de ahí inferir su coherencia. Se trata de la complementariedad necesaria o la interrelación dialéctica entre la norma y el juez en la resolución del dilema de la conexión del ordenamiento internacional como sistema jurídico.

Como afirma Sánchez Rodríguez […]

> El examen analítico de la jurisprudencia nos enfrenta al reto formidable e irrenunciable de explicar los mecanismos y metodologías a través de los cuales los enunciados necesariamente abstractos de las fórmulas normativas, así como la consideración teórica de los diversos intereses que se hallan en conflicto en el momento de su formulación, se concretan y solucionan controversialmente en la vida práctica, en la puesta en movimiento, en la dinámica de tales principios y normas. La interrelación dialéctica existente entre la formación y la aplicación normativas[135].

El posible discrecionalismo pone mucha resistencia en las escuelas jurídicas. Algunos, como la jueza del Tribunal Federal Alemán Gertrude Lübble-Wolff aboga por

---

[133] Malarino, Ezequiel, *Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en "Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional", AA.VV., Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, pp. 25 y ss.

[134] Jiménez García, Francisco, *Activismo judicial en la evolución del Derecho Internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional*, Agenda Internacional, Año XVII, N° 28, Madrid, 2010, pp. 75-102.

[135] Véase su *Prólogo* a la obra colectiva: *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico a la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Sánchez Rodríguez – Quel López – Martín López (editores), Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, p. 18.

no intentar cerrar el sistema que forma el sistema local e internacional de protección de los derechos humanos.

Afirma desde su experiencia como magistrada, que […]

> El mundo real no pude ser redimido de sus conflictos reales con meras construcciones teórico-jurídicas y existen razones para preguntarse si a largo plazo no podría resultar más útil al derecho y a la paz soportar una tensión entre el derecho nacional y el derecho internacional, que postular un sometimiento *incondicional,* y en consecuencia también ilimitado, a *uno* de esos regímenes jurídicos, el internacional, a partir del cual las partes contratantes de tratados internacionales y los Estados miembros de organizaciones supranacionales, renuncian a toda posibilidad de tener voz y voto a la hora de decidir cuáles son los *límites* de su inserción en contextos supranacionales y en tratados de derecho internacional […]. Los derechos humanos podrán reivindicar una vigencia universal, a partir de la cual los tribunales internacionales de derechos humanos deduzcan una dignidad especial. Sin embargo, esto en nada modifica el hecho que el contenido esencial de muchos derechos sectorialmente no es más que un postulado de ponderación, y que en esta ponderación debida pueden incidir factores muy diversos de país en país. Eso en nada modifica que la vigencia fáctica y la realizabilidad de los estándares en derechos humanos dependen de evoluciones materiales e intelectuales y que estos estándares no pueden garantizarse de manera equivalente a cualquier nivel. Tampoco cambia en nada el hecho de que los sistemas internacionales de defensa de los derechos humanos hermanos deben respetar un cierto grado de diferencias nacionales, que por lo tanto no están concebidos como sistemas para la unificación de estándares de derechos individuales, sino como sistemas diseñados para preservar un estándar mínimo que debe respetar ciertos márgenes de apreciación nacionales, en particular el alcance de las limitaciones admisibles. Y en nada modifica el hecho que también una jurisdicción de los derechos humanos puede exceder los límites de sus facultades"[136].

La duda que tienen estas posiciones aumenta la crisis del estándar de probable aplicación. Si al juez no se lo ve activo y deja en manos de las partes la dirección y control del litigio, la respuesta que se puede esperar del proceso será simplemente una elección del juzgador sobre el acierto o error que tienen las posiciones asumidas por las partes.

En la doctrina nacional Omar Benabentos, pensando en el proceso civil, afirma que […]

---

[136] Lübble-Wolff, Gertrude, *Justicia constitucional y justicia internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones*, en "Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*",* Eudeba, Buenos Aires, 2012, pp. 102 – 103.

> El fenómeno de la publicización se ha basado en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra, aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia[137].
>
> Para nosotros, el garantismo no cuestiona la dirección procesal que se manifiesta en acciones propias del impulso procesal, el control de la conducta de las partes, las facultades disciplinarias, el control de la admisión formal y sustancial de la demanda, la regularidad de los presupuestos procesales, entre otras facultades generadas por la publicización. En cambio, se opone rotundamente a que el juez se entrometa en el material litigioso, en la investigación de los hechos, en la determinación de prueba no ofrecida por las partes, en la declaración de la existencia de un derecho que no tenga previa contradicción, en la inversión de reglas procesales como la carga de la prueba. En definitiva, el garantismo concreta su posición afirmando que un juez con muchos poderes es un juez que inexorablemente se alejará de la labor cognoscitiva de la causa que debe resolver. Se corren graves riesgos que ese juez "poderoso" imponga su voluntarismo sobre la racionalidad. Queda claro que la racionalidad proviene del saber no del poder y el desprecio por el conocimiento es hijo directo del poder, que tiende a sustituir los espacios cognoscitivos por espacios decisionistas de los magistrados[138].

La pregunta que sigue pendiente es esta ¿realmente la Corte IDH promueve el activismo judicial? En el caso *Campo Algodonero vs. México*[139]se encuentran muchos puntos de contacto y orientaciones claras que definen modalidades (estándares) que se deben cumplir para que exista una protección efectiva de los derechos humanos.

En el *sub lite* se encontró responsable a los Estados Unidos de México por su falta de actuación en los crímenes de mujeres de Ciudad Juárez […]

> Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desenvolvieron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido.

---

[137] Benabentos, Omar A., *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, 2001, pp. 34 y ss.

[138] Gozaíni, Osvaldo A., *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo,* Fundap, Querétaro, México, 2002, pp. 134 y ss.

[139] Corte IDH. Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, N° 205, párr. 388.

> Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas. Todo ello permite concluir que en el presente caso existe impunidad y que las medidas de derecho interno adoptadas han sido insuficientes para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas. El Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la CADH y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia. Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir.

Además, después del caso germen del control de convencionalidad, no se cansa de repetir que ella es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes[140].

En esta tarea, los jueces y el Estado con todos sus funcionarios, han de tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH como fiel y ultimo intérprete de la CADH. Evidentemente el contexto robustece la función constitucional de los jueces y así debiera ser cuando se encuentran disputados derechos fundamentales.

La respuesta, entonces, parece no cuestionar las desigualdades del rol conforme el proceso donde se desarrollan los poderes y deberes judiciales. En los procesos constitucionales (y dentro de ellos el proceso transnacional se inserta como un tipo *sui generis*) las potestades del tribunal acentúan una función específica que consiste en

---

[140] Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, Nº 154, párrs. 123 a 125 y caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, Nº 162, párrs. 173-189; Caso. *Boyce y otros vs. Barbados.* Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 169, párr. 78; asunto *Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009; Serie C, Nº 209, párr. 339

promover la efectiva defensa de los derechos humanos, atendiendo el principio de legalidad constitucional y cuanto surge del control de convencionalidad.

Básicamente, todos los mecanismos son controversiales, sea contra el Estado (o la autoridad pública) o frente a actos de particulares. El debate se entabla entre un sujeto que plantea la amenaza o lesión de sus derechos constitucionales, teniendo como adversario al agente productor del acto lesivo. Sin embargo, las reglas de la bilateralidad y la contradicción no se aplican a pie juntillas en los procesos donde se emiten los estándares, porque la premisa conduce a observar los hechos antes que las personas afectadas. En realidad, éstas son el destino de la protección que se promueve, y las pautas que se establecen van dirigidas a conformar el *corpus iuris internacional*.

De este modo, el asunto se concentra en la cuestión constitucional, evitando que las alegaciones de las partes alteren la actividad esencial. Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que, corresponde oír a todos en sus respectivas alegaciones. Pero la controversia supone tener posiciones diversas, donde el juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto, sin que su actividad de impulso y desarrollo sustituya el que a los litigantes corresponde realizar.

Finalmente, si con el activismo puesto como objetivo, se persigue alcanzar lo justo, podríamos compartir la sentencia de la Corte IDH en el caso *Masacre de el Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador*[141] donde sostuvo que todos los jueces tienen que demostrar un compromiso indiscutible con el valor justicia y con su obtención dentro de un proceso judicial […]

> "De igual modo, dicho deber impone la remoción de todo obstáculo *de jure* y *de facto* que impida la investigación y juzgamiento de los hechos y, en su caso, la sanción de todos los responsables de las violaciones declaradas así como la búsqueda de la verdad. En efecto, si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a las víctimas en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Bajo esta consideración subyace la idea de que un procesamiento que se desarrolla hasta su conclusión y cumpla su cometido es la señal más clara de no tolerancia a las graves violaciones a los derechos humanos, contribuye a la reparación de las víctimas y muestra a la sociedad que se ha hecho justicia"

---

[141] Corte IDH. Caso *Masacre de el Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, Nº 252, párr. 249.

3.2 Deber de investigar

Este es uno de los aspectos más interesantes que trajo la jurisprudencia del Sistema IDH, porque tras el deber de investigar en todo tipo de procesos, se elaboró una doctrina sobre la verdad como derecho, antes que como resultado probatorio, y desde allí se alteró la eficacia refleja de la cosa juzgada.

La Corte ha determinado que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones .

El contenido del derecho a conocer la verdad se desarrolla especialmente en casos de desaparición forzada, lo cual ha sido sistematizado en el caso de la *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*[142] . Si bien el derecho a conocer la verdad se ha enmarcado fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia, aquel tiene una naturaleza amplia y su vulneración puede afectar distintos derechos consagrados en la Convención Americana, dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso.

> En el caso *Tenorio Roca vs. Perú*[143], no estaba esclarecida la desaparición forzada de la víctima después de 32 años de efectuada la denuncia. Tampoco el Estado había determinado las responsabilidades correspondientes, y mantuvo la incertidumbre sobre si los restos encontrados y los que aún pudieran encontrarse en otras fosas fueran de la víctima de este caso. Al respecto,dijo la Corte que era necesario resaltar que en el marco de desapariciones forzadas, el derecho a conocer el paradero de las víctimas desaparecidas constituye un componente esencial del derecho a conocer la verdad. La incertidumbre sobre lo sucedido a sus seres queridos es una de las principales fuentes de sufrimientos psíquico y moral de los familiares de las víctimas desaparecidas. En virtud de lo anterior, la Corte declara la violación del derecho a conocer la verdad, en perjuicio de los familiares del señor Rigoberto Tenorio Roca. En este caso, como en otros, dicha violación se enmarca en el derecho de acceso a la justicia.

Por el conducto del derecho a la verdad se razona una función jurisdiccional

---

[142] Corte IDH. Caso *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú,* sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 299, párrs. 261 y ss.

[143] Corte IDH. Caso *Tenorio Roca vs. Perú,* sentencia de 22 de junio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C, N° 314, párr. 244.

intransferible, que se considera violación de la garantía del juez natural cuando quien juzga no investiga y, por tanto, vulnera el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

Este tema sobre el que volveremos para verificar si el deber de investigar que enuncia la Corte IDH es un estándar del debido proceso que, en su caso, alteraría el principio de la carga de la prueba, mueve a reflexionar si el deber de investigar para conseguir la verdad no conmueve el principio de bilateralidad y la igualdad procesal.

En los hechos relevados por la Corte no se mira esta cuestión porque canaliza sus respuestas desde el deber de garantizar la efectividad en la investigación de violaciones de los derechos humanos, donde se debe evitar omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación .

Al respecto, se precisa que […]

> Cuando los hechos se refieren a la muerte violenta de una persona, la investigación iniciada debe ser conducida de tal forma que pudiese garantizar el debido análisis de las hipótesis de autoría surgidas a raíz de la misma. En este punto, cabe recordar que no corresponde a la Corte analizar las hipótesis de autoría manejadas durante la investigación de los hechos y en consecuencia determinar responsabilidades individuales, cuya definición compete a los tribunales penales internos, sino evaluar las acciones u omisiones de agentes estatales, según la prueba presentada por las partes. De igual modo, no compete a la Corte sustituir a la jurisdicción interna, estableciendo las modalidades específicas de investigación y juzgamiento en un caso concreto para obtener un mejor o más eficaz resultado, sino constatar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana . La Corte recuerda que la falta de diligencia tiene como consecuencia que conforme el tiempo vaya transcurriendo, se afecte indebidamente la posibilidad de obtener y presentar pruebas pertinentes que permitan esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades que correspondan, con lo cual el Estado contribuye a la impunidad[144] .

En consecuencia, el objetivo de investigar no se pone como un estándar para los jueces, sino en un deber del Estado de eliminar los estorbos formales y sustanciales que lo impidan.

3.3 Independencia e imparcialidad para resolver

---

[144] Corte IDH. Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala.* Sentencia de 19 de Noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 307, párr. 169.

La autonomía de los jueces también es una garantía que el Estado debe proporcionar. Este es uno de los compromisos esenciales para resguardar la eficacia de las actuaciones y es un reaseguro para la garantía del derecho de defensa.

No se trata de considerar que ello sea un estándar, obviamente, sino que es preciso tener jueces independientes e imparciales para que no se vea afectado el principio fundamental. En nuestro parecer, exigir que haya jueces independientes e imparciales, es un presupuesto del debido proceso, antes que un elemento constitutivo.

En todo caso, la obligación asume dos aspectos. El primero se ocupa de lo *objetivo* del problema, debiendo encontrar jueces designados con anterioridad a los hechos de la causa (garantía del juez natural) para evitar conflictos de competencia. Es decir, *Juez Natural* es aquél que tiene jurisdicción para entender en un hecho concreto y que solo por circunstancias excepcionales puede delegar o transferir esa capacidad para actuar.

La segunda parte es más compleja, porque radica en el ámbito de lo *subjetivo*, donde anidan condiciones personales que se necesitan para que el juez sea cabalmente quien concrete las reglas y principios del debido proceso. En este sentido, los adjetivos que se piden son numerosos, y no todos tienen los significados o sentidos que se esperan. Por ejemplo, que el juez sea neutral, idóneo, equitativo, que razone y fundamente sus sentencias, son varias exigencias que puestas en práctica pueden ser confusas para la realización efectiva del debido proceso.

Localizado el tema con precisión, cada característica da una impronta a la actividad jurisdiccional; de este modo el juez neutral puede ser una persona indiferente y apartada de todo interés que no sea resolver el conflicto aplicando la ley, tal como quería el modelo europeo del siglo XVIII; la idoneidad se puede consagrar en ilustración manifiesta y versación acreditada, que aun presente, no asegura que las sentencias estén relacionadas con el sentimiento de justicia; lo equitativo no siempre refleja lo justo, y podría ser más un pronunciamiento distributivo que puramente objetivo, y también la fundamentación de la sentencias, como requisito constitucional, tiene manifestaciones encontradas.

Hay además una perspectiva adicional que se fija en la independencia como una cuestión de autonomía en la decisión. Se trata más bien de considerar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sin influencias ni subordinación jurídica. Dicho esto como si

fuera un problema de tensión o conflicto entre quien resuelve y quien revisa, más allá de la autonomía propia que exige el juez como parte de un Poder, el Judicial, que no debería ser interferido en sus sentencias por agentes externos.

> Díez Picazo[145]dice que entre estos frenos y contrapesos propios de un sistema de jerarquías, sin duda la responsabilidad de los jueces juega el papel protagonista, en el sentido de que de cuál sea la configuración positiva de los tipos de responsabilidad judicial depende en buena medida la efectividad de la independencia real. Por eso, agrega González Granda, un tema recurrente siempre que se habla de independencia es el de la responsabilidad, planteada en términos de tensión o conflicto, por tratarse en ambos casos de valores constitucionales e igualmente dignos de tutela. Conflicto o tensión que, en el fondo, lo que traduce es, ni más ni menos, que la cuestión de los cometidos del juez en el contexto de un sistema de impronta continental, y, en último extremo la del propio emplazamiento del Poder Judicial en el seno de un sistema democrático[146].

La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene el recaudo de la independencia; dicho en términos de resolver si se trata de una autonomía del Poder; o si es independencia en el sentido de abstracción (*los jueces son la boca de la ley*), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del Poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores aislados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, respectivamente, las posiciones primitivas han mudado.

4. Estándares o garantías mínimas para un proceso igualitario

La construcción de un esquema semejante para todo tipo de procesos considera a la igualdad como soporte esencial para que sea posible. Aquí el Sistema IDH formula declaraciones que tienen en cuenta el modo como se lleva a cabo el ejercicio garantista del artículo 8 de la CADH, de modo tal que lo prioritario, es actuar dentro de las garantías judiciales y con el derecho a la protección judicial que se suscita cuando están

---

[145] Díez Picazo, Luis, *El régimen constitucional del Poder Judicial,* Cívitas, Madrid, 1991, p. 27.

[146] González Granda, Piedad, *Independencia del Juez y control de su actividad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 33.

en juego derechos humanos.

El derecho consiste en respetar los contenidos mínimos del derecho de defensa; disponer las víctimas presuntas de un acceso real o efectivo al un recurso sencillo, breve y comprensible reconocido en el artículo 25.1 de la CADH, que se asocia al patrocinio judicial implícito en el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) del mismo orden legal.

La Corte IDH ha señalado que, a la luz del artículo 8.1 de la Convención, toda persona tiene el derecho a ser oída por un órgano imparcial y competente, con las debidas garantías procesales, las que incluyen la posibilidad de presentar alegatos y aportar pruebas.

> El Tribunal sostiene que esa disposición convencional "implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido"[147].
>
> Con relación al artículo 25.1 de la Convención, ha señalado que dicha norma contempla la obligación de los Estados parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento[148].
>
> La Corte ha establecido que para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los

---

[147] Cfr. Caso *Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. Sentencia de 13 de octubre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 234, párr. 122, y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 284, párr. 178.

[148] Cfr. Caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*. Sentencia de 4 de marzo de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 223, párr. 75. En similar sentido, Caso *Argüelles y otros vs. Argentina*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 288, párr. 145

> derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. En cuanto a los requisitos de procedibilidad de un reclamo judicial, este mismo Tribunal ha señalado que [p]or razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole. De tal manera, si bien esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado[149].

8. Conclusiones

El acceso a la justicia, en consecuencia, no es un estándar del debido proceso sino un deber prestacional que todo Estado parte de la CADH debe cumplir para dar eficacia al derecho a ser oído, en forma rápida y mediante un proceso liberado de sofisticaciones rituales o solemnidades exageradas.

La puesta en escena es una garantía a satisfacer con el límite que imponen las normas constitucionales – procesales del derecho interno. Algunas obligaciones no son estrictamente para tener acceso al proceso, sino para conocer los derechos que se tienen y disponen, a cuyo fin el primer compromiso es dar a conocerlos y educar en derechos humanos.

Luego, si existen actos lesivos que la jurisdicción local tiene que tutelar, comienza aquí el nudo a desatar cual verdadero punto neurálgico del problema.

En efecto, las garantías anteriores al proceso evidentemente forman parte de un elenco que no es protagónico en el acceso a la justicia, desde que el juez natural, independiente e imparcial, que deba aplicar la ley, concretar el control constitucional y ser fiscal de los derechos humanos comprometidos, son aspectos naturales de una función para quienes ejercen jurisdicción.

Pero las que corresponden a la dinámica de actuación supone instruir desde el control de convencionalidad con parámetros o arquetipos que pueden ser contrarios con

---

[149] Cfr. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 158, párr. 126.

los reglamentos y con la misma Constitución.

Por eso, cuando la Corte IDH señala que del artículo 8 de la CADH se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación[150], lo que hace es recordar un deber jurisdiccional que se considera inalienable.

De igual modo, cuando establece la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares para saber la verdad de lo ocurrido, pone énfasis en un valor a conseguir sin alterar con ello los reglamentos procesales. En todo caso, cada uno de los interesados tendrá los deberes y facultades que le asigna la condición en la que actúa dentro del proceso.

Lo que no tiene en cuenta el Sistema es que dentro del proceso transnacional se revisan hechos, se declaran derechos, se interpretan conductas y se ordenan reparaciones; cuestiones que en el derecho interno suponen acumular pretensiones dentro de una lógica diferente a la que tiene el proceso transnacional.

Por ejemplo, cuando se reclama en el derecho interno por la inconstitucionalidad o ilegalidad de una ley o de un acto reglamentario, quien pide debe acreditar el interés que lo lleva a postular semejante pretensión. La teoría de la legitimación procesal, en estos supuestos, percibe la importancia de verificar el impacto sobre el derecho antes que sobre las personas que piden, y –no siempre como regla– flexibiliza los presupuestos procesales permitiendo sustanciar el proceso constitucional.

En cambio, cuando se piden resarcimientos o las pretensiones son indemnizatorias, quien las solicita debe acreditar el derecho que tiene pues no sería racional que se diera a cualquiera por el solo hecho de mostrar un derecho sin daño emergente.

De allí que el fenómeno de espejar las reglas de los artículos 8 y 25 de la CADH con los derechos procesales (constitucionales, patrimoniales, individuales y de punición) no puede ser admitido como un estándar de la igualación que se persigue al

---

[150] Corte IDH. Caso de los "*Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo). Serie C, Nº. 63, párr. 227, y Caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 277, párr. 184.

declamar el derecho de todas las personas a tener acceso a los jueces y a una justicia equitativa e igualitaria.

El artículo 8, en particular, consagra líneas garantistas que implementan el debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.

La primera parte declara las garantías y la segunda acentúa la defensa penal, pero igualmente, para la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar todas las obligaciones que resguarden las líneas marcadas para el debido proceso.

Eso no significa que el derecho a ser oído despoje de contenido el derecho procesal que esgrimen los presupuestos y condiciones para ser parte de un litigio. Las garantías que establece dicha norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, pero es un requisito que espera no quedar inerte cuando el derecho a ser oído se desecha por cuestiones irrazonables, como sostener que carece de legitimación para obrar sin dar razones ni fundamentos al rechazo.

El sentido del acceso a la justicia y a los jueces, es el de comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones, el cual en cierto tipo de procesos debe ejercerse de manera oral. Asimismo, al pronunciarse sobre la observancia de las garantías del debido proceso en la investigación de violaciones de derechos humanos, la Corte ha indicado que implica el deber estatal de garantizar que las víctimas o sus familiares tengan "amplias posibilidades de ser oídos" "en todas las etapas de los respectivos procesos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones[151].

En síntesis, el acceso a la justicia surge implícito en la obligación general del artículo 1.1 de la CADH que se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin

---

[151] Corte IDH. Caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Sentencia de 13 de octubre de 2011 (Fondo. Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 243, párr. 122.

discriminación" los derechos contenidos en el Pacto de San José de Costa Rica. También el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley", de manera que si se alega que un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, el hecho debe ser analizado bajo el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la alegada discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, el hecho debe examinarse bajo el artículo 24 de la misma.

Capítulo VII

Gratuidad de la justicia*

Sumario: 1. Introducción; 2. Razones que justifican las tasas de justicia; 3. Gratuidad para el Estado; 4. La gratuidad como estándar; 5. La gratuidad es una sentencia exhortativa; 6. Conclusiones.

1. Introducción

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante Sistema IDH) no existe ninguna norma que sostenga el deber de gratuidad de la justicia. Solamente el artículo 8.1 refiere al derecho que tiene toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable […].

La duda que se plantea consiste en resolver si este derecho de acceso a la justicia y al proceso es una garantía que se ocupa de evitar todo tipo de obstáculos, entre los que se encuentra afrontar tasas judiciales y honorarios profesionales.

En el caso *Cantos vs. Argentina*[152] se dijo […]

> Para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial 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. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio […].
>
> La Corte IDH observa, asimismo, lo siguiente: por una parte, existen normas internas en la Argentina que ordenan liquidar y pagar por concepto de tasa de justicia y de honorarios de abogados y peritos sumas exorbitantes, que van mucho más allá de los límites que corresponderían al cubrimiento razonable de los costos y costas generados por la administración de justicia y a la equitativa remuneración de un trabajo profesional calificado. Por otra parte, también existen disposiciones que facultan a los jueces para reducir el cálculo de la tasa y de los honorarios aludidos a límites que los hagan razonables y equitativos. Es, asimismo, del conocimiento del tribunal, que la Suprema Corte de Justicia

---

* Sobre la base de la investigación realizada por la profesora María Cecilia Serrano.

[152] Corte IDH. Caso *Cantos, José María vs. Argentina.* Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, Nº 97, párr. 62.

> de Argentina ha invocado la posibilidad de hacer prevalecer en las causas judiciales de orden interno las disposiciones de los tratados internacionales, lo cual ha llevado a que en diversos procesos los jueces hayan aplicado directamente la Convención Americana, modificando, en lo pertinente, los alcances del orden normativo nacional[153]. Así las cosas, se dijo que no había fundamentos para considerar que el Estado ha incumplido el artículo 2 de la Convención porque su orden jurídico, considerado en su integridad, no lleva necesariamente a impedir el acceso a la justicia. En todo caso sería aconsejable que el Estado suprimiera de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudiesen dar lugar, de una u otra manera, a la imposición de tasas de justicia y al cálculo de honorarios que, por ser desmedidas y excesivos, impidieran el cabal acceso a la justicia. Y a su vez adopte el conjunto de medidas tendientes para que la tasa de justicia y el cobro de honorarios no se transformen en obstáculos para hacer efectivo los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en la Convención Americana.

En procesos constitucionales es común aceptar que la defensa de derechos fundamentales afectados por actos públicos o de particulares sean atendidos sin tener que solventar gastos anticipados que habiliten la actuación jurisdiccional; e inclusive, otros tampoco exigen que la acción que se intente sea llevada por abogados (tema que tratamos en otro capítulo) razonando para ello que como se trata de interpretación constitucional, la demanda propiamente dicha, es una denuncia ante la autoridad que tiene, en consecuencia, el deber de actuar oficiosamente.

En definitiva, el Estado tiene el deber de patrocinar a sus habitantes y si existen obstáculos para ello, la premisa inmediata es localizar las dificultades y confrontar la legalidad y constitucionalidad que justifique esas limitaciones.

Con este emplazamiento habrá que cotejar si el costo que se impone para ser oído es aceptable en términos de justicia y equidad; si es lógico que se tenga que pagar para tener jueces que escuchen las pretensiones de las partes y resuelvan las controversias; o si se puede tolerar que el beneficio de litigar sin gastos sea el único sustituto creado para evitar que las situaciones de pobreza sean el vehículo para llegar a los jueces.

> En el derecho procesal el análisis del acceso a la justicia tiene origen con la famosa obra épica de Mauro Cappelletti que enjundiosamente observa de qué manera el costo de la justicia influye como un claro obstáculo para el ejercicio de los derechos; promoviendo

---

[153] Fallos, 315:1492.

entre otras cuestiones, la gratuidad del sistema y la modificación del curso de las costas[154]. En materia fiscal los estudios sobre la denegación de justicia por obstáculos fiscales debieron haber integrado el temario sobre la tributación y los derechos humanos. Dicho enfoque del derecho fiscal comenzó a partir del año 1987, con la celebración del XLI Congreso de la IFA en que tuvo lugar un seminario sobre tributación y derechos humanos ("*Taxation and Human Rights*", Seminar A, XLI Congress IFA, 7-11 September 1987). Sin embargo, en ninguna de tales actividades y/o publicaciones se incluyó este tópico[155].

De acuerdo con el Reglamento de la Corte IDH sobre el funcionamiento del "Fondo de Asistencia a las víctimas", para que alguien pueda acogerse a estos beneficios se deben cumplir tres requisitos: *a)* pedirlo en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas; *b)* demostrar, mediante declaración jurada y otros medios probatorios idóneos que satisfagan al tribunal, que carece de recursos económicos suficientes para solventar los costos del litigio ante la Corte IDH; y *c)* indicar con precisión qué aspectos de su defensa en el proceso requieren el uso de recursos del Fondo de asistencia de la Corte[156].

Con estos elementos se reconoce que cualquier proceso judicial genera gastos cuya solvencia depende del patrimonio que se tenga o del riesgo que se quiera afrontar. Estas son costas en el sentido de inversiones que se deben realizar antes, durante y después del proceso, pero no corresponden al análisis que persiguimos efectuar en este capítulo.

El interrogante que se abre debe resolver si el deber de gratuidad es un estándar de los procesos y, en su caso, articular ese compromiso con el derecho interno. Para ello cabe observar que no existen criterios uniformes en orden al pago anticipado de gastos judiciales, al punto que estas diferencias existen incluso dentro de la propia organización interna de cada uno de los Estados.

La vertiente de semejante universo no es sino más que la finalidad buscada por cada uno al momento de definir su política respecto de la creación o no del tributo,

---

[154] Cfr. Cappelletti, Mauro – Vigoritti Vincenzo, *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Cappelletti-Talón, New York-Milano, 1973.

[155] Asorey, Rubén Oscar – Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La tasa de justicia como obstáculo para el acceso a la justicia*, La Ley, 2003-D, 1278 y ss., y en Debates de Actualidad, editado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XVIII nº 191, Julio/Octubre 2003, pp. 69 y ss.

[156] Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, aprobado por el Tribunal el 4 de febrero de 2010, artículo 2.

decisión que no debiera ser motivo para encubrir una legislación esquiva con las responsabilidades internacionales asumidas.

2. Razones que justifican las tasas de justicia

Varios motivos pueden justificar imponer una tasa de justicia antes de comenzar a tramitar un proceso. Algunos son de índole fiscal (recaudación), pensado para financiar la actividad judicial; otros buscan desalentar el nivel de litigiosidad; o la delegación del conflicto hacia mecanismos alternativos de pacificación.

Desde otra perspectiva, están quienes sostienen que no se trata más que nivelar socialmente el gasto, otorgando beneficios a quienes menos tienen, e imponiendo espórtulas a los que pueden sufragar gastos anticipados.

De todos modos, en polaridad con estas ideas, aparecen los que entienden a la gratuidad como presupuesto necesario para hacer realidad el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Agrupados es posible clasificar los que adoptan el sistema de justicia gratuita, como está en Bolivia, Chile y Ecuador; y los que lo tienen reglamentado como Argentina, República Oriental del Uruguay, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos, México, Panamá y Paraguay, entre otros.

> En este último grupo de países el criterio de tasas varía tanto en los procedimientos y materias a los cuales se aplica, como así también en el monto de los aranceles en cuanto porcentajes y/o escalas predeterminadas, e incluso en las exenciones y/o beneficios que cada legislación dispone; sin dejar de destacar con esto que en algunos países como la República Argentina, coexisten gobiernos provinciales con potestades tributarias propias –que no fueron delegadas– de todos modos limitadas de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 de la Constitución Nacional.

Por lo general, la tasa de justicia establece el pago obligatorio de una suma que se cuantifica sobre el porcentaje del reclamo cuando sea de posible estimación pecuniaria. En algunos supuestos el porcentual tiene mínimos y máximos; y en casos especiales se remiten a la etapa final del proceso una vez que se determina la condena en costas.

> Uruguay tiene un régimen intermedio que no se rige por porcentajes, porque la ley 16.134 dispuso la creación del impuesto judicial para todos los actos procesales que se realicen ante el Poder Judicial, y cuyo rango plasmado en escala es de actualización anual. La

> determinación del tributo toma valores fijos vinculados con el monto del asunto sin que exista un tope máximo, pues para los casos que superan el monto del rango mayor, existe una regla para su incremento que se ve en la aplicación del cálculo. De allí que el remedio contra la falta de topes máximos aparecen varias eximiciones, excepciones y/o salvedades determinadas en la norma, dentro de los cuales se puede destacar circunstancias especiales como las del trabajador o de quien se encuentra en situación de pobreza (cfr. art 254 Constitución de la Republica, que exige otorgar el beneficio a quienes no cuenten con medios suficientes y siempre que sea indispensable en opinión del juez, para la conservación de su derecho).

En ciertas legislaciones, las materias sociales (trabajo, salud, educación y seguridad, por ejemplo) establecen el socorro de la gratuidad, beneficio que se desvanece ante un resultado adverso, pues un eventual rechazo de la demanda obliga al perdidoso a asumir los gastos del juicio, con la salvedad de no responder con la vivienda propia al pago de costas en caso alguno.

Inclusive, cuando se establece la gratuidad como principio se ponen límites para que no se interprete como beneficio de litigar sin gastos, apuntando la exención al pago de la tasa de justicia, sellados de actuación y otros cargos; pero en marcha el proceso empiezan otros costos implícitos de la actividad que deben quedar a cargo de quien resulta condenado en costas.

> Los fundamentos que dan sustento a cada tesitura pueden sintetizarse del siguiente modo: *a)* existen diferencias desde un punto de vista semántico, en tanto "litigar" sin gastos abarca desde el comienzo de las actuaciones judiciales hasta la finalización de las mismas –eximición de costas– mientras que "justicia gratuita" se refiere al acceso de justicia y a la gratuidad del servicio que presta el Estado, lo que no necesariamente implica exoneración de las costas; *b)* no puede regularse el instituto en cuestión en una ley nacional dado que el beneficio de litigar sin gastos o carta de pobreza se encuentra regulado por las leyes locales de cada provincia; c) se alentaría la proliferación de acciones judiciales injustificadas (conf. doctrina y jurisprudencia citada). Por el contrario, la segunda postura –de carácter amplio– considera que la justicia gratuita posee los mismos alcances que el beneficio de litigar sin gastos […]. Desde esta perspectiva, la gratuidad no se agota en la tasa de justicia y sellados de actuación sino que comprende también a las costas del proceso[157].

Las compensaciones pueden ser equilibrios, y los trámites de exención un sistema especial de protección al justiciable en situaciones de vulnerabilidad económica.

---

[157] Gozaíni, Osvaldo A., *Costas Procesales,* tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2007 (3ª edición), pp. 68 y ss.

La Comisión IDH cuando trabajó el informe sobre derechos sociales, económicos y culturales afirmó que el derecho de acceder a la justicia obligaba al Estado a remover obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales.

> De esta manera, numerosas cuestiones vinculadas con el efectivo acceso a la justicia -como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso- resultan asuntos de inestimable valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, es común que la desigual situación económica o social de los litigantes se refleje en una disímil posibilidad de defensa en juicio.
>
> Tanto la Corte como la Comisión han fijado la obligación de proveer en ciertas circunstancias servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos, a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva. En paralelo, se afirma que ciertas acciones judiciales requieren necesariamente de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento; y que los costos del proceso, ya sean del proceso judicial o administrativo, y la localización de los tribunales, son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales. Los órganos del Sistema IDH han determinado que un proceso que demande excesivos costos para su desarrollo, vulnera el artículo 8 de la Convención Americana. La Comisión ha expresado sobre el particular que el recurso judicial que se establezca para revisar el actuar de la administración, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también "económico" o asequible.
>
> A su vez, el Sistema IDH ha comenzado a identificar situaciones estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia a determinados sectores de la sociedad. En estos casos, la Comisión IDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela.

3. Gratuidad para el Estado

Si los factores económicos impactan en el acceso a la justicia, también alcanza a la defensa jurídica de todos quienes intervienen en un litigio. De hecho si la dificultad solamente asienta en la debilidad económica, sería aplicable también al escaso presupuesto que tiene el Estado destinado a salvaguardar su defensa.

Veamos el problema con más detenimiento. El estándar que se pone desde el Sistema IDH para que la justicia sea pronta, efectiva y gratuita, enfatiza el deber del

Estado de proporcionar jueces idóneos, al tiempo que deba remover obstáculos económicos que dificulten el acceso. Pero no se ocupa de la defensa en juicio más allá de apuntar a la necesidad de evitar la indefensión proporcionando abogados para quienes no tienen medios para afrontar el costo que ellos significan.

Como veremos en el derecho al abogado, la garantía hoy suma la confianza y la capacidad adquirida, donde fácil es visualizar que la formación de los profesionales de la justicia no es igual; que los sitios donde cumplen la función oficial de defensa es básica y precaria; que las dilaciones que sufren los procesos muchas veces proviene del exceso de causas en trámite en manos de un solo profesional; vale decir que la insuficiencia de las partidas destinadas a la asistencia jurídica gratuita, y otros más son temas que directa e indirectamente afectan el acceso a la justicia.

Sobre esta base se espeja un problema de equilibrio, en el sentido de verificar si la gratuidad se relaciona únicamente con las tasas judiciales y las costas, o asienta en líneas más amplias, al derecho a sustentar un proceso en igualdad de condiciones.

Nosotros creemos que el principio de gratuidad que menciona el Sistema IDH, no está en el artículo 8 de la CADH ni en el artículo 25, sino en el fundamento que reporta la igualdad de armas. Por eso, el deber de eliminar obstáculos no significa que los gastos que un proceso origina tengan que someterse también a la gratuidad.

Acceder sin costo alguno es un beneficio, y la condena en costas un punto de equilibrio para evitar acciones temerarias o maliciosas; más allá de compensar a quien quedó emplazado en juicio, tuvo que litigar y al final encontrarse favorecido por la decisión del debate.

En consecuencia corresponde indagar los pasos a cumplir con el mandato convencional para que se facilite el acceso a la justicia, sin tener como única respuesta la eliminación de los costos de ingreso, en razón de que no son vistos como suficientes para alcanzar la custodia total y efectiva del derecho de defensa.

En rigor de verdad el beneficio de gratuidad y/o las exenciones mencionadas no son bastantes al mostrar la insuficiencia con la carga de otras obligaciones que se deben afrontar (honorarios profesionales, cuyo porcentaje en función del monto del proceso pueden arrojar sumas que inhiben al justiciable a la hora de requerir tutela jurisdiccional).

Este es el parámetro que tuvo Argentina en el caso "*Cantos*" ya mencionado, donde la Corte IDH consideró que se habían violado los arts. 8.1 y 25 de la Convención todo ello en relación con el artículo 1.1 de la misma en perjuicio de José María Cantos, al exigirle a este último el pago de sumas exorbitantes en concepto de tasa de justicia y honorarios regulados.

4. La gratuidad como estándar

La Corte IDH sostiene que el Estado tiene el deber de cumplir con los arts. 8.1 y 25 de la Convención realizando innovaciones reglamentarias que armonicen con los principios esenciales de la CADH.

No basta con la existencia formal de recursos si ellos no son efectivos; es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de acceder a la justicia, tener un proceso y lograr una defensa técnica idónea, que abastezca dicha garantía.

> El artículo 1º de la Convención obliga a los Estados partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte expresó que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención[158].

El deber general del Estado de adecuar su derecho interno incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a observar de manera efectiva los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención.

---

[158] Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Nº 119, párr. 219; Caso "*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*", sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Nº 112, párr. 206; y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, Nº 18, párr. 78.

Cabe recordar que en la Opinión Consultiva 10/89, del 14 de julio, la Corte IDH había anticipado que, la parte final del artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la *posición económica*.

El sentido de la expresión *discriminación* que menciona el artículo 24 debe ser interpretado, entonces, a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley.

La obligación convencional es, entonces, prestar asistencia jurídica gratuita a quien por su precaria condición financiera no puede afrontar los costos de un proceso. El deber del Estado consiste en proporcionar el servicio facilitando los mecanismos de acceso y conocimiento de los derechos.

No se trata de hacer que todo el derecho interno sea gratuito, sino de ser razonables en la determinación de las costas procesales y en el monto de los honorarios judiciales.

5. La gratuidad es una sentencia exhortativa

El párrafo de la Corte IDH en el caso *Cantos vs. Argentina* se expresa como exhortación, al decir que, en todo caso sería aconsejable que el Estado suprimiera de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudiesen dar lugar, de una u otra manera, a la imposición de tasas de justicia y al cálculo de honorarios que, por ser desmedidas y excesivos, impidieran el cabal acceso a la justicia.

Si vemos el resultado de este pedido podríamos afirmar que la evolución ha sido inversa a lo rogado, toda vez que cada vez son más los ordenamientos procesales y fiscales que suman tasas y contribuciones para acceder al proceso.

Por ejemplo, en Colombia el demandante debe cancelar el arancel judicial antes de presentar la demanda y acompañar con ella el correspondiente comprobante de pago, siendo de tal gravedad el incumplimiento que de no haber cancelado el tributo, no acreditar su pago o hacer un pago parcial del arancel judicial, la demanda será *inadmitida* en los términos del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil.

La ley 1.653 (2013) fue objeto de revisión constitucional quedando modificada en varios preceptos. El fin tuitivo aparece en el artículo inicial que expresa […]

> La Administración de Justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley.
>
> Con este marco el artículo 2° concreta la naturaleza jurídica, indicando que: "El arancel judicial es una contribución parafiscal destinada a sufragar gastos de inversión de la Administración de Justicia".

Podríamos ampliar mucho más los ejemplos de conflictos entre actividad gratuita e imposición de costos por servicios administrativos de la justicia que son, en definitiva, los que traen otro espacio de razones para la creación de las tasas judiciales.

Por eso, para que sea bien notable el objetivo, existen dos formas distintas para establecer el cobro. O se exige al momento de promover la demanda como un presupuesto de ella, o se carga para cada actuación procesal generada (por ejemplo, la petición de grabar actos, o diligenciar medidas cautelares, o para que se practiquen notificaciones, etc.). Cualquiera sea el modelo, sigue en pie la confrontación con el estándar convencional.

6. Conclusiones

Desde los orígenes del proceso judicial se ha discutido si el servicio que la justicia dispensa ha de ser gratuito, o sujeto al pago de una tasa retributiva por la tarea requerida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dijo que las tasas judiciales son constitucionalmente válidas, pues no afectan el principio de defensa en juicio ni la garantía de la propiedad privada, *en tanto no sean confiscatorias*[159].Y aun sin vincular el monto con la exigencia tributaria, la disidencia del Ministro Vázquez en la causa "*Urdiales, Susana c. Cossarini, Franco*"[160] sostuvo que el depósito en el recurso directo, o de queja, era inconstitucional por restringir el acceso a la instancia de la

---

[159] Fallos, 201:557; 262:697, cfr. Giuliani Fonrouge, Carlos M. – Navarrine, Susana C., *Tasas judiciales, Ley 23.898*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 8.

[160] Fallos, 319:1389.

Corte, poniéndose así en contradicción, con el espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

> Reiterado en "*Marono, Héctor c. Allois, V.D.*"[161] que sostiene […]: "Si el derecho al acceso a la justicia es uno de aquellos que resultan operativos con su sola invocación e irrestricto en su ejercicio, cualquier condicionamiento del trámite judicial de carácter previo –como el vinculado al pago de la tasa de justicia– o ulterior –como el derivado del abono de depósitos para acceder a instancias superiores de revisión jurisdiccional– no sólo resulta violatorio de lo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional, sino que tampoco se compadece con la naturaleza propia de ese derecho constitucional". (Disidencia del doctor Vázquez),

En lo analizado, la disidencia significó establecer una diferencia entre la tasa de justicia que se obliga a tributar antes del proceso (que sería inconstitucional) y aquella que debe pagarse como costas (que se reconoce legítima y absolutamente válida).

En la perspectiva procesal la lectura del problema se relaciona con ésta visión, porque se estudia más la posibilidad de reintegro a partir del instituto de las costas, que la limitación que produce cuando se plantea como un requisito de la pretensión.

También revela que la voluntad propuesta por la Corte IDH para que se elimine toda traba en el acceso a la justicia donde tasas anticipadas, costas y honorarios, es de práctica imposible; lo que en nuestro parecer no significa acciones inconvencionales sino mecanismos que ponen la exigencia de los costos del proceso en su tiempo y lugar.

En pocas palabras, se puede compartir con Guasp[162] en que la existencia de los gastos procesales es una necesidad evidente que no puede ser eliminada, puesto que el proceso, como toda obra humana, exige invertir en él una cantidad de riqueza, que es en lo que consiste el gasto precisamente. Pero con respecto a las costas puede llegarse, en principio, a otra solución: como la esencia del concepto está en hacer pesar sobre las partes determinada serie de los gastos originados por el proceso, podría pensarse en la conveniencia de eliminar esta obligación, haciendo gratuita para dichas partes la administración de justicia.

Así se formula y defiende el *principio de la gratuidad de la justicia*, uno de los más debatidos en los tiempos pasados, pero que en la actualidad debiera considerarse sin dificultad como un problema superado.

---

[161] Fallos, 321:2894.

[162] Guasp, Jaime, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Aguilar, Madrid, 1943, p. 1116.

> La tesis defensora de la gratuidad de la justicia parte de una consideración extremadamente sencilla en apariencia; puesto que la administración de justicia constituye, en fin de cuentas, un servicio público, los usuarios de este servicio, es decir, los litigantes, no deben pagar cantidad ninguna por su utilización; al litigante no se lo considera en esta concepción como un beneficiario que perjudique indirectamente al litigar a los demás, sino, por el contrario, como una persona que, en mayor o menor grado, se sacrifica por la paz de la colectividad y contribuye a la certidumbre de las normas por que se rige; finalmente, se afirma que el que la justicia haya de ser un servicio retribuido por los litigantes, hace a unos de peor condición que los otros, al depender de la posición económica de una parte sus posibilidades de que los Tribunales le hagan justicia. Sin embargo, estos argumentos no resisten un atento examen de los fundamentos sobre que se basan. No es cierto, en primer lugar, que en todo caso el coste de un servicio público debe gravar a todos los ciudadanos por igual y no con mayor fuerza a los que utilizan directamente el servicio; ni puede negarse tampoco que el litigante, por lo menos el litigante vencido, aunque no sea culpable, es la causa inmediata de la existencia del proceso, porque su resistencia o pretensión injustificada da lugar a que no resulte inconveniente que pese sobre él la carga económica de atender los gastos de dicho proceso; ni cabe desconocer que el problema que plantea la existencia de pretensiones u oposiciones, cuyos titulares carecen de los recursos económicos suficientes para acudir a un proceso, puede resolverse mediante una ordenación satisfactoria del llamado derecho de asistencia jurídica gratuita. Si a estas razones se añade la de carácter político jurídico que hace observar el extraordinario aumento de la litigiosidad que la implantación de la gratuidad absoluta de la justicia llevaría consigo y el que la litigiosidad es siempre un mal, aunque dentro de ciertos límites debe considerarse como un mal necesario, se comprende que el principio de la existencia de las costas procesales no puede ser combatido de una manera tan radical[163].

En realidad, tomar el tema desde la perspectiva de las costas o gastos causídicos no soluciona la crisis de entrada al proceso que pretendemos poner en evidencia. En los hechos, la derrota de una parte y la victoria de la otra constituyen el efecto común para determinar la responsabilidad patrimonial y el resarcimiento de todos los gastos incurridos, entre los que se encuentran las inversiones anteriores y las ocasionadas por el proceso en sí mismo. Sin embargo, esto tiene utilidad al finalizar la controversia, sin lograr resolver el tema de la admisión.

Ni siquiera el beneficio de litigar sin gastos sirve para ello, porque si bien el actor puede reclamar oportunamente la repetición de lo pagado en concepto de tasa de justicia de resultar victorioso, el pago inmediato que se exige puede importar una

---

[163] Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, 4ª edición actualizada por Pedro Aragoneses, Cívitas, Madrid, 1998, tomo I, pp. 528/9; cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Costas Procesales*, 2ª, Ediar, Buenos Aires, 1998 (2ª edición), p. 17.

exigencia insuperable que no soluciona el incidente para demostrar la insolvencia o la simple carencia de recursos suficientes. En consecuencia, la cuestión se puede enfocar en la puerta de entrada al proceso, y desde aquí también señalar ángulos diversos.

El primero será poner el costo de acceso como *tasa retributiva de servicios*, en cuyo caso, debiera definirse la eficacia del sistema ante los derechos del consumidor, teniendo en cuenta que, con esta libertad literaria, podríamos definir al justiciable como un consumidor del servicio judicial.

Luego, si se considera a *la tasa* como *tributo* en lugar de *precio por el servicio prestado* tendremos que responder varios desajustes que muestran la distancia entre el presupuesto de derecho y la realidad analizada; en cambio, si centramos el problema en la dimensión del debido proceso, entre cuyas reglas aparece el derecho de acceso a los jueces, la tasa de justicia encontrará explicaciones contradictorias con el fenómeno que propende a la libertad de postulaciones ante la justicia y al acceso sin restricciones.

Cualquiera sea la respuesta, la gratuidad no es un estándar sino una exhortación para que lo sea.

Capítulo VIII

La fórmula de la Cuarta Instancia·

Sumario: 1. Introducción; 2. ¿Se puede revisar la cosa juzgada?; 3. Objetivos a considerar cuando se actúa sobre un caso; 4. Poderes del Tribunal internacional; 4.1 Competencia de la competencia; 4.2 Principio de progresividad; 5. ¿Qué se entiende por cuarta instancia?; 5.1 Origen de la teoría de la cuarta instancia; 5.2 Revisión indirecta o impropia; 5.3 Generación del ius commune; 6. El marco normativo de adhesión al Pacto de San José de Costa Rica; 7. Desarrollo jurisprudencial; 7. El recurso de revisión de la cosa juzgada; 8. Conclusiones.

1. Introducción

El derecho internacional ha sufrido profundas y claras transformaciones. Cada tiempo demuestra que habiéndose originado en épocas remotas como una manifestación del acuerdo interciudades (como fueron Atenas y Esparta), que en el derecho romano se consagra bajo la forma del *ius gentium,* reconvertido en la Edad Media como *ius commune,* siempre evoluciona propiciando modelos de relacionamiento y convivencia entre Estados.

El pasado histórico observó la problemática derivada de las guerras hasta que en 1648 con la paz de Westfalia se pone término a la *Guerra de los Treinta Años*, y por vez primera se desarrolla una etapa de convergencia y colaboración para solucionar pacíficamente las controversias entre naciones que tienen y deben aprender a cohabitar en un orden de recíproco respeto.

Por supuesto, el recorrido es mayor al que impulsa desarrollar este capítulo, pero sirve para enfatizar la razón por la que se busca coincidir y acordar sobre programas comunes.

Con la aparición en el siglo XX de los derechos humanos surge una alteración notable. Todos están pensando en los hombres y mujeres que tienen un destino de igualdad que cada Estado le debe garantizar, pero las soluciones del derecho interno son variables, de proporciones diferentes y con divergencias implícitas.

· Sobre la base de la investigación desarrollada por la profesora Silvana Olga Pulice.

> Entre los grandes logros de las Naciones Unidas se destaca el desarrollo de un corpus de derecho internacional (convenciones, tratados, normas, etc.) fundamental tanto para la promoción del desarrollo económico y social, como para la paz y seguridad internacionales. Muchos de los tratados creados por las Naciones Unidas forman la base del derecho que rige las relaciones interestatales. Aunque el trabajo de la ONU en este campo no siempre recibe mucha atención, tiene una repercusión diaria en la vida de todos los habitantes del mundo. Por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas insta a la Organización a ayudar a solucionar las controversias internacionales por medios pacíficos, entre ellos, el arbitraje y el arreglo judicial (artículo 33), y a impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación (artículo 13)[164].

La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, enfatiza […] "un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse", con el fin de poner igualdad de criterios y en un mismo plano internacional de reconocimiento e interpretación, a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Este formato proveniente de un modelo acordado se presenta como derechos fundamentales y forman junto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (y sus dos protocolos facultativos), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la llamada "Carta Internacional de Derechos Humanos".

Los documentos fueron el punto de partida para el desarrollo progresivo de los derechos humanos, que forjaron más tratados internacionales y otros instrumentos adoptados desde 1945, que le han dado un marco de referencia común y órganos específicamente dispuestos para su efectiva aplicación e interpretación uniforme.

Se concreta con todos el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que tiene dos facetas importantes para el análisis. Por un lado el fenómeno procesal, que con las sentencias y opiniones consultivas influye y condiciona al derecho interno; y por

---

[164] La Asamblea General ha adoptado diversos tratados multilaterales a lo largo de su historia, entre ellos, los siguientes: Convención Internacional para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (1996); Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999); Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (2005); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006); Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (2008); Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008).

otro advertir la existencia de un derecho internacional de los derechos humanos, que se refiere al aspecto sustantivo que nutre y da esencia a la disciplina.

> La mayoría de los Estados también adoptaron constituciones y otras leyes que protegen formalmente los derechos humanos fundamentales. Si bien los tratados internacionales y el derecho consuetudinario forman la columna vertebral del derecho internacional de derechos humanos, otros instrumentos, como declaraciones, directrices y principios adoptados en el plano internacional contribuyen a su comprensión, aplicación y desarrollo. El respeto por los derechos humanos requiere el establecimiento del estado de derecho en el plano nacional e internacional[165].

El primer aspecto necesita explicarse detenidamente porqué es el que expresa el nacimiento de la denominada "*Fórmula de la Cuarta Instancia*".

2. ¿Se puede revisar la cosa juzgada?

La entrada en el derecho interno de Convenciones internacionales sobre derechos humanos, así como el acatamiento a la jurisprudencia interpretativa que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), llevó a los Estados a tener que adaptar el derecho público para no encontrar afectada la llamada *"esfera de reserva soberana",* donde anida la prevención que sostiene Argentina desde el resonado caso "*Fontevecchia*"[166].

En esta causa la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS) consideró que no correspondía revocar una sentencia alcanzada por los efectos de la cosa juzgada, porque de hacerlo supondría transformar a la Corte IDH en una "cuarta instancia" revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, en contravención de la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional. En este sentido, entendió que el texto de la Convención no atribuye facultades al tribunal internacional para ordenar la revocación de sentencias nacionales (art. 63.1, CADH).

Asimismo, expuso que revocar su propia sentencia firme -en razón de lo ordenado en la decisión "*Fontevecchia*" de la Corte Interamericana- implicaría privarla

---

[165] Cfr. Documentos de Naciones Unidas elaborados por la Oficina del Alto Comisionado (http://www.ohchr.org).

[166] Fallos, 340:47.

de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.

Que el sistema no sea una "cuarta instancia" implica que los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no puedan revisar sentencias resueltas en el ordenamiento jurídico nacional. La actividad precisa pareciera centrar en evaluar la compatibilidad o incompatibilidad de la conducta estatal denunciada conforme el esquema convencional internacional vigente.

El interrogante inmediato es éste: ¿cuál es el rol que tiene la Corte IDH al receptar en la etapa contenciosa del sistema los informes de la Comisión y las demandas de las víctimas admitidas? ¿Revisa el proceso o solo atiende la conducta violatoria del Estado con los derechos humanos?

Asimismo, hay una etapa previa donde interviene la Comisión IDH que puede tener iguales interrogantes. La respuesta genérica y repetida sostiene que ninguno de ellos pretende suplantar la competencia de las autoridades judiciales domésticas, pues el objetivo es verificar que los derechos humanos no sean alterados. Claro está que la llave maestria que abre las compuertas de ambos organismos es invocar la revisión de los procesos judiciales internos para comprobar si ellos cumplieron con las garantías del debido proceso y protección judicial, y dieron las debidas garantías de acceso a la justicia para la presunta víctima en los términos de la Convención Americana.

Los derechos invocados en la denuncia aumentan el límite de la intervención dando pie a que el caso llevado a la Comisión encuentre suficientes motivos para abrir el procedimiento preliminar y, en su caso, el contencioso.

La doctrina sostiene que […]

> La protección internacional se configura como una protección complementaria que no sustituye a la nacional sino que ambas se presentan como parte de una compleja maquinaria de garantía de derechos en una sociedad abierta y global. Estas dos dimensiones (nacional e internacional) de la protección de los derechos humanos determinan los nuevos entendimientos entre el derecho constitucional e internacional que requieren necesariamente de una "rehabilitación" del Estado en el escenario mundial, así como del fortalecimiento de las instancias supranacionales[167].

---

[167] Del Toro Huerta, Mauricio, *La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva época, México D. F., N° 112, enero 2005.

Cuando la técnica de interpretación deduce una conclusión en la sede supranacional, la aplicación no tiene fronteras, sino intelectos que deben seguir ese criterio, u orientarse con el mismo. Quizás algunos hasta disientan con esas conclusiones, dando al control de convencionalidad una suerte de acertijo que va a depender, en mucho, de la política de integración que el Estado resuelva.

Para nosotros […]

> La dificultad, entonces, pone énfasis en las cuestiones que se deben resolver como operativas. Algunos podrán colegir que todos los jueces adquieren un poder inesperado de interpretación que puede llegar a ser superior al que tienen los tribunales superiores de un Estado. Otros no le darán tanto vuelo al juez ordinario ni al tribunal constitucional obligándolos a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH […]. En estos casos, la cuestión será decidir si la jurisprudencia es una guía o un régimen a seguir sin más alternativas. También podrán darse supuestos de resistencia que lleven a desconocer la regla de convencionalidad. Es evidente así, que la oscilación o alternancia en seguir la interpretación de la CADH por los órganos encargados por el Sistema para cumplir esa misión, pone en juego la eficacia de la protección general a los derechos humanos. Claro está que la afirmación no significa creer en la infalibilidad de la Corte, ni sostener que ella tiene una injerencia directa en el derecho interno. Pero, al mismo tiempo, no confiar en un mecanismo al que se llega voluntariamente, supone obrar en contra de los propios actos, constituyendo para el Estado una acción que se expone en abierta contradicción con la confianza que en otros despierta con su actitud de incorporarse a una supremacía que, en el caso, proviene de la propia Convención[168].

3. Objetivos a considerar cuando se actúa sobre un caso

El interrogante recién presentado es el que debiéramos considerar. Se trata de encontrar la naturaleza jurídica propia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuyo punto de apoyo primero está en la voluntad soberana de los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y que, al adherir, han aceptado someterse a la competencia contenciosa de la Corte.

No hay líneas afines sobre las consecuencias que tiene este sometimiento voluntario. Por ejemplo, hemos argumentado que […]

> El procedimiento que comienza ante la Comisión IDH tiene una naturaleza jurídica controvertida, pero lo que no es dudoso es que centra la investigación para desentrañar si

[168] Gozaíni, Osvaldo A., *Sistema procesal interamericano;* Ediar, Buenos Aires, 2016, pp. 475 y ss.

existió una probable violación de los derechos humanos. El enjuiciamiento desarrollado en las instancias locales no se vincula con el nuevo proceso, aun cuando sostiene y estimula la decisión particular de promover una acción ante el órgano interestatal[169].

En concordancia con la afirmación, cuadra ver que la apertura del caso a la etapa contenciosa depende de la Comisión antes que de las víctimas, cambiando desde esta perspectiva uno de los presupuestos centrales para iniciar una causa. Vale decir, si el principio dispositivo de raigambre procesal sostiene que todo juicio se inicia a petición de parte, entonces la Comisión IDH actúa como un filtro dirimente que desde la investigación preliminar de los hechos y las causas, resuelve si el Estado denunciado puede ser llevado al enjuiciamiento puro.

La diferencia entre sujetos del proceso local (téngase en cuenta que al tenerse que agotar recursos internos siempre la revisión del caso analizará expedientes judiciales) y los que eventualmente actuarán ante la Corte IDH serán diferentes, provocando una nueva asimetría, pues en la jurisdicción interna se habrá alcanzado con la última decisión la cualidad de *cosa juzgada,* que podría (en verbo potencial) quedar alterada si la sentencia transnacional dispone en contrario con lo resuelto.

Esta consecuencia tiene otra visión. Abramovich dice […]

El argumento relativo a que el tribunal regional no es una "cuarta instancia" de los sistemas de justicia nacionales, no sirve en mi opinión para discutir el alcance del poder remedial de la Corte Interamericana. La fórmula de la cuarta instancia se refiere simplemente a que la Corte IDH no revisa el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho nacional si actuaron respetando el debido proceso y se trata de tribunales independientes e imparciales. En virtud de esta regla se limita en ese aspecto el margen de revisión del caso litigioso para que el sistema interamericano sea subsidiario de los sistemas judiciales nacionales. Pero la Corte Interamericana, sí examina si una decisión judicial violó la Convención Americana, por ejemplo al negar el debido proceso, o limitar arbitrariamente un derecho de la Convención, como la libertad de expresión, la libertad sindical, la nacionalidad o la defensa en juicio. Si concluye que lo hizo, su poder remedial no se limita a fijar reparaciones patrimoniales, sino que puede obligar al Estado condenado a dejar sin efecto, revisar o anular la decisión o sus efectos jurídicos. Técnicamente la Corte Interamericana no revoca la decisión, porque no es un tribunal superior resolviendo un recurso de apelación dentro de un único proceso y en eso la Corte Suprema argentina tiene razón. El proceso internacional es un nuevo proceso judicial, diferente al litigio interno, con sus instancias, sus propias partes litigantes, su sistema de prueba y de responsabilidad y su

[169] Gozaíni, ob. cit., en nota anterior, p. 476.

> propio aparato remedial. Lo que hace la Corte Interamericana es ordenarle al Estado que adopte los mecanismos necesarios para dejar sin efecto o privar de efectos jurídicos a la decisión […]. Así como el tribunal de derechos humanos puede imponer al Congreso que es cabeza máxima del Poder Legislativo, cambiar una ley, o bien al Presidente, que es cabeza del Poder Ejecutivo revisar un acto administrativo, puede imponer a la Corte Suprema, o a los tribunales superiores, o a las cortes constitucionales, que son cabeza de los poderes judiciales, revisar o anular una sentencia por los caminos que la legislación de cada Estado determine[170].

Cualquiera sea la opción de entendimiento no hay dudas sobre la generación de un proceso de perfil transnacional que tiene un procedimiento propio de investigación preliminar que no se ocupa de revisar propiamente el acierto de la sentencia local, pero que desde etapa de admisión en camino hacia la Corte IDH da nacimiento a una instancia novedosa, independiente y aislada del proceso interno, donde de inmediato se advierte la confrontación con los principios procedimentales que rigen los sistemas procesales domésticos (v.gr.: contradicción, inmediación, economía procesal, oralidad, publicidad e informalismo).

4. Poderes del tribunal internacional

En líneas generales debemos diferenciar el control de convencionalidad que se debe actuar en todo ámbito de aplicación de derechos humanos, de aquél caso judicial que resuelto y en estado de cosa juzgada llega a la Corte IDH para efectuar el test de convencionalidad. El primero es una obligación del Estado y sus funcionarios, lo segundo es un poder del tribunal internacional.

En efecto, la Corte IDH recuerda insistentemente que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo a que realicen el correspondiente control de convencionalidad, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél.

---

[170] Abramovich, Víctor, *Comentarios sobre el "caso Fontevecchia" La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino*. Materiales de estudio de la Maestría en Derechos Humanos (Departamento de Planificación y Políticas Públicas – UNLa). Publicado por el "Centro de Justicia y Derechos Humanos" de la Universidad Nacional de Lanús, Febrero, 2017, passim.

El propósito del sistema es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos[171], pero este cuadro de activismo alerta que en esta tarea de fiscalización se debe hacer considerando las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado, y siempre en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

> En relación con las prácticas judiciales la Corte IDH estableció a través de su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, *evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[172].

El destacado que hacemos resalta el inconveniente de interpretar el alcance que tiene para la Corte IDH actuar "en el marco de sus respectivas competencias" y, en su caso, de "no alterar las regulaciones procesales correspondientes".

Para poder contestar sin opinión, y basándonos únicamente en lo que sostiene el tribunal, se verifica que es la Corte quien suele eludir los contratiempos que le presenta el derecho interno sobre los cuales venimos comentando en cada capítulo de este libro.

4.1 Competencia de la competencia

El principio *competencia de la competencia* se aplica en el arbitraje para aceptar que el árbitro pueda resolver sobre la posibilidad de intervenir en el caso que se le asigna.

---

[171] Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A, N° 2, párr. 29; Corte IDH. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 169, párr. 15.

[172] Corte IDH, Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones). Serie C, N° 200, párr. 221.

> El mencionado principio (cuyas primeras formulaciones se remontan hasta el año 1876 por el autor Böhlau en *Kompetenz-Kompetenz*, seguido principalmente por Schmitt en 1928 en su obra *Verfassungslehre*) atañe a problemas tan complejos como la distribución de competencias entre subsistemas estatales de solución de controversias, o la reafirmación legislativa de la jurisdicción arbitral sobre la del poder judicial. En 1955, un fallo emitido por el Tribunal Superior en la República Federal de Alemania contempla el principio "*Kompetenz-Kompetenz*". En éste se determinó que debía atribuírseles a los árbitros la facultad de determinar el alcance del acuerdo arbitral como la competencia y autoridad hacia el mismo.

La Corte IDH no interpreta el alcance de su intervención dentro de los límites de la competencia, dado que es común y repetido encontrar que lo fundamenta como un deber propio de su función. En cambio la Comisión dice que no está en su destino actuar como una cuarta instancia cuasi–judicial y revisar los fallos de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la OEA[173].

> También la Corte IDH ha dicho que […]: "La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativa y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado[174].

En el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*[175], se aplicó por vez primera esta regla al sostener que la Corte, como todo órgano con competencia jurisdiccional, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/ Kompetenz-Kompetenz*).

Desde entonces entiende que su aptitud no puede ser condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones, en tanto es "maestra de su competencia". Y en ningún caso el Estado puede desligarse de la Corte por su voluntad, atento al valor superior del ordenamiento de protección de los derechos humanos.

---

[173] Resolución 29/88, Caso 9260, Informe Anual de la Comisión IDH 1987–1988.

[174] Cfr. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Opinión Consultiva OC–18/03, del 17 de Septiembre de 2003, "*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*", párrs. 36 y 37.

[175] *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, N° 55.

En todo caso, para el tema que venimos a tratar, es un problema adyacente que no impacta más que para comprender el rol que debe operar la Corte IDH como tribunal del caso, o creador de un ordenamiento jurídico que se forma con la interpretación de las normas, principios y valores que tienen los tratados y convenciones sobre derechos humanos.

> En el derecho internacional público se encuentra un modelo que se puede confrontar. Nos referimos a la competencia de la Corte Internacional de Justicia, que en el caso *Ahmadou Sadio Diallo*, dijo […]. "La Corte no tiene, en principio, el poder de modificar por su propia interpretación la de las autoridades nacionales, sobre todo cuando esta interpretación proviene de los más altos tribunales internos (véase, para este último caso, *Empréstitos serbios*, Sentencia Nº 14, 1929, CPJI Serie A Nº 20, p. 46 y *Empréstitos brasileños*, Sentencia Nº 15, 1929, CPJI Serie A No. 21, p. 124). Excepcionalmente, si el Estado realiza una interpretación manifiestamente errónea de su derecho interno, sobre todo con el fin de beneficiarse en un asunto pendiente, corresponde a la Corte la adopción de la interpretación que percibe como correcta". Este considerando puede entenderse que implica un pronunciamiento *contra legem*, si bien, en beneficio de la coherencia en las relaciones entre derecho internacional y derecho interno y de la buena fe de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales[176].

4.2 Principio de progresividad

Dispuesta la capacidad funcional, y tras el paso abierto por la Comisión IDH, se impone observar un principio inherente a la vida misma del Pacto de San José. Hablamos del principio de progresividad que se instaura desde la posición *pro homine,* que supone promover una interpretación amplia, abierta y voluntarista de la competencia.

Este predicado es permeable a muchas contingencias, en la medida que si la denuncia que llega a la Comisión se limita a afirmar que el fallo del tribunal que cierra la causa en el derecho interno fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debiera ser rechazada de inmediato, por no ser posible abrir una nueva instancia.

Dicho esto porque la función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención

---

[176] Drnas de Clement, Zlata, *Interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Caso* "Ahmadou Sadio Diallo", Revista de la Facultad de Derecho de la UNC, Vol. III N° 1 Nueva Serie II (2012), p. 305.

Americana, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia. Un examen de tal naturaleza solamente correspondería en la medida en que los errores resultaran en una posible violación de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención Americana[177].

Pero lo cierto es que existe un cúmulo de casos donde la intervención nunca tuvo rechazos liminares, culminando en condenas contra los Estados que, *mutatis mutandi,* vieron desecha la cosa juzgada.

¿Es esto un escándalo jurídico?

La Corte IDH ha dado sus argumentos en contra de esta lectura. Así sostiene que el llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el "principio de complementariedad", en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios.

Este principio de complementariedad (también llamado "de subsidiariedad") informa transversalmente el Sistema IDH, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

> Con esta base el Estado […] "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos"[178].

Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos,

---

[177] Informe Nº 55/97. Caso 11.137. *Juan Carlos Abella vs. Argentina*. 18 de noviembre de 1997.

[178] Caso de la *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, cit., párr. 142. Véase asimismo, Corte IDH. Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 157, párr. 66.

conjuntamente con las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí.

La jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros asuntos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

En el caso *Gelman vs. Uruguay*[179] se precisó el alcance y se dijo […]

> Es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.
>
> En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte IDH, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones del tribunal no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia.
>
> En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente […].

---

[179] Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 67 a 69.

> Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

Sin embargo, también en contrario de esta línea de exposición, se afirma que los modos como el Sistema Interamericano ejerce la autoridad de aplicación de un orden supranacional, fuerza en ciertos casos a los Estados a seguir un temperamento dispuesto como obligatorio, en flagrante contravención del *principio de libre consentimiento*, aun en vigencia de las reglas de buena fe del *pacta sunt servanda* y el *ius cogens* y consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969).

> Deviene así indispensable internalizar la centralidad del fenómeno que encarnan los derechos humanos. Se trata de un punto de partida básico en el proceso hermenéutico, desde que la cuestión de los derechos fundamentales es materia perteneciente al *ius cogens*, esto es, normativa imperativa del derecho internacional. En esa línea, es del caso recordar que el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, se refiere al *ius cogens*, señalando: "Una norma 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"[180].
>
> Puede observarse que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que sustituyó a aquel Tribunal Permanente) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), han determinado la aplicación —inter alia— de "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas", que en definitiva son los aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir con tales pautas y con las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, pues los principios reconocidos por las "naciones civilizadas" son obligatorios para todos los

---

[180] Bazán, Víctor, *El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial,* en La Ley - Suplemento Actualidad, 1 de febrero de 2011, pp.1.

> Estados incluso fuera de todo vínculo convencional, desde que —como anticipábamos— se está ante la presencia de normas internacionales de ius cogens, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

Tales comportamientos, enuncia la doctrina, no sólo inciden en representar una causal de nulidad *ab initio* del acto contractual celebrado por el Estado, sino que además manifiesta la coacción ejercida a través de la fuerza de la presunta legitimidad de una sentencia judicial de autoridad judicial instituida, autoridad ésta que presiona ilegítimamente fuera del ámbito de su capacidad de la *iuris dictio*.

En síntesis, siguiendo en estos párrafos a Villalba Bernie[181] […]

> "Asoma indudable un vínculo de unión entre el orden internacional y el orden interno que no puede ser soslayado, al punto que las normativas supranacionales son parte del derecho vigente de la mayoría de los países Latinoamericanos desde el momento de la aceptación de la Convención Americana de Derechos Humanos".

Progresividad es iniciar el derrotero sin abandonarlo, y esto es indiscutible en todos los países de la región que han fomentado la tutela efectiva y continua de los derechos y garantías fundamentales. La armonía para el desarrollo es parte de este camino emprendido, y con el fin de articular respuestas comunes, sería deseable que se entienda el procedimiento de intervención de los organismos del Sistema dentro de una misma lógica.

5. ¿Qué se entiende por cuarta instancia?

Las denuncias que llegan al sistema parten de encontrar violaciones del Estado a los derechos humanos, que se reflejan en hechos investigados y resueltos en casos judiciales del derecho interno. Por eso, sostenemos que […]

> Los procedimientos que comienzan ante la Comisión IDH tienen carácter subsidiario a las vías internas de protección a los derechos humanos. Se trata de un refuerzo de garantías, que no debe ser visto como una instancia final de los recursos que tiene la jurisdicción nacional. El preámbulo de la Convención se emplaza como mecanismo complementario. Si se le asignara calidad de instancia (etapa) procesal, constituiría una vía de impugnación

---

[181] Villalba Bernié, Pablo D., *Ajustes de convencionalidad: las nuevas coordenadas*; en *El control de constitucionalidad en la democracia,* Gozaíni, Osvaldo A. (Director – AADPC), Ediar, Buenos Aires (Argentina); 2015, pp. 181 y ss.

> contra las decisiones que se toman por los jueces locales, que no es propiamente la actividad que genera el sistema[182].

Si fuese leída la actuación como una *cuarta instancia* pareciera agregarse al proceso una etapa más de trámite, en cuyo caso sería menester precisar el alcance que posee. Por eso, tiene un efecto contraproducente con lo que quiere significar, pues en realidad, la premisa básica consiste en permitir que la Comisión intervenga para verificar si en el derecho interno se han violado derechos humanos, sin que pueda revisar las sentencias dictadas por las autoridades jurisdiccionales de los Estados parte[183]. Es decir, solo revisa el obrar del Estado en el respeto hacia los derechos fundamentales, teniendo al caso judicial del derecho interno como testigo y documento de prueba para sustentar la denuncia que se concreta ante la Corte IDH.

En los primeros tiempos este fue el principal contenido, respetuoso de alguna manera con la matriz Kelseniana de no interferir en la soberanía de los Estados. Es la tendencia que refleja buena parte de la doctrina.

Rita Mill, por el caso, sostiene que […]

> "El orden internacional de los derechos humanos se sustenta en valores y principios compartidos, que destacan la supremacía y dignidad del ser humano, organizan la vida social, el poder político y la normativa jurídica con sentido antropocéntrico de donde deriva la regla *pro homine* para la elaboración, interpretación y aplicación del derecho" [184].

De allí que la jurisdicción interamericana de derechos humanos emerge, en todo los casos, subsidiaria y/o complementaria de la nacional, pero nunca principal o excluyente de ella.

Para García Ramírez […]

> A diferencia de otros tribunales u otras instancias de supervisión en el ámbito internacional, la Corte Interamericana ha sabido asumir -con realismo y eficacia- lo que entiendo es su vocación institucional como tribunal de derechos humanos en el ámbito regional de su incumbencia: instancia de generación de un renovado derecho interamericano de los Derechos Humanos que establece, mediante el conocimiento de grandes temas litigiosos de especial trascendencia, los criterios que acogerán los órganos nacionales en un amplio proceso de recepción del Derecho interamericano. La Corte IDH ha afianzado gradualmente esta vocación institucional, de la que muchos aguardan los mejores

---

[182] Gozaíni, *Sistema procesal interamericano,* ob. cit. (Ediar), p. 176.

[183] Informe N° 39/96, Caso 11.673 *Marzioni vs. Argentina*, 15 de octubre de 1996.

[184] Mill, Rita A., *Efecto vertical y horizontal de la jurisprudencia*; en www.aadproc.org.ar

> resultados, en la medida en que la fuerza de la jurisdicción interamericana cale en los ordenamientos y en las prácticas nacionales. Hoy día, la Corte IDH es un órgano emisor de lineamientos generales -pero vinculantes- para la formación de un *ius commune* americano de su materia; no es, en cambio -ni lo fue nunca- un órgano jurisdiccional de tercera o cuarta instancia; ni un tribunal llamado a intervenir reiteradamente en innumerables litigios de la misma naturaleza para afirmar, a través de centenares o millares de resoluciones, una tesis constante. Si lo intentara, naufragaría[185].

De algún modo funge como un refuerzo de garantías, el cual no debe ser analizado desde la óptica de instancia final o de agotamiento de los recursos jurisdiccionales dentro de la competencia local.

5.1 Origen de la teoría de la cuarta instancia

El origen de la denominada *cuarta instancia* proviene del caso *Cliffon Wright* que habiendo sido condenado a muerte por los jueces de la Corte de Jamaica, llevó el asunto a la Comisión, dando lugar a que esta sostuviera […]

> Que no le corresponde revisar la transcripción oficial de la *Home Circuit Court de Jamaica* a fin de determinar si la condena del señor Wright podría haberse basado en otras razones o testimonios. La función de la Comisión es investigar si la Convención Americana ha sido objeto de violación y si la responsabilidad del acto recae en el Estado parte.
>
> Que en el caso actual, el abogado del peticionario ha demostrado a primera vista y a base de prueba presentada por la fiscalía, que consta en autos del juicio, que el señor Clifton Wright no pudo haber cometido el crimen por el que se le condenó[186].

La intervención sobre el caso no es directa, pero lo es la confrontación del resultado con las pruebas y la decisión que se adopta por la Comisión. En consecuencia, aunque se diga que la cosa juzgada no se revisa, en los hechos se recomienda explorar la causa por considerar que en ella hubo violaciones al debido proceso.

Del mismo tenor fue el caso *López Aurelli vs. Argentina* ([187]) que trata sobre la detención por la dictadura militar de un trabajador que permaneció preso desde el año

---

[185] García Ramírez, Sergio, *Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (Sistemas Nacionales): Algunas cuestiones relevantes.* En "El futuro del sistema interamericano de los derechos humanos", documento de trabajo N° 3, mayo 2014, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), pp. 14 y ss.

[186] Comisión IDH, Resolución 29/88, Caso 9.260. *Cliffon Wright vs. Jamaica*. 14 de septiembre de 1988. Cfr. Gozaíni, *Sistema procesal interamericano,* ob. cit., (Ediar), p. 177

[187] Comisión IDH, Informe N° 74/90. *López Aurelli vs. Argentina.* 4 de abril de 1990.

1975, donde la Comisión se expresa sin revisar los procedimientos internos, pero dando cuenta que con la instalación del gobierno democrático desde el 10 de diciembre de 1983 existía un deber de los jueces nuevos de repasar lo resuelto.

Este enfoque requiere de aclaraciones porque no es sencillo entender a simple vista. ¿Cómo se distancia la verificación del respeto a los derechos humanos de una persona que dice haberlos perdido o afectado en una instancia jurisdiccional local, sin que se revise la cosa juzgada?[188]

5.2 Revisión indirecta o impropia

Las peticiones individuales ante los órganos competentes de protección internacional no deben ser entendidas como una sustracción de las jurisdicciones internas, sino como un proceso diferente, de idiosincrasia diversa y novedosa en sede foránea.

Una vez más fue Sergio García Ramírez el que avizoró el impacto que tendría una sentencia de la Corte IDH, que trabajando sobre un caso concreto, emite una resolución de carácter general y vinculante para los Estados parte.

En el año 2006, en el Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, aduce […]:

> La función del control de convencionalidad es confrontar el hecho realizado con las normas de la Convención Americana, pero esa tarea no puede, ni pretende convertir la actuación en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde (y en la realidad se extralimita) a la competencia del tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos[189].

Cuanto hay que constatar es si la actividad propia del Sistema Interamericano abre un procedimiento cuya naturaleza es difusa, y el resultado que se manifiesta a través de sentencias y resoluciones son de tal penetración en el derecho interno que puedan influir en la reforma de sus actos, procedimientos e inclusive, indicando estándares para la ley o para que la Norma Fundamental se reformule.

---

[188] Gozaíni, *Sistema procesal interamericano,* ob. cit., (Ediar), p. 178.

[189] García Ramírez, Sergio, voto razonado en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N° 155, párr.. 6.

Lo que parece claro es que no es la denuncia ante la Comisión ni la etapa contenciosa ante la Corte IDH, una etapa impugnativa de los pronunciamientos de los magistrados locales. Obvio está que no es una instancia nueva, y no lo es porque todos los principios procesales que actúan en los procedimientos internacionales difieren totalmente.

En efecto, el principio dispositivo que postula el derecho a ser oído y a convertirse en parte procesal, es muy distinto; como también lo es el régimen probatorio o el objetivo de la prueba; asimismo es desigual el modelo que tienen los pronunciamientos y el efecto de la cosa juzgada.

Por eso no es posible ver una cuarta instancia allí donde la legitimación para obrar, la calidad de partes, el fin probatorio, el objeto procesal y el alcance de la cosa juzgada es absolutamente distinto al que produce el proceso sustanciado y finiquitado en sede jurisdiccional local.

En cambio, si en lugar de analizar el problema desde la perspectiva procesal, se comprueban los efectos que tiene la revisión del caso traído al Sistema IDH como testigo del cargo que se formula contra el Estado, la premisa cambia de lugar, porque de este modo se extiende a verificar la perpetración o no de violaciones a los derechos humanos en el campo del derecho interno. Creer que es una revisión de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, significaría orbitar un concepto de claro defecto dogmático.

Abramovich lo explica con otros argumentos […]

> La competencia convencional de la Corte Interamericana para ordenar que se revisen sentencias de tribunales nacionales es coherente con el principio del previo agotamiento de los recursos internos que contribuye a definir su papel subsidiario. Sería absurdo que la Convención por un lado disponga que las víctimas deban agotar los procesos judiciales nacionales antes de acceder con sus demandas al sistema de protección internacional, y luego inhibiera a los órganos del sistema de revisar el alcance de esas decisiones judiciales. Si así fuera las víctimas quedarían en medio de una trampa. Pero además, si la cosa juzgada en la esfera nacional fuera rígida e inmodificable, la justicia internacional de derechos humanos no tendría razón de ser, se limitaría a adjudicar pagos de dinero para compensar aquello que el dinero no puede nunca compensar, como la vida o la integridad física, o la libertad personal, o la autonomía reproductiva, sin poder restituir a las víctimas en el goce de sus derechos conculcados, que es lo que manda a hacer el Artículo 63.1 de la propia Convención Americana.

> […]
>
> En el derecho comparado, por ejemplo en Colombia, una ley establece un proceso de revisión de sentencias de los tribunales nacionales cuando un tribunal internacional aceptado por Colombia, como la Corte Interamericana, determinada que esa sentencia se dictó en violación del debido proceso o con incumplimiento grave del deber de investigar. Los tribunales tramitan el recurso de revisión y deciden revocar salvo que encuentren obstáculos insalvables para ello. El deber de cumplir con la sentencia no implica en ningún caso la imposición de un acatamiento ciego de la decisión interamericana, sino la implementación de buena fe de un proceso serio y efectivo de revisión que permita darle a esa decisión final de un caso contencioso un efecto útil[190].

Los buenos oficios que debe poner el Estado comprometido con la buena fe se ponen en juego para cumplir lo resuelto por el tribunal internacional, lo que en cierto modo persiste con la insegura afirmación de sostener que no se revisa ni el caso ni se altera la cosa juzgada, para condenar después ordenando la revocación o que el fallo se deje sin efecto.

5.3 Generación del ius commune

El significado de soberanía absoluta del Estado se ha transformado con esta actividad inclusiva. El pensamiento otrora incuestionable que las leyes se formaban en el derecho interno y que la ley de leyes era la Constitución, como vértice de un sistema piramidal, cede ante la flamante y naciente visión del Derecho Internacional contemporáneo, que trae otras nociones prevalentes como el *ius cogens* o el *ius commune* que genera obligaciones *erga omnes*, ante el *corpus iuris* universal.

El ejercicio fiscalizador que produce el Sistema IDH se basa en el control de convencionalidad, llevando así el tema a la posible injerencia que produce en el derecho público interno, que puede reaccionar poniendo límites de reserva de soberanía o abriendo espacio a la interpretacion creadora que se apoya en el art. 75.22 de la Constitucion Nacional Argentina (incorporación de Tratados y Convenciones sobre derechos humanos).

Inclusive sería posible empalmar las miradas supuestamente encontradas entre el derecho procesal y el derecho internacional si se apoya el criterio de que la sentencia transnacional es distinta a la sentencia local. Y aunque influya en ésta, no hay escándalo

---

[190] Abramovich, *Comentarios sobre el "caso Fontevecchia"…,* cit., passim.

jurídico por decisiones contrapuestas, pues la última palabra se incluye en el llamado "bloque de constitucionalidad", que pasa a tener jerarquía constitucional, y fomenta un cambio en normas o conductas que, a pesar de juzgarse en el derecho interno con un temperamento (revisado), se transforma y pone al Estado (no a los jueces del caso) en el deber de adecuar progresivamente el derecho interno para situarlo a tono con el principio *pro homine*[191].

Por otra parte, la visión estrictamente procesal provoca sin pensarlo un contratiempo con el derecho al recurso, pues el tribunal internacional sería un órgano de cierre que no tiene previsiones de alzada, dejando así las mismas dudas que recaen sobre los jueces locales. En su lugar es preferible pensar en un *ius commune* que tiene un órgano de interpretación con función creativa sin afectar ni alterar normas ni procedimientos del derecho interno. La sentencia exhortativa facilita el móvil del orden público internacional.

Dice la ex jueza de la Corte IDH, Medina Quiroga […]:

> Un orden internacional de protección de los derechos humanos pretende como fin último el fortalecimiento de los derechos en el ámbito nacional, en su ordenamiento jurídico y en su práctica. Ese propósito debe traducirse en un mayor cumplimiento por los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos, en tanto constituyen un orden público internacional, cuyo mantenimiento debe ser de interés de todos los Estados que participan en el sistema[192].

Ya en sus últimos pronunciamientos el tribunal trabaja el sentido que tiene actuar en un caso sin que sea esa intervención un supuesto de cuarta instancia que revise la cosa juzgada. Por eso dice […]

---

[191] Ha dicho Drnas de Clement, ob. cit., pp. 293 que […]: Los tribunales de derechos humanos, en sus pronunciamientos –en interpretación expansiva-, han otorgado a los derechos y deberes consagrados en la CADH un perfil distinto al concebido en el acuerdo entre partes, invocando la necesidad de avanzar en la humanización del derecho de los tratados; la existencia de un orden público en materia de derechos humanos; la evolutividad *pro homine* de todo el sistema. Así, por ejemplo, Cançado Trindade, en voto razonado en el *Caso Blake vs. Guatemala* (*Fondo,* Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, Nº 36), ha expresado: "Solamente a través de la transformación del derecho existente se logrará realizar plenamente la justicia en circunstancias como las planteadas en el presente caso Blake de desaparición forzada de persona. El gran reto que se vislumbra en el horizonte consiste en seguir avanzando resueltamente hacia la gradual humanización del derecho de los tratados (proceso ya iniciado con la emergencia del concepto de *ius cogens*), por persistir este capítulo del derecho internacional todavía fuertemente impregnado del voluntarismo estatal y de un peso indebido atribuido a las formas y manifestaciones del consentimiento".

[192] Medina Quiroga, Cecilia, *Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos*", en García Ramírez, Sergio y otros. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004,* Corte IDH, San José, 2005, pp. 207 y ss., en particular, pp. 208 y 210.

> Para que la excepción de cuarta instancia sea procedente sería necesario que el solicitante busque que la Corte revise el fallo de un tribunal interno en virtud de su incorrecta apreciación de la prueba, los hechos o el derecho interno, sin que, a la vez, se alegue que tal fallo incurrió en una violación de tratados internacionales respecto de los que tenga competencia el Tribunal. Además, al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales puede darse una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno. Por tanto, la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del Estado, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana[193].

6. El marco normativo de adhesión al Pacto de San José de Costa Rica

La llamada *fórmula de la cuarta instancia,* más estudiada por la Comisión que por la Corte, recobró interés con el fallo de nuestro más alto tribunal en el caso *Fontevecchia,* porqué resolvió cambiar la orientación seguida hasta entonces.

La fórmula citada, que es una autorrestricción del Sistema IDH, exige agotar recursos internos antes de llevar la denuncia a la Comisión, y una vez satisfecho los presupuestos procesales de admisión, significa dejar en claro que no resultará función de la actividad encaminada, revisar las sentencias emanadas de los tribunales nacionales.

Los órganos internacionales, en consecuencia, no podrán actuar como tribunal de alzada para examinar supuestos errores de hecho o de derecho en los que pudieran haber incursionado los tribunales nacionales competentes, dirigiendo su tarea a garantizar exclusivamente la observancia de las obligaciones asumidas por parte de los Estados que han suscripto el texto de la CADH y se sometieron a la jurisdicción de sus órganos de aplicación.

Esto parece estar ratificado en la adhesión argentina al Pacto de San José de Costa Rica cuyas únicas observaciones (reserva y declaraciones interpretativas hechas al ratificar la Convención) se expusieron en el instrumento que recibió la Secretaría General de la OEA el 5 de septiembre de 1984.

Las reservas versaron sobre el art. 21:

---

[193] Corte IDH. Caso *Tarazona Arrieta y otros vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de octubre de 2014, Serie C, N° 286, párr. 22.

> "El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de `utilidad pública' e `interés social', ni lo que éstos entiendan por `indemnización justa'".

Y fueron declaraciones interpretativas, las relacionadas con el artículo 5, inciso 3, que se dijo debía interpretarse en el sentido que la pena no puede trascender directamente de la persona del delincuente, esto es, no habrían sanciones penales vicariantes.

También respecto al artículo 7, inciso 7, que se debe interpretar en el sentido que la prohibición de la "detención por deudas" no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente.

Y finalmente el artículo 10 que se debía leer en el sentido de que el "error judicial" sea establecido por un Tribunal Nacional.

Con relación al reconocimiento de competencia, se produjo en el instrumento de ratificación de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, por el cual el gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación.

Se dejó constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud del Pacto sólo tendrían efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento.

Desde entonces y hasta ahora, la política de cooperación con el Sistema IDH no tuvo obstáculos ni desencuentros, debiéndose destacar el importante número de soluciones amistosas que se concretaron[194]

---

[194] Soluciones que se dieron en hechos y actuaciones como la Declaración de inconstitucionalidad de las leyes de impunidad, permitiendo reapertura de las causas de lesa humanidad (Caso *Simon* CSJN, Informe CIDH 28/92 Caso Barrios Altos Corte IDH).; el derecho a la verdad en un contexto de impunidad (Caso *Lapacó*); la política reparatoria del Estado argentino por violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar (Caso *Birt y otros*); la derogación del delito de desacato (Caso *Verbitsky*); la

Con la jurisprudencia ocurrió otro tanto, pero existieron algunas oscilaciones que dispersaron la continuidad de la línea.

7. Desarrollo jurisprudencial

La protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario. El Preámbulo de la Convención es claro a ese respecto cuando se refiere al carácter de mecanismo de refuerzo o complementario que tiene la protección prevista por el derecho interno de los Estados americanos. Esta declaración preliminar que se encuentra dicha por la Comisión IDH en el caso *Marzioni vs Argentina*, del 15 de octubre 1996, y es de las primeras manifestaciones aclaratorias realizada para un tema poco trascendente si se quiere, pues versaba sobre el error de cálculo de una sentencia laboral indemnizatoria.

La subsidiariedad se entiende a partir de la regla del agotamiento previo de los recursos internos, porque si fuera un recurso directo, no se le daría al Estado la posibilidad de reparar por sí mismo y dentro del marco del sistema jurídico interno.

Pero en este caso es importante considerar el párrafo siguiente […]:

> La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

Otro precedente (anterior) fue establecido en el *Informe N° 74/90* del 4 de abril de 1990, que referimos someramente en párrafos anteriores. El denunciante, Sr. López Aurelli, era un trabajador argentino que fue privado ilegalmente de su libertad, imputado de delitos motivados en prácticas políticas que el gobierno militar prohibía por entonces (1975). El peticionario sostuvo que el juicio se realizó sin las mínimas

---

derogación del Código de Justicia Militar (Caso *Correa Belisle*); la reforma de la ley de migraciones (Caso *Juan Carlos de la Torre*); la modificación de la mal llamada ley de solidaridad previsional (Caso *Menéndez Caride y otros - ANSeS*), o la despenalización de las calumnias e injurias para cuestiones de interés público (Caso *Kimel*).

garantías legales, y que los jueces del proceso no habían sido imparciales ni independientes de la para resolver su caso. La Comisión IDH no admitió la denuncia pero llegó a la conclusión que se le había denegado el derecho a tener un debido proceso en los términos de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención.

Estas resoluciones brindan ejemplos del alcance de la competencia de la Comisión con respecto a la revisión de los fallos nacionales, siempre basándose en la violación al debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por el Pacto de San José.

Con esta mirada se podría decir que el principio de subsidiariedad actúa como refuerzo de las garantías que se deben otorgar en el derecho interno, y cuando esto no sucede y debe intervenir el sistema, las decisiones adoptadas en este procedimiento maniobran como sentencias de reparación especial.

Tiempo después en la causa *Espósito* (2003)[195] la CS argentina trabajó la obligatoriedad de respeto a la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se ordenaba cambiar el *statu quo* establecido por la cosa juzgada. La operatividad del Sistema IDH estaba consolidado en causas como *Ekmekdjian c/ Sofovich y otros* (1992), *Giroldi* (1995), *Bramajo* (1996) y *Acosta* (año 1998), pero en esta había una particularidad que la hacía diferente. Aquí se ejecuta la sentencia del caso *Bulacio* donde nuestro país fue condenado, y aun estando en disidencia declarada, por entender que la decisión internacional estaba en contradicción con el propio orden constitucional, aceptó la obligatoriedad del fallo.

> La confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicables al *sub lite* las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad ("Convención sobre desaparición forzada de personas" -Ley 24.556, art. VII y "Convención

[195] Fallos, 327:5668.

> sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad"- Ley 24.584)[196].

Precisamente en el caso *Bulacio vs. Argentina*[197], la Corte IDH había expresado que la obligatoriedad de sus decisiones se desprendía del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, por lo cual ellas no podían encontrar obstáculos en las reglas o institutos del derecho interno.

También el tribunal internacional dijo en la causa *Bueno Alves vs. Argentina*[198] que se debía reabrir una causa extinguida en el derecho interno por prescripción y actuar cumpliendo el deber de investigar.

> En esta causa Juan Francisco Bueno Alves había hecho una compraventa inmobiliaria que se frustró, dando origen a una controversia judicial (1988), que hicieron los vendedores por estafa y extorsión. El conflicto civil se había zanjado, pero el proceso contra Bueno Alves continuó tramitando hasta llegar a su detención y la de su abogado. Estos padecieron apremios ilegales en la comisaría, que según la prueba colectada, había sido ordenada por René Jesús Derecho, quien a la postre fue sobreseído por el juzgado de primera instancia que declaró la prescripción de la acción penal, más tarde confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Contra esta resolución, la querella interpuso un recurso extraordinario federal que fue denegado y motivó la presentación de una queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El argumento central del recurso fue que se trataba de un delito de lesa humanidad y, por ende, alegó que era imprescriptible.

La causa no fue considerada como un delito de lesa humanidad, pero mantuvo la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, por el cual el Estado se encontraba comprometido a investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

---

[196] Que, sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, corresponde dejar sentado que esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado. En efecto, tal como ya se señaló en este mismo expediente (conf. Fallos: 324:4135, voto de los jueces Petracchi y Bossert), son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional. La circunstancia de que sea el defensor del imputado quien haya generado tales dilaciones en nada modifica la situación, pues la defensa sólo es inviolable cuando puede ser ejercida en forma amplia (Considerando 12, Fallos, 327:5668).

[197] Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 100, párr. 118.

[198] Corte IDH. Caso *Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 88.

El Estado argentino cumplió con el pago de las indemnizaciones dispuestas, pero en forma paralela la CS confirmó la prescripción de la causa[199], dando lugar a que la Corte IDH interviniera en supervisión de cumplimiento y dijese […]

> El presente caso no se relaciona con un crimen de lesa humanidad […]. Si bien los actos de tortura perpetrados contra el señor Bueno Alves han quedado alcanzados por la protección convencional, ello no significa que deban ser calificados *per se* como delitos de lesa humanidad, debido a que tales actos no forman parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Es decir, ni *ante* la Corte Suprema de Argentina ni ante esta Corte fue probado que los actos de tortura cometidos en contra del señor Bueno Alves cumplieran los requisitos para establecer que fuera un crimen de lesa humanidad.
>
> Sin embargo, con independencia de si una conducta constituye un crimen de lesa humanidad, la Corte señaló que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debía ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad.

La sentencia permitió reabrir el caso con la carátula del imputado. Se interpuso por las víctimas un incidente con el fin de aclarar si la prescripción decretada sería confirmada y, en su caso, desconocería el fallo internacional. La impugnación se abrió como recurso de revocatoria, y con varias disidencias, la CS permitió que el caso "*Derecho*"[200] fuera un claro testimonio de afectación contra la cosa juzgada local.

Sin embargo no era la primera vez, pues siguiendo criterios de la justicia internacional, existían antecedentes que habían cambiado la suerte de decisiones firmes

---

[199] Fallos, 330:3074.

[200] Fallos, 334:1504, donde se dice […]: Con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia "*Bueno Alves vs. Argentina*", corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria, dejar sin efecto el pronunciamiento que confirmó la declaración de extinción de la acción penal por prescripción y sobreseyó parcial y definitivamente en orden al delito previsto por el art. 144 bis del Código Penal y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplimenten las pautas fijadas en dicho fallo.

que privaron de certeza a la cosa juzgada. Por ejemplo el caso "*Simón"* (2005)[201], es la primera oportunidad en que la CS argentina altera la incolumidad existente en el criterio, e inicia un contundente *íter* aperturista del derecho internacional de los derechos humanos que fomenta continuar la doctrina emergente para la interpretación convencional.

Lo cierto es que se existen serias dudas sobre la extensión que corresponde hacer cuando se trata de ejecutar una decisión de la Corte IDH. Por ejemplo, una cosa sería seguir la jurisprudencia y aplicarla conforme el test de convencionalidad; y otra, procurar que se ejecute una sentencia del tribunal internacional.

Obsérvese que cuando la Procuración del Tesoro de la Nación solicitó ejecutar los honorarios del caso "*Cantos, José María*"[202], la CS niega el procedimiento por los argumentos siguientes […]

> La violación de garantías judiciales y del derecho de propiedad, expresamente tuteladas por la Constitución Nacional (arts. 17 y 18) como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8, 21 y 25; Fallos 325:28) sucedería de ejecutar la sentencia tal como lo pide la Procuración del Tesoro. Así bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (art. 63.1, de la Convención), llevaría a la inicua –cuanto paradójica- situación, de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca. Una decisión como la aquí indicada implicaría asumir que el Estado Nacional seguirá adelante con la ejecución de la tasa judicial y su multa no obstante la decisión de la Corte Interamericana; que en el ámbito de esa ejecución, el ejecutado no podrá esgrimir defensa alguna sobre la base de la decisión internacional o que, en su caso, ella habrá de ser desestimada.

Y con tantos devenires se llegó al caso "*Fontevecchia*"[203] que constituye un cambio copernicano (*overrule*), de categórico componente ideológico, que presume la modificación de los criterios jurisprudenciales de la CS argentina en cuanto al reconocimiento de la obligatoriedad en el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, al dejarse reservada la *última ratio* jurisprudencial.

---

[201] Fallos, 328:2056.

[202] Fallos, 326:2968.

[203] "*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe en la sentencia dictada para el caso Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina*", La Ley, 20/02/2017, p. 9; Cita Online: AR/JUR/66/2017.

7. El recurso de revisión de la cosa juzgada

Si tenemos al procedimiento que celebra el sistema interamericano como un relevamiento sobre el cumplimiento que tiene el Estado parte de la convención sobre los derechos humanos, donde la causa judicial llevada por la justicia local es el testimonio que se considera como prueba relevante, se podría entender que esta actuación produce una revisión indirecta de la cosa juzgada.

De ser así se puntualiza que sólo con una reforma en la Constitución Nacional podría ser posible mudar el carácter final e irrevocable de las sentencias que emanan con esa condición de inmutabilidad. Pero esta conclusión enfrenta disposiciones de las convenciones transnacionales con la supremacía de las constituciones locales, pues si la voluntad del Estado al adherir voluntariamente a un pacto o tratado fue comprometerse respecto a los derechos consagrados en su texto, cualquier apartamiento o desconocimiento a esa voluntad implicada daría lugar al interesado para denunciar el incumplimiento a los órganos de protección por aquellas previsto.

No debe olvidarse que la sentencia transnacional promete resolver un conflicto de situación directamente vinculado con la libertad del hombre. Esa libertad, base de los derechos humanos es, a un mismo tiempo, absoluta y circunstancial. Si no la interpretamos como absoluta podría ser posible difuminarla por un sinnúmero de causas. Pero, si no la experimentamos al conjuro de sus posibilidades fácticas, le daremos el vacío destino de la abstracción.

Esto significaría que cualquier resolución jurisdiccional que tomara un tribunal transnacional, tendría valor de recomendación, pero sin ejecutividad. Así ocurre, por ejemplo, en el Convenio Europeo que, siguiendo el esquema clásico del derecho internacional, establece la obligatoriedad de la sentencia aun cuando no posee coercibilidad.

Según Hitters […]

> "En principio, estamos en presencia de fallos meramente declarativos, y ello resulta evidente, ya que la comunidad internacional no posee un cuerpo que tenga el poder de hacerlo cumplir; además cualquier acción de ese tipo afectaría seriamente la soberanía de los Estados"[204].

---

[204] Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 333.

En suma, actualmente la cosa juzgada interna no se altera por la recomendación efectuada por un organismo de derecho trasnacional. A veces, la influencia se encuentra al tener que alterar una sentencia local por efectos de las condenas dispuestas por la Corte IDH, a la que se la priva de efectos sin necesidad de revocarla.

Sin embargo, es ésta una explicación confusa, porque a pesar de ser estos tribunales un contralor subsidiario de las responsabilidades que los Estados asumen frente a los seres humanos que los pueblan y organizan, cuando el caso se considera admisible y la condena al país denunciado procede, es evidente que aquella primera decisión cuestionada queda inerte.

Basados en esta idea una solución posible es crear un esquema normativo interno destinado a que se ejecute la sentencia transnacional sin afectar el caso juzgado por los tribunales locales.

Existen algunos proyectos al respecto. Uno de ellos promueve lo siguiente[205] […]

> *Artículo 11*.- La parte beneficiaria podrá interponer un recurso de revisión ante el órgano judicial argentino que hubiere dictado una sentencia que un fallo firme indicado en el artículo 1 de la presente ley determine dejar sin efecto.
>
> El recurso de revisión tendrá como objeto la revocación de la sentencia en cuestión a los fines de otorgar pleno cumplimiento al respectivo fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
>
> El recurso de revisión también procederá en aquellos supuestos en los que, pese a que un fallo mencionado en el artículo 1 de la presente ley no determine dejar sin efecto una sentencia dictada en el ámbito argentino, la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante la revocación de aquella.
>
> La parte beneficiaria deberá presentar un escrito en el cual se acredite su condición, se fundamente la procedencia del recurso de revisión y se acompañe copia simple del fallo en cuestión dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
>
> Una vez presentado el recurso de revisión, el órgano judicial argentino deberá dar traslado por diez días al Ministerio Público Fiscal de la jurisdicción correspondiente. Contestado el traslado, el órgano judicial argentino deberá resolver dentro de cinco días sobre la admisibilidad y procedencia del recurso de revisión interpuesto, pudiendo asimismo

---

[205] Un grupo de legisladores del bloque FPV-PJ presentaron la iniciativa para establecer un régimen de ejecución y cumplimiento de fallos de la Corte IIDH. El proyecto surgió tras el pronunciamiento de la CS de la Nación en el caso "Fontevecchia", en el marco de la causa en la que se condenó al Estado nacional a dejar sin efecto una condena civil a editorial Perfil. En el fallo, los ministros determinaron que el Tribunal Internacional no tiene potestad para revocar los fallos del Máximo Tribunal argentino.

disponer otras medidas accesorias y tendientes a la plena efectividad del fallo que hubiere sido dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se atribuirá a los órganos judiciales intervinientes la facultad revocatoria prevista en la presente ley.

La parte beneficiaria contará con el beneficio de intervención judicial gratuita, el cual lo eximirá del pago de todo costo vinculado a la sustanciación del proceso.

Respecto a la interposición y trámite del recurso de revisión se aplicarán supletoriamente las normas procesales vigentes en la jurisdicción correspondiente.

Artículo 12.- El Poder Ejecutivo de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y todo organismo, Estado o gobierno o municipio involucrado publicarán de forma libre a través de internet el estado actualizado del trámite de ejecución y cumplimiento de los fallos indicados en el artículo 1 de la presente ley.

La publicación contendrá el detalle de todos los actos emitidos, sus contenidos y las medidas adoptadas para dar cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuestión.

8. Conclusiones

Podemos compartir cuanto expresa repetidamente la Comisión y argumentar con sus ideas el significado que tiene la fórmula de la cuarta instancia. Lo que parece impreciso es compatibilizar las declaraciones con los hechos siguientes que suceden en el derecho interno.

En efecto, es cierto que la intervención de los órganos del Sistema IDH en ningún caso constituye una cuarta instancia del orden jurídico y judicial interno. La autonomía del procedimiento se verifica con principios y características particulares que le son propias y que lo alejan del concepto de instancia, trascendiendo así la figura de constituirse en una mera etapa revisora de impugnación.

La afirmación que hizo la Comisión IDH en el caso *Clifton Wright* (1988), que introduce por primera vez la cuestión de la *fórmula de la cuarta instancia,* deja en claro cuál será el modelo de revisión. El que pide puede ser la víctima, pero también puede no serlo al ejercer otro una representación directa o deducir la denuncia como expositor de un derecho vulnerado por el Estado Parte. Desde la apertura misma, entonces, se ve que cambian los actores que tuvo el proceso principal, y que en la etapa transnacional no se estudiarán hechos sino derechos humanos en conflicto.

Las pruebas tendrán un objeto singular, así como el formato de los medios probatorios a desarrollar donde todo pasará por las declaraciones de partes, testigos,

peritos, etc. Y así hasta llegar a la decisión que es el nudo gordiano de la teoría de la cuarta instancia.

Las sentencias que verifiquen el obrar culpable del Estado encontrarán como testimonio manifiesto las actuaciones judiciales del derecho interno hasta allí desenvueltas, y quizás las resoluciones a tomar ordenen afectar la cosa juzgada que se alcanzó. Pero este resultado no puede eludir lo evidente: la sentencia es para el Estado no para quienes fueron litigantes en el proceso local.

Así ocurre en muchos casos, que sin particularizarlos, ordenan a los Estados adecuar el derecho interno, suprimir prácticas, interpretar conforme a estándares, etc., que portan el objetivo de lograr que se respete el principio de *effet utile* y fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Ahora bien, ¿cómo pensar que estos cambios que se le ordenan al Estado (no a los jueces que actuaron en la causa cerrada por el derecho local) no afecta la cosa juzgada? Es evidente que los derechos que se encuentran mal entendidos o inaplicados por la sentencia originaria deberán cambiar y organizar un sistema de reparación de las víctimas o restauración de las garantías. Solo que esto puede llevarse a cabo sin tocar lo resuelto y ejecutoriado por los jueces del Estado parte.

¿Cómo hacerlo? En nuestra opinión lo juzgado por el tribunal internacional, para lograr efectividad, debe tener un régimen de ejecución de sentencia propio y no un desvío o delegación para que sean aquellos a quienes supuestamente se les revisó el caso los que deban cumplir la manda del tribunal internacional. De ocurrir así quedará repetido el alto porcentaje de incumplimiento que tienen las sentencias de la Corte IDH. Los "*Fontevecchia*" se reiterarán porque no son los jueces locales quienes deban revisar sino el Estado el que debe replantear la solucion del caso, claro está, en un escenario distinto al que tuvo antes. Es decir, no en la jurisdicción del Poder Judicial sino en la gestión administrativa del conflicto que ahora exige un nuevo abordaje.

Es decir que se torna menester construir un lenguaje común y unificado de justicia con el cual afrontar una era de estabilidad y paz social perdurables que involucre a los individuos, jueces y demás funcionarios de la organización estadual en una proclama de correlación de derechos y deberes de la búsqueda de justicia, de la materialización de la *iuris dictio* en perspectiva a lograr la seguridad de todos, en justa exigencia del bien común en una sociedad que pondera su raíz democrática. Tales

preceptos resultan imprescindibles para obtener el objetivo de evitar tensiones innecesarias.

Ante la diatriba se asumen caminos alternos. O bien se relaciona la jurisdicción internacional con el ámbito interno asumiendo que deben vincularse estratégicamente para evitar el descalabro de principios constitucionales (recuérdese que la cosa juzgada anida en las garantías del derecho de propiedad); o se promueve un activismo de la Corte IDH que deje "respirar" algo más a las instancias nacionales a fin de oxigenar su tarea específica y no hacer peligrar su efectividad institucional futura.

Surge con eminente lógica que no deberá obviarse la importancia del principio de legalidad y de aquél que pregona que si un Estado se somete voluntariamente a la aplicación de un Tratado, se presume su buena fe y el arbitrio de un esfuerzo supino y de los medios necesarios para cumplirlo.

Ya lo dijo García Sayán […]

> Interesa analizar cuánto puede haber impactado ese criterio de interpretación al interior de los países en el cumplimiento de sus obligaciones ejecutivas, legislativas y judiciales. Ese camino es una entrada importante para determinar si los tribunales están contribuyendo -o no- a establecer concordancias con el ordenamiento internacional de los derechos humanos. En esa lógica se puede encontrar, por cierto, no sólo influencias del ordenamiento internacional sobre el interno, sino la interacción y retroalimentación de éste sobre el internacional.
>
> La naturaleza de las normas y órganos de protección internacionales está diseñada para expresarse en el orden y derecho interno de los países. Los Estados, que por decisión soberana se hacen parte de tratados internacionales sobre derechos humanos y/o promueven el funcionamiento de órganos universales o regionales de protección, se imponen a sí mismos el deber de aplicar en su orden interno ese tipo de compromisos internacionales. Ese elemento esencial del derecho internacional de los derechos humanos está en la base conceptual misma de la interacción esencial del mismo con el derecho interno y el comportamiento de las distintas instituciones del Estado. Esto es parte cardinal de los compromisos internacionales delos Estados en materia de derechos humanos a través de tratados libremente concertados, firmados y ratificados[206].

Impera ejercer y concretar el difícil y complejo proceso de conjunción, armonización y ponderación de derechos y valores impregnado de la realidad

---

[206] García Sayán, Diego, *Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos,* en "Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979- 2004", Organización de los Estados Americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 2005.

sociopolítica de cada país, ante la titánica y trascendental obligación de esos Estados de convertirse en insignia de los derechos humanos.

Sólo la efectivización de parámetros sensatos, flexibles, prudentes y legítimos que realice la Corte IDH antes de un pronunciamiento oficial sobre inconvencionalidad, permitirá erradicar la crisis de disconformidad, cuestionamientos y manipulaciones ideológicas, brindando una sincera bienvenida a la aceptación y el consenso.

Capítulo IX

El derecho al abogado

Sumario: 1. Introducción; 2. Asistencia jurídica y debido proceso; 3. El derecho a tener asistencia profesional en todo proceso; 4. El abogado como garantía o reaseguro; 5. Conclusiones.

1. Introducción

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema IDH) el abogado no es una parte esencial del procedimiento transnacional toda vez que rige el principio de oficiosidad e impulso a cargo del tribunal.

Inclusive las denuncias que llegan no necesitan más que fundamentos y cobertura de aspectos formales que vienen explicados en el formulario de peticiones y casos que se registra on line. La defensa encargada a un letrado es potestativa del denunciante, como lo es también la intervención posterior.

Si el caso presentado se declara admisible, el Sistema creó el "Fondo de Asistencia a las Víctimas" con el fin de que quien carece de recursos económicos para afrontar el litigio pueda requerirlo una vez que el expediente se encuentra en etapa de fondo, es decir, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) emite el informe de procedencia. Son gastos destinados a solventar el procedimiento no la defensa técnica.

Dice Faúndez Ledesma […]

> No hay que perder de vista que, en cuanto fenómeno político y cultural, los derechos humanos son demasiado importantes como para dejarlos sólo al quehacer de los abogados, y que sólo se les puede comprender cabalmente cuando son examinados desde una perspectiva interdisciplinaria que considere todos sus aspectos, y que no pierda de vista el contexto histórico y social en que están llamados a regir[207].

Esta afirmación es válida para el trámite ante el derecho foráneo que revisa por medio del control de convencionalidad lo actuado en un Estado parte que se denuncia.

---

[207] Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999 (2ª edición), p. 27.

Lo es también con la mirada lógica del rol que deben cumplir los órganos del Sistema IDH.

En algunas legislaciones latinoamericanas, los procesos constitucionales no exigen la intervención de abogados. Parten de entender que la obligación jurisdiccional de fiscalizar el principio de supremacía constitucional, y la aplicación estricta del *iura novit curia* en comunión con los poderes de interpretación, son los que en definitiva se prefieren para declarar o no la constitucionalidad de un acto o precepto.

Pero antes de considerar esta situación recordemos que Jeremías Bentham[208] alegó que cuando existen conflictos sociales de cualquier tipo, la presencia de abogados se puede evitar, porque la función natural de los jueces es dar seguridad jurídica y resolver con justicia y equidad. El proceso es una causa natural, y como todo sucede de este modo, serán los jueces quienes podrán actuar como el buen padre de familia.

> Un buen padre de familia, en medio de los suyos regulando sus disputas es la imagen de un buen juez. El tribunal doméstico constituye el verdadero tipo de tribunal político. Este tipo de justicia, según Bentham, es transmitido a través de las distintas generaciones, aplicado por instinto por el hombre de campo e ignorado o dejado de lado por el hombre de ley. Al destacar los rasgos característicos de un "procedimiento natural", explica que el padre de familia -cuando tiene que resolver una cuestión- hace comparecer a todas las partes interesadas, les permite declarar en su propio favor, pregunta y exige respuestas, hace el interrogatorio en el mismo lugar, no excluye a ningún testigo permitiendo que cada uno se explaye de la manera que considere más conveniente y reservándose la apreciación de cada testimonio; si hay contradicciones las confronta de inmediato, trata de llegar rápidamente a una conclusión -a fin de evitar problemas en el seno de la familia- y atendiendo al principio de que los hechos recientes son "los más fáciles de conocer y probar", no permite aplazamientos salvo que sea por una circunstancia especial[209].

Este emplazamiento ideal tiene a los jueces en la cúspide del sistema de resolución de controversias, donde los tres ejes en los que gira la garantía son, la imparcialidad, la contradicción y la publicidad.

Ahora bien, es lógico sostener para una teoría iusnaturalista, que no se requiera la presencia de un abogado para asistir a las partes, porque las leyes son tan claras que cualquier ciudadano se puede defender en los tribunales sin que le menoscaben sus

---

[208] Cfr. sus obras: *Tratados de la Organización Judicial y la Codificación*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, p. 78. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 17.

[209] Bentham, *Tratado de las Pruebas Judiciales,* cit., p. 18.

derechos, encontrándose las partes litigantes en un natural equilibrio; pero la evolución de la historia nos indica que estos procedimientos no existen, debido a que la tan mentada idea de la eficiencia del poder penal estatal siempre estuvo un peldaño más arriba que el respeto al sistema de garantías, avalando todo tipo de atropellos sobre los ciudadanos[210].

De allí que el derecho a tener abogado sea específico para el proceso penal, mucho más si se tienen en cuenta los estándares internacionales en esta materia, que como dice García Ramírez […]

> Van más allá de la mera designación de un abogado. En este orden la jurisprudencia interamericana recuerda que el numeral 8 de los *Principios Básicos sobre la función de los abogados,* relativos a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que: Toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitarán las oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas, para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. De esa regla, así como de las disposiciones contenidas en diversos instrumentos –la CADH desde luego- y de las exigencias inherentes a una verdadera defensa –no una defensa aparente– se desprenden diversos datos de la defensa efectiva. Atañen a la designación de defensor, la oportunidad para hacerlo, la relación entre el defensor y el justiciable, la posibilidad efectiva de allegar pruebas de descargo y controvertir las de cargo, etcétera[211].

En cambio, en otros procesos la intervención del abogado es preceptiva; en Argentina es obligatoria al existir en ciertas jurisdicciones nacionales colegiación obligatoria que exige actuación con matrícula profesional; en otros países, se lo considera como personalidad procesal integrada a la del justiciable.

En la mayoría de los supuestos forma parte del ejercicio pleno del derecho defensa, y como tal integra el debido proceso. Por eso, cuanto desarrolla la jurisprudencia del Sistema IDH al entender que la intervención de abogados es facultativa, se refiere solamente al procedimiento contencioso ante la Corte IDH, sin referir en momento alguno a un estándar. Sin embargo, cuando la defensa ejercida en el derecho interno no es idónea o solvente ¿se puede llegar al Sistema IDH invocando que se han violado por el derecho interno derechos humanos?

---

[210] Friele, Guillermo Enrique, *La defensa técnica y la autodefensa en el proceso penal,* en http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/detecnica.htm.

[211] García Ramírez, Sergio, *El Debido Proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana,* Porrúa, México, 2012, p. 42.

2. Asistencia jurídica y debido proceso

El capítulo atiende uno solo de los aspectos de esta variada problemática que engendra el derecho de defensa en juicio, la autodefensa y el derecho a la asistencia jurídica.

La defensa en juicio tiene tantas connotaciones que bien podría aplicarse la noción para hablar de debido proceso, o de principios procesales sustanciales y adjetivos, o para referir al ejercicio activo de un derecho contra la acción que otro promueve.

Sin embargo, tantas acepciones provocan ampliaciones de contenidos, donde resulta claro que en un primer tiempo el derecho de defensa se adopta como una suerte de reacción contra el ataque, para ir afinando el concepto hacia lo implícito y necesario de esa resistencia, hasta quedar radicado como garantía individual y principio del proceso cualquiera sea la forma de desarrollo.

De este modo, el derecho de defensa que antes se vinculó para caracterizar al debido proceso, hoy forma parte de él, mostrando aspectos particulares que refuerza, como son la asistencia letrada idónea y la prohibición de indefensión, entre otros contenidos.

El centro de gravitación del tema está, precisamente, en esas dos facetas. La primera que relaciona al derecho de defensa como una garantía individual del que enfrenta a otro que demanda o acusa; y la restante para diferenciar los contenidos de la garantía respecto de los que abarca el debido proceso.

> En el primer terreno, algunos sostienen que […] "la expresión *defensa* no es acertada para calificar, con carácter general, a la actuación de una persona que se dirige a un tribunal, ya sea como sujeto activo o como sujeto pasivo del proceso, para que se declare su derecho en un caso concreto"[212]; mientras que la doctrina tradicional piensa que el derecho de defensa no debe quedar circunscripto a la réplica de un ataque precedente porque dentro de ella habitan otros sectores como: […] "el ejercicio personal o directo de un derecho subjetivo, sin que su titular haya sufrido ataque previo…; el ejercicio de facultades atribuidas al mando para hacer frente a situaciones de excepción…; el ejercicio de una potestad por uno de los sujetos en litigio…; el derecho de combate entre partes enfrentadas, que fían de la

[212] Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal,* Bosch, Barcelona, 1998, p. 16.

> fuerza y no a la razón la decisión de sus diferencias; o bien, el derecho de coacción sobre la contraparte para lograr imponer el prevalecimiento de los propios intereses"[213].

En este campo la discusión se concentra en saber si el derecho de defensa es una garantía de réplica, o si también lo tiene todo el que actúa en un proceso sin diferenciar el rol que ocupa (actor o demandado). Si fuera el espacio del proceso penal, evitar la indefensión valdría tanto como establecer una suerte de derecho a mantenerse callado como ampara la presunción de inocencia[214].

Con relación a los contenidos comienza un conflicto entre comentarios, porque el interrogante que se abre es saber si el abogado es una pieza necesaria para que sea inviolable la defensa en juicio de una persona y sus derechos; o en su caso, si la tarea de razonar sobre la custodia individual y los derechos que tras ella se disciplinan son únicamente tareas de interpretación jurisdiccional.

Este es el terreno donde queremos transitar en este capítulo, teniendo en cuenta que la Comisión IDH viene señalando que […]

> La CADH y la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, "Declaración Americana") afirman el derecho de cualquier persona a acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz ante denuncias de violaciones a sus derechos, así como la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar y reparar estos hechos. La Corte IDH ha explicitado que toda persona que ha sufrido una violación a sus derechos humanos "tiene derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y el establecimiento de las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención".

Con este encuadre previo no hay dificultades para afirmar que el Estado debe garantizar a las personas en sus derechos, y que los llamados "operadores de justicia" son los funcionarios del Estado que intervienen en los sistemas de justicia y desempeñan funciones esenciales para el respeto y garantía de los derechos de protección y debido proceso.

Quiere decir, entonces, que la tarea primera está en los jueces y magistrados, e incluye a fiscales y defensores públicos que, desde sus respectivos roles, están

---

[213] Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa,* Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 1991, pp. 59-60.

[214] Para el desarrollo de este tema remitimos a nuestra obra: *El Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* tomos I y II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2017, en especial capítulos II y III.

vinculados a los procesos en los cuales el Estado realiza funciones dirigidas a garantizar el acceso a la justicia.

Con relación al requisito de contar con un abogado, en cambio, la referencia es tangencial pues se afirma que […]

> Los defensores públicos desempeñan un rol esencial para asegurar que el Estado cumpla con su obligación de garantizar un debido proceso a las personas que puedan ser afectadas en virtud del ejercicio del poder punitivo del Estado. La Comisión recuerda que los literales d) y e) del artículo 8.2 de la CADH establecen el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que, si no lo hiciere, tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna[215].

La duda asienta en que la autodefensa también puede requerir la asistencia letrada y con abogado de confianza, pues el no contar con patrocinio profesional impide disponer de una defensa apropiada[216]y, específicamente, no contar con el resguardo de un defensor público puede implicar la imposibilidad de preparar adecuadamente la defensa[217].

> La Corte IDH ha referido que la obligación estatal es de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo ni nombrar defensor o defensora particular[218]. En el mismo sentido el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señala que los Estados deben adoptar medidas para garantizar el acceso a la asistencia letrada gratuita de las personas que no cuentan con los medios para satisfacer los honorarios de un abogado defensor[219]. Entre esas medidas, el Comité ha mencionado la adopción de un sistema general de asistencia letrada en los procedimientos penales para las personas que no tienen medios suficientes para costearla[220]. La Relatoría Especial de Naciones Unidas ha

---

[215] Corte IDH. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Nº 218, párr. 145

[216] Corte IDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Nº 114, párr. 194

[217] Corte IDH. Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo). Serie C, Nº 35, párr. 83.

[218] Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Nº 170, párr. 159.

[219] Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Comité de Derechos Humanos. Volumen I, A/64/40 (Vol. I), Rwanda, párr. 88.18).

[220] Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Comité de Derechos Humanos. Volumen I, A/64/40 (Vol. I), Tanzania, 91.21).

> considerado, por su parte, que la asistencia legal gratuita debería prestarse tanto en causas penales como en el ámbito civil[221].

En suma, la propia Comisión IDH admite que la función de jueces, fiscales y defensores públicos tienen características propias y diferentes entre sí, sin embargo, todos ellos son operadores de justicia en tanto contribuyen desde sus respectivas atribuciones a asegurar el acceso a la justicia a través de la garantía del debido proceso y el derecho a la protección judicial[222].

3. El derecho a tener asistencia profesional en todo proceso

Los derechos humanos son un compromiso de eficiencia estatal que para su efectiva protección exigen leyes claras y concretas que desenvuelvan los contenidos que llegan del Pacto de San José de Costa Rica más otros tratados y convenciones. Pero las normas no son más que vías de defensa preventiva que no tienen otra fuerza que la moral para evitar que se dejen de cumplir.

Cuando ello sucede la violación puede estar generada por actos u omisiones, y es deber de los jueces interpretar el alcance del desvío. Si se trata de derechos humanos muchas veces hay una relación inescindible con lo constitucional, y lo convencional surge implícito en el bloque de constitucionalidad que los contiene.

Por eso, algunas legislaciones entienden que la función jurisdiccional en temas constitucionales no requiere de abogados.

En *Colombia*, por ejemplo, se dice que […]

> La acción de tutela puede ser ejercida por toda persona que considere que le están vulnerando su derecho constitucional fundamental, nacional o extranjero, natural o jurídico, ciudadano o no, que se halle en el territorio colombiano o se encuentre por fuera y la autoridad o particular que vulneró los derechos fundamentales se encuentre en Colombia. Así pues, puede ser ejercida directamente o por quien actúe a su nombre, bien sea por medio de (i) un representante legal en el caso de los menores de edad, las personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos; (ii) mediante apoderado judicial; y (iii)

---

[221] 18 Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/8/4,13 de mayo de 2008, párr. 23.

[222] Comisión IDH. *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas,* OEA/Ser.L/V/II. Doc.44, pp. 6 y ss.

por agencia oficiosa. En estos tres últimos casos se debe probar la legitimación en la causa por activa.

Aunque una de las características procesales de la acción de tutela es la informalidad, esta Corporación ha indicado que la legitimación para presentar la solicitud de amparo, así como para actuar dentro del proceso, debe encontrarse plenamente acreditada. En el caso que la acción de tutela sea impetrada por medio de apoderado judicial, la Corte ha manifestado que debe ser abogado con tarjeta profesional y presentarse junto con la demanda de tutela un poder especial, que se presume auténtico y no se entiende conferido para la promoción de procesos diferentes a la acción de tutela, por medio del cual se configura la legitimación en la causa por activa sin la cual la tutela tendría que ser declarada improcedente. En el caso de la agencia oficiosa de derechos ajenos la Corte ha exigido que para hacer uso de ella es necesario que el titular de los derechos fundamentales no esté en condiciones de promover su propia defensa, lo cual debe manifestarse en el escrito de tutela o encontrarse probado en el expediente. La exigencia de manifestar en la demanda de tutela que el titular de los derechos no puede interponer directamente la acción encuentra justificación sólo cuando los derechos sometidos a debate interesan únicamente a su titular y no cuando revistan un interés general o colectivo[223].

Temperamento que coincide con la *Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica* que colige la tarea de la Sala IV del Tribunal Supremo, como una labor de investigación y toma de decisiones en un procedimiento de bilateralidad atenuada. Por eso todos los procesos constitucionales los puede interponer cualquier persona, y el trámite inmediato se rige por los principios de oficialidad y trámite preferente.

Al respecto aclara parte de la normativa citada que […]

Artículo 39. La tramitación del recurso estará a cargo del Presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y se substanciará en forma privilegiada, para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus.

Artículo 42. Si el recurso fuere oscuro, de manera que no pudiere establecerse el hecho que lo motiva, o no llenare los requisitos indicados, se prevendrá al recurrente que corrija los defectos dentro de tercero día, los cuales deberán señalarse concretamente en la misma resolución. Si no los corrigiere, el recurso será rechazado de plano.

En *Ecuador*, después del cambio constitucional que modifica las funciones del tribunal convertido en Corte Constitucional, se dicta la "*Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*" (2009), que proporciona al juez herramientas

---

[223] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 493/07.

conceptuales, técnicas y prácticas, con pautas concretas y específicas para examinar la constitucionalidad material y formal del proceso de producción normativa, en un sistema donde la actuación e impulso es de oficio, tolerando que se promueva la participación popular dentro de dichos procesos.

La finalidad es asegurar que los jueces resuelvan todos los asuntos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional y con sujeción a las normas constitucionales, y que la Corte Constitucional lidere el proceso de constitucionalización de la justicia.

Según el artículo 8 (Normas comunes a todo procedimiento) se resuelve que […]

> Serán aplicables las siguientes normas:
>
> 1) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz.
>
> 2) El procedimiento será oral en todas sus fases e instancias. La audiencia deberá registrarse por cualquier medio que esté al alcance de la jueza o juez, de preferencia grabación magnetofónica. Donde existan sistemas informáticos se deberá tener un expediente electrónico, salvo documentos que constituyan elementos de prueba y las siguientes actuaciones que deberán reducirse a escrito:
>
> a. La demanda de la garantía específica.
>
> b. La calificación de la demanda.
>
> c. La contestación a la demanda.
>
> d. La sentencia o el auto que aprueba el acuerdo reparatorio.
>
> 3) Serán hábiles todos los días y horas.
>
> 4) Las notificaciones se harán por los medios más eficaces que estén al alcance de la jueza o juez, de la persona legitimada activa y de la persona, entidad u órgano responsable del acto u omisión. De ser posible se preferirán medios electrónicos.
>
> 5) No serán aplicables las normas procesales ni aceptables los incidentes que tiendan a retardar el ágil despacho de la causa.
>
> 6) Un mismo afectado no podrá presentar más de una vez la demanda de violación de derechos contra las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones, y con la misma pretensión.
>
> 7) **No se requerirá el patrocinio de una abogada o abogado para proponer la acción ni para apelar**. De ser necesario o cuando la persona lo solicite, la jueza o juez deberá asignar al accionante o persona afectada un defensor público, un abogado de la Defensoría del Pueblo o un asistente legal comunitario según lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial (el destacado nos pertenece) .

8) Los autos de inadmisión y las sentencias son apelables ante la Corte Provincial.

La intervención ocasional de abogados surge bajo las reglas del mandato y/o la representación, por lo cual no son los fundamentos de la demanda los que guían el sistema de resolución, sino los métodos y reglas de interpretación constitucional que la misma ley proporciona. Los letrados solo dan formas a las reglas, pero no son esenciales para la elección de fundamentos propio de los sistemas de bilateralidad y contradicción.

Artículo 3.- "Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

> *8. Otros métodos de interpretación*.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

El *Código Procesal Constitucional de Perú* sigue la línea y dispone que la legitimación sea para toda persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener representación, ni exigir que la demanda sea firmada por un letrado, o se impongan tasas de justicia o alguna otra formalidad.

> *Artículo 27.- Demanda*. La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

A diferencia de estos modelos, *Bolivia* cambia el sentido en su Código Procesal Constitucional Plurinacional al sostener que […]

> **Artículo 29.- (Reglas generales):** En los procedimientos ante juezas, jueces y tribunales en acciones de defensa serán aplicables las siguientes disposiciones:
>
> *Capítulo Primero Normas comunes de procedimiento en acciones de defensa*
>
> 1. La interposición de la acción deberá realizarse en forma escrita, con excepción de la acción de libertad que podrá presentarse de forma oral, de ser así, el secretario del juzgado o tribunal levantará un acta que contenga la relación de los hechos que justifiquen la interposición de la acción.
>
> 2. La Jueza, Juez o Tribunal, a petición de la parte accionante, designará defensor público cuando no esté asistida por abogada o abogado particular. En la acción de libertad la parte accionante no requerirá de la asistencia de abogada o abogado.
>
> 3. Cuando sea necesario, la Jueza, Juez o Tribunal garantizará la presencia de traductoras o traductores.

La alteración que trae este modelo concentrado de control constitucional es importante en razón de que interpreta entre los primeros derechos de las personas que deben plantear cuestiones jurídicas de cualquier naturaleza ante un tribunal, despojar la idea del deber de respuesta asistencial que tienen los jueces, eludiendo al mismo tiempo el criterio de ubicar la tarea de abogados en un gestor técnico para que se cumpla con formalidades específicas.

La asistencia letrada ha de ser idónea en el patrocinio y actuación de los derechos que esgrima el interesado, permitiendo con su intervención que la defensa no sea únicamente técnica.

Entre muchas sentencias dijo […]

> "El derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: a) el derecho a ser escuchado en el proceso; b) el derecho a presentar prueba; c) el derecho a hacer uso de los recursos; y d) el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal"[224]. El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable; actualmente se encuentra contemplado como garantía jurisdiccional que prescribe que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, lo que implica que el acceso a la justicia comprende el derecho a ser escuchado en proceso; a presentar prueba; hacer uso de los recursos; y la observancia de los requisitos de cada instancia procesal"[225].

La especialidad de los derechos constitucionales alterados o amenazados, e inclusive, aquellos que necesitan de un pronunciamiento judicial interpretativo para determinar el alcance y eficacia de los principios, derechos y/o garantías, se observa con un diseño funcional distinto al que excluye al abogado de protagonismo.

En efecto, en *Argentina* el abogado actúa necesariamente para integrar la personalidad procesal. Puede hacerlo bajo dos formas de ejercicio, o representa a la persona bajo el formato del poder de actuación en juicio, o sigue sus instrucciones y deseos presentando con respectivas firmas los escritos judiciales.

> "El sistema de la separación ha sido adoptado por las leyes francesas, inglesas y españolas. De acuerdo con los regímenes legales vigentes en esos países, mientras el abogado (*avocat* en Francia; *barrister* en Inglaterra y *abogado* en España) tiene como única función la consistente en asistir a las partes, exponiendo verbalmente o por escrito las razones que aquéllas pueden argüir en apoyo de sus derechos; el procurador (*avoué*, *solicitor* y *procurador*, respectivamente), tiene a su cargo la representación de las partes, estándole particularmente encomendado el cumplimiento de los actos de impulso procesal y la confección de los escritos [...]. Gran parte de la legislación moderna adhiere a aquél en cuya virtud el poder de postulación procesal corresponde, como principio general, a los auxiliares de las partes, de manera tal que estas últimas no pueden comparecer

---

[224] SC 1670/2004-R de 14 de octubre.

[225] SC 0183/2010-R de 24 de mayo.

> personalmente y deben formular sus peticiones por intermedio de un abogado o procurador" (v.gr.: Alemania, Italia, entre algunos otros)"[226].

La participación obligada de abogados en todos los procesos, no significa que la tarea de dictar sentencia se vuelva en una simple satisfacción de pretensiones, donde sería suficiente elegir la mejor petición, la más fundada, la mejor probada y la que convenza al juez. Esto es propio, quizás, de un modelo donde el tribunal sea un mero espectador de la contienda entre intereses y vuelque el peso de la decisión a favor de quien lo haya persuadido de razones.

Pero en un proceso constitucional –y en la protección de derechos humanos todos tienen esta naturaleza– las funciones son diferentes. El abogado presenta el problema (acto lesivo constitucional) en representación de quien pudiendo hacerlo por sí, necesita del patrocinio para mejor ejercicio de la defensa técnica. Luego se contesta con justificaciones o bajo el modelo de la negativa y contradicción; a veces se necesita de pruebas complementerias cuando las acompañadas no son claras ni manifiestas; finalmente se dicta sentencia.

Esta decisión no es un juego de silogismos sino de interpretación constitucional. Los hechos presentados sirven para esclarecer la trascendencia del conflicto; las pretensiones son los derechos de reparación, cesación, garantía de no continuar con los perjuicios o amenazas. La prueba es el apoyo para conseguir la convicción, y el pronunciamiento judicial tiene otras reglas que no son las del proceso común[227].

Para el tribunal rige el principio *iura novit curia*, que tal como lo dijo la propia Corte IDH […]

> Además de ser un principio clásico es, una máxima del Derecho Romano, que encontró incluso en Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.) una clara previsión, una predicción, una antelación. En la apertura de su obra "Retórica", el filósofo explica la atribución de un abogado, la posición de un juez y el propósito de las promulgaciones legales, él crítica la retórica, la valorización exacerbada de lo no esencial en detrimento de los hechos relevantes para la decisión judicial. Obsérvese como se aplica con perfección el principio *iura novit curia* y la *da mihi factum dabo tibi jus*, otra máxima latina consecuente de la primera. En la opinión aristotélica, está totalmente dentro de la competencia del juez decidir

---

[226] Palacio, Lino E. – Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* Tomo III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 130.

[227] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Teoría de la sentencia constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho

sobre la importancia o irrelevancia, sobre la justicia o injusticia de un hecho sin tomar sus instrucciones a partir de los litigantes[228].

En definitiva, el problema se podría presentar con otra perspectiva y verificar si el proceso constitucional es declarativo dando a la sentencia el valor central de la misión y objeto del tribunal. Si así fuera, no importa la forma como se lleve el caso ante el órgano, ni el formato que se imprima, porqué en definitiva, no se requiere de un proceso sino de un procedimiento que da posibilidades al juez constitucional –cualesquiera que sea– para resolver la cuestión constitucional.

4. El abogado como garantía o reaseguro

Privar al proceso de la intervención de abogados deja en manos del juzgador toda la responsabilidad de justicia. La tendencia expuesta de mantener la participación de profesionales como presentadores del problema sin que sea obligatoria su actuación, tiene un conflicto teórico que se debe superar.

Es cierto que en los procesos ante el Sistema IDH no resulta necesario tener abogados que lleven el caso con el formato tradicional del mandato y gestión encomendada, en la medida que le corresponde a la Comision IDH asumir el rol de Fiscal del procedimiento, y a la Corte IDH como tribunal del caso a interpretar.

Sin embargo al modificarse el reglamento, darle a las víctimas un rol activo, permitir que propongan reclamos económicos y de otro carácter en los escritos de solicitudes, argumentos y pruebas; todo ello unido al carácter ejecutorio que tiene la sentencia transnacional, ponen al proceso en un cuadro de conflictos teóricos con las garantías que se quieren proteger, donde la mayor perturbación se produce con la independencia e imparcialidad del que juzga.

Obsérvese que el caso que llega a la etapa contenciosa proviene de la Comisión IDH y recién después las víctimas y otras representaciones, asumen una actividad propia que desenvuelven desde la presentación de sus escritos (que *mutatis mutandi* son una verdadera demanda). Si a ellas no se les exige contar con abogados, o se les conmina a unificar personería bajo una representación común que no es más que para hacer coincidir la personalidad procesal, no hablaríamos de proceso, no habría

---

[228] Corte IDH, *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 200, párr. 33.

bilateralidad ni contradicción, menos aún carga de la prueba, y la sentencia sería meramente declarativa aunque posea efectos propios para conseguir ejecución en el derecho interno.

Desde que se ponen en juego derechos de las personas, hay un conflicto a resolver. Alguien sufre a causa de otro, y ambos podrán llevar sus razones a un tercero imparcial. Si en el procedimiento recién visto no hay dos partes, no hay imparcialidad porque la tarea es de simple inteligencia constitucional.

Por eso desde que se creó el sistema universal de derechos humanos se erigió el derecho a un proceso judicial sencillo, equivalente a una protección al ciudadano contra procesos y recursos intrincados, complejos para defensores públicos y abogados populares, de difícil comprensión para la persona común que está bajo la jurisdicción, para aquella que raramente trae una causa a juicio, todo en el marco de la garantía al acceso a la justicia y al recurso (proceso) efectivo.

También es claro que la ley puede establecer presupuestos generales para recursos, pero el rigor excesivo que restringe su observancia, además de aquellas prohibiciones expresas en leyes, no atenderá siempre al debido acceso a la justicia, particularmente porque las clases menos favorecidas de la sociedad, que indudablemente tienen mayor dificultad en la contratación de los mejores abogados, que dominan la compleja y cada vez más especializada técnica procesal, quedarán en amplia desventaja. Esta desigualdad real se manifiesta en el impedimento concreto al acceso a la justicia y a la sencillez del recurso.

Por tanto, el abogado es más que un intermediario de la denuncia. Es la garantía para que se efectivice el derecho de defensa en juicio. Si no hay abogados la justicia puede quedar diluida. Si el tribunal interviene a expensas de la denuncia, sospechamos que no se cumpla cabalmente el dogma enfatizado por las garantías de independencia e imparcialidad, y sobre todo, de la tutela judicial efectiva.

> A su vez, el sistema regional interamericano plasmó en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, letras muy claras en cuanto al derecho al proceso sencillo y breve, en su artículo XVIII[229]. En la misma línea, el sentido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que quedaría

229 *Artículo XVIII*. 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.

violada en su artículo 25[230] si la argumentación no fuese aceptada por el motivo alegado por el Estado.

5. Conclusiones

Los derechos humanos que verifica el Sistema IDH torna por demás justificado que enaltezca la tarea fiscalizadora de los órganos que intervienen antes que las razones, argumentos y pruebas que se lleven desde el comienzo con las peticiones, y se concreten en pretensiones cuando el caso se jurisdiccionaliza en la etapa contenciosa.

La Corte IDH ha sido clara en orden a repetir cuál es el norte de su compromiso con la Convención Interamericana, a tono con la preocupación por garantizar la defensa material y técnica de la persona que figura en los arts. 8.2 *d*) y 8.2 *e*).

Pero esta explicación que no tiene al abogado como parte esencial entre los protagonistas es de pura lógica en un proceso de interpretación constitucional y de convencionalidad, que no es igual cuando la complejidad del tema requiera una defensa técnica ante los tribunales locales. Aquí la asistencia jurídica se impone como requisito de plenitud para la garantía de defensa.

En síntesis, para nosotros el derecho a la defensa y la asistencia letrada se desenvuelve en un plano material, no procesal, porque la Constitución no fue pensada para auspiciar derechos declamativos o ideales. No es menester la prédica de abstracciones o hipótesis sostenidas en la sola formulación; todo lo contrario, en cuanto aquí interesa, el derecho al abogado abarca un campo más intenso de obligaciones emergentes que se instalan, todas, en el contenido básico del debido proceso[231].

Los Estados que no tienen obligación de llevar abogados en la representación de los intereses a tutelar asumen que será tarea de sus jueces la responsabilidad por la eficacia en la tutela efectiva de los derechos humanos; en cambio, los que tienen al abogado como parte obligada en el protagonismo judicial aumentan el estándar de protección y refuerzan la defensa en juicio.

---

230 *Art. 25. Protección Judicial*. 1. 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.

231 Cfr. Gozaíni, *El Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* cit., Capítulo III.

Por eso, si se trata de proteger la garantía de defensa a través de la representación por abogado, antes que salvaguardar el problema de la representación será menester considerar el tipo de obligación que tiene el Estado.

¿Qué importancia tiene esta diferencia? La primera y fundamental es que, el Estado que asume la responsabilidad de prestar justicia gratuitamente, acepta el rol asistencial o solidario que debe tener una prestación tan importante para la vida en sociedad. Esto supone privilegiar la tarea de gobierno antes que descargar en las personas o en las entidades vinculadas al sistema, la obligación de prestar asistencia jurídica.

En segundo término, se puede afirmar que al igual que los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de armas, al estar asistido de abogado, de los que la gratuidad es instrumento y concreción, este derecho es no sólo garantía de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia, en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes litigantes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a derecho; aunque sin duda, su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello. Más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar.

> La relación entre la falta de recursos económicos y la imposibilidad de contar con abogados, había ya merecido la atención de la Corte IDH en sus primeros años, en su Opinión Consultiva Nº 11/905. Allí estableció que el artículo 8 de la CADH exige asistencia legal cuando ésta es necesaria para hablar de debidas garantías, aplicándose también a los procesos no penales, así […]: "Las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso y naturalmente que no es la ausencia de asistencia legal lo único que puede impedir que un indigente agote los recursos internos. Puede suceder, incluso, que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8"[232].

[232] Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b), Opinión Consultiva OC- 11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A, Nº 11. En ésta se señala que si razones de indigencia o el temor generalizado de abogados para representar un caso impiden utilizar los recursos internos, su agotamiento no puede ser exigido ante la Comisión.

Capítulo X

El derecho a la verdad·

Sumario: 1. Introducción; 2. Origen del derecho a la verdad; 3. Verdad y prueba; 4. Autonomía del derecho a la verdad; 5. Derecho a la verdad como manifestación del acceso a justicia; 6. El deber de investigar, 6.1 La investigación en el procedimiento del Sistema IDH; 6.2 La investigación en los procesos penales; 6.3 El deber de investigación en el proceso civil; 6.4 El deber de investigar en los procesos constitucionales; 6.5 Resumen de precisión; 7. Conclusiones.

1. Introducción

El derecho a la verdad es un postulado que nace en los primeros casos de la jurisprudencia de la Corte IDH. Fueron temas de desaparición forzada de personas a los que de aplicarse los principios tradicionales del proceso penal, o de investigación preliminar al contencioso de acusación y defensa, le hubiera sido muy difícil alcanzar los resultados útiles que generaron.

En efecto, el Estado no podía ampararse en la presunción de inocencia; el cuerpo del delito no estaba y sin él no había imputación posible; el juzgamiento natural debía quedar en tribunales militares poniendo sospechas sobre la independencia e imparcialidad del juzgamiento, en fin, estos y muchos otros eran problemas de naturaleza procesal y constitucional que el tribunal debía resolver.

Con la búsqueda de la verdad se pretendió enfocar la obligación de todos los involucrados en forma directa o indirecta, para saber qué había pasado. La prueba de ello no podía quedar en los principios del *onus probandi* ni tolerar el silencio del Estado como mecanismo de defensa. Era necesario encontrar la verdad de los hechos, y para esto todos debían colaborar, superando las ficciones irritantes de los principios procesales.

· Sobre la base de la investigación realizada por la profesora Silvana Olga Pulice.

Este es el nacimiento del derecho a la verdad. El objetivo de este capítulo es verificar si la construcción realizada en la jurisprudencia de la Corte IDH es un estándar para el debido proceso; o en su lugar, responder si se trata de un principio propio del proceso trasnacional que, de así resultar, tendría que encontrar mejores fundamentos que la buena intención de conocer certezas sin presunciones que en el fondo siempre resultan inseguras.

Desde otra perspectiva, el capítulo puede también referirse a la verdad vinculada con el derecho y la justicia, tanto sea para el sustento filosófico de ella o como requisito que condiciona la legitimidad de los fallos. Se persigue aislar la verdad como resultado objetivo de un proceso, de la verdad auténtica que es menester conocer a través de un proceso colaborativo sin controversia formal. En otros términos, verdad no sólo desde la óptica de la verdad judicial alcanzada en el marco de un proceso sino además como objeto de búsqueda de la verdad real[233].

La siguiente manifestación de contenidos anida en los sujetos comprometidos para que la verdad no sea una utopía. Para ello, el derecho a la verdad no radica en individuos obligados, desde el cual estaría presente la carga o consecuencia que tiene la debilidad probatoria; la idea es llevar el objetivo al terreno de los principios de colaboración, es decir, transferir la carga unilateral a los esfuerzos realizados por todos los que tienen un interés relevante que permita conocer la verdad, descartar la ignorancia provocada, eludir los silencios cómplices, y en definitiva, formular un resultado cierto y seguro cuyo destino sea reconocer el derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves a los derechos humanos.

En suma, si fuera el derecho a la verdad una garantía del debido proceso, quedaría alterado el principio que hace pleno el resultado de la sentencia acorde con el trajinar probatorio del que afirma o del que niega con versiones diferentes. Ahora, se amortigua la carga de la prueba para dar paso a un nuevo deber de probar a cargo de sujetos solidarios en demostrar hechos relevantes.

Claro está que si la respuesta está en considerar que el derecho a la verdad es propio del proceso transnacional, tendremos que encontrar los principios de la prueba en este modelo de justicia constitucional convencionalizada.

---

[233] Fajardo Arturo, Luis A., *Elementos estructurales del derecho a la verdad*, Revista Civilizar Nº 12, enero-junio de 2012, Bogotá, pp. 15-34.

2. Origen del derecho a la verdad

La verdad se asocia a la noción de *veritas* (verdad en latín), que en el derecho romano era un objetivo de certidumbre para evitar el error en el discurso de la judicatura. El problema asienta en que, desde estos orígenes remotos, la verdad se vincula con grados de certeza que van desde la probabilidad hasta la verificación absoluta. Por eso, en el medio existe un promedio mayor de incertidumbre.

> Según Toribio Sosa[234] el hallazgo más sobresaliente de la ciencia física durante el siglo XX, fue el denominado *principio de incertidumbre*, que tiene varias evidencias posibles, por ejemplo, en la teoría de la física cuántica donde se sostiene que el hombre aun no se ha puesto en contacto con la realidad última pues repetidamente percibe una realidad filtrada por su parecer, que demuestra cierta inconsistencia para tener ese dato como verdad.

Es decir, el ser humano se encuentra biológicamente imposibilitado de percibir objetivamente los hechos tal y como son, resultando inevitable que esta observación e incorporación al conocimiento individual, este mediatizado por el impacto de valores, creencias, intereses y emociones que integran y componen los asociados inmanentes en la personalidad del que observa un hecho y lo interpreta con esos predeterminantes que interactúan con el contexto social.

Lo influenciable del hombre por su circunstancia advierte así que la búsqueda de la verdad en el ámbito del litigio supone un límite al objetivo de obtener la verdad real de los hechos controvertidos, pues el proceso es un conflicto entre subjetividades, y no obstante sea redituable perseguir para todos una finalidad desinteresada, lo cierto es que que la controversia trabaja sobre la actividad de sujetos que acuerdan y confrontan con visiones propias de la realidad que les circunda.

En cambio, si el objetivo del juicio justo fuera encontrar la verdad, también sería menester descubrir si referimos a una verdad de contenido *filosófico*, es decir, como la correspondencia de la cosa con la idea de la cosa misma. O se trata de un componente *biológico* acompañado de mecanismos conformados por valores, creencias, emociones e intereses que lo delinean. O es un reaseguro para evitar el error, donde la verdad se cambia por la *certeza* que se tiene o puede llegar a adquirirse. Certidumbre que si logra ser absoluta se asimilará a la verdad.

---

[234] Sosa, Toribio E., *La verdad en el proceso,* Doctrina Judicial, 2003-2, 777.

Para encontrar la verdad hay etapas de averiguación, que planifican la actividad realizada para el descubrimiento. Y en tal sentido, los caminos pueden ser varios, y todos acarrear resultados diferentes; o bien conducirán a la verificación de lo afirmado, al esclarecimiento de lo relatado, la demostración de las razones, la comprobación de los hechos afirmados, la aclaración de postulados o la explicación sobre los hechos conocidos y afirmados.

Con estos senderos, la meta puede derivar en la *verdad material*, vinculada a la reconstrucción de los hechos tal y como ocurrieron; que será una *verdad objetiva*, cuando está precedida de un debate dialéctico; o un resultado hipotético a modo de confirmación de versiones encontradas.

> Si se aspira a un proceso de sentencia justa, el mismo debiera hallarse fundado en la verdad de los hechos, y como la *verdad* explorada no es precisamente la *absoluta*, sino la *relativa verdad procesal*, también identificada por múltiple jurisprudencia con un término equidistante como el de *"verdad jurídica objetiva"*, todo queda relacionado con los hechos esgrimidos y la probanza rendida puntualmente en el proceso, es decir, su establecimiento y ajuste quedan supeditados a la capacidad de las partes de aportar pruebas objetivas e idóneas suficientes que acrediten sus dichos, así como depende de la figura de un juez activo y racional que, en aras al acatamiento del principio de inmediación y persecución de la eficacia y seguridad jurídicas sin atisbo de arbitrariedad ni autoritarismo, le brinde debida recepción.

En síntesis, el conocimiento de la verdad constituye un desafío cuya resolución plantea intensos debates en la definición de los extremos que rigen los diversos sistemas jurídicos. Conocer la esencia de la *verdad real* puede ser inalcanzable dentro del proceso y en cualquier estadío de la esencia humana. El fin perseguido, entonces, será lograr convicción sobre tal verdad, afincada en los hechos y más aún en los enunciados que los contienen y la trascendencia de su argumentación (*verdad objetiva*), para el dictado del pronunciamiento judicial definitivo sobre el mérito de la causa principal mediando, con carácter previo, la aplicación de los sistemas de apreciación de la prueba pertinentes (v.gr.: sana crítica, libre apreciación, íntima convicción, etc.).

3. Autonomía del derecho a la verdad

En realidad, la necesidad de saber si la verdad es un fin para el proceso resulta necesario e ineludible porque la afirmación lleva a obligaciones consecuentes, tanto de las partes como del juez que interviene; mientras que relativizar dicha finalidad con

explicaciones tangenciales, supone afincar el objeto en otra dimensión, más técnica o apegada a principios formales, en los que la verdad se desplaza por la necesidad de resultados.

Nos referimos, en concreto, a la posición de quienes interpretan que el proceso está para resolver controversias y si ello se consigue, no importa cómo se logra ni con qué medios se alcanza. En cambio, si la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, habrá que encontrar los que están obligados a conseguirla.

Podrán ser únicamente las partes, quienes tienen el deber o la carga de afirmar (alegar) y probar los hechos expuestos; y en su caso, analizar si las circunstancias que se exponen están perentoriamente expuestas a ser reveladas con toda realidad, sea o no favorable, a quien las relata; o en su caso, verificar si se pueden denunciar únicamente los hechos que benefician una determinada posición jurídica.

Cuando se sostiene que los hechos deben ser expuestos con la verdad, no se quiere decir más de lo que ello significa. Ahora, si la versión que se entrega es completa o sucinta, dependerá de la estrategia forense; pero como sea, se tendrá que resolver si la técnica dispuesta concilia con los principios de lealtad y buena fe en el proceso, porque algunos doctrinarios son proclives a sostener que se viola el debido proceso cuando los hechos no son presentados en toda su dimensión y autenticidad.

En cambio, si al proceso se lo convierte en una lucha entre pretensiones opuestas, donde las versiones se imponen a las verdades, el problema que se plantea deriva en dar un valor a la sentencia que justifica hechos que pueden no ser reales. En su caso, es la cuestión que otros han considerado como la necesidad de disculpar un tipo de "verdad jurídica", que se contrapone con la certeza propia del derecho.

Siendo así, o visto el planteo en la perspectiva de las necesidades que exige el debido proceso, la crisis se produce porque de sostener la verdad jurídica, como distinta de la verdad real, significa tanto como reconocer que los jueces no pueden alcanzar éste último objetivo. Por eso, la sentencia que se obtiene tras un procedimiento entre versiones solo justifica la falibilidad del sistema por no ser auténtico[235].

---

[235] Sostiene Ferrer Beltrán que, si bien es cierto que la noción de verdad jurídica (o judicial o formal) se introduce en la teoría procesal como una respuesta al problema de la falibilidad del juez en el conocimiento de los hechos ocurridos, también lo es que la asunción posterior de la verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y, por otro lado, la tesis de la constitutividad de la decisión del juez en la determinación de la verdad judicial, convierte a esa decisión es incontrolable racionalmente (*Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 22).

Efectivamente, la prueba puede tener lecturas y enfoques diversos, pero cuando se relaciona con las reglas del debido proceso, el tiempo que nos interesa es el de la actividad, propiamente dicha. Desde ella tendremos que dar nuestra posición respecto a qué deberes y obligaciones existen para deducir la verdad o aplicar solamente el derecho; es obvio además, que los instrumentos (medios de prueba) tienen que evaluarse para saber si todos se podrán utilizar para resolver los objetivos, o si alguno de ellos puede quedar limitado o directamente prohibido cuando se viola una garantía esencial (v.gr.: el problema de las pruebas ilícitas).

Pero también, el último eslabón de la cadena probatoria, que finaliza en la valoración o apreciación de los medios y del esfuerzo de demostración, no puede quedar solapado, toda vez que depende de la regla o principio que se aplique, para iluminar el campo de probabilidades que lleva a los resultados.

Esto es, que la verdad sea una realidad a probar; o que se use a la verdad como excusa o justificación de un convencimiento particular logrado tras la persuasión de las partes.

En suma, cuando la justicia transnacional proclamó el derecho a la verdad, no tenemos claro si prestó atención a estos prolegómenos, lo que sería inútil reclamar ante tamaña gravedad de los hechos afrontados para juzgar con estándares costumbristas.

Nos parece que no diferenció los tipos de verdad en el proceso, quizás porqué era notorio y evidente lo manifiesto del tema gravitante (desaparecidos). Sin embargo, el quid progresó y obtuvo derivaciones en las cuestiones a resolver. Surge el deber de investigar para saber la verdad de los hechos acontecidos.

Y este deber se alojó como responsabilidad internacional del Estado cuando quedaba en expectativa, o inerte por aplicación de formalismos sistémicos como la regla que afirma: *el que juzga no investiga*.

De todo cuanto se expone queda planteada la diatriba. El estándar fijado desde el ritualismo procedimental para los procesos ordinarios internos difiere de aquél establecido para los que se entabla ante los órganos internacionales de justicia.

4. Verdad y deber de investigación

La prueba en el proceso transnacional descubre un derecho diferente a la certidumbre que conforma un proceso civil, o a la imposibilidad de condenar en el proceso penal cuando hay dudas razonables. En la misión de este modelo especial de jurisdicción hay un deber implícito de saber lo que ocurrió y develar la verdad.

Lo que no se debe fraccionar es el estudio de la prueba en la instancia de ingreso al Sistema (denuncia ante la Comisión) respecto a la que se produce en la etapa contenciosa (trámite ante la Corte IDH), porque en ambas tiene la misma importancia. No se trata de tener por ciertos los hechos que se relatan, sino de discernir cuanto de verdad contienen y puedan ser testimonios de una violación que se debe evitar en el futuro.

Para esto es necesario tener como objetivo de la prueba: el *derecho a la prueba y la obtención de la verdad*.

Pico i Junoy estudia el principio y sostiene que, el derecho a la prueba es aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso [...]

> El carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio requiere la voluntad de una de las partes, pues estas son las que tienen el poder de proponer el medio probatorio que pretenden sea admitido, practicado y valorado judicialmente. En consecuencia, el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio probatorio sea practicado, pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho [...]. Por último, debemos destacar que el derecho a la prueba puede, en ocasiones, alcanzar a las diligencias para mejor proveer [...]. En consecuencia, el derecho a la prueba no supone, *a priori*, un derecho a la realización de las diligencias que, para mejor proveer, soliciten las partes [...]. En último término, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia[236].

Por su lado, la obtención de la verdad como un derecho autónomo lo explica la propia Comisión IDH. Inicialmente, se consideró que el deber de descubrir la verdad de

---

[236] Pico i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil,* Bosch, Barcelona, 1996, pp. 16 y ss.

los hechos era un derecho de las familias a conocer la suerte de sus seres queridos, derivado de la obligación que tienen los Estados de brindar a las víctimas o sus familiares un recurso sencillo y rápido que los ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales, conforme al artículo 25 del Pacto[237].

La interpretación de este derecho ha evolucionado y actualmente se considera, por lo menos por parte de la Comisión, que el derecho a la verdad pertenece, además de las víctimas y sus familiares, a la sociedad en general. Conforme a esta concepción, el derecho a la verdad se basa no solo en el artículo 25, sino también en los artículos 1.1, 8 y 13 de la Convención[238].

La dimensión del derecho fue progresivamente aumentando, de lo individual a lo familiar y de este a lo colectivo. El cartabón del artículo 13 de la CADH previsto para la libertad de pensamiento y expresión, se ensanchó para dar cabida como derecho a la información completa.

---

[237] Véase Caso 10.580, Informe nº 10/95, Ecuador, *Manuel Bolaños*, 12 de septiembre de 1995. La Comisión abordó el tema del derecho a la verdad por primera vez en 1995, con motivo del caso de la desaparición de Manuel Bolaños, en Ecuador. Se denunció que miembros del Cuerpo de Infantería de Marina del Ecuador habían puesto bajo custodia al señor Bolaños para examinar sus documentos de identificación y que nunca volvió a saberse de él. Tras la desaparición del señor Bolaños, su familia interpuso recursos de habeas corpus ante los tribunales competentes. Este recurso fue rechazado. Casi dos años después de la desaparición del señor Bolaños, sus familiares recibieron información de que había fallecido mientras se encontraba bajo custodia de la Infantería de Marina y que se había iniciado una investigación en torno a su muerte. Sin embargo, el gobierno nunca determinó la responsabilidad de quienes, según las denuncias, torturaron y ultimaron al señor Bolaños. La Comisión constató numerosas infracciones en el caso, entre ellas la violación del derecho de los familiares a conocer la verdad acerca de lo ocurrido al señor Bolaños, de las circunstancias de su detención y fallecimiento y de la ubicación de sus restos. La Comisión señaló que este derecho surge de la obligación que tiene el estado de usar todos los medios a su alcance para investigar seriamente las violaciones cometidas en su jurisdicción a fin de identificar a los responsable (Id. en "Análisis", Sección II, párr. 45, citando la sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*, del 29 de Julio de 1988, párr. 166). La Comisión señaló que, en virtud de que los tribunales se abstuvieron inicialmente de investigar la desaparición del señor Bolaños, el estado no informó a los familiares acerca de la muerte del señor Bolaños o de la ubicación de sus restos y de la demora en dar comienzo a la investigación que finalmente se llevó a cabo, el estado había violado el derecho de la familia a la justicia y al conocimiento de la verdad.

[238] En algunos casos, la Comisión no ha invocado el artículo 13 dentro del marco de casos sobre el derecho a la verdad. Véase, por ejemplo Caso 10.258, Informe nº 1/97, Ecuador, *Manuel García Franco*, 12 de marzo de 1997; Caso 10.606, Informe Nº 11/98, *Samuel de la Cruz Gómez*, Guatemala, 7 de abril de 1998; Caso 11.275, Informe nº 140/99, Guatemala, *Francisco Guarcas Cipriano*, 21 de diciembre de 1999; Casos 10.588 (*Isabela Velásquez y Francisco Velásquez*), 10.608 (*Ronal Homero Nota y otros*), 10.796 (*Eleodoro Polanco Arévalo*), 10.856 (Adolfo René y Luis Pacheco del Cid) y 10.921 (*Nicolás Matoj y otros*), Informe nº 40/00, Guatemala, 13 de abril de 2000. Un examen de los hechos de varios casos tocantes al derecho a la verdad pareciera indicar que la para la Comisión el artículo 13 reviste suma importancia en los casos relacionados con leyes de amnistía. Esto obedece al hecho de que cuando se promulga una ley de amnistía, no queda oportunidad para la acción judicial contra los responsables de los delitos y la información es el único medio por el cual los familiares de las víctimas pueden obtener alguna forma de reparación. Además, en esos casos la información es esencial porque los miembros de la sociedad deben tener noción de los abusos que se haya cometido para vigilar y evitar su repetición en el futuro.

> Los órganos del sistema cuando resaltan que el derecho a conocer la verdad sobre lo sucedido no se limita a las víctimas y sus familiares, porque son también de la sociedad en su conjunto, quieren decir que existe en esta tarea una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar de oficio las graves violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos.
>
> La Corte también ha señalado que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. El cumplimiento de dichas obligaciones resulta necesario para garantizar la integralidad de la construcción de la verdad y la investigación completa de las estructuras en las que se enmarcan las violaciones de derechos humanos[239].

En consecuencia, la prueba del proceso internacional no es la misma prueba del proceso común, aunque se vincula directamente y tiene semejanzas con la del proceso constitucional.

La unidad parece estar en el concepto de *verdad en los hechos* y la diferencia en los mecanismos dispuestos para encontrarla. Desde allí se pueden establecer principios y presupuestos, tales como las potestades de investigación oficial y el deber de las partes de probar o colaborar con esta prístina misión.

> Hay autores que consideran que no existe tal subsunción del derecho a la verdad, en el derecho de acceso a la justicia emergente de los artículos 8 y 25. Sostienen que no parece que el derecho a la verdad sea un verdadero derecho humano. Un derecho que se refiere esencialmente a que cada miembro de la sociedad pueda conocer qué ocurrió en un caso de graves violaciones de los derechos humanos, es decir que se deriva del derecho a recibir información, dimensión colectiva de la libertad de expresión. Pero también argumentan que las víctimas –en sentido amplio, es decir tanto las víctimas directas supervivientes, como sus familiares– tienen el derecho a la verdad porque poseen el derecho a contar su historia, a relatar la verdad. Es decir, en virtud del derecho a la libertad de expresión, las víctimas tienen a su vez el derecho individual a expresar lo ocurrido, para que ello pueda ser conocido. Esto implicaría que tanto la dimensión colectiva como la individual de la libertad de expresión forman parte integral del derecho a la verdad[240].

---

[239] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El derecho a la verdad (A propósito del caso Desaparecidos del Palacio de Justicia vs. Colombia,* voto concurrente del juez de la Corte IDH en el caso "*Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia).* Sentencia del 14 de noviembre de 2014 (Excepciones preliminares; Fondo, Reparaciones y Costas).

[240] González–Salzberg, Damián A., *El derecho a la verdad en situaciones de post–conflicto bélico de carácter no internacional*, Revista Colombiana de Derecho Internacional n° 12, Bogotá, 2008, p. 454.

Con este piso de marcha, el derecho a la verdad se aísla del deber de probar, acercándose notoriamente a la garantía que afirma el debido proceso. Pero la base casuística se relaciona con hechos flagrantes que advierten la inacción de los Estados en casos donde no se investiga suficientemente, ni se juzga o sanciona. Esto provoca impunidad y una irritante situación que obliga al desarrollo de estándares regionales que den contenido al derecho a la verdad.

Al respecto, la Comisión y la Corte han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la CADH.

Asimismo, en determinados supuestos el derecho a la verdad guarda relación con el derecho de acceso a la información, contemplado en el artículo IV de la Declaración Americana y el artículo 13 de la Convención Americana.

> Asimismo, el Tribunal ha considerado la obligación de investigar como una forma de reparación, ante la necesidad de remediar la violación del derecho a conocer la verdad en el caso concreto. De igual modo, el derecho a conocer la verdad se relaciona con la acción ordinaria interpuesta por los familiares, que se vincula con el acceso a la justicia y con el derecho a buscar y recibir información consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana[241]. Los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y la sociedad tienen el derecho a conocer la verdad y, en particular en casos de desaparición forzada o de presunta desaparición forzada, ello implica el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos.
>
> En distintos casos la Corte argumenta que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen

Bajo dichas disposiciones, el derecho a la verdad comprende una doble dimensión. En primer lugar, se reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos. Ello implica que el derecho a la verdad acarrea la obligación de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los casos de

---

[241] Corte IDH. Caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia.* Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 287 párr. 14.

graves violaciones de derechos humanos, así como, dependiendo de las circunstancias de cada caso, garantizar el acceso a la información sobre graves violaciones de derechos humanos que se encuentran en instalaciones y archivos estatales[242].

5. Derecho a la verdad como manifestación del acceso a justicia

Dentro del sistema supranacional el *derecho a la verdad* se contiene por el *acceso a justicia* (no a la justicia) como fundamento filosófico y requisito condicionante de la legitimidad de los fallos que de tales fueros se emiten.

La *verdad* precede a la aplicación del derecho y resulta indispensable para ser justos. Si bien subyace el concepto de *verdad judicial*, el derecho comprende, siempre y en todos los casos sin excepción, el inevitable fin de conseguir la *verdad real* o *material* en su más pura significación.

Desde luego, la propia naturaleza de las causas que en esta instancia se debaten implica la evolución de la idea de verdad desde el punto de partida de un derecho individual hacia una visión colectiva y de alcance interdisciplinario. Así las cosas, surge la extrema necesidad de construir el futuro de las sociedades sobre sólidos cimientos de verdad que no sólo permitan la pacificación inmediata, sino que también se ocupen de conformar nuevas y efectivas estrategias de sustentabilidad de dicha paz.

> Ha establecido la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (ONU) en reiterados informes que el *derecho a la verdad*, en materia de violaciones manifiestas de los derechos humanos, constituye un derecho inalienable y autónomo, vinculado al deber del Estado de proteger y garantizarlos, y a su obligación de efectuar investigaciones eficaces y brindar recursos efectivos de reparación apropiada.
>
> Asimismo, entiende, se encuentra relacionado con otros derechos de diverso rango (individuales y/o colectivos) y que debe ser considerado de naturaleza intangible, es decir, no debe estar sujeto a restricciones.

Ahora bien, la verdad encontrada se acopla al deber de memoria y reconocimiento que se proporcione a las víctimas en materia de reparaciones y satisfacción del daño previamente causado. En consecuencia también el *derecho a la verdad* que se invoca forma parte del Derecho Humanitario.

---

[242] Comisión IDH, *Derecho a la verdad en América,* OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 agosto 2014.

> En ese sentido, el derecho a la verdad ha sido entendido como una justa expectativa que el Estado debe satisfacer a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familiares. Por ello, la plena garantía de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial busca combatir la impunidad, entendida ésta como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana"[243]. De lo contrario, la falta de diligencia del Estado propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares"[244]. Es por ello que las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares tienen el derecho a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido a través de una investigación efectiva, el procesamiento de los responsables de los ilícitos, la imposición de las sanciones pertinentes y la indemnización de los daños y perjuicios que hubieren sufrido los familiares.

Hablar de *derecho a la verdad*, en el campo de los derechos fundamentales presta atención preferente a la víctima con el fin de que sea reparada, y en casos de fin de su existencia, en el derecho de sus familiares y toda la sociedad para saber qué pasó. De este modo, como el rostro del Dios Jano, también el derecho a la verdad compromete al Estado en los esfuerzos arbitrados y dirigidos a reestablecer el orden y la tranquilidad en una sociedad que persigue abandonar la violencia y anhela reconstruir la vida en paz.

> Sostiene Bernales Rojas[245]que […]: "Ninguna sociedad puede permanecer sana y sin efectos de las heridas causadas por las crisis humanitarias que causan vulneración de derechos fundamentales, si la verdad no se ha buscado y alcanzado en su mayor eficacia, dejando no sólo la incertidumbre de lo ocurrido, sino también un hito histórico sin resolver en el pueblo afectado y una nueva vulneración de la dignidad causada por la impunidad que la ausencia de verdad provoca en estas causas. La búsqueda de y el encuentro con la verdad en este campo es tanto necesaria como irrenunciable e imprescriptible".

---

[243] Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, Nº 74, párr. 186; Corte IDH. Caso *del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, Nº 71, párr. 123; Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala.* Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, Nº 70, párr. 211. Véase también: ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

[244] Corte IDH. Caso *de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, Nº 37, párr. 173; Corte IDH. Caso *Blake. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C, Nº 48, párr. 64; Caso *Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, Nº 170; Caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C, Nº 117, párr. 126.

[245] Bernales Rojas, Gerardo, *El derecho a la verdad,* en Revista *Estudios Constitucionales,* vol. 14 N° 2, Santiago de Chile, 2017, p. 278.

6. El deber de investigar

La naturaleza jurídica del proceso transnacional[246] deviene imprescindible para deducir si la prueba que se sustenta en su procedimiento con el objetivo de consagrar el derecho a la verdad, es igual a la etapa de un proceso interno donde el derecho probatorio suele hacer distinciones conforme el procedimiento donde se aplica.

Es cierto que todos tienen la misma identidad teleológica, al punto que esclarecer la verdad de los hechos es el punto de encuentro para una teoría general. Sin embargo, los deberes de trabajar en pos de la averiguación fiel y completa no tienen la misma simetría. Por ejemplo, el deber de investigar a cargo del Estado, que es la condena más repetida de las sentencias internacionales, no se acopla adecuadamente con el principio que obliga a ciertos sujetos a realizar esta actividad.

Hay límites contenidos en garantías del proceso penal que evitan la investigación del que debe juzgar, así como impiden que el encargado de la pesquisa sea quien pueda resolver definitivamente.

En un proceso civil, la prueba es tarea de las partes, sea con la rigidez del *onus probandi* o amparados con cierto deber de colaboración que iguala el esfuerzo de verificación. En cambio, en un proceso constitucional se podría compartir la coincidencia de objetivos: interpretar en defensa de los derechos esenciales de la persona.

Con estos límites la verdad emerge como guía tuitiva de las facultades estatales, solamente que tendrá que cumplir la investigación acorde con el procedimiento y al amparo del principio de libertad en la prueba sin forzar resultados contrarios al derecho de defensa.

6.1 La investigación en el procedimiento del Sistema IDH

Este deber de *garantizar* los derechos implica la obligación positiva de adopción, por parte del Estado, de una serie de conductas, dependiendo del derecho sustantivo específico de que se trate. En casos de muerte violenta como fue el caso

---

[246] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Sistema procesal interamericano,* Ediar, Buenos Aires, 2016, en especial Capítulo VI.

Godínez Cruz[247] se consideró que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, era un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por este tipo de situaciones.

> El Comité de Derechos Humanos, ha tenido esta interpretación en el caso *Arhuacos vs. Colombia*[248] cuando alega que […] el Estado parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones.

La generación de las fuentes de prueba es una obligación que se desprende del derecho a la información que garantiza el artículo 13 (1) del Pacto de San José, sin perjuicio de otras justificaciones dogmáticas que referimos enseguida.

> El reconocimiento del acceso a la información como derecho humano constituye un importante avance que necesita ser acompañado por un régimen jurídico que contenga ciertos elementos y garantías para hacerlo efectivo. La sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes y otros* señaló que […]: En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.
>
> Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.
>
> Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.
>
> Uno de los avances más importantes en materia de derecho de acceder a la información en poder del Estado a través de la emisión de la sentencia de la Corte en el caso Claude Reyes

---

[247] Corte IDH, Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentencia del 20 de enero de 1989 (Fondo). Serie C, Nº 5, párr. 43.

[248] Comunicación nº 612/1995, párr. 8.8.

> y otros consiste en que por primera vez un tribunal internacional reconoce el carácter fundamental de dicho derecho en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra "buscar" y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a "recibir" la información solicitada[249].

El principio esencial que subordina la actividad tuitiva quiere que se consigan todos los antecedentes, a menos que por una causa justificada o razonable, se lesione el derecho de defensa de quien será afectado por el uso de ese material recopilado.

> En varios casos, la Corte ha decretado la incorporación extemporánea de ciertos documentos por parte del Estado o de la Comisión, o solicitó a las partes allegar elementos probatorios como prueba para mejor resolver. En *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* se sostuvo que, a pesar de que el Estado no hizo manifestación alguna sobre las razones que motivaron la presentación extemporánea de prueba documental y no acreditó, por tanto, las circunstancias excepcionales que justificarían su aceptación por la Corte, ella estimó que eran procedentes por ser prueba útil en la medida que contienen información sobre los hechos examinados, que serán valorados como prueba circunstancial dentro del acervo probatorio, conforme al principio de la sana crítica[250].

De suyo, como se dijo con anterioridad, no es aplicable la presunción de inocencia, ni el descanso sobre la negativa de los hechos, ni justificar con dichos cuya prueba sea indisponible para el denunciante si el Estado no colabora en la producción.

Esto es una clara diferencia con el derecho penal interno recordado desde las primeras sentencias de la Corte IDH. En efecto, se afirma que […]

> En los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno[251].
>
> Del mismo modo, en el caso *Aloeboetoe* la Corte eximió a la Comisión de demostrar mediante prueba documental la filiación e identidad de varias personas, pues la falta de dichos documentos se debía a negligencia estatal: "[...] Suriname no puede exigir entonces

---

[249] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión IDH, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. OEA – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, 2007, p. 31.

[250] Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo). Serie C, Nº 70, párr. 112.

[251] *Caso Velásquez Rodríguez*, cit., párrs. 135–136; Caso *Godínez Cruz*, cit., párrs. 141-142.

> que se pruebe la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región. Por otra parte, Suriname no ha ofrecido en este litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores"[252].

Precisamente, como la etapa de prueba es formal y reglada, lo que no significa que los límites impuestos puedan socavar el derecho a defenderse, se ha encontrado necesario vincular la prueba con el derecho de defensa en juicio, para desde allí referir a la constitucionalidad propia de la prueba que se desenvuelve en la etapa preliminar ante la Comisión IDH.

En este punto es donde parece estar la fuente que permita tener el derecho a la verdad como integrante del debido proceso. El comienzo de esta conclusión parte de entender que se pueden admitir todas las pruebas legales, regulares y obtenidas sin violaciones al derecho de defensa. Para ello, producción probatoria se relaciona con vías de obtención, a sabiendas que en ciertas cuestiones se pueden utilizar criterios flexibles de complemento como son las presunciones e indicios.

No obstante, afirmar esto no cambia el panorama de desencuentro teórico antes advertido, porque una cosa es la esencia de la prueba y otra el deber de encontrar la verdad a través de generalizar la confirmación en todos los sujetos del proceso.

En la OC-16 se afirma que […]

> "Es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal"[253].
>
> En otras oportunidades, la Corte manifestó que la existencia de verdaderas garantías judiciales requiere que se observen todos los requisitos que "sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho"[254], es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial"[255].

Sergio García Ramírez, en la citada Opinión Consultiva OC–16 señaló que […]

---

[252] Corte IDH. Caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*. Sentencia del 4 de diciembre de 1991 (Fondo). Serie C, Nº 11 párrs. 11-14.

[253] OC– 16, párr. 117.

[254] OC– 8/87, párr. 25.

[255] OC– 9/87, párr. 28.

> "A este respecto no difiere de la que tiene cualquier juzgador que enfrenta la enorme responsabilidad de analizar hechos, no siempre evidentes ni suficientemente acreditados a través de pruebas concluyentes, y adoptar graves determinaciones a partir del material probatorio disponible, adecuadamente valorado. El juzgador se ve en la necesidad de afrontar dudas que naturalmente surgen en el curso del examen que realiza. La solución de estos dilemas reside en la prueba: solo así se remonta la duda. Cuando hablo de prueba, me refiero, por supuesto, a medios de convicción –empleo deliberadamente esta palabra: convicción– suficientes para persuadir al juzgador que emite una condena: "prueba suficiente". No digo condena penal; digo, simplemente, condena que se explica en virtud de la comprobación –"convincente"– de ciertos hechos ilícitos, resultado de la actuación, asimismo comprobada, de determinado agente. Obviamente, no pretendo que todos los hechos sujetos a juicio queden establecidos a través de documentos oficiales e indubitables, testimonios unívocos y fidedignos o dictámenes irrefutables. Sería pueril. Acepto la posibilidad y la eficacia de medios indirectos de prueba, a condición de que trasciendan el lindero –a menudo impreciso y elusivo– que separa la prueba suficiente de los datos que no poseen, por sí mismos, esta calidad indispensable.
>
> "Desde luego, la convicción es estrictamente personal. Reconozco que cada quien puede llegar a sus propias conclusiones, con absoluta probidad intelectual y serenidad de conciencia, y que estas merecen respeto y consideración, no menores que las que pudieran recibir las conclusiones de signo contrario. Una diferencia de opinión no significa reproche, como lo he manifestado en todos mis votos personales […] La insuficiencia de prueba por lo que respecta a algún extremo de los hechos alegados es solo eso: insuficiencia. No es, ni remotamente, exoneración".

En suma, todos quieren la verdad y es de suma lógica que haya sido el lugar donde converge la teoría procesal de la prueba; desde aquella vieja posición que veía a la carga (*onus probandi*) implícita en la teoría del riesgo (quien deja de verificar sus dichos pierde razones por falta de confirmación), hasta las actuales corrientes que coinciden en la verdad como objeto a probar.

Donde radica el desencuentro es en los partícipes o sujetos obligados a la prueba. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado; por eso a los fines probatorios, es preciso diferenciar las obligaciones emergentes a tono con la verdad que se impulsa conseguir.

Cuando en el Sistema IDH se encamina una denuncia ante la Comisión, ella tiene que analizar cuál ha sido la conducta asumida por el Estado. La idea fuerza es que no sea una actividad formal, sino un deber jurídico propio, que no signifique poner la investigación en manos de quienes no tienen recursos ni posibilidades.

> En virtud de lo señalado, la Comisión resalta que ninguna medida estatal que se adopte en materia de justicia puede devenir en la ausencia total de investigación de ningún caso de violaciones de derechos humanos. Igualmente, la Corte advierte que en casos de graves violaciones de derechos humanos, la obligación de investigar no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole.
>
> La Comisión ha sostenido que el derecho a la verdad no puede ser coartado, entre otras formas, a través de medidas legislativas tales como la expedición de leyes de amnistía. De manera constante la Comisión IDH ha reiterado que la aplicación de leyes de amnistía que impiden el acceso a la justicia en casos de graves violaciones de derechos humanos genera una doble afectación. Por un lado, hace ineficaz la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Declaración Americana y Convención Americana, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase, tal como lo establece el artículo 1.1 de la CADH. Por otro lado, impide el acceso a información sobre los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, y elimina la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, vale decir, el enjuiciamiento y castigo a los responsables en tanto impide poner en marcha los recursos judiciales de la jurisdicción interna[256].

Obviamente, cuando los hechos indicados ponen de relieve la omisión estatal de investigar conductas ilícitas, se produce una inversión del *onus probandi*, debiéndose demostrar las causas y razones que impidieron el cumplimiento de esa tarea propia de la función de gobierno.

> Un muy buen trabajo de investigación de Reaño Balarezo[257], argumenta que […]: "El Estado se encuentra obligado a realizar investigaciones prontas, diligentes, serias,

---

[256] Cfr. CIDH, Informe n° 1/99, Caso 10.480, Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, Jose Catalino Meléndez y Carlos Antonio Martínez, El Salvador, 27 de enero de 1999, párr. 150; Informe n° 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López Y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párr. 225.

Véase, CIDH, Informe n°. 36/96, Caso 10.843, Héctor Marcial Garay Hermosilla y otros, Chile, 15 de octubre de 1996, párr. 78; Informe ° 34/96, Caso 11.228, Caso 11.229, Caso 11.231, Caso 11.282, Juan Meneses, Ricardo Lagos Salinas, Juan Alsina Hurtos, Pedro Vergara Inostrozo, 15 de octubre de 1996, párr. 76; Informe n° 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, 2 de octubre de 1992, párr. 41; Informe n° 29/92. Casos 10.029, 10.036 y 10.145, Uruguay, 2 de Octubre de 1992, párr. 51 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev, 13 de abril de 1998; Informe n° 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párr. 200; Informe n° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573,11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705, Chile, 7 de abril de 1998, párr. 42.

[257] El trabajo de Investigación fue elaborado como parte del Diploma de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y fue revisado por el suscripto para ingresarlo en los materiales de estudio de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional (www.maestriadpc.com).

> exhaustivas, imparciales e independientes frente a toda violación de los derechos humanos que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción. Mediante este deber de investigar, el Estado se encuentra obligado a desplegar *motu proprio* las actividades necesarias para esclarecer los hechos y las circunstancias que los rodearon, pues a fin de cuentas se trata de una obligación jurídica y no de una mera gestión de intereses particulares. En ese sentido, se configura como una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio […].
>
> Precisando un poco más el contenido de dicha obligación, la Corte IDH ha señalado en la misma sentencia que: El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.
>
> Esta obligación del Estado de investigar es indelegable e irrenunciable, en el sentido de que es necesario que se realice ineludiblemente como medio idóneo para combatir la impunidad de la violación a los derechos humanos, pues si la misma queda impune y no se restablece a la víctima la plenitud de sus derechos vulnerados, se ha incumplido una obligación general de los Estados (el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción), incluso esta obligación es incumplida, si se tolera que particulares actúen libre o impunemente vulnerando derechos humanos.

De este modo, el derecho a la verdad pone el deber de encuentro en el Estado, el que es responsable por omitir la acción positiva o diluir el compromiso estatal asumido al incorporarse al derecho convencionalizado.

Se crea un estándar para el proceso transnacional que se proyecta a muchos otros aspectos que simplifica la Corte IDH cuando considera que la obligación de investigar es una parte esencial del derecho a la verdad. Con este criterio ha establecido de manera detallada y pormenorizada los elementos que conducen al cumplimiento del mencionado derecho como medida de reparación.

> En particular, propone las siguientes medidas:
>
> (i) "iniciar, impulsar, reabrir, dirigir, continuar y concluir, según corresponda, con la mayor diligencia las investigaciones y procesos pertinentes en un plazo razonable, con el fin de establecer toda la verdad de los hechos y determinar las responsabilidades penales que pudieran existir, y remover todos los obstáculos de facto y de iure que mantienen la impunidad total";

(ii) “abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación”;

(iii) “tomar en cuenta el patrón sistemático de violaciones a derechos humanos […] con el objeto de que los procesos y las investigaciones pertinentes sean conducidos en consideración de la complejidad de estos hechos y el contexto en que ocurrieron, evitando omisiones en la recolección de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación con base en una correcta valoración de los patrones sistemáticos que dieron origen a los hechos que se investigan”;

(iv) “identificar e individualizar a todos los autores materiales e intelectuales […]. La debida diligencia en la investigación implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba, por lo que deberán brindar al juez, fiscal u otra autoridad judicial toda la información que requiera y abstenerse de actos que impliquen la obstrucción para la marcha del proceso investigativo”;

(v) “asegurarse que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes ex officio, y que para tal efecto tengan a su alcance y utilicen todos los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, tengan las facultades para acceder a la documentación e información pertinentes para investigar los hechos denunciados y llevar a cabo con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales para esclarecer lo sucedido en el presente caso”;

(vi) “garantizar que las investigaciones […] se mantengan, en todo momento, bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria”;

(vii) “asegurarse que los distintos órganos del sistema de justicia involucrados en el caso cuenten con los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole necesarios para desempeñar sus tareas de manera adecuada, independiente e imparcial”;

(viii) “asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas o sus familiares en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables”;

(ix) “[publicar] los resultados de los procesos correspondientes”;

(x) “garantizar a los operadores de justicia, así como a la sociedad,el acceso público, técnico y sistematizado a los archivos que contengan información útil y relevante para la investigación en causas seguidas por violaciones a los derechos humanos”;

(xi) “articular mecanismos de coordinación entre los diferentes órganos e instituciones estatales con facultades de investigación, así como de seguimiento de las causas que se tramiten”;

(xii) “elaborar protocolos de actuación en la materia bajo un enfoque interdisciplinario y capacitar a los funcionarios involucrados en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos”;

(xiii) “promover acciones pertinentes de cooperación internacional con otros Estados, a fin de facilitar la recopilación y el intercambio de información, así como otras acciones legales que correspondan”;

(xiv) “tomar en cuenta los impactos diferenciados”;

(xv) “ejecutar las órdenes de captura de los presuntos responsables que se encuentran pendientes y emitir las que sean pertinentes a efecto de enjuiciar a todos los responsables”; y

(xvi) “iniciar las acciones disciplinarias, administrativas o penales, de acuerdo con su legislación interna, de las posibles autoridades del Estado que han obstaculizado e impedido la investigación debida de los hechos, así como los responsables de las distintas irregularidades procesales”.

6.2 La investigación en los procesos penales

De este largo enumerado surge el interrogante de saber si estas líneas de acción son estándares para todos, los que sospechamos de imposible cumplimiento si lo fueran.

En efecto, la verdad se posiciona como un objetivo preferente y se despoja para alcanzarla de los prolegómenos que tiene el derecho probatorio, sobre todo, en cuanto refiere a la carga de confirmar los hechos que se afirman.

Podríamos sustentar la idea de un derecho con sustento constitucional, como lo tiene España a través del artículo 24 de su norma fundamental. La propuesta es reconocer la existencia de un derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas y transgresiones graves de las normas internacionales sobre derechos humanos, así como a sus familias, en el marco del sistema jurídico interno de cada Estado, de conocer la verdad sobre esos quebrantamientos, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con las violaciones.

Pero en el proceso penal las garantías del debido proceso y la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba de descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a evitar la indefensión.

La garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que se otorgue a los interesados ocasión adecuada para su audiencia y prueba en la forma y con las solemnidades dispuestas por las leyes procesales; lo cual pone en abierta contradicción el derecho a ser oído de raigambre convencional con el derecho a guardar silencio que forma parte del derecho de defensa.

Inclusive, la prueba que el proceso transnacional accede o sospecha de su existencia, permite flexibilizar por la verdad el estudio del modo como se adquiere, cuestión que en materia punitiva no es posible, dado que se prohíbe aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, principio que no permitiría reconocer en el proceso prueba conseguida en virtud de un allanamiento ilegal, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, que exigen que todo habitante sea sometido a juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, partiendo del estado de inocencia, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir, aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuido tanto objetiva como subjetivamente[258].

Cualquiera sea la respuesta, lo cierto es que no son iguales los parámetros de investigación que tiene el proceso transnacional respecto al proceso penal; y mientras la verdad de uno es un compromiso; en el otro la ausencia del mismo es un medio de defensa.

6.3 El deber de investigación en el proceso civil

Los *hechos alegados* son los que se llevan al proceso por las partes y en torno de los que se suscita el ámbito contingente de la controversia. Estos hechos pueden resultar versiones de un mismo caso adaptados a la posición jurídica de quien los afirma; pero no pueden estar distorsionados ni cambiados: han de ser veraces, auténticos, con la singularidad que no expresan todo lo que pudieran decir.

De estos hechos se han de deducir los efectos jurídicos respectivos, que conforman la pretensión de la parte (v.gr.: quien aduce la culpa del otro en un accidente de tránsito, persigue una reparación indemnizatoria; para ello tendrá que probar la relación causal entre el hecho y la persona, y una vez practicado, procurar que se

---

[258] CS, 4 de octubre de 1988, "*Gordon, Aníbal y otro*", La Ley, 1989-B, 447, con nota de Alejandro D. Carrió.

apliquen las consecuencias *de iure*). Estos hechos existen, y a cada parte le corresponde probar lo que afirmó como cierto.

La disponibilidad de los medios de prueba pone en tela de juicio este axioma, porqué si quien alega la existencia de un contrato que la otra parte niega, siendo que es ésta quien posee el instrumento material que lo consigna, bastaría con negar y dejar que el otro pruebe, para tornar de imposible producción y hallazgo la verdad contenida en y por el documento.

El problema está en saber si se lo puede forzar a producir prueba en su contra, siendo que entre las reglas del debido proceso aparece la bilateralidad del contradictorio y la controversia en igualdad de reglas y condiciones, como uno de los paradigmas que sostienen la máxima fundamental.

No obstante, si el fin de la prueba es esclarecer la verdad de los hechos, el dilema surge cuando se descubre una verdad no afirmada, dado que no corresponde al concepto de prueba, porque la actividad en sí misma es una verificación de afirmaciones expuestas por las partes.

Puede suceder que el deber se considere respecto a dos tipos o modelos; por ejemplo, si nos referimos a la investigación propia del proceso penal, la actividad es más de averiguación o de búsqueda; mientras que en los procesos privados, particularmente los civiles y comerciales, se puede hablar de confirmación, corroboración, o simplemente de demostrar la verdad o falsedad de las alegaciones hechas en el proceso. En el primer supuesto, el deber de colaborar tiene matices que eliminan la fortaleza del deber compartido de probar, porque existen otros principios superiores sobre ello, el principio de inocencia y la garantía de libertad que tiene el imputado; en su caso, la duda probatoria tiene para él una consecuencia diversa, pero nunca lo obligará a probar en su contra. En cambio, en materia civil, la certeza o verosimilitud, es un objetivo para sentenciar; y la verdad, no es un estándar sino la propia finalidad del litigio.

6.4 El deber de investigar en los procesos constitucionales

Ahora bien, si trasladamos el planteo al terreno de los procesos constitucionales, la cuestión es distinta, porque en estos se trabaja sobre la interpretación de hechos manifiestos, o actos lesivos de derechos constitucionales, o privación de garantías

fundamentales, donde la actividad jurisdiccional debe ser distinta a la que tenga la actividad de las partes en conflicto. Hay un deber de custodia de la Constitución y de todo lo convencional, de manera que aparecen principios superiores, donde en primer lugar se encuentra el derecho a la verdad.

En este tipo de actuaciones hay similitud con el objetivo probatorio del Sistema IDH, al punto que ambos destacan la función primordial de hacer interpretación conforme, sea sobre la Constitución o sobre pactos y convenciones de derechos humanos.

Ahora bien, determinar quién tiene el deber de probar, o de investigar para el descubrimiento de la verdad, depende de cómo se establecen las reglas o criterios. Esto lleva al espacio propio de la valoración para dictar sentencia, que es cuando, sin que signifique una sanción contra el renuente y un premio para el diligente, el juez advierte que puede dictar sentencia considerando únicamente los hechos probados.

Por eso, la falta de prueba sin resultar una pena contra quien no pudo demostrar o confirmar una versión, tiene un efecto perjudicial para el que debió actuar interesado para acreditar lo que dijo; pero, al mismo tiempo, como no es una penalización por la falta de actividad, se debe resolver la causa o motivos por los cuales no se pudo concretar la verificación necesaria.

Obran en la especie, los principios de negligencia y caducidad de la prueba para quien descuida la producción oportuna; o bien, desde el polo opuesto, la acción de presunciones, indicios o principios de prueba, que favorecen a quien se ve frustrado por su contraria para lograr el medio que persigue.

El temperamento que guía al juez es la búsqueda racional de la verdad con los medios aportados por las partes; y si ellos estuvieron disponibles y no sufrían, en principio, obstáculos para su producción, la ausencia de actividad en el proceso actúa en contra de quien no los trajo.

Mientras que el caso contrario, esto es, cuando la prueba es de difícil obtención; o si depende del aporte del adversario; o cuando son de reproducción imposible, es obvio que se invierte la regla, y no se pueden aplicar las consecuencias previstas para la falta de prueba.

De lo expuesto se colige que, manteniendo el principio de bilateralidad y contradicción, la prueba no se instala en el terreno de la batalla por la razón, en la

medida que *todos* están interesados en adquirir y verificar los mejores exponentes de sus respectivas pretensiones, donde anida también el deber del juez por alcanzar certeza fallando sobre la verdad de los hechos[259].

En síntesis, si el fin de la prueba es lograr convicción y certeza gestionada sobre hechos reales y auténticos, el juez puede interrogarse qué hacer cuando no puede encontrar la verdad con los elementos que tiene. Las respuestas pueden variar, es cierto, pero en la dimensión de un proceso justo es evidente que cada circunstancia se debe ponderar en particular, asumiendo como regla del debido proceso, la necesidad de ser razonable en sus decisiones, evitando caer en actitudes estériles que se motivan únicamente en las ficciones irritantes de la ley procesal.

Hay veces donde la función de esclarecimiento que se le asigna al magistrado no significa darle un poder exacerbado por el cual pueda, entre otras cosas, modificar el contenido de las pretensiones. Pero ello no puede llevar al desatino de creer que la calificación jurídica (en definitiva, la aplicación correcta sostenida en el *iura curia novit*) es invariable y delineada por el principio de congruencia. Esto queda fuera de discusión.

Sí interesa ver que pasa cuando ese marco jurídico depende de la prueba a producir y la misma no se concreta adecuadamente. La respuesta más simple es sentenciar en contra de quien tenía la carga de probar, y hacerlo responsable de su propia inacción; pero si admitimos que el deber de probar es compartido por el deber de descubrir la verdad, tal pronunciamiento puede resultar un exceso.

En cada una de estas situaciones se ha de preferir el valor de la verdad por sobre las formas que la eluden, teniendo en cuenta la máxima que apunta a sostener que es más importante la acción del tribunal preocupado por adquirir certeza y evitar el error ante la falta de prueba, que aquél que deja de hacer lo que bien puede actuar, amparado en una regla sofista que reduce el fin de proceso a un diagrama mecánico y apartado de la realidad donde está inserto.

6.5 Resumen de precisión

---

[259] Gozaíni, Osvaldo A., *El Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Tomo I, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2017, capítulo X.

Los estándares que trae la jurisprudencia de la Corte IDH muestran la autonomía del derecho a la verdad integrado con los derechos a la justicia y a la reparación. Sin embargo, la independencia que adquiere no permite interpretarlo expansivamente como principio general para el debido proceso, no solo porque no lo es, sino porque de hacerlo desintegra la unidad conceptual de la garantía y desnaturaliza la esencia y contenido de los demás derechos capturados en el derecho a la verdad.

Este derecho a la verdad es propio de la defensa constitucional y del control de convencionalidad, por tanto la búsqueda de ella, antes que una finalidad filosófica o purista, tiene implícitamente comprometido el deber de hablar con verdades y de investigar los sucesos con los márgenes de apreciación del derecho interno.

Precisamente con este paradigma se consigue una estructura más sólida que asienta y centra sus principios en:

a) *La obligación de investigar*, indelegable e irrenunciable a fin de evitar se consolide un estado de impunidad y partir de la cual el Estado se encuentra bajo el deber de efectivizar investigaciones prontas, diligentes, serias, exhaustivas, imparciales e independientes frente a cualquier situación de cercenamiento de los derechos humanos.

b) *La obligación de establecer la verdad de los hechos*, de carácter inderogable a causa de la magnitud y relevancia de los hechos que son mitivo del conflicto. Es el derecho a la verdad como inseparable del derecho de naturaleza general a la justicia y que implica la obligación positiva del Estado de fomentar que se desenvuelva el proceso sobre bases ciertas sin sofismas ni aseveraciones improbables.

c) *El contenido del derecho a la verdad*, entendiéndolo bajo los perfiles de la situación que se analiza. Sea como objetivo preferente y prioritario en los procesos de defensa constitucional y convencional que conforma la esencia misma del sistema democrático de gobierno; o bien centrando la actuación jurisdiccional interna con iguales contornos aunque distribuyendo conforme al derecho interno el deber probatorio.

7. Conclusiones

El derecho a la verdad se consolida en el Sistema IDH como un derecho autónomo e independiente que tiene como objetivo acentuar el deber de investigación sobre los hechos que ante los órganos se sustancia. Si bien puede alojarse en los artículos 8 y 25 de la CADH, lógicamente se diferencia de ellos porque no forma parte del elenco de garantías, sino de los presupuestos de trabajo ineludibles para hacer justicia con realidades sin suposiciones.

Y como las certezas son comunes a los interesados que protagonizan el proceso transnacional, hay un compromiso de colaboración probatoria y un deber de investigar en el derecho interno, como primer componente del sistema defensivo de los derechos humanos.

No es el mismo escenario de los demás procesos guiados con la vara de las garantías constitucionales del derecho de defensa en juicio, que forma parte del debido proceso constitucional y legal.

En términos procesales el punto de referencia los encuentra trabajando sobre hechos verídicos, donde la distancia se tomará del tipo de procedimiento. Será posible aceptar que la duda razonable es un permiso que habilita en las causas penales a investigar sin violar garantías; en el proceso civil, podrá distribuir la cara probatoria a sabiendas que las versiones afirmadas podrán ser permeables al subjetivismo enfocado y aplicado en la producción de pruebas; mientras que en procesos constitucionales habrá a ciencia cierta un derecho a la verdad que pondera especialmente el activismo judicial.

Esto, de algún modo, desecha la *teoría de la correspondencia* o *pragmatismo*, donde la verdad queda remitida al mayor grado de aproximación alcanzado en la comparación entre la realidad sostenida y la reconstrucción histórica. Como este es un formato desigual, debiera tener dos lecturas garantistas:

Por un lado, estableciendo el deber de decir verdad en el proceso[260] con el fin de eludir el proceso de ficciones; y por otro, elaborando una etapa probatoria más acorde con realidades a demostrar que con presunciones a confirmar.

---

[260] Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia en el proceso,* Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002.

Capítulo XI

Estándares en materia de iniciativa y carga probatoria*

Sumario: 1. Introducción; 2.Principio de colaboración; 3. Principio de libertad; 4. Otros principios; 5. Carga de la prueba; 6. Conclusiones.

1. Introducción

El derecho a la verdad obliga a los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a investigar seria y profundamente el caso que llega a las etapas preliminar y contenciosa del proceso transnacional.

La Corte ha señalado que es fundamental esta pesquisa para saber qué pasó y cómo fueron los hechos; el objetivo es determinar la eventual responsabilidad internacional y, en su caso, promover el castigo de todos los responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales, ya que de no ser así se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que se repitan estos hechos, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida.

En efecto […]:

> De la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en conjunto con el derecho a la vida conforme al artículo 4 de dicho tratado, deriva la obligación de llevar a cabo una investigación oficial efectiva en casos de ejecuciones extrajudiciales, ilegales, arbitrarias o sumarias. En estos casos las autoridades de un Estado deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, una vez que tengan conocimiento del hecho.
>
> El deber de investigar es una obligación de medio, no de resultados. Ésta debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones a los derechos

---

* Sobre la base de la investigación realizada por la profesora María Guadalupe Lata.

> humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos[261].

Para cumplir esta obligación convencional, el Estado tiene que disponer de todos los medios legales disponibles, y poner a cargo del esclarecimiento a funcionarios independientes y ausentes de toda sospecha de interés particular.

Ahora bien, este deber de investigar de todos ¿es un estándar?, y en su caso, ¿los jueces deben investigar? ¿Están ellos comprometidos con el deber de esclarecimiento? Este será el planteo del capítulo. Para responder es preciso diferenciar la prueba común de la etapa de confirmación o verificación de hechos en la instancia internacional.

Los Estados tienen el deber de brindar la protección necesaria para que los derechos de las personas se encuentren suficientemente garantidos. De modo tal que el déficit acusa y torna responsable a quien deja de cumplir con la garantía, o lo hace de modo insuficiente.

La investigación judicial tiene reglas que dependen de los sistemas procesales. Hay principios, como el acusatorio, que pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal la tarea de recolectar pruebas que puedan identificar los hechos; por su parte, un Juez de Garantías controla la tutela judicial efectiva del procedimiento y de los posibles acusados que en esta etapa son apenas sospechosos, amparados por la presunción de inocencia. El principio es que no puede investigar quien ha de juzgar; y que no puede resolver quien está investigando.

Pero el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema IDH) sostiene que […]

> La protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones[262].

La desigualdad que se manifiesta es de pura lógica, porque el procedimiento internacional solo tiene de parecido con el punitivo el principio del contradictorio, que

---

[261] Corte IDH. Caso *Baldeón García vs. Perú,* sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 147, párr. 92 – 93.

[262] Corte IDH. Casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* sentencia de 29 de julio de 1988*; Godínez Cruz vs. Honduras,* sentencia de 20 de enero de 1989, y *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrs. 134, 140 y 136, respectivamente.

respeta la discordancia, siendo el derecho de defensa uno de los fundamentos del artículo 44 del Reglamento, en lo que atañe a la oportunidad para el ofrecimiento de la prueba, con el fin de que haya igualdad entre las partes[263].

Al respecto se señala que […]

> Según la práctica del tribunal, al inicio de cada etapa procesal las partes deben señalar qué pruebas ofrecerán en la primera oportunidad que se les concede para pronunciarse por escrito. Además, en ejercicio de las potestades discrecionales contempladas en el artículo 45 de su Reglamento, la Corte o su Presidente podrán solicitar a las partes elementos probatorios adicionales como prueba para mejor resolver, sin que ello se traduzca en una nueva oportunidad para ampliar o complementar los alegatos, salvo que el Tribunal lo permita expresamente[264].

En cuanto a la recepción y la valoración de la prueba, corresponde aclarar que los procedimientos que se siguen ante el tribunal internacional no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes.

Además, la valoración probatoria sigue la libertad de apreciación, pero en sede transnacional la Corte IDH tiene la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, sin la rigidez de la pauta común. Hay en la especie, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia[265].

Estas notorias disparidades son las que se deben considerar, pues para impulsar que sea un estándar el activismo probatorio del juez es necesario analizar, como lo hicimos con relación al derecho a la verdad, la posibilidad de no violar otras garantías.

---

[263] Cfr. Caso *Caesar*, sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C, N° 123, párr. 41; Caso *de las Hermanas Serrano Cruz*, sentencia de 1º de marzo de 2005, Serie C, N° 120, párr. 31; y Caso *Caso Lori Berenson Mejía,* sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C, N° 119, párr. 62.

[264] Cfr. Caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, párr. 32; Caso *Lori Berenson Mejía*, párr. 63; y Caso *Molina Theissen. Reparaciones*, sentencia de 3 de julio de 2004 (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, N° 108, párr. 22.

[265] Cfr. Caso *Caesar*, párr. 42; Caso de *las Hermanas Serrano Cruz*, párr. 33; Caso *Lori Berenson Mejía*, párr. 63; Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala,* sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 126, párr. 47.

2. Principio de colaboración

La naturaleza jurídica del proceso internacional que trabaja con derechos humanos traza una importante diferencia con el resto de los procedimientos que ante jueces se sustancia. Ya indicamos que no es un proceso penal aunque tenga semejanzas de estructura y desarrollo. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal; ni la Comisión los investiga como probables entes delictivos. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones[266].

En este modelo -explica García Ramírez- los tecnicismos procesales no se pueden emparentar con el formato de investigar las violaciones graves de los derechos humanos […]

> Ahora bien, es preciso advertir que tras los denominados "tecnicismos", a los que algunos observadores restan importancia e incluso atribuyen resultados adversos a la seguridad y a la justicia, se hallan verdaderos derechos humanos que deben ser respetados. Por ejemplo, cuando el procedimiento penal cumplido afrenta el debido proceso, priva de soporte jurídico a la sentencia y obliga al Estado a llevar adelante, si así lo resuelve, un enjuiciamiento en el que se observen todas las garantías para arribar a la conclusión que derive de los hechos aducidos por quien acusa, las pruebas presentadas por las partes o atraídas por el tribunal y el debate en torno a aquellos –no acerca de otros hechos– con sustento en estas. No hay, pues, riesgo de impunidad, sino exigencia de justicia conforme a las previsiones de la Convención Americana, que el Estado ha ratificado[267].

Precisamente, pese a la bilateralidad y contradicción que existe, los principios probatorios elaboran dos premisas conducentes que son el deber de investigar, y el derecho a saber la verdad. Para ello la carga probatoria no se toma de la teoría del proceso, ni del derecho probatorio en particular, porque las normas de distribución del *onus probandi* les corresponden a todos.

Hemos dicho que […]

---

[266] Gozaíni, Osvaldo A., *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* tomo 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 109.

[267] Corte IDH. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia del caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala,* sentencia de 18 de junio de 2005.

> Referir a la carga de la prueba en la investigación, no tiene consistencia. Lo que existe es una averiguación concreta sobre los hechos y relatos, con la verificación eventual de aquellos documentos que la Comisión tendrá que confrontar. La etapa es un juicio de probabilidades, no de pruebas. Es un medio de dar verosimilitud a cuanto se afirma en la queja, y deducir con la subsunción y el razonamiento el juicio hipotético. Por ello, la Corte IDH consideró que en algunos casos, la carga de probar que a la Comisión le corresponde por vía de principio, no era plenamente aplicable para demostrar el paradero de las tres personas desaparecidas en el caso *Neira Alegría*[268], sino que, por la circunstancia de que en su momento los penales y luego las investigaciones estuvieron bajo el control exclusivo del Gobierno, la carga de la prueba tenía que recaer sobre el Estado demandado. Estas pruebas estuvieron a disposición del Gobierno o deberían haberlo estado si este hubiera procedido con la necesaria diligencia[269].

Es decir, considerar a la prueba como una carga significa que el riesgo de no probar por quien debe hacerlo, convierte la etapa de investigación preliminar en una aventura totalmente insegura e incierta para el denunciante. En cambio, si queda entendido que no hay carga probatoria en este tiempo, la idea de confirmar y verificar resulta más acertada con los fines que debe cumplir la Comisión IDH.

Por eso, es mejor referir al *principio de colaboración*, que no significa desplazar la prueba hacia el Estado, en la medida que si queda en él la obligación de pruebas podría ser tan peligroso como no investigar. El ocultamiento de pruebas es un riesgo posible, de allí que en el proceso internacional no sea propio referir a la inexistencia de crimen si no hay cuerpo del delito.

Ahora bien, lo que se debe esperar en el tránsito de superar esta etapa y conseguir la admisión, es la colaboración de denunciantes y denunciados.

> La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido constante en señalar que, en casos de desaparición forzada, el derecho internacional y el deber general de garantía imponen la obligación de investigar el caso sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva, de modo tal que no dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares (en particular, de la presentación de una denuncia) o de la aportación privada de elementos probatorios[270].

---

[268] Corte IDH, *Caso Neira Alegría y Otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo). Serie C, Nº 20, párr. 65.

[269] Gozaíni, *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* tomo 2, cit., pp. 114 y ss.

[270] Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 98; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, N° 221, párr. 186; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs.*

En síntesis, el procedimiento de investigación preliminar que concreta la Comisión IDH como fiscal del sistema, y la etapa contenciosa que habilita el procedimiento ante la Corte IDH, tienen como finalidad verificar si un Estado Parte ha cumplido con el respeto a los Derechos Humanos, y con esta intención, no se persigue convencer sino descubrir la verdad de lo sucedido.

Es claro, entonces, que la etapa probatoria difiere del derecho interno, y que el objetivo de alcanzar la verdad podría, en principio, estar diluida como deber de contenido para todo proceso.

3. Principio de libertad

En la búsqueda de la autenticidad todos quienes han protagonizado los hechos, o saben de ellos, tienen que corresponder con el deber cívico de colaborar con las víctimas presuntas y el Estado para saber qué pasó.

La amplitud de pruebas lleva a que, en sentido general, todos sean declarantes sin corresponder la información que aportan a la calidad procesal del referente (v.gr.: declaración de parte; testigo; perito; *amicus curiae*). La Corte ha justificado la libertad de prueba en consideración a que el proceso, cuando es realizado ante las instancias internacionales, le concede a la justicia material una protección reforzada, en el entendido de hacer prevalecer, en ciertos casos, la materia sobre las formas, sobre todo si dicho tribunal internacional se finca en la protección de los derechos humanos.

> El proceso es un medio para realizar la justicia y ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, sin que por ello se afecte la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes. Por referirse a violaciones a derechos humanos y acoger, en consecuencia, el principio de verdad histórica, el proceso ante este tribunal internacional tiene un carácter menos formalista que el seguido ante las autoridades internas[271].

De hecho el art 57 del Reglamento de la Comisión IDH establece para la admisión de pruebas lo siguiente:

Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, N° 219, párr. 108; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C, N° 232, párr. 128.

[271] Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, N° 119, párr. 62.

"1. Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetirlas.

"2. Excepcionalmente y oído el parecer de todos los intervinientes en el proceso, la Corte podrá admitir una prueba si el que la ofrece justificare adecuadamente que por fuerza mayor o impedimento grave no presentó u ofreció dicha prueba en los momentos procesales establecidos en los artículos 35.1, 36.1, 40.2 y 41.1 de este Reglamento. La Corte podrá, además, admitir una prueba que se refiera a un hecho ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales".

Si bien esta norma confina temporalmente la introducción de pruebas en el proceso, no limita ningún medio probatorio por su naturaleza.

Por su parte el art. 58 del mismo ordenamiento ofrece una variada posibilidad de pruebas que pueden ser ejercidas en forma oficiosa por el tribunal al establecer.

> **"**En cualquier estado de la causa la Corte podrá:
>
> a) Procurar de oficio toda prueba que considere útil y necesaria. En particular, podrá oír en calidad de presunta víctima, testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuya declaración, testimonio, u opinión estime pertinente.
>
> b) Requerir de la Comisión, de las víctimas o presuntas víctimas o sus representantes, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante el suministro de alguna prueba que estén en condiciones de aportar o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil.
>
> c) Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. Mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados.
>
> d) Comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen cualquier medida de instrucción, incluyendo audiencias, ya sea en la sede de la Corte o fuera de ésta.
>
> e) En el caso de que sea imposible proceder en los términos del inciso anterior, los jueces podrán comisionar a la Secretaría para que lleve a cabo las medidas de instrucción que se requieran".

4. Otros principios

De los principios anteriores se constata el activismo que del tribunal internacional se espera y promueve. El control de *legalidad* que evite el abuso o la arbitrariedad aparece reglamentado en el art. 57 que ordena comunicar los escritos iniciales, la interposición de excepciones preliminares y su contestación. El objeto es claro: poder contradecir la prueba ofertada.

La instrucción de oficio que permiten las normas y se adecua al *principio de inmediación* es propio de una corriente actual y constante del derecho procesal moderno, que pregona por un juez presente y atento. El contacto directo que tiene la prueba con el juez lo faculta a pedir medidas complementarias o ampliatorias.

Este principio se encuentra ligado íntimamente con la oralidad, que en definitiva consagra el mejor desarrollo para el derecho a la audiencia.

> Dice el art 51 del *Reglamento de la Corte IDH. Audiencia* : 1. En primer término la Comisión expondrá los fundamentos del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención y de la presentación del caso ante la Corte, así como cualquier asunto que considere relevante para su resolución. 2. Una vez que la Comisión haya concluido la exposición indicada en el numeral anterior, la Presidencia llamará a los declarantes convocados conforme al artículo 50.1 del presente Reglamento, a efectos de que sean interrogados conforme al artículo siguiente. Iniciará el interrogatorio del declarante quien lo haya propuesto. 3. Después de verificada su identidad y antes de declarar, el testigo prestará juramento o hará una declaración en que afirmará que dirá la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad. 4. Después de verificada su identidad y antes de desempeñar su oficio, el perito prestará juramento o hará una declaración en que afirmará que ejercerá sus funciones con todo honor y con toda conciencia. 5. En el caso de las presuntas víctimas únicamente se verificará su identidad y no prestarán juramento. 6. Las presuntas víctimas y los testigos que todavía no hayan declarado no podrán estar presentes mientras se realiza la declaración de otra presunta víctima, testigo o perito en audiencia ante la Corte. 7. Una vez que la Corte haya escuchado a los declarantes, y los Jueces hayan formulado a éstos las preguntas que consideren pertinentes, la Presidencia concederá la palabra a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado demandado para que expongan sus alegatos. La Presidencia otorgará posteriormente a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado, respectivamente, la posibilidad de una réplica y una dúplica. 8. Concluidos los alegatos, la Comisión presentará sus observaciones finales. 9. Por último, la Presidencia dará la palabra a los Jueces, en orden inverso al sistema de precedencia establecido en el artículo 13 del Estatuto, a efectos de que, si lo desean, formulen preguntas a la Comisión, a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado. 10. En los casos no presentados por la Comisión, la Presidencia dirigirá las audiencias, determinará el orden en que tomarán la palabra las personas que en ellas puedan intervenir y dispondrá las medidas que sean

> pertinentes para su mejor realización. 11. La Corte podrá recibir declaraciones testimoniales, periciales o de presuntas víctimas haciendo uso de medios electrónicos audiovisuales.

Por supuesto, toda la etapa de verificación y reproducción de pruebas se concilia con el *principio de adquisición*, es decir, que todos se benefician o perjudican con el resultado de los elementos aportados a la causa por cualquier de ellas.

La Corte IDH no se ha referido expresamente a este principio, pero se ocupa del mismo cuando sostiene que […]

> La Corte apreciará el valor probatorio de los documentos, declaraciones y peritajes presentados por escrito o rendidos ante ella. Las pruebas presentadas, durante todas las etapas del proceso han sido integradas a un mismo acervo probatorio, que se considera como un todo[272].

5. Carga de la prueba

Como se observa de los principios y del mismo desarrollo del procedimiento ante la Comisión y la Corte IDH, el mecanismo probatorio funciona de manera diferente al que tiene el derecho local, lo que no debe llevar a sorpresas pues cuando están en juego derechos humanos la construcción teórica no puede ni debe ser paralela.

No cambian las garantías que se preservan en la dimensión del debido proceso, pero cuando una víctima –o sus representantes directos o indirectos– denuncia a un Estado por violar derechos especialmente protegidos por la Convención Americana, mantener la carga de la prueba en cabeza del que afirma puede condenar la equidad del resultado final.

Todo el derecho probatorio es desigual apenas se confronta, pero lo diferente no justifica que se alteren garantías del enjuiciamiento, ni que tolere aplicar razones argumentadas que no estén respaldadas científicamente. Todo cuanto alega quien peticiona debe probarlo, porque la Comisión, por vía de principio, no puede torcer los hechos ni variar las reclamaciones. Lo afirmado ha de ser confirmado, pero en materia de derechos humanos la misión no es dar satisfacciones individuales, aunque las peticiones lo sean. Hay un conglomerado de hechos y personas que están detrás de la

---

[272] Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 100, párr. 68.

víctima que obliga a tomarlos en cuenta y, en definitiva, a extraer del procedimiento preliminar de llegada a la Corte IDH, un derecho esencial a saber qué pasó y con toda la verdad que se pueda verificar.

La CADH no reglamenta el régimen de las pruebas. Tanto de las que se producen ante las autoridades jurisdiccionales locales, como las que en conjunto se practican en la instancia transnacional. La etapa probatoria de la Comisión se adopta dentro de las obligaciones de verificar las verdades de la denuncia; y cuando se llega a la etapa contenciosa desenvuelta ante la Corte IDH, la prueba se diseña como pura actividad, sin tener claramente dispuestos los medios de producción, ni las reglas de control bilateral que son propios en la teoría general de la prueba.

De este modo, surge la necesidad de realizar una crítica al sistema. En este sentido, el test siempre llega del debido proceso, y en su dimensión se atrapa la forma como se administra la prueba y se llega a un resultado para las partes.

> La Corte IDH reitera, en cuanto a la recepción y la valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto, y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Se ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia[273].

Es indudable que la prueba en materia internacional tiene enfoques distintos a los comunes del derecho probatorio. Para nosotros la etapa ante la Comisión es de comprobación de hechos denunciados, donde la tarea de relevamiento queda en manos del órgano encargado de practicar la pesquisa. Teniendo en cuenta esta particularidad, reivindicamos la materia para el derecho procesal transnacional, trazando distancia de la prueba en los procesos ordinarios, sean o no constitucionales (con las singularidades

---

[273] Corte IDH. Caso del *Caracazo*, Reparaciones, párr. 39; Caso *Hilaire, Constantine, Benjamin* y otros, supra párr. 69; y Caso *Trujillo Oroza*, Reparaciones, párr. 38.

que el mismo tiene) porque consideramos que existe un régimen procesal propio que debe estudiarse dentro del derecho procesal constitucional.

> La Corte IDH señala repetidamente, que el estándar en materia de prueba es diferente y tiene en cuenta el tipo de denuncia que se formula. Por ejemplo, la tortura es diferente a otros delitos, porque se puede constatar que las víctimas suelen abstenerse, por temor, de denunciar hechos de tortura o malos tratos, sobre todo si se encuentran detenidas en el mismo recinto donde estos ocurrieron. Por ello, no resulta razonable exigir que las víctimas de tortura manifiesten todos los presuntos maltratos que habrían sufrido en cada oportunidad que declaran. Lo mismo ocurre en casos de violencia contra la mujer, donde al tomar conocimiento de los actos alegados, es necesario que se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea. La Corte también recordó que en casos de violencia sexual la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática a la presunta víctima, y consideró que el peritaje ginecológico y anal debe ser realizado con el consentimiento previo e informado de la presunta víctima, de preferencia, durante las primeras setenta y dos horas a partir del hecho denunciado. También fue señalada como una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual, que se impusiera una regla especial para la valoración de la prueba, que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas.

Los problemas de objetivos, fuentes, medios, carga y valoración de la prueba, estrechan el marco de referencia cuando se lo observa desde el derecho probatorio. Si, por ejemplo, se tomara la presunción de inocencia propia del proceso penal, y no fuera descubierto el cuerpo del delito, no sería posible condenar las violaciones por hechos tan trascendentes como la desaparición forzada de personas.

Sin embargo, al Estado se lo debe condenar cuando se puede demostrar que incurre en responsabilidad internacional, tras la celebración de un juicio público, en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo, y se determine sin riesgos de duda o incertidumbre, que los hechos ocurrieron como la víctima los expone.

Al afirmar que el procedimiento ante la Comisión es de investigación previa al juicio en sí mismo, no emparentamos la protección internacional de los derechos humanos con la que promueven los Estados a través del proceso penal represivo. Los Estados parte no son sujetos de acción penal alguna; ni los funcionarios o autoridades encontradas responsables tienen castigo. Es el Estado quien resulta comprometido y se convierte en sujeto pasivo de las reparaciones que deba realizar.

En la constatación de violaciones eventuales no se persiguen condenas personalizadas, sino reparar a las víctimas y dejar como testimonio el deber de no repetición. De allí que para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuye los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención.

Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando este no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones[274].

6. Conclusiones

Los cambios que se pueden encontrar en la actividad probatoria provienen de los objetivos que se buscan como un ideal estandarizado: el derecho a la verdad. Para no sumar argumentos remitimos a las conclusiones de dicho capítulo.

En este corresponde resolver si el deber de investigar es un estándar impuesto como regla para el debido proceso, y en este aspecto, creemos que se deben hacer precisiones.

La orientación general que se establece no significa ni debe llevar a confundir los principios con las reglas comunes del proceso contradictorio. En el plano de las ideas, lo perseguido es bosquejar una plataforma común de ambiciones, en las que básicamente, se potencia el sentido de los deberes antes que los derechos.

En otros términos, no se desconoce el valor que tiene para el derecho de defensa en juicio, ampararse en la cómoda posición de obligar a la prueba a una sola de las partes. Pero afirmar esto como consigna, supone tanto como ratificar que la carga probatoria es también un límite para encontrar la verdad, y que al proceso no le interesa descubrirla.

---

[274] Corte IDH., Caso *Villagrán Morales y Otros (Caso de los "Niños de la Calle*"). Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo). Serie C, Nº 63, párr. 75.

Además, como la actividad probatoria exige resultados, dejar que el esfuerzo sea llevado por uno solo, no es equilibrar la balanza porque ésta tiene con el *onus probandi* un contrapeso considerable. En consecuencia, el conocimiento judicial tiene que trabajar sobre hechos afirmados que sean veraces; con ellos se podrá llegar a la certidumbre necesaria para resolver el conflicto, más allá de toda duda razonable.

Entonces, la carga probatoria no es una exigencia de actividad destinada a la parte que demanda o pretende, sino una consecuencia dirigida al juez para apreciar la falta de prueba sobre los hechos afirmados y negados.

Capítulo XII

El derecho al recurso*

Sumario: 1. Introducción; 2. Bases generales para los recursos; 3. Constituciones, leyes y reglamentos procesales; 4. Normas internacionales y jurisprudencia que la desarrolla; *4.1 Límites del derecho al recurso: ser condenado; 4.2 El derecho al recurso solo es para el condenado en sede penal; 4.3 El derecho al recurso para todos; 4.4 Limitaciones posibles al recurso*; 5. El caso Argentino. Evolución de la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 6. Conclusiones.

1. Introducción

En este capítulo debemos considerar el nivel de influencia que tiene establecer como garantía del proceso el derecho a recurrir la sentencia condenatoria. Partimos de estudiar la posibilidad de establecer limitaciones que pueda tener el derecho interno para conceder vías de impugnación, o establecer condiciones para que se interpongan refutaciones contra las decisiones judiciales definitivas[275].

El tema no deja de ser problemático pues la respuesta al planteo podría llevar a que cada legislación tenga que actualizar el régimen procesal y, en este sentido, habría sujeción conforme al expreso pedido del artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) que impone adecuar la normativa interna al régimen convencional.

Sin embargo, no es la corriente que se verifica, porque en su lugar se muestra una notoria dispersión en el derecho comparado. Por supuesto que no se trata de favorecer la creación de recursos inexistentes ni generar parámetros de interpretación distintos a los que cuentan las leyes procesales de cada lugar. Sino, de armonizar el conjunto de garantías transnacionales que fuerzan al sistema procesal local a adaptarse con las nuevas consignas.

En todo caso, tampoco se requiere de una norma expresa que las ponga en práctica, pues son derechos operativos que no exigen reglamentación, aun cuando sean un programa de recaudos procesales para un proceso tipo.

---

* Sobre la base de la investigación realizada por la profesora María Constanza Caeiro.

[275] La puesta en escena de este problema arrastra comparar el estándar con la teoría procesal del Sistema IDH, pues éste no tiene recursos admisibles y cierra definitivamente con la interpretación convencional del caso que resuelve la verificación de cumplimiento por el Estado de los derechos humanos.

Por vía de principio el derecho comparado no es uniforme para contestar si la doble instancia se corresponde como una exigencia del debido proceso, al menos en los procesos civiles, porqué mientras se conserve inalterable el derecho a alegar, debatir, probar y obtener una sentencia motivada y razonable, la posibilidad de recurrir puede limitarse sin menoscabar la constitucionalización del proceso.

Por eso, establecer causales para los agravios posibles; imponer plazos para la interposición de los recursos; determinar cargas económicas como medidas necesarias para la admisión formal; reglamentar una técnica expositiva que de autosuficiencia a la impugnación; entre otras condiciones para la procedencia de los recursos, no son limitativas de garantía alguna del proceso[276].

2. Bases generales para los recursos

Toda resolución judicial constituye un acto que al provenir de un ser humano está sujeto a la posibilidad de error, de allí que con el fin de garantizar la revisión se permite articular recursos contra el fallo emitido.

Estas vías de impugnación tienen intenciones diferentes. Casi siempre, el destino será mostrar la disconformidad con el acto jurídico que se considera injusto por error o defecto, y el objeto perseguido buscará que se corrija, revoque o reconsidere la resolución dictada por el magistrado inferior. Es decir, tiende a cauterizar la falibilidad del jugador y, con ello, a logar la eficacia del acto jurisdiccional.

> Palacio define a los recursos como aquellos actos procesales en cuya virtud quien se considera agraviado por una resolución judicial pide, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos computados desde la notificación de aquella, que un órgano superior en grado al que la dictó, o en su caso éste mismo, la reforme, modifique, amplíe o anule[277].

La doble instancia (primera unipersonal, segunda colegiada) se inspira en el propósito de conseguir la mayor seguridad jurídica posible; no tanto por aumentar los tiempos de la discusión o debate, sino para que la revisión posibilite confirmar el acierto o revocar en contrario.

---

[276] Gozaíni, Osvaldo A., *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* tomo 2, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2017, p. 314.

[277] Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p.185.

Empero no siempre la reapertura de instancias, como etapa de escrutinio sobre lo ya resuelto, es abierta y sin limitaciones. La procedencia depende de presupuestos, como la existencia de agravios (técnicamente es la diferencia perjudicial entre la pretensión y lo que se haya concedido en la resolución impugnada); el interés necesario de quien propone estudiar la queja; y las formalidades propias del lugar, tiempo y forma que deben cumplir los recursos.

De manera tal que cuando esto no se abastece o es insuficiente, el rechazo de la vía de impugnación no altera el derecho al recurso. El problema radica en establecer si los ordenamientos jurídicos internos pueden limitar el acceso a la revisión e impedir, en consecuencia, que el tribunal de grado superior repase lo actuado por el inferior.

Las tendencias son pendulares. Algunos destacan que la garantía que significa la doble instancia forma parte del debido proceso, toda vez que ningún procedimiento donde están en juego derechos de las personas pueden excluir la revisión de hechos valorados y derechos aplicados.

> De tal forma que, frente al binomio antagónico economía procesal-doble instancia, debe prevalecer esta última debiendo desterrarse la única instancia, que hace de la inapelabilidad de la sentencia, la regla general. Todo procedimiento debe contar con una segunda instancia, de cara a la justicia material, permitiendo que un funcionario jurisdiccional en un grado de conocimiento diferente, al que profirió la providencia, realice los controles que permitan detectar errores judiciales a fin de enmendarlos[278].

En posición diferente se encuentran quienes sostienen que los recursos y la multiplicación de instancias, son instrumentos que prolongan los procesos varios años, en detrimento de la efectividad de la justicia[279].

El principal argumento de la teoría se hace fuerte cuando se advierte el abuso en la utilización de los medios de gravamen, porque con ellos se diluye la rapidez de las decisiones y se posterga la resolución final del conflicto. Esto se articula con el derecho a tener sentencia en un plazo equitativo y razonable.

La tesis de restringir el sistema recursivo, suprimiendo la doble instancia a través de la eliminación del recurso de apelación contra la sentencia definitiva, se sustenta por

---

[278] Montaño de Cardona, Julia Victoria, *Instituciones procesales desde el constitucionalismo,* Leyer, Bogotá, 2002, p. 95.

[279] González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Cívitas, Madrid, 1989 (2ª edición), p. 118.

sus adherentes, fundamentalmente, en la necesidad de favorecer una respuesta más rápida y sencilla que alivie la carga de trabajo de la justicia.

Brevedad, simplicidad y economía son, por lo tanto, las ventajas que se suelen asociar a esta propuesta. La obligación de garantizar la imparcialidad en la administración de justicia y la necesaria uniformidad de la jurisprudencia se considera que pueden quedar satisfechas mediante los recursos extraordinarios que prevén la impugnación tasada de aquellas sentencias que se consideren afectadas de determinados vicios.

> En tal sentido refiere De Bernardis que […]: "Frente a la manera irrestricta como este derecho aparece consagrado se encuentra la necesidad de brindar a todos los justiciables el acceso a un proceso que arribe a su resolución final dentro de plazos razonables y que, por la demora en su tramitación, no convierta en ilusoria la tutela que el proceso debe otorgar. Por tal motivo, la regulación específica de este derecho en las normas procesales debe encontrar un justo medio entre la posibilidad de acceder a una instancia jerárquicamente superior y la necesidad de no prolongar más allá de lo razonablemente tolerable la resolución del conflicto teniendo como fiel de esa balanza la necesidad de justicia de ambas partes y la materia del proceso[280]".

Cada uno de estos aspectos de la doble instancia los profundizamos en el capítulo siguiente.

3. Constituciones, leyes y reglamentos procesales

Precisando el alcance a verificar en el capítulo, debemos confrontar si cuanto requiere la Corte IDH para el cumplimiento del contenido de la garantía que otorga el artículo 8.2.h de la CADH, se da en el derecho interno y con qué alcances.

En el caso "*Mohamed vs. Argentina*"[281] el tribunal internacional resaltó que el derecho de impugnar el fallo tiene como objeto proteger el derecho de defensa, acentuando que la vía debe ser accesible y eficaz, lo cual supone, actuar como garantía antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; procurando resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el

---

[280] De Bernardis, Luis Marcelo, *La garantía procesal del debido proceso*, Cuzco, Lima, 1995, p. 117.

[281] Corte IDH, Caso "*Mohamed vs. Argentina*", Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C, N° 255.

recurso sea admitido deben ser mínimas sin constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente[282].

Implícito está el sentido de revisión plena de la condena, sin importar el sistema procesal imperante en cada Estado y los formatos que se asignen a los mecanismos recursivos. Por eso, la fuente a cumplir es el derecho a que se repase una vez más la condena dispuesta, que para ser útil y efectiva, obliga a atender cuestiones fácticas y de derecho, que son los contenidos mínimos del artículo 8 de la Convención.

En efecto, esta disposición que tiene el título de "*Garantías Judiciales*" señala en su parte pertinente:

> "Ap. 2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: […] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

También el artículo 14 del Pacto señala:

> "Ap. 5.- Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

El derecho al recurso podría quedar acotado al simple hecho de contar una vía de impugnación –ordinaria o extraordinaria– en proporción al precepto que indica el derecho de apelar ante juez o tribunal superior. De ser así, el reducto se estrecha porque puede no encontrar amplitud revisora; pero amplificar y generar un sistema completo que evite la indefensión, puede ser contraproducente por la renovación de planteos.

Las normas del derecho argentino han sabido distinguir la doble instancia del derecho de defensa, modificando así el criterio que se define en la Corte IDH para los estándares del debido proceso. Pero este criterio no es simétrico con otros lugares, dado que el sentido que algunos acuerdan al derecho al recurso es coincidente con la doble instancia, mientras que otros acentúan la garantía de acuerdo con el margen de utilidad que le reporte al recurrente revisar la condena impuesta.

---

[282] Valenzuela Villalobos, Williams, *Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia "Mohamed vs. Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuestiones en consideración sobre el sistema recursivo en el proyecto de Código Procesal Civil,* en Estudios constitucionales, vol.11, n° 2, Santiago de Chile, 2013, pp.713-736

En *Argentina*, no hay normas constitucionales que exijan la doble instancia judicial para cualquier tipo de procedimientos. Inclusive en los ordenamientos punitivos la revisión se ajusta al doble conforme, que permite recurrir la sentencia evitando que ella se ejecute.

Algunos lo presentan como el juicio del juicio, que podría ser el alcance que le atribuye la Corte IDH en *Barreto Leiva vs. Venezuela*[283] […]

> *Párrafo* 129. La Corte es consciente que el señor Barreto Leiva cumplió con la pena que le fue impuesta. Sin embargo, los perjuicios que una condena encierra todavía están presentes y este Tribunal no puede determinar que los mismos son consecuencia de una condena legítima o no. Esa es una tarea del Estado que aún no ha sido cumplida, ya que todavía está pendiente el doble conforme.
>
> *Párrafo* 130. En consecuencia, si el señor Barreto Leiva así lo solicita al Estado, a través de su Poder Judicial, éste deberá concederle la facultad de recurrir de la sentencia y revisar en su totalidad el fallo condenatorio. Si el juzgador decide que la condena estuvo ajustada a Derecho, no impondrá ninguna pena adicional a la víctima y reiterará que ésta ha cumplido con todas las condenas impuestas en su oportunidad. Si por el contrario, el juzgador decide que el señor Barreto Leiva es inocente o que la condena impuesta no se ajustó a Derecho, dispondrá las medidas de reparación que considere adecuadas por el tiempo que el señor Barreto Leiva estuvo privado de su libertad y por todos los perjuicios de orden material e inmaterial causados. Esta obligación deberá ser cumplida en un plazo razonable.

Ahora bien, en los códigos procesales argentinos, el régimen recursivo es atributo constitucional de las provincias (art. 75.12) de manera que cada una establece el sistema que prefiere. Muchos de ellos ponen condiciones para la articulación de recursos, pero nunca se ha dicho que sean ellos contrarios a la Constitución o violatorios de garantías procesales.

En la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, la Suprema Corte sostiene que […]

> Las limitaciones establecidas por el art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial provincial no vulneran derechos o garantías constitucionales y tampoco se encuentran en pugna con los derechos reconocidos por la ley nacional 23.054, desde que no impiden al litigante ser oído con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial. El juego armónico de dichas prescripciones procesales en modo alguno veda la deducción del medio de impugnación, sino que lo condiciona a un requisito formal, propio

---

[283] Corte IDH. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela,* sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C, N° 206, párrs. 129 y 130.

> de la reglamentación legislativa, sin mengua de la defensa en juicio ni de la igualdad de las partes en litigio.
>
> Cuando se refiere al art. 8 inc. 2 "h" de la Convención dice que que esto es solamente aplicable en el proceso penal, y con más argumentos el magistrado Hitters argumenta que la aplicación de las normas internacionales que consagran la garantía de la doble instancia se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una "persona inculpada de delito" o "declarada culpable de un delito", por lo que resultan ajenas a su ámbito las sentencias que condenan o absuelven con motivo de la imputación de faltas, contravenciones o infracciones administrativas[284].

En *Chile*, la reforma procesal civil puso vallas insalvables de superar cuando la sentencia está emitida en proceso oral. La decisión legal hace incompatible el recurso de apelación con la sentencia producto de la inmediación más pura.

> Se resguarda así el juicio y la sentencia, prácticamente blindando la respuesta jurisdiccional, por ser obtenida de un proceso oral, donde el juez ha presenciado personalmente la práctica probatoria y ha observado y controlado el ingreso del material fáctico al proceso. La decisión de mérito así obtenida escapa al control que el tribunal superior pueda efectuar de ella: el tribunal *ad quem* no se encuentra en el grado de proximidad con que el juez *a quo* obtuvo la decisión, por tanto, ello es incontrolable[285].

En todo caso, la eliminación de recursos dentro del proceso se soluciona con novedosas nulidades que apuntan a evaluar la nomofilaxis del fallo, o la coherencia de la argumentación.

Ha dicho sobre este procedimiento Ferrajoli[286] que […]

> El juicio oral y la inmediación judicial deben ceder ante la garantía del derecho al recurso y no al revés. Es el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista.

En el nuevo Código Procesal Civil de *Brasil* se penaliza la articulación de recursos de manifiesto carácter dilatorio, sin dar pautas de entendimiento o interpretación para deducirlo.

---

[284] SC Buenos Aires, "*Inzitari, José Luis c/ Sueño Estelar s/ despido*". Sentencia de 28 de febrero de 2012.

[285] Valenzuela Villalobos, ob. cit., p. 720.

[286] Cfr. Ferrajoli, Luigi, *II diritto come sistema di garanzie*, en Ragione Pratica, Tomo 1, 1993, pp. 143-161; *La sovranitá nel mondo modemo. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 33 y 39 y ss. (Edición en español "Derechos y garantías. La ley del más débil"); *La democrazia costituzionale*, en *L'acceso negato. Diritti, sviluppo*, diversità, Armando Editore, Roma, 1998, pp. 53-66; *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 53-56 y 105-113.

En suma, para no hacer del capítulo un desarrollo de derecho comparado, lo que se puede observar es que fue la jurisprudencia creadora la que respondió la finalidad tuitiva del Pacto de San José. Lo hizo esencialmente para aquellos procesos que quedaban sin ningún recurso, habilitándolo desde las garantías esenciales del art. 8.2.h de la CADH.

Esto resulta así de inevitable análisis para comprender el ámbito donde se quiere desenvolver este derecho al recurso.

4. Normas internacionales y jurisprudencia que la desarrolla

El párrafo primero del art. 8 de la CADH se refiere a las garantías generales exigibles en el marco de un proceso, esto es, el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial dentro de un plazo razonable y con las debidas garantías. Por su parte, el art. 8.2, según la jurisprudencia de la Corte IDH, establece las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados a toda persona durante el proceso, en plena igualdad, en función de las exigencias del debido proceso legal[287].

La fuente directa de este dispositivo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que contempla una garantía similar aunque con diferente redacción al señalar en el art. 14 inc. 5 que*: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley*".

El art. 7.2 del Proyecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – que sirvió de puente al texto vigente– preveía esta vía impugnativa contra "el fallo de primera instancia". Esta norma fue preparada y presentada finalmente en el año 1969 en Costa Rica cuando se sancionó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se consideró que esta redacción no era correcta porque al hablar de "primera instancia" no quedaba contemplada la posibilidad de atacar un pronunciamiento de "instancia única", como son los que, por lo general, se emiten en los procesos orales en materia criminal.

---

[287] Corte IDH, OC 11/90, 10/08/90, Serie A, N°11, párr. 24, y Caso "*Dacosta Cadogan vs. Barbados*", Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de setiembre de 2009, párr. 84.

Asimismo, el artículo 2 de la Convención Americana formula el deber general de los Estados parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados.

También la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe en el art. 37 inc. *d)* que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Cada uno de estos ordenamientos, y otros más que se suman al denominado bloque constitucional de los derechos humanos, se asocian en el derecho interno como hemos visto en capítulos anteriores. Cada Estado decide el modelo a seguir, pero no puede cambiar la fisonomía de las garantías, ni darle un sentido diferente, salvo que tuviese un estándar superior al que surge de las cartas internacionales.

Con el derecho al recurso la Corte IDH ha tenido una evolución que no se puede espejar en lo hecho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), lo que puede ser importante si consideramos que uno de los instrumentos comunes de uso y aplicación es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se complementa con el protocolo N° 7 del 22 de noviembre de 1984 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que agrega el derecho a los recursos en el proceso penal de la siguiente manera:

> 1.- Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tiene derecho de hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o de condena. El ejercicio de este derecho, comprendido los motivos por los que puede ser ejercitado, son regidos por la ley.
>
> 2.- Este derecho puede ser objeto de excepciones para las infracciones menores, tales como sean definidas por la ley, o cuando el interesado ha sido juzgado en primera instancia por la más alta jurisdicción o ha sido declarado culpable y condenado a consecuencia de un recurso contra su absolución.

Como se advierte sin dificultad, el documento habla de doble instancia sólo para los casos de sentencias condenatorias en “materia penal”.

La diferencia con el sistema interamericano se encuentra en la interpretación que se realiza del procedimiento penal, al que se lo enmarca en el derecho a un proceso justo y equitativo, donde las instancias no determinan la preclusión de oportunidades, sino

antes bien, se comprende en la idea fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva[288].

4.1 Límites del derecho al recurso: ser condenado

En el Sistema Interamericano, desde el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*[289] se han delineado algunos contenidos básicos del derecho referido.

> Cabe observar que el señor Mauricio Herrera Ulloa fue condenado penalmente por haber incurrido en el delito de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, mediante sentencia penal de 12 de noviembre de 1999 emitida por el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José. Pero el nudo central de la sentencia no es el derecho al recurso sino el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; en una sociedad democrática; analizando asimismo el rol de los medios de comunicación y del periodismo en relación con las mencionadas garantías.

Lo importante en este aspecto se expresa al verificar que el único recurso disponible que se contaba en este caso, era el recurso de casación, que al ser de carácter extraordinario, no contaba con la condición mínima (estándar) de ser una vía de revisión plena o completa de los hechos y del derecho.

Las limitaciones encontradas en este recurso local, de carácter excepcional y contingente, no permitía la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva valoración de las ya producidas, ni ningún otro medio de defensa, razón por la que se entendió era contrario al artículo 8.2.h de la CADH.

> La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.
>
> La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó

---

[288] Gil Robles, Alvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 45

[289] Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica,* sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C, N° 107.

> al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas[290], incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia[291].

El problema en ciernes, aunque de naturaleza sustancial en orden al derecho que se consideró afectado, radicó en la naturaleza penal de la condena y en la ausencia de recursos completos contra ella.

Como el marco venía dado de un sistema acusatorio, igual al que existe en buena parte de Latinoamérica, muchos han entendido que la referencia del fallo debía apuntar a los juicios orales, públicos y esencialmente contradictorios, que tiene un procedimiento limitado para la revisión basado en la intangibilidad de los hechos fijados en el juicio.

Siendo así, la distancia entre apelar y revisar fue elocuente; pues la primera se ocupa de errores de fácticos y jurídicos; mientras que la revisión apunta a vicios de juzgamiento, arbitrariedad elocuente o deslices trascedentes que afectan el derecho de defensa en juicio y tiñen la validez del proceso.

Vale decir que un aspecto del mentado derecho al recurso consiste en pedir a los Estados que legislen un recurso ordinario, accesible, eficaz y adecuado para obtener un control amplio e integral de la decisión que perjudica al interesado.

4.2 El derecho al recurso solo es para el condenado en sede penal

El marco jurisprudencial que se menciona a partir de *Herrera Ulloa* supone provocar al derecho interno para que consagre un sendero de revisión de la sentencia de condena que sea diferente al marco que ofrecen las limitaciones técnicas y sustanciales de los recursos tradicionales.

No basta con el recurso de casación extraordinario, ni recursos de similar entidad ante las máximas instancias jurisdiccionales de un país; lo que se exige es una instancia

---

[290] Cfr. Caso *Baena Ricardo y otros*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, N° 104, párr. 95; Caso *Cantos,* Sentencia de 7 de septiembre de 2001 (Excepciones Preliminares), Serie C, N° 85, párr. 37; y Caso *Constantine y otros*. Excepciones Preliminares, párr. 86.

[291] Ibídem, párrs. 158 y 159.

superior sin limitaciones formales; o la creación de un medio de gravamen que permita reconsiderar hechos y derechos de la sentencia punitiva.

La doble instancia no es suficiente si para abrir su actuación el recurso no cumple con la garantía de revisión que la condena espera. No se trata de asignar un tiempo más, sino de habilitar el examen de hechos y la renovación del derecho cuando este sea menester actualizar.

La regulación procesal de este derecho al recurso deberá encontrar también su contrapartida en la necesidad de evitar una prolongación injustificada de los procesos judiciales en desmedro, también, de la efectividad de la tutela judicial.

> En el derecho comparado se han establecido algunas variables para actuar en este tipo de control:
>
> a) Limitar los supuestos de admisibilidad de los recursos por: la índole de la controversia y/o por la cuantía; y por la falta de fundamentación suficiente.
>
> b) La exigencia de un depósito previo en dinero como presupuesto de admisión del recurso.
>
> c) Otorgar el recurso pero postergando la oportunidad en que el tribunal habrá de resolver. Esta solución se ha concretado en dos instituciones del Código: la apelación diferida que significa el tratamiento de determinados recursos para la oportunidad que se trate el correspondiente contra la sentencia definitiva y el replanteo de prueba.

Ahora bien, la duda que ya se planteó pero que sigue el curso de los interrogantes que en esta obra planteamos, está en saber si el derecho al recurso es un derecho aplicado solo para los procesos de corte punitivo, donde la condena afecta la libertad ambulatoria, o se amplía a todo proceso denunciado por alterar otros contenidos esenciales de derechos humanos.

Si el problema se enfoca por las dificultades que tienen ciertos ordenamientos procesales será notorio que el recurso podrá ser propuesto como un instrumento del derecho procesal – constitucional que deberá ajustar sus presupuestos de admisión formal a criterios reglamentarios del derecho interno, con el deber de tolerar un escenario amplio de revisión.

En cambio, si el derecho al recurso se adopta como una garantía individual su espacio estará en el debido proceso, donde las libertades son mayores al evitar que quede subordinada la eficacia del medio a condicionantes formales o de pura técnica.

> Se ha hecho una propuesta para entender esta diferencia. Cuando se trabaja con garantías, el incumplimiento lleva a inconstitucionalidades que derivan en situaciones no conformes con

> el principio de convencionalidad; en cambio, si se instala en el derecho de defensa técnica, la desobediencia a las reglas lleva a nulidades, que al ser procesales podrán convalidarse por consumación, preclusión o silencio[292].

Quiere decir que una cosa es absolver la revisión plena de la sentencia condenatoria en el plano de las libertades; y otra diferente dar a todo proceso el derecho a que se replantee un caso resuelto con una sentencia que no tiene vías de apelación ordinaria.

Algunos entienden que el derecho está dispuesto con mucha confusión declarada […]

> González Castro sostiene que […] en el numeral 1 del art. 8 de la CADH se opta por una enunciación de tipo clásica y genérica para todo tipo de procesos. Pero el numeral 2 comienza diciendo "*toda persona inculpada de delito…*", tras lo cual consagra explícitamente el estado de inocencia. La segunda oración del numeral 2, prescribe que "*durante el proceso toda persona…*", desapareciendo la expresión "inculpada de delito", reforzando que goza de estas garantías mínimas "toda persona". Además, agrega, si estas garantías mínimas que se recogen en la segunda parte del numeral 2 fueran aplicables sólo a los procesos penales, no tendría razón de ser el haber distinguido en la misma norma tres numerales más que consagran principios propiamente penales como las signadas con el número 3 y 4. Por lo tanto, de la misma textualidad del numeral 2 del art. 8 de la Convención, surge que estas garantías conforman un plexo de reglas que son de aplicación a todo tipo de proceso, sin importar la materia que en él se debata[293].

Lo cual es cierto, dado que no tiene el Sistema IDH una clara orientación en el tema. En la Opinión Consultiva 11/90, de fecha 10 de agosto de 1990, se le consultó a la Corte si se aplicaba el requisito de agotar los recursos internos a un indigente, que debido a circunstancias económicas, no era capaz de hacer uso de los recursos jurídicos.

Allí el organismo se ocupó de la cuestión del debido proceso legal, sin hacer referencia expresa al tema que nos convoca, contestando que […] en materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el art. 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de

---

[292] Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Garantías, Principios y Reglas del Proceso Civil,* Eudeba, Buenos Aires, 2015, p. 251.

[293] González Castro, Manual, *El derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica,* Lerner, Córdoba, 2004, pp. 166 y ss.

debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene el mismo derecho al debido proceso que se aplica en materia penal.

Otro caso que dio algunos indicios del tema fue "*Baena Ricardo vs. Panamá*", donde se trataba de doscientos setenta (270) empleados públicos que fueron despedidos de sus cargos en un proceso administrativo en virtud de participar de una manifestación en reclamos relativos a sus tareas. El Tribunal interamericano abordó dos cuestiones, una referida a la irregularidad del trámite llevado a cabo por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá y la falta de apelación en este pleito. Se reafirmó por la Corte que este tipo de procesos no están excluidos de acatar las garantías mínimas que imperan en la Convención Americana.

Si bien algunos consideraron que aquí la Corte IDH extendió la posibilidad impugnativa a otros procesos más allá de los penales, la jurisprudencia local interpretó dicho fallo en el sentido que la falta de apelación fue tratada en forma tangencial frente a las irregularidades procesales violatorias del debido proceso legal. De tal forma se concluyó que la postura fue efectuada en forma limitada a ese caso concreto donde se constató una clara violación de las garantías de los arts. 8.1, 8.2 y 25 CADH en perjuicio de los trabajadores despedidos[294].

Otro de los casos que más se aproximó al tema involucró a nuestro país: "*Rodríguez, Ernesto vs. Argentina*", de fecha 21 de febrero del año 1998. Es importante destacar que el caso se cerró en el ámbito de la Comisión IDH por ser considerado inadmisible. Uno de los hechos que denuncia el damnificado fue que en el ámbito de un proceso civil se le impuso una multa por la conducta obstruccionista evidenciada en el proceso. Sustenta su caso argumentando que le fue negado el derecho a apelar una sentencia condenatoria ante un tribunal o juez superior. Afirma el peticionario que la negativa de conocer de su recurso de apelación por parte del juez de segunda instancia se debió a un error en la interpretación del valor cuestionado a que alude el art. 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La Comisión concluyó que […]

> Los elementos mencionados llevan a considerar que la medida aplicada al peticionario en este caso no tiene carácter punitivo, sino más bien de una indemnización complementaria

---

[294] SC Buenos Aires, "*Sala, Jorge c/ Bonnano, Mónica s/ Despido*", causa 99447 en voto preopinante del doctor Hitters con fecha 14 de septiembre de 2011. Allí concluyó el Tribunal que el art. 8.2.h. de la Convención se aplica -por regla- sólo a los pleitos de naturaleza penal donde ha habido una condena.

> para el ejecutante. La ley otorga al magistrado la facultad de disponer esta medida para compensar al ejecutante por el perjuicio económico que le pudiera haber ocasionado la conducta de la contraparte. La naturaleza sería más similar a la de las costas de un juicio, consecuencia jurídica que se impone a la parte perdidosa y que ciertamente no tiene naturaleza criminal. Medidas como la impuesta al peticionario son un elemento más con que cuenta un Estado para garantizar una adecuada administración de justicia, dentro del adecuado engranaje del poder judicial en un régimen democrático. En mérito al análisis que antecede, la Comisión concluye que la medida procesal aplicada al peticionario carece de naturaleza penal. En consecuencia, el artículo 8.2 resulta inaplicable al presente caso.

El antecedente sirve como indicador del supuesto que estamos analizando, es decir, si puede verse la causa como una limitación recursiva en el ámbito civil que pueda ser violatoria del art. 8.2 inc. h de la Convención. A tenor de lo que surge de dicho caso es claro que lo circunscribió a cuestiones de naturaleza estrictamente penal.

Esta podría ser la línea jurisprudencial que sigue Argentina cuando en su máximo tribunal de justicia dice […]

> La aplicación del art. 8.2.h CADH que consagra la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona "inculpada de delito" o "declarada culpable de un delito", es decir, dicha garantía no tiene jerarquía constitucional en juicios civiles[295].

Más aún en el ámbito penal lo circunscribió en beneficio del inculpado, aclarando que el "Ministerio Público", en tanto es un órgano del Estado y no es sujeto destinatario del beneficio de "recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior", no se encuentra amparado por la norma de rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho[296].

No obstante, también ha habido fallos locales que han considerado que el art. 8.2.h. se aplica a los procesos civiles[297].

En conclusión, el punto dirimente asienta en la naturaleza que se quiera imprimir al derecho al recurso. Si la tendencia apunta a verlo como un mecanismo de control

---

[295] Fallos, 329:1180, aquí la mayoría de la Corte Suprema declaró inadmisible el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Código Procesal. Criterio que ha seguido en "*Sarlenga, Luis s/ infracción ley 22.415*" 22/08/2017, AR/JUR/53488/2017; "*Dutra Pereyra, Antonio Junior y otros s/ Homicidio en grado de tentativa por evasión y tenencia de armas de fuego*" 01/12/2015, AR/JUR/69254/2015; Fallos, 337:1289, "*Carrascosa, Carlos Alberto s/ recurso de casación*"; entre muchos más.

[296] CS, "A.J.D" 14/10/1997, AR/JUR/3253/1997.

[297] Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 2ª -14/04/2007.

sobre la eficacia jurisdiccional, actuaría como una garantía contra la arbitrariedad y error que pueda contener la sentencia.

En cambio, si la dirección respalda a la doble instancia o al doble confronte, el derecho al recurso debiera afinar los grados de revisión plena, así como los derechos que estén alcanzados.

> En palabras de Taruffo[298], existen dos formas de entender el objeto que se asigna a los procesos civiles. Este objeto puede ser a) una resolución del conflicto, o b) alcanzar una solución justa. En la primera opción el fondo y la calidad de la decisión no son lo importante. En cambio, si se adopta la segunda alternativa, el objeto de proceso es también poner fin al conflicto, pero empleando únicamente medios que se consideren justos, correctos y certeros. Desde tal perspectiva, el fondo y la calidad retoman importancia. En los hechos podrá conseguirse un mayor o menor acercamiento a esta calidad de enjuiciamiento, pero en cuanto a lo que ahora estamos analizando, lo que resulta importante es que estos propósitos orienten y determinen el funcionamiento de los mecanismos judiciales, entre ellos, los que ligan con el sistema recursivo. No huelga apuntar que los recursos extraordinarios, al exigir el cumplimiento de unos requisitos concretos, importan un grado de restricción que se opone al cumplimiento de estos propósitos.

4.3 El derecho al recurso para todos

Pero no es solo este aspecto el que se debe relevar, en la medida que la exigencia puede eludir el carácter de ser "condenado" y, eventualmente, requerir que todo proceso tenga un recurso de revisión, sin importar el agravio especial que posea el declarado responsable o culpable.

En el referido caso *Mohamed vs. Argentina,* había ocurrido que la condena sobrevino de la apelación al fallo absolutorio de primera instancia, de modo que la imputación comprobada que termina definiendo la pena se da en segunda instancia. Por lo tanto, contra estas decisiones solo se pueden articular recursos extraordinarios, lo que sería contrario a la garantía de revisión impuesta en el art. 8.2.h.

Fue así que en lugar de verificar la posibilidad de repasar un recurso directo contra la condena, la Corte IDH identificó el derecho al recurso en el terreno del derecho de defensa, la que se debe garantizar en todo proceso y antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada.

---

[298] Taruffo, Michele, "*Considerazioni suello massime d´esperienza*", en Revista Trimestrale di Ditritto e Proceduracivile, vol. 63, N° 2.

> Este fue el criterio que siguió la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina al explicar que la doble instancia constituye […] una manifestación de ese derecho (defensa en juicio), en el sentido del derecho a defenderse una vez más, después de la defensa de primera instancia y antes de que la resolución pase en autoridad de cosa juzgada[299].

Esta situación procesal se reproduce en múltiples procedimientos no penales. Por ejemplo, cuando un Tribunal Oral de única instancia dicta una sentencia favorable que después de revisada por el superior cae y la deja sin efecto. ¿Tendremos recursos ordinarios contra ello? ¿Es esto lo que dice el caso *Mohamed*?

Alojado en el debido proceso que evita la indefensión, el derecho al recurso cobra vida para todo interesado que sostiene y pueda demostrar que la sentencia está teñida de errores graves y trascendentes que al son de la garantía establecida, debiera ser de contenido amplio y con amplios permisos para impugnar la resolución judicial que padece vicios o errores de juzgamiento o de procedimiento mal aplicado.

Una vez más la pregunta ¿este es el alcance del derecho al recurso como estándar del debido proceso?

4.4 Limitaciones posibles al recurso

La Comisión IDH en el informe emitido para el caso *Abella*[300] destacó como un aspecto esencial derivado del debido proceso, este derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que afecte los derechos o libertades fundamentales de las personas.

Con esta perspectiva, el informe –que fue de los primeros en evaluar el contenido del art. 8.2.h de la CADH- consagró el derecho al recurso como una vía de impugnación ordinaria establecida a favor de cualquier inculpado, dándole así una nueva oportunidad para ejercer su defensa.

> El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto lograr la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional

---

[299] Fallos, 328:3399, "*Casal*", dictamen del Procurador General.

[300] Caso Nº 11.137, de fecha 18 de noviembre de 1997.

> de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía y de la aplicación correcta de la ley penal[301]".

La evolución tenida en la jurisprudencia internacional parece definir que el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, con las libertades y amplitudes que se fijan como estándares, son dispuestas para la condena que afecta derechos constitucionales de la persona.

Estos ponen énfasis en primer lugar en la libertad deambulatoria, pero si la vista se pone en el derecho de defensa en juicio –como fue dicho por el mismo tribunal– el debido proceso sería el afectado, y en su caso, toda limitación a los recursos constituirían una lesión probable a la garantía.

En consecuencia, el estándar de mínima que produce el derecho al recurso asienta en la posibilidad efectiva de contar con un medio de control del fallo tanto material como formal.

> En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, de normas de derecho que determinen la parte resolutiva de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas[302].

Si el recurso se limita o queda indisponible por razones legales (v.gr.: cuantía; trascendencia; legitimación; etc.) se debe verificar si el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere ya no una vía de impugnación, sino la posibilidad de articular otro mecanismo de revisión que, por las disposiciones que sean, han quedado fuera de la instancia. En este aspecto, podría actuar como suplencia el art. 25 de la CADH en el sentido de disponer de un recurso amplio, efectivo y simple para actuar el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable.

---

[301] Caso *Abella*, párr. 259.

[302] Caso *Abella*, párrs. 261 y 262.

También, y al mismo tiempo, se tendrá que resolver si dichas limitaciones son constitucional y convencionalmente aceptables.

Desde nuestro punto de vista, aunque el derecho al recurso se instala en las garantías del debido proceso, no es un derecho absoluto. En el derecho interno obedece a una razón de política procesal que es transigible y permite renunciar anticipadamente al derecho de impugnar siempre que la manifestación de voluntad sea libre y espontánea.

Es decir, la estipulación concertada para prestar conformidad con el fallo futuro puede aceptarse como derecho aprovechable, pero si está perjudicada la libre concertación negocial, o existe adhesión a cláusulas predispuestas, o bien en líneas generales, se vulnera el orden y moral públicos, el acto presuntamente voluntario de sometimiento podría caer por inoperancia de su básico compromiso con la buena fe contractual.

Además, no todos los actos del proceso pueden renunciarse, pues existe un esquema natural que hace a la garantía del debido proceso o del litigio justo, razón por la cual, el verdadero problema radicaría en establecer qué actos constituyen manifestaciones incompatibles con la voluntad previamente declarada.

Otra situación, diversa, se da cuando la renuncia es posterior a la sentencia, pues aquí sí se manifiestan dos claras posibilidades: o la actitud voluntaria de abstenerse y operar la caducidad del recurso por preclusión de los actos pertinentes; o la decisión negociada entre las partes sobre un referente concreto como es el derecho consagrado en el fallo.

Cuando las limitaciones son externas a la decisión voluntaria del interesado, lo que cuadra medir es la entidad del gravamen que se afecta. Una cosa es acotar el recurso a la trascendencia del derecho en conflicto y otra aceptar que todos sean de posible estrechamiento por una disposición legal. Vale decir que en la ponderación de intereses, no es igual dejar sin recurso a los procesos de mínima cuantía (estrictamente patrimoniales) que hacerlo con derechos fundamentales.

Puede haber restricciones que consideren el interés general como la celeridad de los procesos, y también actuar con prohibiciones operativas de naturaleza procesal que no alteren el principio de igualdad; más lo que no se puede admitir es que un recurso

quede obstruido cuando se trate de perseguir con él la revisión de un criterio que se modifica sin haber tenido con anterioridad derecho de defensa.

Por eso la revisión piensa más en las primeras decisiones de afectación y no en la instancia donde suceden, por eso es que limitar un recurso en la primera instancia puede ser inconstitucional; pero hacerlo en instancias superiores encontrará razones justificadas, a no ser que se trate de revisar una sentencia de condena que se establece por vez primera (v.gr.: Caso *Mohamed vs. Argentina*).

5. El caso Argentino. Evolución de la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Originariamente la Corte Suprema siguió el temperamento de ver en la doble instancia un reaseguro del derecho de defensa en juicio. La Constitución nacional (art. 18) exigía con esta garantía que el justiciable siempre sea juzgado por un tribunal judicial, de modo tal que, las decisiones que no provinieran de esta sede nunca serían definitivas al dejarles abierta la revisión jurisdiccional de los actos.

Sin embargo, no encontraba que fuese la doble instancia una garantía del debido proceso, estableciendo una suerte de caminos distintos donde uno seguía el faro de los reglamentos procesales, y otro se dejaba guiar por principios constitucionales.

> La Corte estableció que el adecuado respeto a la garantía del debido proceso sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias que las leyes procesales establezcan según la naturaleza de las causas. Para que exista debido proceso legal sería preciso que el justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros pares. El centro de la cuestión no debe buscarse en la seguridad que ofrece la duplicidad de instancias, sino en la garantía que significa el proceso en tanto transmite el principio de unidad en la función jurisdiccional[303].

La Constitución rige el derecho de defensa, y la ley dispone los mínimos reglamentarios[304]. De esa forma, solo en el caso de avasallar una clara estipulación normativa que la admitiera se constituía una violación de las garantías del debido proceso legal.

---

[303] Fallos, 298:252; 305:535; 310:1162; 312:195.

[304] Fallos, 307:966.

Sin duda fue en el fallo *Jauregui*[305], donde la Corte Suprema dio los primeros pasos en la materia. Allí dispuso que el requisito previsto en el art. 8.2.h de la CADH que establece el derecho de toda persona inculpada por un delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, sólo debe ser considerado en los supuestos de la sentencia definitiva de la causa u otra resolución asimilable a ella y se halla satisfecho por la existencia del recurso extraordinario ante la Corte.

> Bidart Campos sostuvo que: […]: "Recurrir el fallo ante tribunal superior supone, poder someterlo a revisión en toda su extensión de lo que él ha resuelto, por lo que un recurso que, como el extraordinario, es de extensión limitada porque se ciñe a las cuestiones federales exclusivamente, no abre campo para la referida revisión amplia. El recuso que nosotros consideramos aludido en la doble instancia prescripta por los pactos debe ser un recurso que permita rever todas las cuestiones de hecho y derecho atendida en la sentencia que se recurre. La segunda razón nos da la corte, cuando enseña que a los efectos de satisfacer el ulterior control judicial suficiente de las decisiones dictadas por tribunales administrativos o por organismos de la administración que ejerzan función jurisdiccional no basta el recurso extraordinario[306].

Después de esta decisión cambiará la tendencia con el caso *Giroldi*[307] (1995), donde enaltece la jerarquía constitucional de tratados y convenciones sobre derechos humanos, y la jurisprudencia de los organismos de la CADH que los interpreta (control de convencionalidad). A partir de aquí desechó la idea de que habiendo recursos estaba amparado el derecho de defensa en juicio, pues éstos debían ser articulados con las posibilidades de revisión amplia y efectiva que trazaban las disposiciones internaciones.

Además, se observó que la facultad de rechazar recursos con la sola invocación de una norma específica, sin dar razones ni motivos para dicha discrecionalidad, no constituían un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como "garantía mínima" para "toda personal inculpada de delito" (artículo 8°, párrafo 2°, apartado h).

Después de este fallo quedó arraigado el principio constitucional de la doble instancia en materia penal, con dos situaciones claramente determinadas. Por un lado, se reafirma la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH y, por otro, se

---

[305] Fallos, 311:274.

[306] Bidart Campos, Germán, *"La Doble Instancia en el Proceso Penal (La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)"*, en E.D. 118, pp. 877-882.

[307] Fallos, 318:514.

fomenta una instancia nueva de casación, que mediante la actuación de un tribunal especialmente creado, resolviera el derecho a tener recursos en el proceso penal.

En el caso *Arce*[308] la Corte volvió sobre el tema, al sostener que el adecuado respecto a la garantía del debido proceso sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales, sin que ello dependa del número de instancias que las leyes procesales hayan reglamentado según la naturaleza de las causas. No obstante, esta regla ha quedado limitada por la reforma constitucional de 1994, que consagra expresamente el derecho del inculpado de "recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior de la causa".

En idéntico sentido y ya estableciendo pautas definitivas el Máximo Tribunal dicta el fallo *Casal*[309] donde dispuso que la interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas cuestiones de hecho y prueba, viola el derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria.

> En este caso el actor había sido condenado en un juicio oral por robo calificado. El recurso que interpuso impugnando la calificación del tipo penal, fue denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal en base al criterio de que las cuestiones de hecho y valoración de la prueba resultan ajenas al control casatorio. La Corte Suprema revocó esa sentencia y estableció que ese criterio era frustratorio de la garantía de la doble instancia que instituye la Convención Americana de Derechos Humanos. Explicó, además, que para respetar ese principio […] "el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable", acogiendo así la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit*, o del "agotamiento de la capacidad de revisión". Y, en línea con la doctrina de la Corte IDH en el caso "*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*", indicó que la interpretación de la ley procesal debe permitir […] "una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas".

Estos fallos van a encontrarse modificados en la causa *Felicetti*[310] cuando con cierta sorpresa la Corte alega que la CADH no impone necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el proceso, sino que propone una vía

---

[308] Fallos, 320:2145.

[309] Fallos, 328:3399.

[310] Fallos, 323:4130.

de impugnación. Interpreta que el Pacto no descalifica la instancia única porqué apunta a darle al condenado una vía de revisión.

En la causa *Marchal, Juan s/ apelación*[311], insiste al decir que los superiores tribunales de provincias no deben apegarse a las limitaciones establecidas por el ordenamiento adjetivo local, dado que es una "cuestión constitucional" el análisis del art. 8.2.h de la CADH, tal como se sostuvo por la Corte IDH en el caso "*Tribunal Constitucional del Perú*", del 31 de enero del año 2001.

> Manteniendo el criterio rector, ya evidenciado en otros pronunciamientos, en la causa "*Ojeda Hernández, Luis Alberto s/ causa nro. 2739/12*", de fecha 10 de julio de 2014, vuelve a sostener que en procesos de naturaleza civil la doble instancia –como manifestación del derecho de defensa– no posee raigambre constitucional, salvo que las leyes específicamente lo establezcan. En otras palabras, queda en manos del legislador disponer que haya o no doble instancia en tanto dicha garantía –en materia civil– no viene impuesta por la Constitución ni por los tratados de similar rango.

A mitad de camino entre los procesos de índole civil y penal, la Corte tuvo ocasión de pronunciarse sobre la proyección de la garantía de la doble instancia en los sumarios administrativos sancionatorios.

Así, en el caso *Sociedad Anónima Coordinadora Argentina*[312], en el que se discutía la pertinencia de la revisión, por parte de la Cámara de Casación Penal, de la confirmatoria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, de la multa impuesta por la Dirección Nacional de Comercio Interior, el Alto Tribunal descargó la vigencia de esa garantía en este tipo de procesos.

> Destacó -con remisión al dictamen de Procurador General de la Nación- que la aplicación del art. 8°, inc. 2, apartado h, de la Convención, al igual que la norma del art. 14.5 del Pacto, que consagran la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona por un delito. De acuerdo a ello, resultan ajenas al ámbito de la señalada garantía, las sentencias que condenan o absuelven con motivo de la imputación de faltas, contravenciones o infracciones administrativas.

6. Conclusiones

---

[311] Fallos, 330:1427.

[312] Fallos, 323:1787.

De cuanto se ha expuesto podríamos sostener que lo único seguro que ha dicho la Corte IDH es que el derecho contenido en el art. 8.2.h de la CADH se ocupa de otorgar un derecho de revisión de toda sentencia condenatoria que no hubiera tenido en el derecho interno posibilidad de ser impugnada.

Si este recurso se obtuvo, el mismo debe ser amplio e integral que revise hechos y derechos, con pocas limitaciones como las que tiene haber pasado la etapa probatoria por el sistema de apreciación de la prueba en conciencia. De no existir se habrá violado el derecho de defensa inserto en el derecho al recurso.

Por vía de principio, este recurso debe ser ordinario, en escala de instancias; o abrir una etapa de revisión plena, que podrá ser en audiencia especial; juicio de reconsideración o incidente abierto a estos efectos.

Estas definiciones que pueden ser claras para el proceso penal que culmina en condena, no lo son cuando se refiere a tipos procesales no penales. En función de ello es que ha admitido limitaciones procesales a la recurribilidad de los fallos en materias ajenas a estos procesos.

En consecuencia, el derecho al recurso es una garantía del debido proceso penal, con el condicionante de actuar cuando la limitación de recursos de instancia plena no sea permitida, o queden obstruidos para obrar con amplitud. Si los recursos existieran, sería bastante, sin darle derecho al justiciable para sumar recursos contra la cosa juzgada.

Capítulo XIII
La doble instancia como garantía procesal*

Sumario: 1. Introducción; 2. Doble instancia como revisión fáctica y jurídica; 3. Doble instancia o derecho al recurso: Conclusiones.

1. Introducción

El proceso es el género de los procedimientos. Estos, a su vez, se conforman con modalidades técnicas y solemnes que disciplinan un esquema formal para el desarrollo, dentro de los cuales es común articular una etapa de revisión que procede después de la decisión definitiva.

De este modo se identifica como primera instancia el despliegue de actuaciones de primer grado de conocimiento, entendido por el tiempo y lugar cuando se presentan los hechos y las pruebas hasta que se resuelve sobre el objeto procesal y las pretensiones planteadas. Siendo el segundo grado de atención una nueva instancia que permite mostrar al que revisa, la disconformidad o acuerdos parciales con la sentencia pronunciada en la etapa anterior.

Este modelo se conoce como "doble instancia" de conocimiento pleno (de *iure* y de *facto*) y tiende a conseguir la mayor certeza y seguridad sobre lo resuelto. En algunos procedimientos de carácter sancionatorio, especialmente los punitivos, el derecho al doble conforme (dos etapas de conocimiento pleno que coinciden en el discernimiento completo y abarcativo de las situaciones en litigio) se impone como garantía de revisión de la sentencia condenatoria.

Cuando en los procedimientos se eslabonan más instancias, el conocimiento se va acotando hacia el derecho, y por tanto, son recursos extraordinarios únicamente los que controvierten el razonamiento sobre las normas aplicadas e interpretadas.

Ahora bien, en el orden constitucional no son muchas las normas fundamentales que se refieren a la doble instancia […]:

> La Constitución Nacional Argentina de 1853-60, guardó silencio respecto del número de instancias judiciales por las que debía transitar un proceso, dejando que sean los

---

* Sobre la base de la investigación realizada por el profesor Pablo Alberto Saryanovich.

ordenamientos procesales de cada Estado los que resolvieran al respecto. Pero en materia federal, se admite la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 117 segunda parte de la Constitución nacional), mientras que en los casos que corresponda entender por vía de apelación, lo hace según "las reglas y excepciones que prescriba el Congreso″ (art. 117 primera parte de la CN).

En Colombia se afirma que la doble instancia es un principio de rango constitucional que establece una garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales y abre la posibilidad de corregir errores que el fallador adopte en una decisión. De ahí que se convierte en una garantía indispensable en el Estado social de derecho como mecanismo principal, idóneo y eficaz para corregir inexactitudes en las que pueda incurrir una autoridad pública. No son únicamente la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los que refieren a la doble instancia, sino también las sentencias de la Corte Constitucional que lo confirma (Sentencia C-792/14) mediante la emisión de exhortaciones al Congreso para que regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias, sean o no condenatorias, y en procesos de todo tipo.

La omisión quizás no sea producto de la casualidad, sino de una intención deliberada de los legisladores que pueden ver en la revisión una faceta oculta que, como las caras del Dios Jano, pueden engañar sobre la conveniencia de mantenerla.

En materia constitucional las instancias judiciales no se enumeran como regla, sin embargo, en algunas, como el caso de la Carta Magna de Portugal de 1976, el art. 212 prescribe la existencia de tribunales judiciales de primera instancia, de segunda instancia y de un Tribunal Supremo de Justicia. La Constitución de Perú de 1979 que siguió al Pacto de San José de Costa Rica, asegura el derecho a la "instancia plural".

En la doctrina fue señalado que la cuestión de suprimir la doble instancia se ha visto fundada con mayor empeño cuando se trata de propuestas de reforma que buscan introducir la oralidad en los procesos. Se asume de entrada, con más dogmatismo que realidad, que la única alternativa que respeta el diseño y esencia de un modelo procesal oral y con inmediación judicial es la supresión de la doble instancia[313], dejando a un lado una serie de factores que también cabe tener presente a la hora de tomar tan crucial decisión. Pareciera que importara más ajustarse a lo que se entiende la más pura técnica

[313] O derechamente su desnaturalización, proponiéndose que el segundo grado de jurisdicción se limite a la *questio iuris*, sin poder extenderse a la *questio facti*. Véase: De Souza Laspro, Oreste Néstor, *Oralidade e duplo grau de jurisdicao*, en AA.VV. *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Vol. II, Diritto Processuale Generale, Giuffrè, Milano, 1993, p. 248.

procesal que atender a estos elementos, que bien vistos deben servir a la hora de tomar una decisión correcta[314].

En oposición aparecen los que corresponden la doble instancia como instancia de revisión propia de todos los procesos. De este modo no sería el recurso el medio a garantizar, sino la posibilidad concreta de que la sentencia que se ocupa de dar una respuesta definitiva a los hechos y al derecho en controversia, tenga posibilidades de un nuevo escrutinio.

Podría ser un derecho similar o el mismo que pregona el sistema interamericano cuyas características vimos en el capítulo anterior, solo que en lugar de ver a la nueva instancia como vía de impugnación autónoma, ahora se trata de ver si la doble instancia es un capítulo necesario entre las garantías procesales.

2. Doble instancia como revisión fáctica y jurídica

Una ancestral afirmación jurídica sostiene que tres jueces resolviendo en conjunto se equivocan menos que uno, de allí que al *a quo* lo revise el *ad quem*, que equivale a decir que al juez lo controlan otros magistrados en escala jerárquica.

Este argumento podría conducir a sostener que la intervención de un tribunal propicia la instancia única, basada en que la posibilidad de error es excepcional y el acuerdo conseguido suma certidumbre y seguridad jurídica.

Sobre esta idea algunos tribunales superiores afirman que la única instancia no vulnera derechos o garantías constitucionales, ni se encuentra en pugna con el derecho al recurso previsto en la CADH, toda vez que en ésta la salvaguardia está establecida para el proceso penal.

> La Corte Constitucional colombiana sostiene que la doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso, pues la ley puede consagrar excepciones, salvo cuando se trata de sentencias condenatorias, las cuales siempre podrán ser impugnadas. La doble instancia es apenas un mecanismo instrumental de irrigación de justicia y de incremento de la probabilidad de acierto en la función estatal de dispensar justicia al dirimir los conflictos

---

[314] Palomo Velez, Diego I., *Apelación, doble instancia y proceso civil oral: A propósito de la reforma en trámite. Estudios constitucionales*, volumen 8, n° 2, Santiago, 2010, pp. 465-524.

(dada por la correlación entre verdad real y decisión judicial). Su implementación solo se impone en aquellos casos en que tal propósito no se logre con otros instrumentos[315].

Inclusive, con esta lectura se puede convalidar la actuación única e inapelable de ciertos tribunales especializados como son las Cortes Constitucionales; o los procesos en instancia originaria y exclusiva de los supremos de cada Estado.

El artículo 67 de la CADH establece que:

> El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Además, otros fundamentan que […]:

> La doble instancia en el ordenamiento jurídico colombiano (interpretada en la Sentencia C-213 de 2007), extrajo las siguientes reglas jurisprudenciales: *a)* La doble instancia fue elevada a canon constitucional pero no tiene carácter absoluto; *b)* cierto es que la Constitución no prevé la doble instancia de modo general y abstracto como principio del debido proceso. No obstante, la posibilidad de apelar las sentencias condenatorias forma parte de la garantía básica del debido proceso; *c)* las sentencias emitidas en sede de tutela siempre pueden ser apeladas; *d)* la Constitución le confiere a la ley un marco de configuración para sentar excepciones a la doble instancia. Estas excepciones deben trazarse de forma tal que se respete el contenido axiológico de la Constitución y, en especial, los derechos constitucionales fundamentales (principalmente el derecho de defensa y la garantía del debido proceso). Las excepciones han de observar de manera estricta el principio de igualdad y no pueden ser injustificadas, desproporcionadas o arbitrarias; *e)* el sentido y razón de ser de la doble instancia no se vincula tanto con la mera existencia en el plano institucional y funcional de una jerarquía vertical de revisión ni tampoco se relaciona en exclusiva con la simple gradación jerarquizada de instancias que permitan recurrir, impugnar, controvertir. La doble instancia no es un fin en sí misma sino un instrumento para garantizar los fines supremos a los que está vinculada la actividad estatal y se dirige a asegurar la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad; *f)* en el terreno del derecho disciplinario sancionador es factible una aplicación más flexible de la doble instancia siempre y cuando no se prive al disciplinado del derecho a apelar y toda vez que se le garanticen sus derechos constitucionales fundamentales […]; *g)* los procesos de única instancia constituyen una excepción a la aplicación de la doble instancia pero su existencia debe estar justificada desde el punto de vista constitucional. De otra manera, se convertiría la regla (doble instancia) en excepción (única instancia).

---

[315] Corte Constitucional, sentencia C-345/1993.

La actuación de un tribunal que no admite recursos obliga a defender los derechos básicos del proceso justo, que esencialmente anidan en las garantías a ser oído, a probar, y a obtener una sentencia razonable y suficientemente motivada. Solo en caso de no cumplirse estos resguardos, se debiera abrir un derecho de replanteo, como lo tiene, por ejemplo, el artículo 67 de la CADH cuando dispone que el fallo de la Corte IDH será definitivo e inapelable y que, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del mismo, el tribunal lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes.

Más dudosa es la admisión de instancia única del juez unipersonal, sin derechos de revisión o replanteo. Problema que se agudiza si el procedimiento es oral y sin documentación de las audiencias.

Ahora bien, este lado de las tendencias modernas afronta otra mirada. La doble instancia es un reaseguro del justiciable para conseguir que el caso sea controlado en su validez jurídica como en la interpretación razonable de los hechos. La instancia única del tribunal pierde consistencia al enfocar el objetivo en el derecho de revisión. Este es el territorio del derecho al recurso del que hablamos en el capítulo anterior.

Aquí la doble instancia civil y su pariente cercano, el doble confronte penal surgen como remedios que proscriben la arbitrariedad y contrarrestan el error o los vicios de procedimiento. Se instalan como necesarios e ineludibles al presentar la herramienta impugnativa dentro del derecho de defensa, y cuando se trata de condenas que afectan libertades personales, se apoyan en el art. 8.2 inc. h) de la CADH que entiende al recurso como un medio establecido a favor del inculpado para proteger sus derechos dándole otra oportunidad de ejercicio defensivo.

Una de las primeras veces que se aplicó este criterio fue en el caso *Maqueda,* cuando a la Argentina la Comisión IDH le propone modificar los recursos previstos en el sistema legal.

> En el trámite del Caso 11.086, la Comisión aprobó el Informe 17/94 en su sesión 1222 del 9 de febrero de 1994. En él determinó que Argentina había violado, entre otros, el derecho de recurrir a un juez o tribunal superior consagrado en el artículo 8.2.h, conjuntamente con las garantías judiciales del artículo 25. Transcurrido el plazo fijado en el informe mencionado sin haberse cumplido las recomendaciones de la Comisión, ésta sometió el caso a la Corte IDH. Según la Comisión Guillermo Maqueda […] "no tuvo posibilidad de interponer un recurso de revisión de la sentencia, debido a que la ley 23.077 no contempla apelación ni recurso amplio ante ningún tribunal de alzada. Por lo tanto, la única alternativa que quedaba

> al acusado era recurrir ante la Corte Suprema utilizando la vía del recurso extraordinario, un recurso de tipo excepcional y sujeto a restricciones".

El punto de vista analizado fue la falta de recursos de revisión de una sentencia condenatoria; distinto de otro informe de la Comisión IDH (informe N° 24/92), que evaluaron el impacto de limitaciones impuestas en el derecho local para la procedencia de impugnaciones contra las sentencias.

Las obstrucciones se establecían por el monto del asunto en juicio, o también, por la intrascendencia del conflicto (bagatela), que la Comisión entendió inconvencionales por el impacto en la garantía establecida en el art. 8.2.h de la Convención.

> Un aspecto esencial del informe sostiene que es parte del derecho al debido proceso que haya un tribunal superior que examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional de la que resulte la existencia de un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal[316].

Tiempo después en otro caso de Argentina, debió verificar si el derecho al recurso queda satisfecho con tener una vía de impugnación aunque fuera extraordinaria. El caso *Abella*[317] sostuvo que el recurso extraordinario federal no servía para revisar hechos y derechos, ni para remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema. Por ello, no era un recurso idóneo para cumplir con el derecho de revisión, ni tenía entidad suficiente para medirlo como "recurso sencillo y breve" (art. 25, CADH).

Por su parte, la Corte IDH esclarece que […]:

> Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del

---

[316] Informe N° 24/92, OEA/Ser.L/V/II.82, Doc. 20, 2 octubre de 1992, párr. 30.

[317] Informe N° 55/97 (caso 11.137).

juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él[318].

3. Doble instancia o derecho al recurso: Conclusiones

Para articular el estándar en la noción de debido proceso, parece claro confirmar que no es la doble instancia la que lo garantiza, sino el derecho de revisión plena de la sentencia condenatoria.

La satisfacción requerida es para los derechos fundamentales de la persona, de manera que las libertades son preferentes a los derechos patrimoniales, y en tal sentido, no parece que sean contrarios a la CADH aquellos reglamentos procesales del derecho interno que limitan recursos por la cuantía, los sujetos u otras circunstancias.

No obstante la diferencia no es tan clara. Obsérvese un aspecto de esta conclusión en la sentencia de la Corte Suprema argentina en el caso *Itzcovich*[319] donde se prioriza a las personas por sobre las cuestiones procesales […]

> El procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional. El fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia.

En el fallo se acentúa la doble instancia como garantía, y se fustiga el funcionamiento de un recurso previsto que por sus condiciones técnicas prolongaba el proceso casi indefinidamente. Empero, no es realmente la doble instancia la atención primera, sino la eficacia del recurso en orden a enfatizar la necesidad de que revise el caso.

Así lo expresa otro precedente como *Anadón c/ Comisión de Energía Atómica*[320] oportunidad que tiene el alto tribunal para hacer un análisis de proporcionalidad que

---

[318] Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C, N° 52.

[319] Fallos, 328:566.

[320] Fallos, 338:724.

revisa la permanencia del recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema, previsto como tercera instancia ordinaria de apelación de la sentencia definitiva.

Este recurso que estaba vigente desde el año 1905 la Corte lo inhabilita para declarar que es una vía de impugnación que ha devenido indefendible con el tiempo, y que con su aplicación práctica, comprometía el rol institucional que el tribunal debe cumplir.

De este modo, vuelve al escenario el interrogante de saber si es la doble instancia la garantía, o en realidad lo es el recurso que se concede.

En 2012 insistió la Corte argentina en el estándar de trascendencia sujeto a la sana discreción para habilitar su competencia extraordinaria al establecer la vía de apelación por salto de instancia solo para […] "aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados".

Asimismo, en la perspectiva de lo funcional, es necesario diferenciar el acceso a la revisión ordinaria de las instancias establecidas para que el justiciable cuente con el derecho a tener una revisión del caso.

Por eso en la causa *Anadón* se señala que […]

> Entre los procesos patrimoniales de cierto monto en los que una de las partes es la Nación, y los litigios en las que no se dan esos extremos, aparece que la situación procesal del Estado surge como un privilegio que no tienen los demás contendientes. En otros términos, no se trata de equilibrar prerrogativas estatales y garantías de particulares sino del reconocimiento de una revisión íntegra y ordinaria para unos y la imposibilidad de un recurso con ese alcance para otros. Teniendo presente entonces que la competencia de la Corte debe regirse por criterios que hagan a la salvaguarda de principios constitucionales, y que, como se ha dicho, un parámetro cuantitativo y mecánico, como cierto valor económico del litigio, no es un medio de por sí idóneo para evaluar la afectación de los valores de nuestra Carta Fundamental, deviene en insostenible la distinción efectuada en el artículo 24, inciso 6°, apartado a, del decreto-ley 1285/58.

En síntesis, no es la doble instancia una garantía del debido proceso, sino y en su lugar, la concesión de un derecho al recurso en los términos de la CADH.

Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria[321].

[321] Corte IDH, Caso "*Mohamed vs. Argentina*", sentencia de 23 de Noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C, N° 255.

Capítulo XIV

El plazo razonable*

Sumario: 1. Introducción; 2. Evolución del criterio; 3. Los tiempos del proceso; 4. No hay un estándar para el plazo razonable; 5. Conclusiones.

1. Introducción

¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecer como estándar para el debido proceso un tiempo para la terminación del litigio? La pregunta no es sencilla, ni se puede generalizar la respuesta, toda vez que para contestarla se debiera advertir como punto de partida, que no es igual el tiempo que puede insumir resolver un caso sencillo respecto de otro difícil.

Ronald Dworkin[322]tiene elaborada una teoría singular para esta compleja situación, entendiendo que un caso difícil ocurre cuándo no es posible encontrar claramente la norma jurídica que corresponde aplicar para resolver la controversia, sin que esta incertidumbre permita recurrir a criterios de discrecionalidad judicial. Para el filósofo la norma siempre está, y no importa el tiempo que se disponga para encontrarla. Aparece así el permiso de utilizar principios y valores derivados de la interpretación de la ley, pero en todo caso, el caso difícil se da con la duda razonable, o cuando no hay ley o ésta no es clara, etc.

La mención solo tiene como objetivo revelar que la decisión no siempre trabaja sobre normas, en la medida que el uso directo de un ordenamiento jurídico no impide considerar principios y valores que inciden en los modelos de solución. Por eso, no es sencillo sostener como pauta que si el caso es fácil debe ser resuelto en menor tiempo respecto de aquél que se presenta difícil o embarazoso.

Observada la cuestión en cualquiera de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante Sistema IDH), no hay lineamientos afines ni orientaciones comunes, pareciera que el problema se aloja más que en la razonabilidad del tiempo insumido para resolver, en el término completo que se necesitó

---

* Sobre la base de la investigación realizada por la profesora Gloria Lucrecia Liberatore.

322 Dworkin, Ronald, *Hard Cases*, Harvard Law Review, Vol. 88, Nº 6 (Apr., 1975), pp. 1057-1109.

para llegar a la sentencia definitiva. Esto es lo que revelan las estadísticas principales, que asienten su preocupación en los años, meses y días que duró la totalidad del trámite, sin desmembrar de ella la toma de decisiones urgentes, anticipadas o de necesidad rápida ineludible.

Por tanto, el interrogante que abre este capítulo es arduo de contestar como lo es responder si la razonabilidad del tiempo depende de un calendario antes que de otros motivos de justificación por la demora o la dilación.

Si fuera del caso analizar los derechos en conflicto, sería notorio que en los procesos penales donde está en juego la libertad individual la rapidez sería más exigible que en un procedimiento de obligaciones patrimoniales. Ninguna duda podría caber en la necesidad de actuar sin dilaciones y atendiendo que una de las garantías más preciadas es el derecho a la libertad personal. A su vez este plazo de resolver más rápido atiende la perspectiva de la víctima y de sus familiares afectados.

Sin embargo sería ésta una respuesta apresurada porque el derecho a la vida (por ejemplo, resolver el derecho a la prestación de medicamentos a un enfermo terminal cuyo servicio de salud se lo niega); o las cuestiones alimentarias, y tantas más que se reconocen como derechos preferentes, tienen el mismo derecho de urgencia o de encontrar un límite más acotado respecto al que establecen los plazos y términos procesales.

De allí que el problema podría anidar en el establecimiento de plazos y términos, que en la práctica existen, de modo que por este camino la cuestión no es conveniente. Y si lo fuera, establecer un tiempo antes de saber la complejidad del caso, sería abrumador para el que deba cumplir con ello.

En suma, la preocupación rebasa el tratamiento que centraliza la respuesta para los procesos penales, en atención a que también es un trance por el que sufren los juicios de índole civil, mercantil como también los especializados y de urgente esclarecimiento como son los procesos constitucionales.

> En tal sentido, si bien la razonabilidad de los plazos adquiere una mayor relevancia en la duración del proceso penal y más específicamente en los supuestos de detención preventiva, la garantía del plazo razonable se aplica a todo tipo de procesos, dado que así lo regulan las propias convenciones internacionales, destacando la actuación del Tribunal Europeo que ha

conocido y resuelto este conflicto del tiempo para resolver en asuntos de índole contencioso administrativo[323] o laboral[324].

Quizás este compromiso sea entendido más como un deber jurídico que como una garantía estandarizada en un molde preciso, y por eso tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH o Corte IDH), hayan seguido la opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[325] (en adelante TEDH), adoptando la denominada *teoría del "no plazo"*, que significa eludir la imposición de términos perentorios para dejar en el análisis particular de cada caso, la verificación si en ellos se respetó la razonabilidad del tiempo para resolver.

No obstante, esta puede ser una conclusión anticipada errónea, pues las últimas decisiones del tribunal que se refieren a la materia, vienen señalando cierta irrazonabilidad en los plazos que se cumplen en los procesos o en algunas de sus actuaciones procesales.

2. Evolución del criterio

La Corte IDH, sin dejar de reconocer la dificultad del tema y –también– siguiendo los lineamientos del TEDH[326], entendió –desde los primeros casos en que se planteó el tema– que tres son las cuestiones deben tenerse en cuenta a los fines de evaluar si ha sido respetado el plazo razonable, ello es:

1) la complejidad del caso,

2) la conducta y actitud procesal desplegada por el interesado y

3) la conducta y diligencia asumida por las autoridades judiciales en la conducción del proceso.

En Europa se elaboró la teoría de los siete criterios con la finalidad de determinar si la duración de la detención preventiva era razonable. La Corte Europea de

---

[323] Caso "*König vs. Alemania*" sentencia del 28 de junio de 1978.

[324] Caso "*Buchholz vs. República Federal de Alemania*" sentencia del 6 de junio de 1981.

[325] Caso "*Stögmüller vs. Austria*" sentencia del 10 de noviembre de1969, fue el primer caso donde la Corte Europea, aunque sin designar expresamente la denominación, adopta la doctrina del "no plazo".

[326] Caso "*Rigiesen -o Ringeisen- vs. Austria*" sentencia del 16 de julio de1971; caso "König" op. citado; caso "*Eckle vs. Alemania*" sentencia del 15 de julio de 1982.

Derechos Humanos en el caso "*Wemhoff vs. Alemania*"[327] –en el que planteó el tiempo excesivo de duración de la prisión preventiva y de todo el proceso–, explicita cada exigencia que después reitera en el caso "*Neumeister vs. Austria*"[328] y en "*Stögmüller vs. Austria*"[329].

Los siete criterios venían planteados por la Comisión Europea de Derechos Humanos, con el fin de evaluar la razonabilidad de la duración de la detención preventiva. Estos fueron:

a) La duración de la detención en sí misma,

b) la permanencia de la prisión preventiva en relación a la naturaleza del delito, a la pena señalada y a la pena que debe esperarse en caso de condena,

c) los efectos personales sobre el detenido -de orden material, moral u otros-,

d) la conducta del imputado en cuanto haya podido influir en el retraso del proceso,

e) las dificultades para la investigación del caso (complejidad de los hechos, cantidad de testigos e inculpados, dificultades probatorias, etc.),

f) la manera en que la investigación ha sido conducida,

g) La conducta de las autoridades judiciales.

La Corte Europea en los tres casos mencionados –"*Wemhoff*", "*Neumeister*" y "*Stögmüller*"– cuestiona la teoría de los siete criterios elaborada por la Comisión, pero sin invalidarlos, dando inicio a un nuevo concepto vinculado como son las dilaciones indebidas en el proceso. Quiere decir, entonces, que hay pautas de estudio pero nunca plazos dispuestos a modo de regla.

En el ámbito americano, el caso "*Genie Lacayo*"[330]la Corte IDH utilizó los criterios adoptados por el TEDH[331]. Comenzó por el análisis general de la duración de todo el proceso, y entendió que el plazo razonable no era un concepto de sencilla

---

[327] Caso "*Wemhoff vs. Alemania*" sentencia del 27 de junio de 1968.

[328] Caso "*Neumeister vs. Austria*" sentencia del 27 de junio de 1968.

[329] Caso "*Stögmüller vs. Austria*" sentencia op. cit.

330 Caso "*Genie Lacayo vs. Nicaragua*" sentencia del 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 30.

331 La Corte Interamericana cita a los precedentes "*Motta vs. Italia*" sentencia del 19 de febrero de 1991, párr. 30 y "*Ruiz Mateo vs. España*" sentencia del 23 de junio de 1993, párrafo 30 de la Corte Europea.

definición. Por eso validó los tres criterios referidos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales"[332].

> El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales[333]. Por lo que respecta al primer elemento, es claro que el asunto que se examina es bastante complejo, ya que dada la gran repercusión de la muerte del joven Genie Lacayo, las investigaciones fueron muy extensas y las pruebas muy amplias. Todo ello podría justificar que el proceso respectivo, que adicionalmente ha tenido muchos incidentes e instancias, se haya prolongado más que otros de características distintas.
>
> En cuanto al segundo elemento que se refiere a la actividad procesal del afectado no consta en autos que el señor Raymond Genie Peñalba, padre de la víctima, hubiere tenido una conducta incompatible con su carácter de acusador privado ni entorpecido la tramitación, pues se limitó a interponer los medios de impugnación reconocidos por la legislación de Nicaragua. En lo que al tercer elemento se refiere, es decir, en cuanto a la conducta de las autoridades judiciales de Nicaragua, esta Corte estima que no se han producido dilaciones excesivas en las diversas etapas del proceso, con excepción de la última fase todavía pendiente, es decir, del recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia interpuesto por la parte acusadora el 29 de agosto de 1994, admitido por dicho Tribunal el 31 siguiente y que, no obstante las diversas solicitudes de las partes, todavía no ha sido resuelto. Incluso considerando la complejidad del asunto, así como las excusas, impedimentos y sustitución de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el plazo de más de dos años que ha transcurrido desde la admisión del citado recurso de casación no es razonable y por consiguiente este Tribunal debe considerarlo violatorio del artículo 8.1 de la Convención. Lo hará en la parte resolutiva en relación con el artículo 1.1 de la misma que es el que contiene la obligación general de respetar la Convención.

De inmediato concluyó que en el caso, la duración del proceso había superado los límites del plazo razonable previstos en la Convención expresando […]: "*...han*

---

332 Caso "*Genie Lacayo vs. Nicaragua*" párr.77.

333 Ver entre otros, Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A Nº 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A N° 262, párr. 30.

transcurrido más de cinco años en este proceso[334], lapso que la Corte considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención"[335] -el destacado es propio-.

En el caso "*Suárez Rosero vs. Ecuador*"[336], la Corte IDH reitera su postura sobre los tres puntos que se deben tener en cuenta[337] a los fines de evaluar el plazo razonable que regulan tanto el artículo 7.5 –con relación a la prisión preventiva–, como el 8.1 –del proceso en general– de la CADH.

> Al realizar un estudio global del procedimiento en la jurisdicción interna contra el señor Suárez Rosero, la Corte advierte que dicho procedimiento duró más de cincuenta (50) meses, entendiendo que era un período que excedía en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. De inmediato dice […]: La Corte estima que el hecho de que un tribunal ecuatoriano haya declarado culpable al señor Suárez Rosero del delito de encubrimiento no justifica que hubiese sido privado de libertad por más de tres años y diez meses, cuando la ley ecuatoriana establecía un máximo de dos años como pena para ese delito"[338].

La Corte mantuvo su jurisprudencia posteriormente en el caso "*Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*" sentencia del 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas) párrafo 143; en el caso "*Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*" sentencia del 7 de junio de 2003 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 129; en el caso "*19 Comerciantes vs. Colombia*" sentencia del 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 190; en el caso "*Ricardo Canese vs. Paraguay*" sentencia del 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 141; en el caso "*Tibi vs. Ecuador*" sentencia del 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 175; en el caso "*Acosta Calderón vs. Ecuador*", sentencia del 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 105; en el caso "*García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*" sentencia del 25 de noviembre de 2005, párrafo 166; en el caso "*López*

---

[334] Cuenta el tiempo desde la fecha en que se dicta el auto de apertura del proceso, hasta la fecha de informe del estado del recurso extraordinario, que demuestra que no hay sentencia firme, y que es violatorio del plazo razonable la duración total del proceso (5 años); y los dos (2) años que lleva en la instancia superior.

335 Caso "*Genie Lacayo vs. Nicaragua*" párr. 81 in fine.

336 Caso "*Suárez Rosero vs. Ecuador*" sentencia del 12 de noviembre de 1997 (Fondo).

337 Caso "*Suárez Rosero vs. Ecuador*" párr. 72.

338 Caso "*Suárez Rosero vs. Ecuador*" párr. 73.

Álvarez vs. Honduras" sentencia del 1 de febrero de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 132.

En este último, aparece una innovación en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez que introduce un cuarto criterio que consiste en verificar la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, siempre que la afectación sea "actual y no meramente posible o probable, eventual o remota"[339].

Este nuevo temperamento se incorpora definitivamente por el pleno de la Corte IDH en el caso "*Valle Jaramillo vs. Colombia*"[340], reiterado después en "*Kawas Fernandez vs. Honduras*"[341]. También en casos de índole civil se dijo que, a los fines de determinar si el plazo razonable en la duración del proceso se había respetado o violado, las cuatro reglas debían estar confrontadas[342].

Las pocas veces que la Corte IDH menciona plazos irrazonables no significa, a *contrario sensu*, que con ellos haya establecido estándares de tiempo. Tampoco dijo en momento alguno si había un *quantum* global modelo para el plazo razonable. Sin embargo, y aquí nuevamente surge el interrogante primero: ¿bajo qué parámetros podría haberse determinado puntualmente de modo genérico el plazo en días, meses o años que pueda llegar a ser razonable? Ante estos interrogantes no existe una respuesta única posible.

3. Los tiempos del proceso

Para un sector de la ciencia procesal el proceso no tiene necesidad de tiempos porque la satisfacción de los litigantes no proviene de la rapidez que tenga el sistema donde ventilar las controversias. En consecuencia, son las partes quienes disponen de

---

339 Este cuarto criterio fue reiterado en los votos razonados del juez Sergio García Ramírez en el caso "*Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*" sentencia del 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) párrafo 7 de dicho voto y en el caso de "*Las Masacres de Ituango vs. Colombia*" sentencia del 1 de julio de 2006 (Fondo) párr. 26 de dicho voto.

340 Caso "*Valle Jaramillo vs. Colombia*", sentencia del 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas).

341 Caso "*Kawas Fernandez vs. Honduras*", sentencia del 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 112.

342 Caso "*Fornerón e hija vs. Argentina*", sentencia del 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparación y Costas) párrafo 66; caso "*Furlan y familiares vs. Argentina*", sentencia del 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas) párr. 152.

los tiempos del proceso, porque solo a ellas les interesa la oportunidad para que el juez resuelva con carácter definitivo.

> Cipriani[343], analizando el principio de impulso procesal desde la visión de Franz Klein, sitúa la cuestión entre dos ideologías. Los garantistas -dice- encuentran lógico que las partes, siendo libres de disponer de la relación sustancial, gocen de una cierta libertad en el proceso, y agregan que, desde el momento en que los recursos disponibles son limitados, debemos agradecerle al cielo que, sobre cien causas, sesenta no lleguen a sentencia. Los publicistas, por el contrario, sostienen que, durante el proceso, la libertad de disponer de la relación sustancial es en realidad sólo una concesión y, por lo tanto, aquella no implica disponer de los tiempos del proceso.
>
> Señala el profesor italiano: Podemos deducir que Klein, dando poderes a los jueces para hacer avanzar imperativamente los procedimientos civiles, fuerza una puerta que se abre para aquellas causas que, de otro modo, dormirían y, tal vez, no llegarían jamás a sentencia. Lo que significa, si no me equivoco, que el discurso de Klein no lleva tanto a acelerar el proceso civil sino más bien a imponer el tratamiento forzado de las causas que las partes querrían, al menos por el momento, mantener en *surplace*. De esto surgen algunas consecuencias.
>
> La primera es que el discurso de Klein presupone que el juez tenga poco que hacer; más precisamente, que las causas que las partes quieren ver decididas le dejen tiempo libre [...]. La segunda consecuencia es que obliga al juez a ocuparse también de las causas que las partes no quieren tratar, se resuelve no sólo en menoscabo de la libertad de las partes, sino también en daño del juez, que se ve constreñido a trabajar de más (a cambio de la misma retribución). El juez, en efecto, para conducir el proceso desde el inicio, lo debe conocer y, para conocerlo, debe estudiarlo. Con el riesgo que supone, al inicio, de estudiarlo inútilmente. Así se explica por qué Klein, como Guardasellos, estuviera constreñido a controlar «con mano dura» a los jueces. La tercera consecuencia nos atañe de cerca: el discurso de Klein, si tiene sentido cuando el juez tiene poco que hacer, se torna peligroso cuando las causas a decidir por voluntad de las partes toman ya todo el tiempo del juez y pierde toda razonabilidad cuando sobre el escritorio del juez se forma, como en la Italia de hoy, que tiene 2200 jueces para más de dos millones de causas pendientes, una montaña de trabajo atrasado.

En cambio, otros han instalado el derecho a la celeridad del proceso jurisdiccional entre los terrenos abonados por la evolución de los derechos humanos, y en esa categoría, se convierte en un derecho fundamental que supone dos obligaciones inmediatas: *a)* reconocer el carácter de garantía procesal interna para asegurar un

---

[343] Cipriani, Franco, *En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad),* Bari, Italia*,* Publicado en la *Rivista di diritto processuale*, 1995, pp. 968/1004.

proceso rápido, eficaz y expedito, y *b)* admitir que se tiene un compromiso internacional al haber incorporado (art. 75 inciso 22, Constitución Nacional argentina) los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

Obviamente, este emplazamiento conduce a evidenciar responsabilidades por la demora inusual, de manera tal que el derecho a evitar un proceso con dilaciones indebidas, supone también encontrar responsables que indemnicen al perjudicado por la rémora judicial.

> Sostiene Cançado Trindade[344]que, toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo.
>
> La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de ésta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (positivo) independientemente del tiempo: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos; de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional. La propia emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección.
>
> En el plano del derecho procesal el mismo fenómeno ocurre con la evolución en el tiempo del propio concepto de debido proceso legal. El aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es aquí innegable, como lo revela la rica jurisprudencia de la Corte y Comisión Europea de Derechos Humanos bajo el artículo 6.(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

---

[344] Voto concurrente en la Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999 de la Corte IDH.

Los plazos procesales se estudian desde ópticas distintas, permitiendo alcanzar conclusiones igualmente diferentes conforme el ángulo de observación analizado. Una de estas variables consiste en dividir los plazos en *propios* e *impropios.* Los primeros, se dirigen al interesado que plantea pretensiones ante la jurisdicción, a quien se lo somete a exigencias de tiempo, espacio y forma que se amparan bajo el principio de legalidad instrumental.

Los llamados plazos *impropios* van destinados al órgano judicial que interviene resolviendo la controversia. Estos tiempos no tienen control de las partes, ni determinan consecuencias graves (como sí ocurre con los plazos propios) porque la mayor sanción que reciben son disciplinarias o económicas.

De este modo, los períodos que transita la actuación judicial se convierten en una herramienta propia del doble discurso que tienen los principios procesales (en el caso, el de celeridad procesal). Mientras al abogado se lo sanciona con la pérdida del derecho o la caducidad de la instancia, al juez simplemente se lo amonesta.

> Explica Ramos Méndez[345]que es útil distinguir entre los plazos *impropios*, que por regla organizan la actividad jurisdiccional (plazos para notificaciones, señalamientos, dictar las resoluciones, etc.), de los plazos *propios*, que regulan la actividad de las partes en el proceso. La inobservancia de los primeros genera tan solo responsabilidad disciplinaria: Dicho evento será corregido disciplinariamente según la gravedad del caso, sin perjuicio del derecho de la parte agraviada para reclamar la indemnización de perjuicios y demás responsabilidades que procedan.
>
> Incluso, agrega el profesor de Barcelona en otra obra, que el mero enunciado de la distinción y atribución de distintos efectos a uno y otro tipo de plazos es de suyo el reconocimiento del relativo fracaso de someter a disciplina procesal a la jurisdicción.

La ambivalencia se refleja en los efectos que tiene el incumplimiento de los tiempos legalmente previstos. Para las partes los plazos son perentorios y fatales, mientras que los términos precluyen sin posibilidad de repetición; en cambio, el órgano jurisdiccional solamente recibe sanciones disciplinarias que se eluden o derivan hacia el secretario u otros funcionarios o empleados, siendo el juez únicamente la custodia formal prevista por el art. 34 inciso 5º en sus distintos apartados, del Código Procesal nacional (Argentina).

---

[345] Cfr. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, cit., p. 88; *El Sistema procesal español*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 123 y ss.

En Argentina, recién con la sanción de la Ley 25.488 se tomaron en cuenta modificaciones de otro tipo, que inciden en la consideración de idoneidad, o en la afectación del patrimonio (*hasta un 15 % de su remuneración básica*, dice el art. 167 inciso 2º, párrafo tercero) cuando la sentencia se pronuncia fuera de los plazos previstos. No obstante, la estructura formalista del proceso civil, sostenida por principios que necesitan renovarse (como el dispositivo, entre otros), mantiene la idea que al comienzo de este trabajo se enunció:

Si son las partes quienes dinamizan el impulso procesal, no puede el juez estar obligado a realizar lo que las partes no concretan. Una vez más, aparece en el discurso procesal el error de encontrar responsabilidad por la conducción del proceso y el impulso que el mismo merece.

En síntesis: plazos y términos constituyen una estructura anquilosada que no respeta las nuevas consignas fundamentales del derecho a contar un proceso rápido y expedito (art. 43, Constitución Nacional argentina), ni tiene presente el mensaje de tratados y convenciones sobre Derechos Humanos que reclaman un proceso breve, sencillo y eficaz.

> Magníficamente resume Riba Trepat que, el plazo, por sí mismo, no presenta elementos suficientes como para sustentar una clasificación más allá de consideraciones superficiales, pues lo verdaderamente significativo es la respuesta del ordenamiento jurídico ante la verificación de una actuación procesal que carece de regularidad temporal. Otra cosa es que, por ser los actos de parte predominantemente potestativos, sea la ineficacia la consecuencia propia de la inobservancia de los plazos que les afectan, de modo que la responsabilidad subjetiva recae fundamentalmente sobre el órgano jurisdiccional, que es quien tiene que cumplir con la obligación de resolver, y de hacerlo en el tiempo que marca la ley[346].

4. No hay un estándar para el plazo razonable

Ahora bien, la interpretación de la CADH que realiza la Corte IDH, le permite ir definiendo conceptos y alcances de las normas del Pacto que se van utilizando en los casos que se resuelven. Sin embargo, respecto al plazo razonable el sistema solo menciona el derecho a resolver dentro de un período sensato como sinónimo de

---

[346] Riba Trepat, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 266.

razonable. De modo tal que tampoco sería prudente que la Corte IDH estableciera un plazo único o referencial, desde que su función es verificar si los tiempos que insumió el desarrollo de un procedimiento satisfizo el mínimo de cordura y prudencia que se pone como estándar de discrecionalidad abierta.

Hay varios ejemplos que podemos señalar […]

> En el caso "*Memoli vs. Argentina*", el país fue condenado y declarado responsable por la violación a la garantía judicial del plazo razonable y el derecho a la propiedad en perjuicio de los señores Carlos y Pablo Mémoli. Dichas violaciones se declararon por la duración excesiva del proceso civil por daños y perjuicios seguido en contra de los señores Mémoli, ya que habían transcurrido, para ese momento, más de quince años sin que se hubiera emitido la sentencia de primera instancia. Asimismo, tal demora prolongó la duración de la medida cautelar de inhibición general de enajenar y gravar bienes que estaba vigente en dicho proceso civil, con el fin de garantizar el eventual pago que resultara del proceso, lo cual les afectó de forma desproporcionada su derecho a la propiedad privada[347].

Si bien es cierto que en términos generales la Corte IDH debe considerar la duración global de un proceso a efectos de analizar su plazo razonable, en ciertas situaciones particulares puede ser pertinente una valoración específica de sus distintas etapas[348]. Así sostiene que el tiempo para hacer efectivo el pago de la reparación civil a nivel interno por parte del Estado, como parte del proceso penal que se demoró más de dos años, viola el principio del plazo razonable[349]; o bien cuando dispone que no resulta aceptable que una investigación dure más de veinte (20) años[350]; o al establecer si es razonable el tiempo entre tres (3) y cinco (5) años para tramitar un proceso donde hay niños involucrados.

> La observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño en los procesos que les conciernen. En el presente caso, la conducta de las autoridades careció de la más mínima diligencia. Por el contrario, se caracterizó por un procesamiento formalista de

---

[347] Corte IDH. Caso *Mémoli vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de fecha 10 de febrero de 2017.

[348] Corte IDH. Caso *de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C, N° 270, párr. 403. Véase asimismo TEDH. *Caso Bunkate vs. Holanda* (N° 13645/88). Sentencia de 26 de mayo de 1993, párrs. 20 a 23, y *Caso Pugliese vs. Italia (N. 2)* (N° 11.671/85). Sentencia de 24 de mayo de 1991, párr. 19.

[349] Corte IDH, Caso *Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*, cit., párr. 120.

[350] Corte IDH. Caso *Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 13 de marzo de 2018, Serie C, N° 353, párr.204.

> oficios y documentos en el que se resolvía, sin atención a los alegatos formulados, lo cual ocasionó en más de una oportunidad la anulación de actuaciones judiciales, y sin consideración de los derechos en litigio o la afectación que la demora podía generar en las personas involucradas. Esta Corte ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. En casos que involucran la guarda y custodia de niños, el retraso en las decisiones judiciales genera afectaciones significativas y muchas veces irreversibles e irremediables[351].

En todo caso, debiera tenerse en cuenta la doctrina del margen de apreciación nacional, que teniendo origen en el Tribunal Europeo colige al mismo como el espacio de las particularidades que tiene cada Estado.

Frente a ello, no correspondería a los Tribunales internacionales fijar un plazo específico para la terminación del proceso, pero como en el Sistema IDH no se aplica dicho sentir nacional, podría establecer parámetros que debieran ser interpretados por los tribunales nacionales dentro de los límites estrictos fijados en los mismos.

En definitiva, las medidas o estándares que emanan de los criterios adoptados por la Corte IDH brindan poca orientación. Hay en la mención de la garantía un pleno de discrecionalidad que atiende más las circunstancias del caso que la creación de un estándar a seguir. Por eso, cuando se trata de llevar ese patrón al derecho interno y aplicarlo como pauta de valoración hacia un derecho subjetivo al plazo razonable, podría existir una demasía imprevista, y sería un verdadero error que los jueces locales creyesen que la resolución del caso por la Corte significa un estándar a seguir.

Como conclusión, entendemos que la Corte IDH no puede establecer un tiempo para la terminación del proceso. No hay consenso ni posibilidad de dar un plazo a lo razonable. La doctrina del margen nacional de apreciación en la aplicación e interpretación de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos es un claro testimonio de la diversidad, y también, un reflejo de porqué la Corte no quiere utilizarlo.

En tal sentido debemos recordar que […] "la misión de los sistemas de protección de derechos humanos no piensa ni se detiene en sistemas procesales, sino en

---

[351] Corte IDH. Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, N° 351, párr. 262.

el conjunto de garantías aceptados como reglas mínimas que ningún estado puede interpretar a su antojo[352]".

5. Conclusiones

Cuanto en más se dice corresponde a nuestra ideología en este tema[353]. Los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, sumado a la interpretación jurisdiccional que de ellos realizan los tribunales supranacionales, además de la influencia que ejercen los organismos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todos en conjunto, concitan un llamado a modificar la tradición conceptual del derecho de defensa, para aumentar la garantía hacia un calificación más amplia del *debido proceso.*

Este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso reformular el método y la ideología, con el fin de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

> De alguna manera es una reconversión del derecho subjetivo, que conservando la noción de tutela perseguida, exige de ahora en más, que la protección (la sentencia) llegue oportunamente; es decir, cuando se necesita seguridad y certidumbre, evitando las sentencias que por el paso del tiempo pierden interés de los justiciables[354].

Se propicia trabajar los conceptos en armonía, porque de no hacerlo, cualquier infracción al derecho fundamental de simplicidad, celeridad y eficacia en los procesos, serviría para encontrar manifiesto el incumplimiento en el derecho al proceso debido; y de resultar así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe cualquiera de estos deberes.

---

[352] Gozaíni, Osvaldo A., *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Tomo 2, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fé, 2017, ps. 355 y ss. También cfr.: El plazo razonable en los procesos constitucionales" en *dpccgozaini.blogspot.ar/2010/08/el-plazo-razonable-en-los-procesos.html*

[353] Cfr. Gozaíni, *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Tomo 2, cit., capítulo XVI.

[354] Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fé, 2006, p. 277.

Por eso, el plazo razonable no se debe confrontar únicamente con los tiempos procesales dispuestos, sino con todas las condiciones que el sistema ofrece para desarrollar adecuadamente el litigio. Además, en la idea de sencillez, brevedad y eficacia implícita, no se pueden eludir las categorías de problemas y conflictos, en la medida que es muy distinta la prioridad que merece una controversia privada respecto de una crisis constitucional; recordando al efecto que, en América, la actuación jurisdiccional cubre varios frentes que en Europa se desgranan en tribunales independientes, ejerciendo una verdadera "administración de justicia", antes que un Poder auténtico como el que tiene el método difuso de actuación constitucional de los jueces americanos.

> Por eso señala Gimeno Sendra[355] que algunos países europeos no aplican internamente el citado art. 6.1, habiéndose dicho por la Comisión de Derechos Humanos que, en lo que concierne al procedimiento instruido en el recurso de amparo, se recuerda que, tratándose de la República Federal de Alemania o de Suiza, ellas han declarado que el artículo 6 párrafo primero, es inaplicable a los procedimientos de examen de los recursos de carácter constitucional. En efecto, una Corte Constitucional no se ocupa más que de los derechos fundamentales; dicho en otras palabras, ella soluciona los litigios declarando la compatibilidad con la Constitución nacional de los actos o de las medidas tomadas por los poderes públicos en el ejercicio de la potestad pública.

En suma, la primera conclusión que surge del derecho procesal transnacional, adoptado como temperamento común para idealizar un mecanismo ágil y expedito en los procesos judiciales, determina la creación de un nuevo derecho subjetivo de quienes acuden por necesidad ante los jueces requiriendo la solución de sus conflictos.

El derecho a obtener sentencia en un plazo razonable es la novedad que tiene un proceso con todas las garantías. Y su incumplimiento advertido por los tribunales internos es una fuente de reparación patrimonial por el perjuicio habido; así como una condena de la Corte IDH obligará al Estado a dar soluciones efectivas a este evidente problema de la morosidad jurisdiccional.

---

[355] Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y proceso,* Cívitas, Madrid, 1988, p. 99

Capítulo XV
La sentencia transnacional

Sumario: 1. Introducción; 2. Alcance de la jurisdicción de la Corte Interamericana; 3. Declaraciones y reparaciones; 4. Efectos de la separación formal del pronunciamiento; 5. Cosa juzgada convencional; 6. La sentencia transnacional como exhortación; 7. Conclusiones.

1. Introducción

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) corresponden a la naturaleza jurídica de las llamadas "sentencias constitucionales"[356]. Son una típica expresión de las sentencias exhortativas, con la diferencia de delegar el cumplimiento, toda vez que al ser el Sistema Interamericano un mecanismo subsidiario, asigna la competencia de ejecución al órgano judicial correspondiente del derecho interno.

Asimismo, son decisiones que culminan un procedimiento autónomo, de elaboración compleja o similar al sistema acusatorio penal, en el que primero se investiga, después se acusa, de inmediato se delibera en etapa probatoria y cierra el circuito con la sentencia condenatoria o absolutoria. La particularidad que la vuelve especial es el formato de construcción de la sentencia.

En primer lugar queda de manifiesto que es diferente de una sentencia común donde la razón del derecho se divide en ganadores y perdedores. Aquí no se focaliza la persona y la cuantía de su argumento fundado, porque la mirada se pone en los derechos humanos afectados.

Puede haber una declaración preliminar o sentencia de fondo, y una resolución singular de reparaciones que se modaliza y cumple con las normas del Estado condenado. La Corte IDH solamente supervisará la ejecución y emitirá, cuando corresponda, nuevas sentencias exhortativas, esta vez destinadas a declarar el comportamiento del condenado.

---

[356] En este capítulo remitimos para mayor comprensión a nuestra obra: "*Teoría de la sentencia constitucional*", Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional Nº 114, México, 2015.

Sergio García Ramírez[357] dice […]:

> Un punto relevante en el desempeño de esta tutela internacional es el cumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana, que ciertamente no es facultativo, sino imperativo para los Estados que han admitido la jurisdicción contenciosa de aquélla. Lo es, con sustento en la voluntad soberana de quienes ratifican la Convención Americana y reconocen la jurisdicción de la Corte, y como expresión natural de esa voluntad. Este hecho desvanece la antigua antinomia entre soberanía y jurisdicción internacional y contribuye a poner en evidencia que la tutela nacional de los Derechos Humanos prosigue a través de la tutela internacional, ya complementaria de aquella: ambas pendientes de una sola convicción y un mismo designio protector del ser humano.

La Corte IDH reitera que la obligación de los Estados proviene de la misma CADH que impone el deber de implementar rápidamente la ejecución pronta de las sentencias, por entender que el derecho internacional consuetudinario vincula a todos los poderes y órganos estatales, siendo responsable el que deje de hacerlo.

> Al producirse un hecho ilícito atribuible a un Estado surge la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional, dándose así origen a una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar. En efecto, el artículo 63.1 de la Convención reproduce el texto de una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. La falta de ejecución de las reparaciones en el ámbito interno implica la negación al derecho de acceso a la justicia internacional[358].

Sin embargo estadísticamente apenas supera el veinte por ciento (20%) el cumplimiento total de las sentencias del Sistema IDH, siendo de un variopinto notable los argumentos que se esgrimen para la resistencia.

---

[357] Prólogo del libro "*La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, p. VI

[358] Corte IDH: Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 21 de noviembre de 2007, Considerando 11; Caso *Huilca Tecse vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 de febrero de 2008, Considerando 9; Caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 19 de enero de 2009, Considerando 19; Caso *Cantos vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 26 de agosto de 2010, Considerando 8; Caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 10 de octubre de 2011, Considerandos 13 a 17; Caso *El Amparo vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de febrero de 2012, Considerandos 1 a 19; Caso *Bayarri vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de junio de 2012, Considerandos 7 a 9; Caso *YATAMA vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de agosto de 2013, Considerandos 8 a 19; Caso *Castillo Páez vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2013, Considerandos 6 a 16, y Caso *Fontevecchia y D´Amico vs Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2015, Considerandos 1 a 10.

Por ello, en este capítulo trataremos de comprender la fuerza compulsoria de las sentencias transnacionales a tono con la interpretación que hacen sus propios organismos.

Antes entendemos necesario analizar el presupuesto jurisdiccional propio de la teoría del proceso, que radica en sostener como unidad la *notio* más la *executio* (conocimiento y ejecución), como esto no lo tiene el Sistema IDH, hay que resolver qué ocurre con las sentencias que se dejan de ejecutar, o se diluye, posterga o dilata *sine die* el cumplimiento.

Por lo general la resistencia a la autoridad se funda –no siempre– en la teoría del proceso (no se ejecuta la sentencia que proviene de un órgano que no posee potestades jurisdiccionales, pudiendo resolver la admisión previo exequátur), o con motivaciones del derecho internacional público (alcance y eficacia de los tratados internacionales).

2. Alcance de la jurisdicción de la Corte Interamericana

El concepto de jurisdicción cabe en distintos moldes. El que nos interesa observar es el que lo asienta como una forma política de organización del Estado, donde la sociedad reclama el imperio del orden, la justicia y la equidad privándose de componer por sí los problemas que afronta, dejando en manos de la autoridad esa atribución. Precisamente, al ser una delegación de facultades personales, la jurisdicción se presenta como una función de garantía específica, que se convierte en poder al resultar única e intransferible.

Basados simplemente en esta idea, la cuestión no importa problema interpretativo alguno, en tanto se comprenden las razones por las cuales el hombre que vive en una sociedad organizada prefiere el control al autojuzgamiento. En este marco, el Estado personifica un ente superior donde se resumen, prácticamente, todas las manifestaciones de la vida en comunión. Evidentemente, el hombre en soledad carece de reglas pues no tiene que compartir; en cambio, la interrelación humana produce efectos inevitables que bueno resulta sean solucionados en base a principios distintos de la fuerza bruta. En cierto sentido, la jurisdicción como medio pacífico de justicia y

orden, es la imposición de un ímpetu incomparable, que se legitima por la soberanía del poder[359].

El poder jurisdiccional está para resolver conflictos intersubjetivos, siendo a igual tiempo un deber la prestación de ese servicio. El resultado de esa intervención genera la creación del derecho, y la interpretación de las normas que se aplican en los casos que se dirimen.

Esta visión consiente que la jurisdicción sea un poder en sí mismo, y que su actividad se distinga de la que realizan sus pares en la actividad de gobierno, porque no solo controla la actividad de ellos a través de aplicar el principio de supremacía constitucional, sino también, porque debe resolver las controversias que las partes presenten.

El punto principal de interés asiente en saber si la jurisdicción es por sí misma un poder; o si por el contrario, ella sólo constituye un ejercicio funcional del Estado. No debe olvidarse al respecto, como punto de partida al planteo formulado, que la teoría del poder, cuidadosamente elaborada desde la Edad Media, fue abandonada con el advenimiento del concepto de soberanía nacional, del cual se pretende que todo emana.

> Así, por ejemplo, Ibañez Frocham define a la jurisdicción como […] "el poder estatal, emergente de la soberanía o de sus desmembraciones políticas autónomas, de decidir los conflictos de interés que someten a decisión de sus órganos las personas físicas o jurídicas que integran la comunidad, inclusive la administración del propio Estado, como partes, a los cuales el orden jurídico transfiere el deber de resolverlos conforme a la ley, como así a la ejecución de la sentencia y las demás decisiones del proceso contencioso y del voluntario, inclusive las del proceso penal"[360].
>
> En cambio, Podetti señaló que jurisdicción es […] "el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición del interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida"[361].

Con este piso de marcha se debe articular la jurisdicción supranacional que radica en los órganos del Sistema IDH a los que se le reconocen poderes de la jurisdicción.

---

[359] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil,* tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 456 y ss.

[360] Ibañez Frocham, Manuel, *La jurisdicción*, Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 47.

[361] Podetti, Ramiro J., *Teoría y Técnica del proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1942, p. 155.

En el caso *Baena vs. Panamá*[362] se había cuestionado dicha potestad respondiendo el tribunal internacional que [...]

> La jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado. Es por ello necesario establecer y poner en funcionamiento mecanismos o procedimientos para la supervisión del cumplimiento de las decisiones judiciales, actividad que es inherente a la función jurisdiccional. La supervisión del cumplimiento de las sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción. Sostener lo contrario significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas. El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción; en caso contrario se estaría atentando contra la *raison d'etre* de la operación del Tribunal[363].

En la afirmación no hay coincidencia dogmática pues supervisar que la sentencia se cumpla es algo diferente a ejecutar por cuenta propia bajo la inteligencia que la jurisdicción suma *notio* más *executio* (resolver y ejecutar).

Esta es una consecuencia natural de la potestad que se ejerce porque también hay organismos con facultades jurisdiccionales que disipan conflictos entre sujetos en la administración y en la legislación. Desde otra perspectiva podría negarse la existencia de un poder jurisdiccional, para reducir el concepto a una función que, cuando es realizada por magistrados asume particularidades que en otros no sucede, como son las características de definitividad de las resoluciones y la posibilidad de realizarlas compulsoriamente, en lo que constituye un ejercicio de fuerza legitimada[364].

Lo cierto es que, aun dependiente de la voluntad particular, la jurisdicción expresa el poder de quien se la otorga, esto es el pueblo mismo. Es éste quien tuvo la potestad de autojuzgarse, de organizarse, de limitarse y finalmente, de socializarse en base al principio de los derechos compartidos. Por eso la jurisdicción no deja de ser una función del Estado, pero el poder no le pertenece a éste porque es de aquél.

Habría entonces que distinguir tres conceptos, de un lado el poder, por el otro la potestad y luego la función. El poder le pertenece al pueblo, y por el principio de autoridad radica en la Nación; la potestad de hacer las leyes corresponde al legislativo; y

---

[362] Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Sentencia de 28 de noviembre de 2003 (Competencia). Serie C, N° 104.

[363] Ibídem, párr. 26.

[364] Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* tomo I, cit., p. 466.

al ejecutivo hacerlas cumplir. Al poder judicial le está atribuido el señorío de aplicar las leyes, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Con esta mirada el Sistema IDH procura la efectividad de las sentencias dictadas por el tribunal entendiendo que el poder jurisdiccional que tiene y proviene de la incorporación del Pacto al derecho interno, está en el derecho de acceso a la justicia, que abarca también el cumplimiento pleno de las resoluciones[365]. Interpreta la jurisdicción como un todo contenido en el acto de adhesión al Sistema IDH, pero no tiene en cuenta que, por un acto propio, delega el acto de cierre potestativo de lo jurisdiccional al que lo justifica con el dominio de la supervisión.

La idea se entiende sobre el concepto de sistema subsidiario y complementario del derecho interno, aunque carece de apoyo teórico dentro del concepto de los poderes de la jurisdicción.

> La Corte estima que la voluntad de los Estados, al aprobar lo estipulado en el artículo 65 de la Convención, fue otorgar a ella la facultad de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y que fuera el encargado de poner en conocimiento de la Asamblea General de la OEA, a través de su Informe Anual, los casos en los cuales se diera un incumplimiento de las sentencias de la Corte, porque no es posible dar aplicación al artículo 65 de la Convención sin que el Tribunal supervise la observancia de sus decisiones[366].

La debilidad del argumento es la propia voluntad de supervisar en lugar de ejecutar directamente, a sabiendas que ello no es posible por lo dispuesto en el artículo 68 de la CADH. De suyo intercala el poder de ejecución directa como una remisión al orden normativo local al que supervisa sin darle órdenes sobre cómo realizarlo.

En consecuencia puede sugerir el primer inciso del mencionado art. 68 su relación con el deber de los Estados parte del tratado para cumplir con la decisión y obligarse a respetar los derechos declarados, así como a adoptar disposiciones de derecho interno que implementen toda medida legislativa, o de otro carácter que fueran necesarias para dar eficacia al control de convencionalidad celebrado.

Mientras que el inciso segundo se refiere a la forma de dar cumplimiento a las indemnizaciones. Considerando que las reparaciones son una parte de la sentencia, o

---

[365] Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá,* cit., párr. 82.

[366] Cfr. Hitters, Juan Carlos, *El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (Supervisión Supranacional. Cláusula Federal).* En Estudios Constitucionales, vol.10, nº 2, Santiago de Chile, 2012, pp. 535-574.

pueden ser también, la decisión independiente que satisface pretensiones distintas a las declarativas de responsabilidad.

En ambos casos el llamado efecto útil de las resoluciones emanadas del Sistema IDH dependen de la voluntad estatal comprometida, en cuyo caso debieran encontrarse alternativas prácticas o promover cambios reglamentarios que permitan diluir semejante porcentual de inejecución.

La pobreza teórica surge en dos niveles que el Sistema IDH razona inconvenientemente porque se contradice con la realidad emergente. El primer punto es zanjar el problema de los límites de la jurisdicción (no entendida como competencia, sino como poder de resolver) en la medida que la Corte IDH cuenta con la potestad de decir el derecho (convencional) en el caso que resuelve y así obligar al Estado en los términos de los arts. 1 y 2 de la CADH; mientras que la sentencia de reparaciones necesita del mecanismo procesal interno de ejecución que la primera no exige, en la medida que no tiene la *executio* teórica de la jurisdicción como dogma.

Tiene ello un tercer componente posible que se da cuando la sentencia del tribunal internacional afecta por implicancia la cosa juzgada del derecho interno, pues a pesar que se quiera fundamentar con el argumento que no lo hace, en los hechos cuando cambia los efectos, revoca un criterio, o señala imperfecciones que constituyen verdaderas nulidades procesales, en fin, cuando se involucra en el caso local y lo altera, es evidente que ataca el principio *res judicata pro veritate habetur* (la cosa juzgada es una verdad para quienes fueron parte del proceso), debiendo encontrarse una salida a esta negación contraria con los hechos que suceden.

3. Declaraciones y reparaciones

Veamos el punto conclusivo anterior con más detenimiento. No se tienen dudas sobre la atribución del Sistema IDH para dar vida y razones a los derechos humanos que cuando se contextualizan dan pie al efectivo control de convencionalidad. Ese modelo declarativo que comienza con una denuncia o petición que se investiga y admite tener justificaciones del Estado cuando produce su informe de relevamiento, culmina con recomendaciones y propuestas de la Comisión IDH que, de no cumplirse en un corto período, permite ingresar el informe final que inicia la verdadera contradicción del caso.

> Para comprender mejor este sistema, la Corte IDH dice que […] "la Comisión debe promover y defender los derechos humanos, pudiendo llegar a constituirse ante la Corte en parte acusadora y en esa medida no comparte necesariamente la calidad de imparcialidad que debe caracterizar a una instancia judicial. De allí, pues, que lo previsto en el artículo 46.1.a) de la Convención está también concebido como un límite a la actuación del señalado ente no judicial y que puede llegar a ser parte en el consecuente litigio que el mismo origine. Esto es, lo que se pretende con dicha norma es evitar que la Comisión actúe antes de que se haya dado debido y oportuno cumplimiento al requisito o regla que establece, esto es, que proceda no obstante que no se hayan agotado previamente los recursos internos"[367].

Este es el punto de partida para la intervención de la Corte IDH que encuadra la naturaleza jurídica de la sentencia del tribunal internacional. Las distancias con el proceso común se evidencian desde el comienzo. Un proceso ante el tribunal internacional tiene diluida la bilateralidad procesal porque la tarea específica es el control de convencionalidad que en momento alguno tiene en cuenta el interés particular o las pretensiones expuestas.

De mayor claridad son las opiniones consultivas, donde no hay pretensiones ni posiciones, solo interpretación y declaración subsiguiente.

La petición ante la Comisión IDH promueve principios diferentes a los de la teoría del proceso. Por ejemplo, la contradicción técnica (derecho a oír a todas las partes antes de resolver). Un proceso transnacional no mira otra cosa que los hechos sucedidos en un Estado que supuestamente ha vulnerado derechos humanos, y ese es el único tema que atenderá en la investigación preliminar. Los presupuestos de la legitimación procesal no los necesita porque en el sistema son diferentes; lo mismo con la representación y el patrocinio profesional de abogados; el aporte de los hechos y la prueba a relevar, entre otras diferencias.

En cambio toma en cuenta el principio de congruencia, porque si el Estado fue denunciado por violar la libertad de prensa, solo podrán sumarse derechos relacionados con ello y no otras violaciones sin exposición en la petición de comienzo.

---

[367] Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi en el caso *Cruz Sánchez y otros vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 17 de abril de 2015; Serie C, Nº 292.

Por eso, el objeto que la petición persiga (es decir, reconocer que la denuncia solo puede poner de relieve hechos sin solicitar reparaciones) debe acotar el margen de la intervención, como centrar el caso que eventualmente se someta a la Corte IDH.

Cuando hablamos en otra obra con simbolismos decíamos: cuando se golpea a las puertas de un juez, el interrogante que planteará para permitir la entrada a su fuero, no será preguntar ¿Ud. quién es? Sino ¿qué quiere?, con lo que queremos significar que la atención liminar son los derechos humanos sufrientes y no las víctimas que deben ser resarcidas[368].

En suma, la etapa contenciosa empieza cuando quedó cerrado el circuito de la investigación y se verifica que el Estado no cumple; a partir de allí reinicia el procedimiento y promueve lo contencioso puro, con el informe final de la Comisión IDH y con los escritos de solicitudes, argumentos y pruebas. La sentencia no debe conducir necesariamente a darle razón a uno u otro, porque la declaración no pretende dirimir un conflicto, sino conseguir la eficacia del derecho de raigambre convencional.

Por su lado, las sentencias indemnizatorias observan el futuro; las otras, consideran el pasado. Mientras las primeras son esencialmente garantías patrimoniales, en el sentido de incorporar al individuo beneficiario, un derecho creditorio de dinero o especie, moral o material; las que prescriben la culpa del Estado o eximen de ella, expresan la conducta que se castiga y procuran evitar la continuidad o su reiteración[369].

La división entre declaraciones y reparaciones fue producto de un tiempo que la Corte abandonó. En la actualidad el artículo 66 reglamenta que […]

> 1. Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones y costas, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento.
>
> 2. Si la Corte fuere informada de que las víctimas o sus representantes y el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante, han llegado a un acuerdo respecto al cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que el acuerdo sea conforme con la Convención y dispondrá lo conducente.

El presupuesto está previsto en el artículo 63.1 de la CADH que establece la obligación de la Corte para: *a)* garantizar a la víctima el goce de sus derechos; *b)* reparar

---

[368] Gozaíni, *Teoría de la sentencia constitucional,* cit., p. 13.

[369] Gozaíni, *El Sistema Procesal Interamericano*, Ediar, cit., pp. 992 y ss.

las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos; *c)* el pago de una justa indemnización.

Ninguna parte de este artículo hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquella no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo. Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia.

En efecto […]

> En su jurisprudencia la Corte ha establecido que el artículo 63.1 de la Convención, que dispone sobre la materia de reparaciones, refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Tal como ha establecido el tribunal, la obligación de reparar se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones o dificultades de su derecho interno. Por ello, al disponer las distintas medidas de reparación la Corte no se encuentra limitada por el derecho interno del Estado responsable. El precepto convencional faculta al tribunal a determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación y regular todos sus aspectos[370].

La reparación debe hacerla efectiva el Estado, quien no se puede escudar en la responsabilidad federativa que torna sujeto denunciado al Estado, provincia o departamento donde la autoridad cometió el ilícito. El responsable es el Estado tal como lo formula el art. 28 (cláusula federal) de la CADH.

4. Efectos de la separación formal del pronunciamiento

La separación propuesta para comprender el alcance teórico del conflicto señala las dos vertientes que tiene la decisión transnacional. Por un lado la declaración de convencionalidad que tiene como objeto verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás

---

[370] Corte IDH. Caso *de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 9 de septiembre de 2005.

tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; y por otro, la sentencia de reparaciones que remite a un procedimiento interno para su ejecución y cumplimiento.

El interrogante que se abre está en saber si la declaración pronunciada es directamente ejecutable por no necesitar que se active un procedimiento específico, toda vez que es el Estado quien está obligado a realizar un control de convencionalidad entre sus normas y la Convención Americana, con el fin de aplicar las pautas que fueron interpretadas a través de la emisión de una opinión consultiva o al resolver un caso que, por su implicancia, alcanza a todos los órganos de los Estados miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.l) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9).

> Al respecto, el tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la CADH, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana[371].

Las respuestas son diversas y absolutamente asimétricas. Algunos creen que son meras sentencias declarativas que carecen de fuerza ejecutiva cuya obligación de acatamiento es relativa y depende del orden público local.

> El ejemplo lo aporta Venezuela que interpreta las sentencias como un ataque a la soberanía del Estado. En el caso "1942" del Tribunal Superior de Justicia – Sala Constitucional – luego de recibir "recomendaciones" de la Comisión IDH resolvió que: [...] La Sala observa que los fallos o decisiones de organismos internacionales, supranacionales o transnacionales, que violen el derecho de defensa y otras garantías de naturaleza constitucional, como el debido proceso, son inaplicables en el país, a pesar de emanar de tales organismos internacionales reconocidos en la República […]. Por ello, si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello

---

[371] Corte IDH. Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones). Serie C, N° 260, párr. 221.

> no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones; además, el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación[372].

Otros entienden que el artículo 68.1 de la CADH es claro y compromete a los Estados a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que *sean partes*. Poniendo solo un deber de interpretación conforme cuando no tuvieron intervención procesal, dejándoles un mero deber de implementación a nivel interno de tipo legislativo o reglamentario.

Según Fix-Zamudio […]

> La expedición de disposiciones legislativas para regular el cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales asume mayor importancia en América Latina debido en especial a que las sentencias de la Corte IDH, cuya competencia jurisdiccional han reconocido expresamente la totalidad de los Estados deben considerarse como imperativas pero no ejecutivas, ya que su cumplimiento corresponde a los países involucrados[373].

Esta segmentación entre el alcance de la sentencia solo para quienes son partes, se podría resolver si quedase en claro que la interpretación declarativa del Pacto y demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos es obligatorio para todos; mientras que las modalidades de reparación son cuestiones de derecho interno que tienen una obligación emergente de la Convención de Viena (art. 27).

No obstante, se produce otra contingencia con el efecto que genera la sentencia transnacional (sea en jurisdicción contenciosa o consultiva) sobre situaciones jurídicas consolidadas, vale decir, cuando la decisión afecta hechos pasados o ya juzgados. En tal caso es preciso que el Estado confronte con precisión la competencia *ratione temporis* que aceptó al incorporarse al Sistema Interamericano.

> El art. 28 de la Convención de Viena (sobre Derecho de los Tratados) dispone al respecto que "las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o

---

[372] El fallo in extenso se puede consultar en www.tsj.gov.ve, para ampliar ver: Ayala Corao, Carlos, *La sentencia 1942 vs. La protección internacional de la libertad de expresión*, en "El derecho procesal constitucional peruano", libro homenaje a Domingo García Belaunde, Grijley, Lima, 2005, pp. 1145 y ss.

[373] Fix Zamudio, Héctor, *La necesidad de expedir leyes nacionales en el ámbito latinoamericano para regular la ejecución de las resoluciones de organismos internacionales*, en Corzo, Edgar – Carmona, Jorge – Saavedra, Pablo (coordinadores), "Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 253 – 254. Cfr. Miranda Burgos, Marcos José, *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Volumen 60, San José de Costa Rica, 2014, p. 142.

hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo".

Claro está que en los delitos continuos o sistemáticos que produce un Estado alterando la práctica efectiva de tutela de los derechos del hombre, el principio anotado se restringe; lo mismo que ocurre cuando una norma particular sustituye la regla general, como es el caso de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad[374].

Además, el sendero que se abre para la ejecución o cumplimiento, se podría formular con otra audacia y poner en duda la naturaleza procesal de la decisión. De sostener que el acto es una manifestación política quedaría emplazada la función protectora del Sistema IDH, otorgándole a los órganos que dinamizan la práctica, la preservación y desarrollo de la CADH.

Pero de alegar que la resolución del conflicto y la declaración emitida son actos jurisdiccionales, el parentesco con la legislación indirecta o contra mayoritaria, sería natural de la función.

En síntesis, hay un problema técnico con el fraccionamiento de la sentencia. Si bien es cierto que –como dijimos– es una práctica abandonada por el tribunal, también lo es que es útil teóricamente para comprender la parte que se debe cumplir y aquello que se debe ejecutar. Lo primero es una imploración el otro un acto ordenatorio.

Como la unidad de jurisdicción es un principio que reina en el caso, la sentencia pronunciada que concreta la interpretación convencional, tanto como la que ordena reparar e indemnizar, conforman un mismo cuerpo que queda a expensas del temperamento de cada Estado parte.

Por eso, aunque promovemos la obligación de acatamiento al control de convencionalidad, y el deber de ejecutar en un plazo razonable la sentencia de reparaciones, es menester encontrar otras salidas para no alterar el principio señalado.

5. **Cosa juzgada convencional**

---

[374] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano,* tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 237.

La sentencia transnacional es mucho más que una decisión para las partes. Es un mensaje al Estado al que se compromete y obliga para actuar en consecuencia. Para el derecho interno se crea otra fuente de derechos donde podrán abrevar nuevas conjeturas, o una decisión que por su fuerza vinculante tendrá efectos normativos.

Pero la llamada "cosa juzgada convencional" no es un efecto derivado de las actuaciones procesales, aunque formalmente sea el cierre de la controversia con el Estado. En los hechos, el control de convencionalidad es la *ratio esendi* del fallo, y las reparaciones lo accesorio que se delega.

Es decir, la institución se puede ver como un modelo procesal desvinculado absolutamente del caso testigo que por efectos de la decisión puede quedar alcanzado. La *res judicata* internacional tiene un perfil autónomo que desmiembra los límites subjetivos (partes alcanzadas) y los límites objetivos.

Estos últimos son obligatorios para todos y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades. La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada convencional.

Al ser diferente de la que tienen los procesos comunes, conviene señalar con precisión los contenidos propios, las similitudes que afrontan y las consecuencias que difieren.

La particularidad de la resolución transnacional son los sujetos que intervienen y tienen interés en la solución. No trabaja exclusivamente el concepto de pertenencia del derecho que anida en las condiciones de la acción o destinada a resolver el presupuesto procesal de la legitimación para obrar en una causa judicial. El interés es común y anida en la defensa de los derechos humanos; las diferencias aparecen solamente con las pretensiones. Algunos solo pueden reclamar la garantía de reparación, no repetición y salvaguardia del principio *pro homine*; y otros tendrán derecho a una justa indemnización por los perjuicios padecidos.

Cuando transita la etapa contenciosa se definen los sujetos partes, pero la relación jurídica procesal no es tan diáfana como lo quiere la teoría del proceso. La clásica bilateralidad no aparece en el proceso transnacional, en razón de que la Comisión IDH abre el camino y sin demandar, solo le informa a la Corte lo verificado en la investigación preliminar. Vale decir que su intervención aunque no sea facultativa

pues es un partícipe necesario del proceso, no tiene más pretensiones que la declaración sobre los derechos.

Los que promueven escritos de solicitudes, argumentos y pruebas, también tienen autonomía para cuanto pidan; algunos podrán solicitar indemnizaciones y otros solo derechos a reparar. La modalización de la sentencia internacional es una respuesta para esta afirmación.

Las similitudes con las sentencias constitucionales son notorias, y afines con los fallos ordinarios. Por ejemplo con la fuerza normativa que generan se promueve la garantía de no repetición de los hechos, y de suceder, el eventual escudo que pueda adquirir el Estado con una sentencia de la Corte IDH (por ejemplo en el caso *Brewer Carías vs. Venezuela*[375]) no lo tiene porque el aforismo *non bis in ídem* es inaplicable cuando con él se quieren aprovechar beneficios procesales que alteran la eficacia de los derechos humanos.

Del mismo modo, la eficacia refleja que proyecta el control de convencionalidad produce una especie de *precedente vinculante* que se asemeja al tradicional. En este aspecto, la cosa juzgada convencional trasciende la causa común del proceso ordinario. La propia construcción de la sentencia pone énfasis en la interpretación de conductas y normas que se han contrapuesto (o no) al texto de Pactos y Convenciones, y aun de la propia jurisprudencia del tribunal. En consecuencia, la decisión impacta con su lectura a la comunidad de situaciones que proyecta el pronunciamiento, ofreciendo por reflejo, una línea o tesis a continuar por las jurisdicciones judiciales y los demás poderes, al ser el producto de la inteligencia que aporte el órgano que tiene la palabra final, como fiel y último intérprete de la Convención Americana.

6. La sentencia transnacional como exhortación

Al verificar que ninguna sentencia proveniente de la Corte IDH tiene un régimen de ejecución directa, afirmación que se funda en que la parte declarativa correspondiente a la interpretación conforme diluye su fuerza compulsoria a un reclamo al Estado para que poniendo sus mejores esfuerzos, y respetando la buena fe comprometida, permita que el pronunciamiento tenga un efecto útil. Y, a su tiempo, las

---

[375] Corte IDH. Caso *Brewer Carías vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares). Serie C, N° 278.

reparaciones propiamente dichas se delegan al procedimiento ejecutorio interno, en ambos casos queda en evidencia que la naturaleza de la sentencia transnacional es exhortativa.

Las llamadas por el derecho procesal constitucional *sentencias exhortativas*, precisamente, son aquellas que le dan tiempo a una de las partes para cumplir con los resultados que se evaluaron en los fundamentos del fallo. En consecuencia, antes de ejecutar por la fuerza (*executio*) una condena eventual, se permite abrir un espacio de reflexión para que el obligado de cumplimiento voluntario al hecho que se ha determinado[376].

La diferencia con las emitidas por la Corte IDH residen en que el aviso que se declara no tiene régimen de ejecución directa, mientras que las accesorias de la condena se someten al régimen procesal interno.

La polémica se entabla con el tipo de exhortación que se practica, en la medida que la obligatoriedad de cumplimiento privaría la condición de "consejo", que si fuera de la Comisión IDH –con menor conflicto teórico– se formularía como "recomendación" o "propuesta", dando lugar a una suerte de "intimación" al Estado que se emplaza para que actúe su compromiso de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que se han declarado.

En las sentencias constitucionales la exhortación que no se cumple lleva implícita la amenaza de abrogación del orden normativo ilegítimo o inconstitucional, condición que no tiene la sentencia transnacional. No está demás advertir que esta última cambia el modelo de relación emergente de un proceso, toda vez que la decisión no se reduce al alcance de las partes, porque impacta en todo el Sistema IDH reforzando sus potestades para conseguir afianzar el principio de la supremacía convencional (ver capítulo III).

Ahora bien, lo que evidencia este modelo y lo vuelve tan complejo, es comparar cuanto dice la Corte IDH respecto a su fuerza compulsoria (que en realidad es disuasiva) respecto a la evidencia de no tener un poderío propio para ejecutar después de la exhortación: en la práctica, es un consejo sin formulación coactiva.

---

[376] Gozaíni, *Teoría de la sentencia constitucional,* cit., p. 261.

El mayor contratiempo se suscita con lo advertido por inconvencionalidad, que puede ser el fruto de la acción deliberada, la desatención de actos, o la desidia estatal, en cuyo caso la propia actitud de no cumplir genera una "omisión inconvencional" susceptible de imponer, de *lege ferenda*, una exigencia de acción, que es diferente a la obligación de legislar conforme lo dispone el art. 2 de la CADH.

Este mandato es un supuesto que proviene del propio precepto indicado, porque al Estado le pide que actúe conforme sus procedimientos constitucionales. Por ello la primera tarea del intérprete de la CADH será exhortar con los límites propios de la función que cumple y el destino que persigue. Teniendo en cuenta esta dimensión, el tribunal podrá avisar (advertir) sobre la forma como se encuentra cumplida o no la protección de los derechos humanos dentro de un Estado, y en su caso, promover que se actúe en consecuencia[377].

Para el derecho procesal constitucional este tipo de resoluciones forman parte del elenco de *sentencias atípicas*, que tienen la particularidad de otorgar al tribunal la posibilidad de dividir la disposición en dos partes con efectos discrecionales. La primera sección es declarativa y versa sobre la interpretación conforme que se realice sobre el Pacto de San José, que tendrá efectos inmediatos para las partes y postergados para otros. La segunda refiere a la exhortación, propiamente dicha, en la que se avisa al poder reglamentario que debe actuar sobre la cobertura legal.

Este segundo tramo es el más cuestionable, porque toda sentencia proveniente de la Corte IDH no tiene potestades reglamentarias, ni puede actuar en suplencia de los órganos constitucionales del Estado, solamente orienta con eficacia *erga omnes*, y la voluntad de cumplir queda en el suspenso de la exhortación.

Ahora bien ¿qué ocurre cuando es un Estado el que consulta sobre el alcance convencional de su legislación? ¿Debe actuar con el criterio que la Corte IDH le señale en la opinión consultiva?

La Corte IDH[378] sostiene que […]: "La función consultiva permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la Convención Americana, sin que ninguna parte o

---

[377] Gozaíni, *Teoría de la sentencia constitucional,* cit., p. 263.

[378] Corte IDH. OC/24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sobre "Identidad de Género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, obligaciones estatales en relación con el cambio de nombres, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre

aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser "intérprete última de la Convención Americana"[379], competencia para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal[380]".

> Al recordar que la función consultiva constituye […] "un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales" sobre derechos humanos[381], la Corte considera que, a partir de la interpretación de las normas relevantes, su respuesta a la consulta planteada será de gran importancia para los países de la región en la medida en que permitirá precisar las obligaciones estatales en relación con los derechos de las personas LGBTI en el marco de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona bajo su jurisdicción. Esto conllevará a la determinación de los principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derecho a la igualdad y a la no discriminación[382].

Tanto las opiniones consultivas como las sentencias son exhortaciones del tipo que refieren las notas anteriores, pero a veces es común que el tribunal afirme que no está necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan sino que, en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva y en vista de lo previsto en el artículo 2 de la Convención y del propósito de las opiniones consultivas de "coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales" sobre derechos humanos, puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas[383].

---

parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1 de la CADH).

[379] Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 154, párr. 124; Opinión Consultiva - OC-21/14, párr. 19; Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 16, y Caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de febrero de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 312, párr. 242.

[380] Cfr. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A, N° 20, párr. 18, Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 19, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 16.

[381] Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82, párr. 39; Opinión Consultiva OC-19/05, párr. 18; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 28, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 23.

[382] OC 24/17, párr. 21.

[383] Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 30, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 24.

No obstante conviene recordar que la competencia contenciosa de la Corte IDH consiste esencialmente en interpretar y aplicar la CADH u otros tratados sobre los cuales tenga aptitud reglamentaria para determinar, de acuerdo a la normatividad internacional, tanto convencional como consuetudinaria, la responsabilidad internacional del Estado de acuerdo al Derecho Internacional[384].

> Sin perjuicio de lo expresado, el Tribunal recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades[385], que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen "partes" involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos[386].

La pregunta formulada antes puede traer contradicciones con los resultados esperados. En la consulta de Costa Rica sobre cómo debería regular la identidad de género y la igualdad entre las personas, las respuestas se formularon a tono con el marco reglamentario de cuanto se contiene en una "opinión", solo que al concluir la Corte dice […]

> 1. El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género auto-percibida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 116.
>
> 2. Los Estados deben garantizar que las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o en su caso a las menciones del sexo, en cambiar su nombre, adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género auto-percibida, puedan acudir a un procedimiento o un trámite: a) enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan

---

[384] Cfr. Naciones Unidas, Resolución 56/83 de la Asamblea General, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, 28 de enero de 2002, A/RES/56/83, artículo 3 (Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito): "[l]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno".

[385] Cfr. Opinión Consultiva OC-15/97, párrs. 25 y 26, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 26.

[386] Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A, N° 3, párr. 22, y OC-22/16, párr. 26.

> requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. El procedimiento que mejor se adecua a esos elementos es el procedimiento o trámite materialmente administrativo o notarial. Los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona, en los términos establecidos en los párrafos 117 a 161.

Vale decir que abandona el campo de la sugerencia y delinea para todos los Estados parte estándares que aumentan considerablemente su poder cuasi reglamentario.

7. Conclusiones

La mentada naturaleza jurídica de la sentencia transnacional puede quedar instalada en el molde de las sentencias constitucionales del tipo exhortativo. Esto permite dar una respuesta acomodada a la doble función imperativa –no ejecutiva– que tiene el ejercicio de control de convencionalidad y la condena de reparaciones.

Son resoluciones de carácter consultivo cuando es el Estado el que pide consejo; o resolutivo cuando se decide sobre un caso llevado por la Comisión IDH que en la controversia suma pretensiones indemnizatorias de las víctimas presuntas. En ambos, la decisión está destinada a influir en el derecho interno de los Estados parte del Sistema.

A estos se les pide receptar cual si fueran órdenes jurisdiccionales las sentencias dispuestas, las que se justifican como una parte elemental y propia del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente fundada en el acceso a la justicia.

La jurisprudencia afirma también que el compromiso de obediencia proviene del artículo 1.1 de la CADH, por lo que no basta con la abstención del Estado para cesar con los actos si el deber de adecuación normativa queda inerte.

Para García Sayán […]

> En todo esto el papel principal le corresponde a los tribunales nacionales. Que no se encuentran en estos casos frente a un derecho "extranjero", sino ante uno que vertebra -o debería vertebrar- el conjunto de normas y de comportamientos de las autoridades del Estado. En ese orden de razonamiento, los tribunales nacionales adquieren el crucial papel de garantes de los derechos establecidos en los compromisos internacionales de derechos

> humanos. Primero, porque el acceso a los órganos internacionales de protección está sujeto al previo "agotamiento de los recursos internos" (que suelen culminar en una instancia jurisdiccional). Segundo, porque en la puesta en práctica de las decisiones vinculantes de un órgano como la Corte Interamericana, los tribunales nacionales tienen una función capital que desempeñar como la experiencia misma ha demostrado.
>
> El concepto, pues, es muy claro: la operatividad y eficacia de la Convención está condicionada a que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para cumplir y hacer cumplir los derechos protegidos por la Convención Americana. La relación dialéctica entre el derecho internacional y el derecho interno aparece, así, expresada en la propia esencia de cómo hacer efectivos los derechos protegidos por la Convención[387].

La experiencia capitalizada comprueba que las reformas constitucionales latinoamericanas fueron acompañando la interpretación de los derechos humanos con garantías dispuestas para el ámbito interno, creando una supremacía de aplicación indudable cuando las libertades se volcaron en normas fundamentales.

Sin embargo, el enlace del Sistema IDH con los reglamentos procesales encontró respuestas diversas que han eliminado en buena medida el cumplimiento efectivo y completo de las sentencias de la Corte IDH.

El problema más evidente es el respeto por el control de convencionalidad pues el compromiso de acatamiento y ejecución se diluye y posterga casi indefinidamente, viendo los informes que el tribunal realiza en sus sentencias de supervisión. Conflicto que no es tan grave cuando hay reparaciones patrimoniales, donde la ejecución tiene mejor implementado el mecanismo de obediencia (art. 68.2 CADH), aun admitiendo la repetición de violaciones al derecho a que se cumpla la resolución dentro de un plazo razonable[388].

Finalmente no nos parece que la sentencia de supervisión sea un mecanismo jurisdiccional en términos teóricos. Inclusive, la debilidad está reconocida por la propia Corte cuando resuelve […]:

> No continuar requiriendo a los Estados que presenten información relativa al cumplimiento de la sentencia respectiva, una vez que el Tribunal haya determinado la aplicación de los

---

[387] García Sayán, Diego, *Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales internos*, en "La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979 – 2004, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, pp. 3 y ss.

[388] Por ejemplo, y solamente para tomar un caso testigo, vemos que en "*Cantos vs. Argentina*", sentencia de 28 de noviembre de 2002, se dispusieron cuatro resoluciones de supervisión de cumplimiento entre los años 2005 y 2010, y recién el 14 de noviembre de 2017 se dio termino archivando el expediente.

> artículos 65 de la CADH y 30 del Estatuto de la Corte en casos de incumplimiento de sus sentencias, y así lo haya informado mediante su Informe Anual para la consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Si con posterioridad a lo anterior el Estado respectivo no acredita ante el Tribunal el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su Informe Anual a la Asamblea General[389].

La doctrina más calificada ha dicho que el problema real surge de la aplicación del artículo 65 de la CADH. La Corte Interamericana subrayó la necesidad de modificar el artículo, considerando como debilidad de la implementación del sistema de supervisión la falta de un órgano *ad hoc*, dedicado al control y a operar con base permanente y no solamente una vez al año, ante la Asamblea General de la OEA.

> Ha quedado demostrado que como consecuencia de la ausencia de una norma convencional que permite implementar el artículo 65 de la Convención y de la manera como se tramita y se considera el informe anual de labores de la Corte por las instancias pertinentes de la OEA, los informes de no cumplimiento de una sentencia de la Corte no son directamente conocidos o debatidos por la Asamblea General de la OEA, ni tampoco por el Consejo Permanente o su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. Esta última se limita a debatir y a emitir un proyecto de resolución para el Consejo Permanente, que luego se somete a la Asamblea General, sobre el informe de labores de la Corte. Pero no se escucha y debate sobre el incumplimiento específico del caso en mención y, consecuentemente, el descargo respectivo del Estado[390].

En suma, declaraciones de convencionalidad y reparaciones dispuestas quedan aisladas en los formatos que tiene la CADH para dar eficacia de cumplimiento por el derecho local a las sentencias de la Corte IDH. Por un lado, el deber de adecuación e implementación del derecho interno a las condiciones de la interpretación conforme quedan con la esperanza de la mera exhortación. En cambio, la modalización de las sentencias de reparación y justa indemnización tienen mejor alineada la dirección procesal al saber el beneficiario que debe recurrir a las vías ejecutivas locales.

---

[389] Corte IDH. Resolución de 25 de junio de 2005, Supervisión de cumplimiento de sentencias (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

[390] Ventura, Manuel, intervención en calidad de experto sobre el tema de acceso a la justicia e impunidad en el "Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho", organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), 5 a 7 de septiembre de 2005. Cfr. Corasaniti, Vittorio, *Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Volumen 49, San José de Costa Rica, 2009, p. 15.

No quiere decir esta conclusión que la dificultad quede acentuada en los estándares que la Corte IDH propone para el acomodamiento normativo, sino que tanto la declaración exhortativa como la ejecución restitutiva de derechos encuentran en la lectura de interpretación local muchas resistencias argumentadas ante la inadecuada configuración teórica del alcance de la jurisdicción internacional.

Capítulo XVI

La revisión de la cosa juzgada

Sumario: 1. Introducción; 2. La Corte IDH no es una vía de revisión del proceso; 3. Notoria injusticia y derechos humanos; 4. Principios de la ejecución de la sentencia transnacional; 5. Replanteo autónomo de la cosa juzgada revocada: 6. Conclusiones.

1. Introducción

En las palabras introductorias de nuestro libro "*La revisión de la cosa juzgada (írrita y fraudulenta)*"[391] sostuvimos que la posibilidad de revertir una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada podía llegar de varias razones. Las sentencias viciadas por error esencial evidentemente malforman el discernimiento y razonabilidad del juez, motivo suficiente para intentar al menos la reconsideración. Algunos factores externos *directos*, como la alegación de hechos simulados por las partes, o la producción de prueba irregular (armada en connivencia o confabulación); o *indirectos* que alteran la independencia e imparcialidad, tales como las amenazas de diferente registro, la intimidación, o la fuerza, también serían causales para replantear el caso.

Asimismo pueden ser producto de la propia actividad judicial, como violar el deber de investigar que ordena la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o apoyar con sentencias formales, la consolidación en cosa juzgada de hechos absolutamente claros y manifiestos de contradicción constitucional, cuando no, aplicar el *certiorari negativo* para no considerar casos de extrema ilegalidad. También son de este encuadre, las sentencias dictadas con prevaricato, dolo o maquinación fraudulenta, o las que provienen directamente de la corrupción en el ejercicio del poder. Cada uno de estos supuestos, decíamos, podría favorecer la creación legal o jurisprudencial de una acción autónoma de revisión de la cosa juzgada.

En cuanto sigue no volveremos sobre el tema, aunque las bases de trabajo sean parecidas. El capítulo pretende incluir en la discusión la necesidad de encontrar una justificación para que la Corte IDH pueda llegar a revocar con sus sentencias las decisiones locales teñidas de clara vulneración al debido proceso.

---

[391] Gozaíni, Osvaldo, *Revisión de la cosa juzgada írrita y fraudulenta,* Ediar, Buenos Aires, 2015.

Ya hemos señalado los tres supuestos donde prestar atención: 1º) Las sentencias declarativas que conforman la interpretación convencional que, aplicando los artículos 1 y 2 de la CADH, los Estados deberían resolver por sus vías constitucionales y reglamentarias, sin necesidad de instancia de parte interesada; 2º) La ejecución de las sentencias de reparación e indemnizatorias que han de seguir el curso de los códigos procesales locales, ante el incumplimiento de los Estados condenados; 3º) La situación de los casos juzgados por el derecho interno que, habiendo alcanzado la cosa juzgada, resulta la institución afectada por los efectos de la sentencia transnacional.

Los dos primeros puntos los veremos en el capítulo siguiente, ahora nos quedaremos con la tercera situación.

2. La Corte IDH no es una vía de revisión del proceso

La función del organismo internacional le impide revisar la cosa juzgada de un proceso culminado, desde que su tarea es investigar la posible pugna del Estado con el derecho humano cuya violación se denuncia. El caso judicial es el presupuesto necesario para demostrar que se agotaron los recursos internos. Por ejemplo, si fuera replanteada una litis cualquiera, el control sería sobre la garantía que el proceso supone, y en la captación adecuada del derecho al debido proceso, pero no podrá ingresar sobre las cuestiones resueltas por el tribunal ordinario.

> El tribunal ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter coadyuvante y complementario, razón por la cual no desempeña funciones de tribunal de "cuarta instancia", ni es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos; pero al mismo tiempo que lo sostiene, encuentra excepciones si el solicitante lo plantea basándose en que no se cumplieron estándares del debido proceso, tales como la incorrecta apreciación de la prueba, el error en la aplicación de los hechos o del derecho interno. Lo mismo cuando se denuncia el incumpimiento de un tratado internacional. Todo ello permite afirmar a la Corte IDH que […] , "al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, puede darse una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno; puesto que compete a la Corte verificar si en los procedimientos llevados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia, la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de tales obligaciones puede conducir a

> que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con esos instrumentos"[392]

El problema asienta cuando se verifica que el Estado no da suficientes garantías procesales y, en consecuencia, la validez convencional queda afectada por aplicación de los artículos 8 y cuantos más correspondan de la CADH.

El Sistema IDH niega ser una cuarta instancia[393], pero lo cierto es que –en los hechos– el análisis que celebra importa ingresar en la cuestión zanjada por el tribunal ordinario, de manera tal que, por lógico que parezca el criterio mentado, en realidad se esta repasando las formas y contenidos como se llegó a la cosa juzgada local.

Esta apreciación se puede espejar con el poder cautelar del Sistema IDH que tiene facultades para suspender la ejecución de una sentencia dictada en el proceso judicial interno siempre que se encuentra en trámite una petición o esté en etapa contenciosa.

El artículo 63.2 de la Convención establece que:

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

En relación con esta materia, el artículo 25.1 del Reglamento de la Corte dispone que:

> En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.

Este derecho o potestad preventiva tienen fundamentalmente un carácter que excede lo cautelar en el sentido de preservación de la relación jurídica porque tiende a dar protección inmediata a los derechos humanos. La cobertura se ofrece sin los presupuestos propios de las medidas cautelares, bastando que se demuestre la extrema gravedad, la urgencia y la necesidad de prevenir daños irreparables a las personas.

---

[392] Cfr. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit., párr. 16. Caso *Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador*, cit., párr. 19. Caso *de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, Nº 63, párr. 222. Caso *Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador*, cit., párr. 22. Caso *Zegarra Marín vs. Perú* ((Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de febrero de 2917; Serie C, Nº 331, párrs. 33 y ss.

[393] Ver Capítulo VIII.

Acreditados, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo[394].

El centro argumental que enfoca no se preocupa del conocimiento incompleto que tenga de la causa, porque piensa que suspender la ejecución de la sentencia es una necesidad para que se conserven las posibilidades de éxito del procedimiento de solución amistosa ante la Comisión; además de evitar perjuicios irreparables de las presuntas víctimas y el Estado mismo, si los órganos del sistema concluyeran que la sentencia de los tribunales internos violaron la Convención. Incluso, si los órganos del sistema consideran que no hubo violación de la Convención, nada obstaculizaría la ejecución posterior de dicha sentencia ni se habría causado a nadie un gravamen irreparable. Si la Corte no adopta las medidas, la sentencia se ejecuta y en la decisión sobre el fondo se concluye que la mencionada sentencia viola la Convención, se habría consumado una injustificada violación de los derechos humanos de las presuntas víctimas, quienes no podrían obtener la *restitutio in integrum* de los daños causados a través de una indemnización compensatoria.

De tal modo es la influencia sustancial en el proceso que en Argentina confundió a la Corte máxima de justicia local, dando lugar a que en la supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso *Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina*[395] la Corte IDH formulara una interesante aclaración […]

> En el cumplimiento del deber de "dejar sin efecto" las sentencias internas que se determinaron en la sentencia del presente caso como violatorias de la Convención Americana, correspondía a Argentina identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por este Tribunal. En su decisión la Corte Suprema interpretó que lo solicitado era sinónimo de "revocar" la sentencia emitida por dicho tribunal interno en el 2001. Al ordenar esta reparación la Corte Interamericana no indicó que para cumplirla el Estado tuviera necesariamente que "revocar" dichos fallos. Es por ello que se dispuso que el Estado debía adoptar "las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para dejar sin efecto" tales sentencias.

El mensaje enviado dice que la cosa juzgada local es diferente al caso juzgado en sede internacional, y los efectos de este pronunciamiento nunca podrán afectar la *res judicata* por varios motivos procesales, siendo el más importante, el que señala que el

---

[394] Resolución de la Corte IDH, de 23 de mayo de 2001. Solicitud de medidas provisionales de la Comisión IDH respecto de la República de Costa Rica, caso del periódico "La Nación".

[395] Corte IDH. Caso *Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina,* resolución de 18 de octubre de 2017, cit., párr. 16.

único condenado es el Estado y las vías de solución queda en sus manos por los carriles constitucionales y/o reglamentarios que tenga.

Al delegar el cumplimiento en el Estado, Argentina solamente podría cumplir con la pauta señalada, si conservara aislada la sentencia local ya ejecutoriada respecto de la transnacional notificada, a la que le debe dar una ejecución nueva, contraria a la resuelta por el más alto tribunal de la Nación.

Si las mantiene juntas o comunicadas, orilla el escándalo jurídico, porque la sentencia local podría estar cumplida o en etapa de ejecución, y al resolver la Corte IDH su cambio, afectaría varias instituciones procesales. Quizás la más importante sería poner en evidencia que la afirmación de no atacar la cosa juzgada interna sería incongruente con los actos ordenados; y además, porque la sentencia transnacional solo obliga al Estado sin alcanzar a las partes que fueron litigantes del proceso interno.

En el punto 7 del Capítulo VIII también encontramos una salida alternativa al impulsar una reforma en la Constitución Nacional que dejara condicional el carácter definitivo e irrevocable de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Lo que genera un efecto contrario al querido, porque el beneficiario de la *res judicata* que muda ese carácter por una decisión transnacional, encontraría vulnerado preceptos constitucionales donde, una vez más, debería quedar en claro cuál es la mayor supremacía a respetar.

La sistemática que repite el funcionamiento de los procedimientos de protección de los derechos humanos insiste en que no vulnera la cosa juzgada y sus funciones en el derecho interno. Pero las actuaciones van mostrando que la Corte IDH ha dado paso del análisis de conductas sistemáticas a la revisión de casos puntuales para ordenar al Estado cambiar la situación jurídica que fue resuelta.

Con ello la función previsora y predictiva que tiene la *res judicata* impacta en la seguridad jurídica que portan las providencias firmes e irrevisables. La alteracion es mayor en ordenamientos jurídicos que trabajan con precedentes vinculantes o jurisprudencia de seguimiento obligatorio, porque en ellos, la definitividad de sus sentencias tiene un efecto cuasi normativo que se vuelve abstracto e irrelevante.

Sin embargo, el contratiempo no es tan trascendente si se acepta que la cosa juzgada cuenta con una eficacia especial, de tipo indefinido, que parcializa sus alcances en las *personas*, porque solo abarca a quienes hubieran sido parte en el juicio; en el

objeto procesal, es decir que evita la repetición de decisiones ya adoptadas; y en el *tiempo*, entendido como la prolongación temporal de la eficacia de la sentencia.

De ello surge cierta relatividad de la previsibilidad que se cree presente en la cosa juzgada, toda vez que solo se resuelven casos concretos, conflictos entre sujetos conocidos y acordes al principio dispositivo donde la cosa juzgada solo alcanza a quienes han sido partes. El antecedente no suele influir en procesos iguales salvo en lo que podríamos denominar como "doctrina legal", que es la interpretación consistente y reiterada sobre la orientación que deben seguir algunas disposiciones de fondo o de orden procesal.

En consecuencia, el aspecto procesal de la cosa juzgada tiene fuertes resistencias apenas se ve en ella un impedimento que, amparado en la seguridad jurídica, o en el derecho de propiedad (como la Corte Suprema de Justicia argentina lo reconoce), implementa una suerte de paz social provocada.

Este criterio aparece desmedido frente a la realidad emergente del hecho que la cosa juzgada no constituye algo connatural a la sentencia sino en todo caso una creación del ordenamiento jurídico, que puede asignar o no ese efecto o limitarlo sin vulnerar en principio derecho alguno. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia han morigerado los efectos de un enfoque tan radical como el antes citado.

> Como referencia adicional, cabe señalar que de acuerdo con los criterios sentados por la Comisión IDH, parece difícil que para los organismos internacionales la cuestión de la cosa juzgada pueda incluirse en el derecho de propiedad. En materia penal ha sido tradicional la admisión de correctivos a la *res judicata* en beneficio de la persona condenada. Tanto a través de las facultades de dictar amnistías, conmutaciones e indultos, como por medio de una regulación crecientemente amplia del recurso de revisión contra las condenas y mediante otras manifestaciones como la unificación de castigos y penalidades dictadas en causas distintas, no mediante su acumulación aritmética sino mediante el denominado sistema de composición, o la flexibilización de las penas en la etapa ejecutiva inherente al moderno derecho penitenciario. En materia civil, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido excepciones a la "intangibilidad" de lo sentenciado, en los que relativizó el efecto de la cosa juzgada[396].

---

[396] Garrido, Manuel, *La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada*, Revista Argentina de Derechos Humanos año 1 n° 0, Ad Hoc – Cels – Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2001, pp. 88 y ss.

De cuanto se afirma, siempre en tándem con los efectos de la sentencia transnacional en la cosa juzgada, se podría afirmar que no habría problemas en que la Corte IDH actuara sobre procesos finiquitados, bajo la única condición de obrar sobre los hechos denunciados y con la congruencia que limita el Informe de la Comisión más los escritos de solicitudes, argumentos y pruebas. Claro está, que los requisitos trabajan con un encuadre que se debe ajustar.

> Sobre el tema de indemnizaciones compensatorias, sostiene el CEJIL que el artículo 68.2 de la Convención Americana prevé que la parte del fallo de la Corte Interamericana que ordene otorgar una indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. Sin embargo, la experiencia indica que existen algunos obstáculos para la ejecución de este tipo de decisiones. Uno de ellos es el rechazo del pago de las indemnizaciones ordenadas por la Corte basado en la incompetencia del tribunal local al cual se le solicita la ejecución de la decisión, o por la carencia de procedimientos que guíen a la autoridad judicial a proceder con el pago. Otro obstáculo recurrente es la carencia de rubros en el presupuesto nacional destinados a la reparación de violaciones de derechos humanos declaradas por órganos internacionales, lo que usualmente tiene el efecto de dilatar el proceso de cumplimiento de manera innecesaria[397].

3. Notoria injusticia y derechos humanos

La revisión de la cosa juzgada interna, como afirma repetidamente el sistema, no es posible como causal de admisión; pero sí lo es la verificación que en esa causa sentenciada se encuentren graves violaciones adoptadas por razones de notoria injusticia o manifiestas violaciones el debido proceso.

La Corte IDH introdujo en el caso *Castillo Petruzzi* una sugerente propuesta[398] [...]

> Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquéllos. Por ende, cada acto debe

---

[397] CEJIL, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Aportes para los procesos legislativos*, Buenos Aires: Center for Justice and International Law - CEJIL, 2009, pp. 17 y ss.

[398] Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, nº 52.

> ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en éste cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada. Si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a Derecho. Es bien conocida la figura de la reposición del procedimiento, que acarrea la invalidación de diversos actos y la repetición de las actuaciones a partir de aquélla en que se cometió la violación que determina dicha invalidación. Esto implica, en su caso, que se dicte nueva sentencia. La validez del proceso es condición de la validez de la sentencia.

Quiere decir, entonces, que aun afirmando que la cosa juzgada no se afecta, se reconoce su validez relativa cuando las garantías del enjuiciamiento no tienen suficiente soporte legal y consistencia jurídica.

Se podría formular como regla que no sea el error el que se juzgue, porque pudiendo estar presente, por aplicar equívocamente la ley, o juzgar las pruebas con graves deficiencias, o dejar sin fundamentos al pronunciamiento, o cuando alguno o todos ellos son evidencias manifiestas, si la parte tuvo oportunidad de replicar su aplicación, y no lo hizo, la sentencia aun viciada, sería válida, porque en caso contrario, la petición originada sería una clara demostración de la actuación contraria a la conducta desenvuelta precedentemente, y le daría al Sistema una competencia revisora que no tiene.

En consecuencia, la inmutabilidad de la sentencia se corresponde con los presupuestos de regularidad constitucional que le anteceden, y con los principios procesales de la teoría general; pero cuando aparece la injusticia notoria demostrada en cada etapa superada del procedimiento, es de toda justicia actuar remedialmente, a pedido de parte y a tono con la conducta procesal realizada oportunamente[399].

---

[399] La Corte IDH sostuvo en el mencionado caso *Castillo Petruzzi* que […] "Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del *debido proceso legal*, que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención. Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados" Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 52.

El sentido que queremos sea aplicado en la interpretación difiere del pensamiento de la Corte Nacional cuando señala que la cosa juzgada es de raigambre procesal[400]. Cuando lo que se pone en juego es el debido proceso, la cuestión constitucional es evidente, y el enfoque tiene que variar por necesidad.

Observar la cosa juzgada desde lo constitucional no es novedad. La revisión de ella en tales supuestos puede ser regulada por leyes especiales, pero aun a falta de ley existe asidero constitucional bastante para admitir tal revisión (porque los supuestos de procedencia siempre remiten a casos en que la *res judicata* que se vuelve a considerar responde a situaciones graves que han comprometido el debido proceso y la administración de justicia).

Pero no sumemos confusiones, la revisión de la cosa juzgada por el derecho interno y ante los jueces locales es una cosa, y otra muy distinta que sea la Corte IDH quien la revoque cambiando el sentido que resulta firme. La propuesta piensa en los casos que teñidos de arbitrariedad evidente, pueda el tribunal internacional considerar una vez que se produzca el informe de la Comisión y se sostengan los escritos de solicitudes, argumentos y pruebas. La condena produciría efectos evidentes en el proceso local, debiendo entonces abrir en esta sede una forma diferente a la actual para su cumplimiento, con el fin de evitar la tasa de inejecución que hoy se cuenta.

4. Principios de la ejecución de la sentencia transnacional

La aclaración que hizo la Corte IDH en la causa *Fontevecchia* fue suficiente para explicar que dejar sin efecto una sentencia no equivale a revocar y alterar la cosa juzgada del caso. En otros párrafos mencionó los caminos que pudo tomar el Estado para resolver sin la necesidad de derivar la causa a la Corte Suprema. Todo lo indicado pone en claro que la sentencia se cumple por el Estado administrador, no por los jueces ni el parlamento.

Por vía de principio, la promoción de un proceso de ejecución suele comenzar a instancia de parte interesada, solamente que para estos supuestos hay dos tiempos

---

[400] "Si bien la existencia o inexistencia de la cosa juzgada es un problema de hecho y de derecho procesal, ajeno a la instancia extraordinaria, ello no es óbice para conocer en un planteo de dicha naturaleza cuando la decisión impugnada extiende su valor formal más allá de límites razonables y omite una adecuada ponderación de aspectos relevantes de la causa, lo cual redunda en un evidente menoscabo de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional" (CS, 19/02/2008, *Carutti, Myriam Guadalupe vs. Administración Nacional de la Seguridad Social*).

diferentes. El primero comienza cuando al Estado se le comunica por carriles institucionales la sentencia transnacional que debe cumplir de inmediato sin necesidad de impulso alguno. El tránsito siguiente se verifica cuando habiendo sentencia de reparaciones e indemnizaciones el beneficiario al que se le dejó de cumplir en los plazos y términos que la Corte IDH señaló, puede promover la ejecución procesal de la sentencia internacional. El tribunal, por su parte, continuará con la supervisión de cumplimiento.

> Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos[401].

Aquí los formatos para dar cumplimiento son distintos entre los Estados. *Perú*, por ejemplo, siguiendo lo ordenado en los artículos 55 y 205 de la Constitución (también la cuarta disposición final y transitoria), aplica el Código Procesal Constitucional cuyo artículo 115 refiere que las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno.

El mecanismo es simple. Comunicada la sentencia al Estado el oficio ingresa al Ministerio de Relaciones Exteriores que lo deriva a la presidencia de la Corte Suprema, Este comienza un trámite interno donde intervienen los órganos jurisdiccionales que tomaron parte en el expediente que agotó los recursos internos, los que ejecutan la decisión transnacional conforme lo previsto en la Ley N° 27.775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales.

No tan sencillo es el procedimiento en otros lugares, como *México* y *Argentina* en función de la autonomía de sus estados federativos. La premisa que quiere la Corte IDH que se aplique es la ejecución inmediata por el Estado, sin indicar quien debe

---

[401] Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia.* Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, Nº 54, párr. 37 y Caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte IDH de 17 de abril de 2015, Considerando tercero.

hacerlo o por cuál procedimiento. Cuando el cumplimiento trata de reparar daños y perjuicios, en los Estados Unidos Mexicanos la competencia es municipal, situación que provoca una controversia constitucional (conflicto de competencia) que al Sistema IDH no le importa por la vigencia del artículo 28 de la CADH (cláusula federal).

En cambio cuando en esta nación se resolvió la reforma constitucional del año 2011, el área responsable de iniciar la ejecución fue la Secretaría de Relaciones Exteriores, que comunicó a los presidentes de los tres poderes estatales, los que mediante acuerdo lo remitieron a la Comisión de Asuntos Jurídicos de Diputados para preparar el estudio y dictamen de la reforma en cuestión. Conseguida la aprobación, en principio, por consenso y mayoría calificada de votos, el procedimiento sigue en Senadores hasta que se sanciona la ley con potestad de veto por el presidente de la República.

Colombia siguió el camino de las leyes internas de sentencias dictadas contra el Estado, con una tasa de acatamiento muy variable. Las que referían a fomentar la educación en derechos humanos, el pago de gastos y honorarios del proceso ante la Corte IDH tuvieron casi el 90% de cumplimiento; pero las relacionadas con compensaciones para las víctimas de tipo no económico, como la atención psicosocial y la obligación de desarrollar investigaciones penales, son incumplidas por regla general.

En *Chile,* como en muchos países de la región, no hay legislación orientadora, permitiendo a cada uno asumir con absoluta autonomía el procedimiento que mejor entienda, y a veces es ninguno. En el país trasandino doctrina muy calificada dice […]:

> Frente a este escenario, el Estado tiene la posibilidad de entender este artículo como un resguardo que otorga la Convención —que le permite mantener una posición de absoluta competencia— o como un desafío para uniformar y esclarecer los procedimientos de ejecución de sentencias extranjeras. La decisión es del Estado. Es perentorio reiterar que en Chile no existe legislación, en el sentido amplio de la palabra, que aborde la ejecución de sentencias de esta naturaleza, por lo que el procedimiento queda a discreción del Estado o, lo que es más peligroso, del gobierno de turno. De ahí que, conforme a lo analizado, es evidente que el Estado se encuentra facultado para adoptar procedimientos *sui generis* o *ad hoc* o para aceptar la recomendación de la Convención y utilizar el procedimiento vigente para sentencias contra el Estado[402].

---

[402] Santelices, Tábata – Feddersen, Mayra, *Ejecución de sentencias Internacionales sobre derechos humanos en Chile*, Anuario de Derecho Público 2017, Universidad Diego Portales, Santiago, p. 110.

En la diversidad, sería apropiado que cada legislación dispusiera en sus carriles constitucionales y reglamentarios, las formas como cumplir rápida y efectivamente, vale decir, para hacerlo dentro de un plazo razonable.

El modo de dar cumplimiento a las sentencias declarativas que ordenan adecuaciones normativas o promueven cambios constitucionales y/o reglamentarios, no necesitan de petición interesada porque es el Estado quien asumió el compromiso de respeto y ejecución.

En cambio cuando se trata de sentencias de reparación que el Estado no cumple, han de seguir el curso de los códigos procesales locales, siendo entonces necesarios trabajar con el principio dispositivo, según el cual, no hay juicio sin actor que persiga el cumplimiento.

Es cierto que no todas las veces se ha trabajado con esta consigna, siendo el Estado el mismo impulsor ante sus jueces para dar efectividad; pero si la respuesta es que, como toda sentencia, se crea un derecho subjetivo a favor del beneficiado por el pronunciamiento condenatorio, debiera ser éste quien use del procedimiento interno vigente para la ejecución de la sentencia contra el Estado. Las sentencias de reparaciones ponen claramente en el escenario el saber quien tiene el deber de la puesta en escena.

5. Replanteo autónomo de la cosa juzgada revocada

Finalmente, pero siempre en el campo de los objetivos, una sentencia transnacional que pretenda trasponer el límite de la cosa juzgada entre partes, tiene que decidir el modo como la garantía será restablecida, donde lo hecho en el derecho interno es indiferente, pues no revisa la sentencia local sino el comportamiento del Estado en el cumplimiento de los derechos humanos.

Cuando la ejecución de una sentencia de la Corte IDH supone cambiar lo resuelto en la jurisdicción interna lo que se debe encausar es la reparación del derecho afectado, procurando que se difunda la garantía de no repetición y se cumpla con el propósito que la Corte IDH condenó.

> Y si la decisión pide que se afecte la cosa juzgada, la Corte IDH debiera sincerar sus alegaciones, porque si dice que no es una cuarta instancia no puede obrar como tal; si sostiene que no altera la cosa juzgada, entonces debiera ser dentro del mismo proceso

> transnacional donde la víctima tendría que encontrar satisfacción a sus pretensiones; y como este mecanismo el Sistema lo delega en el derecho local y por las vías procesales internas, incurre en una evidente propuesta de conflicto entre competencias del más alto tribunal de la nación y el simple juez ejecutor de una sentencia transnacional. No creemos que sea ésta la intención del Sistema IDH, pero debiera advertirse con mayor contundencia, pues este despropósito es lo que ha llevado a salirse del Sistema a varios países, que si bien algunos volvieron, otros se mantienen extraños y algunos más miran con recelo estas contingencias.

¿Cómo hacerlo? Aquí es donde cada Estado ha tomado caminos distintos. Muchos lo disponen acorde con la forma en que se agregó el tratado al derecho interno. Pero son fórmulas que parecen estereotipos sin crítica al quedar aplicadas con pura discrecionalidad.

Es cierto, como dice Ayala Corao que […]

> Las sentencias de la Corte Interamericana como sentencias emanadas de un tribunal internacional o transnacional, son de obligatorio cumplimiento por los Estados parte y se deben ejecutar directamente por y en el Estado concernido, evidentemente sin que haga falta para ello ningún procedimiento de pase en el derecho interno o exequátur. En este sentido la Convención Americana es muy clara ya que incluso establece expresamente, que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado[403].

Pero también lo es que aparecen múltiples problemas para que quede satisfecho plenamente el poder jurisdiccional de la Corte IDH. Obsérvese que cada Estado piensa diferente y, a veces, siquiera lo hace.

Una parte de la doctrina trabaja con el bloque de constitucionalidad e interpreta que los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos a los que el Estado se adhiere, produce el ingreso de un orden normativo nuevo que promueve una jurisdicción, también novedosa, que se debe cumplir y ejecutar por las normas procesales que se cuenten. Con esta lectura, las herramientas procesales disponibles en el derecho interno servirían para la ejecución técnica de las sentencias transnacionales.

El conflicto es que no son idénticas en toda Latinoamérica, e inclusive, siendo nominalmente las mismas, tienen efectos y alcances desiguales (v.gr.: amparo, habeas corpus, acción de cumplimiento, habeas data, por citar los más evidentes).

---

[403] Ayala Corao, Carlos, *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Revista Estudios Constitucionales, Año 5 n° 1, Universidad de Talca (Chile), 2007, pp. 127-202.

> Cuando la acción de tutela se presenta con el objeto de superar la violación declarada y probada por la Corte Interamericana y en relación con la continuidad de la misma, derivada de la falta de una o varias medidas de reparación, el principio de subsidiariedad debe ser estudiado a la luz de otros que estructuran el proceso de amparo, tales como la celeridad y el carácter sumario, preferente e informal. Es en las citadas características de este mecanismo, dada la urgencia que reclama el restablecimiento del goce de los derechos cuya fractura ha reconocido previamente la Corte Interamericana, que la acción de tutela resulta procedente, pudiendo descartar la idoneidad y eficacia de otros medios, lo que por supuesto debe ser evaluado en cada caso, de acuerdo con la eventual existencia de otros medios que aseguren una pronta y efectiva protección o reparación. En tal sentido, precisa la Sala que no todas las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH podrán ser hechas exigibles por esta vía. La legislación nacional ha previsto otros mecanismos judiciales para obtener el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana en lo que refiere a estas. la acción de tutela resulta procedente para exigir el cumplimiento de una orden dictada por la Corte IDH en una sentencia en la que condena internacionalmente a Colombia, cuando dicta una medida de reparación consistente en una obligación de hacer que, por su naturaleza es de ejecución simple o que ha superado "un plazo razonable" para su implementación o cuya etapa de concertación entre el Estado y los representantes de las víctimas ya se ha efectuado y, aún así, no se han satisfecho. En dichos eventos, el juez de amparo debe partir de la premisa que un derecho humano que la Corte declara violado lo está hasta que se surta en su totalidad la reparación ordenada. Respecto a una situación continuada de vulneración de tales derechos, por ende, se encuentra eximido de probar la existencia o no de una lesión *iusfundamental* y se limitará a constatar el cumplimiento o no por parte de la Nación, quien actúa para estos casos a través del Ministerio de Relaciones Exteriores[404].

No obstante, cuando se trata de modificar los efectos de la cosa juzgada alcanzada por la sentencia del órgano de cierre de la organización local, la selección de la vía tiene que comparar las posibilidades de hacer el cambio o la reversión, sin que se afecten otros derechos constitucionales conseguidos legalmente en su tiempo. Es evidente, entonces, que cuando se trata de implicar con la sentencia transnacional la revocación de un fallo local, sostener que dejarlo sin efecto es algo diferente, no convence al intérprete atento por múltiples razones.

Las partes del proceso interno no son las mismas que litigaron ante la Corte IDH. Por ello, los límites subjetivos son inalcanzables por la sentencia transnacional. Las pretensiones resueltas en el juicio ante el Estado son distintas a las que sustancia el procedimiento internacional, de modo que tampoco se puede afectar el límite objetivo.

---

[404] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 653/12.

Por ende, decidir que se cancelen los efectos de esa sentencia, sin que ella produzca una reversión de los hechos juzgados por el derecho interno, solo sería posible si se la mantuviera intocable, sin importar si fue o no ejecutoriada. Mientras que lo nuevo que se renueva al "dejar sin efecto" tendría que remediar la situación jurídica de la víctima que consiguió en la etapa contenciosa internacional la declaración de razones. Vale decir que, de aceptar esta posibilidad, coinciden dos cosas juzgadas que, entre sí, se repelen.

Algunos podrán afirmar que son cumplimientos que no se fuerzan porque es el Estado el que debe encontrar las modalidades de recepción. Si lo envía al Poder Judicial provocará el escándalo jurídico que advirtió la Corte Suprema argentina en el caso *Fontevecchia*; y si resuelve cumplir con órdenes administrativas tendrá el problema de un beneficiario que debe cumplir (si ya no lo hizo) con la cosa juzgada local en beneficio de la contraparte, y revertir su condena con la suerte alcanzada en el proceso transnacional que vuelve las reparaciones como deber de cumplimiento por el Estado.

Ferrer Mac-Gregor (actual presidente del tribunal internacional) toma al caso que se ejecuta como un modelo nuevo de cosa juzgada […]:

> En el ámbito interamericano la sentencia de la Corte IDH produce "autoridad de cosa juzgada internacional". Esto implica que una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas. En el supuesto de una sentencia estimatoria de condena a un Estado, todos los poderes, órganos y autoridades del Estado condenado están obligados a cumplir con la sentencia, sin que se requiera algún procedimiento o interpretación interno o nacional para ello.
>
> Así, las sentencias de la Corte IDH adquieren la "autoridad de cosa juzgada internacional" debido al carácter "inimpugnable" del fallo que establece el artículo 67 del Pacto de San José; es decir, al no ser sujeta a revisión posible por no preverse ningún medio de impugnación, lo que le da "firmeza" a la sentencia, como acto jurisdiccional que pone fin al proceso internacional –no así al procedimiento, que continúa la supervisión de la sentencia que deriva de la actividad jurisdiccional de la Corte IDH hasta que se cumple de manera íntegra con la misma–. Ahora bien, al producirse la "autoridad de la cosa juzgada internacional" (producto de la firmeza del fallo) deviene la "inmutabilidad" de la sentencia dictada por la Corte IDH, en tanto acto procesal y en cuanto a su contenido o substancia y sobre todos sus efectos. Así, la cosa juzgada internacional (formal y material) implica que ningún otro tribunal internacional o nacional –incluso la propia Corte IDH– en otro juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso. Esta institución descansa en los principios generales del derecho de seguridad jurídica y de paz social, al permitir certeza a las partes –y a la sociedad en su conjunto–, al evitar que el conflicto se prolongue indefinidamente, elementos contenidos en los

> artículos 67 y 68 del Pacto de San José para coadyuvar al establecimiento de un orden público interamericano[405].

Ahora bien, aunque pueda tener lógica jurídica teorizar sobre la cosa juzgada internacional, lo cierto es que contrasta con garantías que ponen en juego la validez del proceso local. La *res judicata* de cualquier tipo tiene la particularidad de ser inmutable, que significa generar un efecto definitivo como acto del proceso, y permanente por la eficacia refleja que lleva a similares conflictos. La decisión transnacional es vinculante para los Estados; obligatoria para todos los funcionarios que deben trabajar con el dogma del Pacto de San José de Costa Rica, pero sin fuerza ejecutiva propia.

Es verdad como dice Ferrer Mac-Gregor que […]

> La cosa juzgada internacional (formal y material) implica que ningún otro tribunal internacional o nacional -incluso la propia Corte IDH- en otro juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso. Esta institución descansa en los principios generales del derecho de seguridad jurídica y de paz social, al permitir certeza a las partes -y a la sociedad en su conjunto-, al evitar que el conflicto se prolongue indefinidamente (arts. 67 y 68, CADH)[406].

El tema es que si la sentencia internacional ordena dejar sin efecto, revisar, alterar, promover cambios o cualquier otra implicancia contra la cosa juzgada conseguida por los tribunales locales, le obliga al Estado a tener que actuar en contra de su propia organización constitucional que reconoce en la cosa juzgada un valor inalterable. No queremos fomentar la resistencia, o traer impedimentos basados en el derecho interno, solo alertar una debilidad teórica.

Recordemos una vez más que […]:

> La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y conforme lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención

---

[405] Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Voto razonado en la Resolución de 20 de marzo de 2013 (Supervisión de cumplimiento de sentencia).

[406] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: Vinculación directa hacia las partes e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay),* Estudios constitucionales, Volumen 11 nº 2, Santiago, 2013, pp.641-694.

> de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida[407].

Solamente advertimos que, si la energía interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional, el cuadro actual poco ayuda para obtener esta homogeneidad.

Nuestra idea es articular las sentencias transnacionales que "revocan" *lato sensu* la cosa juzgada interna, con el proceso cuya revisión se impone a partir del fallo de la Corte IDH. Este es un derecho potestativo del beneficiario y una obligación del cargo (Defensores Oficiales) cuando se trata de volver a enjuiciar en casos punitivos.

Las medidas de otro carácter que menciona la Convención, dentro de las pautas de armonización y congruencia de la interpretación convencional, incluye las sentencias judiciales, toda vez que con estas se pueden consolidar los derechos reconocidos en los pactos y convenciones de derechos humanos.

No se trata de prolongar en el derecho interno una suerte de replanteo de lo que fue tratado por la Corte IDH, sino de llevar a un proceso sumarísimo local la revisión de la cosa juzgada alcanzada en dicho proceso, con la particularidad que ahora podrán defender sus derechos aquellos que no tuvieron oportunidad ni ocasión ante el tribunal internacional, y asimismo, dando posibilidad al Estado de no generar un conflicto entre competencias.

Esta propuesta tiene precedentes mejor fundados. Sergio García Ramírez en voto razonado dijo […]

> La Corte IDH ha resuelto la invalidez (por incompatibilidad con la Convención Americana) de procesos penales en los que se han cometido violaciones graves, y la consecuente necesidad de iniciar nuevos procesos o reabrir los anteriores en el punto en el que se produjo la violación, que a su turno desembocarán en una sentencia. Prevalece la idea, puesta en otros términos, de que el proceso viciado no es un verdadero proceso y de que la (aparente) sentencia pronunciada en éste no es una sentencia genuina. Si esto se acepta, el

---

[407] Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC- 14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, Nº 14 párr. 35. Caso *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de supervisión de cumplimiento de fecha 28 de agosto de 2013, considerando cuarto.

> posterior enjuiciamiento por los mismos hechos y en contra de las mismas personas no sería un segundo juicio ni se desatendería el principio *ne bis in idem*[408].

Y también la propia Corte IDH usa el concepto de repetir el juzgamiento cuando hay cosa juzgada aparente. En el origen fundamentado del control de convencionalidad sostuvo que ante estos supuestos de procesos en apariencia o constitutivos de una *res judicata* muy próxima a lo fraudulento, se produce una clara violación del principio que la institución de la cosa juzgada consagra, permitiendo revertir dicha sentencia.

> El principio *non bis in idem* contenido en el artículo 8.4 de la Convención, en cuanto no constituye un derecho absoluto, no resulta aplicable cuando: *a)* La actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; *b)* el procedimiento no fue instruido independientemente o imparcialmente, de conformidad con las debidas garantías procesales; o *c)* no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas, según determina la Corte, constituye cosa juzgada aparente o fraudulenta[409].

6. Conclusiones

Conforme lo expuesto consideramos que hay en las decisiones transnacionales dos modelos de impacto sobre las sentencias del derecho interno pasadas en cosa juzgada.

Unas asientan en la repercusión que tiene sobre el caso testigo que fue la fuente principal de prueba, que continuará en sus términos e inalterable con lo resuelto oportunamente, porque la Corte IDH no revisa el expediente, ni atiende los hechos, las formas o las decisiones que se tomaron en la misma. Es una especie de revisión indirecta que, al concretar el control de convencionalidad, establecerá el alcance que tuvo la probable violación a derechos humanos.

Este modelo declarativo, es una sentencia exhortativa al Estado para que, poniendo sus mejores esfuerzos, y en orden al compromiso asumido al adherir a la CADH, de cumplimiento por las vías constitucionales y reglamentarias, a la adaptación del derecho interno o para armonizar cuando fuera pertinente.

---

[408] Corte IDH. Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 9 de septiembre de 2005, Serie C, Nº 132.

[409] Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., párr. 154.

En este procedimiento transnacional también se disponen reparaciones. Éstas producen un efecto procesal diferente, pues tienen etapas para el cumplimiento. La primera es voluntaria y corresponde al deber de obrar que tiene el Estado; la segunda actúa cuando no se satisface, total o parcialmente, la condena que, a su vez, produce dos consecuencias. Por un lado permite la ejecución procesal por el régimen que disponga el derecho interno; y por otro, mantiene la jurisdicción de la Corte IDH en la etapa de supervisión del cumplimiento.

Sin embargo, este mismo pronunciamiento puede encontrar la necesidad de dejar sin efecto la sentencia pronunciada en el caso testigo, por cualquiera de las razones que antes señalamos (v.gr.: violación al debido proceso; error notorio; arbitrariedad manifiesta, etc.). Si bien podemos admitir –como regla– que la cosa juzgada convencional es disímil de la decisión firme y definitiva del derecho interno, la evidencia es que se revoca (como sinónimo de dejar sin efecto) la sentencia del Estado y se ejecuta la dictada por la Corte IDH. Sostener que son dos pronunciamientos diferentes, es posible, pero nunca podríamos afirmar que no están vinculados.

Si se varía el *status quo* conseguido en la firmeza y ejecutoriedad del acto dirimente del tribunal interno, revirtiendo los efectos de la *res judicata,* se vulnera la garantía procesal aquilatada en el tránsito por el proceso interno. Afirmar que ello no es tal se contradice con lo evidente. Sostener que así sucede y que por ello es indiferente, sería tanto como convalidar la permanencia en el escenario jurídico de dos sentencias de contradicción manifiesta.

Además, los sujetos contradictores son otros; las pretensiones difieren y los resultados que impactan en la cosa juzgada local no tienen paralelo con lo sustanciado en el proceso transnacional. Por ello, sostener que son ejecuciones diferentes tolera el escándalo jurídico.

Es cierto que el Estado es responsable internacionalmente, pero tal como lo propicia la mayoría de los intérpretes del Sistema IDH, es necesario que se regule la ejecución de sentencias para evitar desbordes y estrechar los incumplimientos.

> Es necesario subrayar que no existe una solución única al problema, que las distintas realidades nacionales de los países que componen el hemisferio americano implican la coexistencia de diversos modelos, mecanismos y organismos para ejecutar e implementar las decisiones […]. En todo caso, corresponde al Poder Legislativo realizar un importante esfuerzo para asegurar la efectividad de las obligaciones internacionales de derechos

humanos, armonizando el derecho doméstico y creando los marcos normativos y procedimientos que no sólo reconozcan la obligatoriedad y efecto directo de las resoluciones internacionales sino que también guíen al Estado en su implementación.

Por ello, se recomienda la elaboración de leyes de ejecución e implementación de decisiones dentro de un contexto participativo, en el que los sectores clave de la sociedad puedan dar su opinión. Consideramos que entre las temáticas prioritarias a ser abordadas en el diseño y elaboración de esta normativa deberían incluirse, al menos, las siguientes: a) el carácter vinculante de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por los Estados, en cuanto fuente de derecho; b) la creación de órganos interinstitucionales y multisectoriales encargados de coordinar o facilitar la implementación de las decisiones de los órganos de supervisión del sistema; c) el diseño de pautas y procedimientos para la ejecución de indemnizaciones económicas u otro tipo de reparaciones; d) la superación de los obstáculos que determinadas instituciones legales representan para la efectiva implementación de las decisiones de la Comisión IDH y la Corte IDH; e) la participación de las víctimas o beneficiarios y beneficiarias en los procedimientos que se establezcan en el ámbito interno. El resultado último de este esfuerzo será una protección de derechos humanos más fuerte y articulada en nuestro continente en beneficio de quienes lo habitamos[410].

[410] CEJIL, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Aportes para los procesos legislativos*, cit., pp. 17 y ss.

Capítulo XVII

Cumplimiento de la sentencia

Sumario: 1. Introducción; 2. Formas de cumplimiento a las sentencias; 3. Cumplimiento de la sentencia de reparaciones, 4. El deber de adoptar disposiciones en el derecho interno; 5. La sentencia de supervisión como herramienta parcialmente eficaz; 6. Conclusiones.

1. Introducción

Los términos que enuncia el artículo 68 de la CADH igualan el cumplimiento que deben realizar los Estados al estar comprometidos a satisfacer las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean partes. El párrafo segundo del precepto aclara que cuando hubiera indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

En el capítulo anterior observamos los modos como se pueden plasmar las sentencias que afectan la cosa juzgada del caso resuelto por las instancias locales; que son el tercer tipo dentro de las formas que tiene la Corte IDH para declarar derechos y establecer indemnizaciones. Ahora corresponde analizar las otras maneras de pronunciarse, que son las que exhiben más dificultades y tienen estadísticamente el mayor porcentual de inejecuciones.

El primero de esos modelos asienta en las sentencias que disponen un cambio normativo del derecho local que se impacta con la interpretación convencional; la siguiente, trata de ver si las sentencias de reparaciones quedan a expensas de los principios que tenga el Estado parte para la ejecución de sentencias, y de corresponder, si es una vía nueva que se abre a instancia del beneficiario, o una etapa que prosigue al incumplimiento del Estado condenado.

En ambos casos conviene reconocer el lugar de trabajo que tienen estas decisiones transnacionales. La característica de ser sentencias exhortativas no las privan de ser definitivas y sin más recursos (inapelable, dice el art. 67 de la CADH). Esto significa que solo admiten el *recurso de interpretación* pedido por cualquiera de las partes, que como su nombre lo indica, no afecta lo sustancial de la decisión y alcanza

únicamente pada esclarecer el alcance de alguna cláusula. Excepcionalmente se puede interponer el *recurso de revisión* en los términos del art. 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[411].

La sentencia de la Corte IDH que determina la responsabilidad internacional conduce al deber de reparar adecuadamente. El resarcimiento puede ser normativo, y llevar a que se cambie, reforme o actúe en consecuencia sobre el ordenamiento jurídico del Estado parte, y por implicancia del fenómeno reflejo, que también deban hacerlo los demás Estados de la CADH.

Asimismo, la compensación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y remediar las consecuencias que las infracciones produjeron[412].

También se ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las pretensiones expuestas para reparar los daños respectivos[413], sin perjuicio de poder agregar más de una medida de reparación por cada una de las violaciones a derechos humanos declaradas en la sentencia.

2. Formas de cumplimiento a la sentencia

Estas decisiones, por lo tanto, tienen asignaciones dispares. Las declarativas de convencionalidad que imponen el deber y compromiso del Estado, son sentencias exhortativas que no tienen definido un modelo de implementación, ni se pueden ejecutar por la vía procesal del derecho interno. Las de reparaciones asumen modalidades

---

[411] *Inciso* 1: Sólo podrá pedirse la revisión de un fallo cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido de la Corte y de la parte que pida la revisión, siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia. *Inciso 2*: La Corte abrirá el proceso de revisión mediante una resolución en que se haga constar expresamente la existencia del hecho nuevo, en que se reconozca que éste por su naturaleza justifica la revisión, y en que se declare que hay lugar a la solicitud […].

[412] Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas, cit., párr. 26, y Caso *Lagos del Campo vs. Perú*, cit., párr. 194.

[413] Corte IDH. Caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, cit., párr. 110, y Caso *Lagos del Campo vs. Perú*, cit., párr. 193.

diferentes: pueden ser de dar, hacer o no hacer (evitar la reiteración o garantía de no repetición). En general se agrupan como obligaciones convencionales y medidas de satisfacción, y suelen darse en forma independiente después del cierre del procedimiento. Como este tolera un recurso de interpretación, la costumbre fue no disponer sobre la condena de específico cumplimiento hasta que transcurriera el plazo de comunicación y consentimiento de la resolución definitiva.

Sin embargo, las reparaciones son parte de la sentencia transnacional, y dividen la declaración de responsabilidad (*ex tunc*) de las cuestiones esencialmente a satisfacer (*ex nunc*). Por eso decimos que las sentencias indemnizatorias observan el futuro, y las declarativas, consideran el pasado[414].

Pero esta división entre declaraciones y reparaciones no es actual. Hoy la Corte IDH persigue unificar la decisión en tres campos: *a)* los derechos a garantir y afianzar; *b)* la reparación absoluta y completa de los daños y perjuicios acaecidos por las víctimas; *c)* establecer toda forma de reparación inmaterial que mire la decisión como una reparación en sí misma, observando con ella un ejemplo a seguir.

Al verificar que las modalidades de ejecución llevan a que sean competencias diferentes las que deben actuar, es el Estado quien tiene que encausar la vía más razonable y eficiente, por eso hemos sostenido que la sentencia de reparaciones no se pueden tratar únicamente desde la perspectiva procesal, porque las violaciones a los derechos humanos no recalan ni afectan solamente a las víctimas, al dejar en su historia de producción y consecuencias, una recorrido de alteraciones muy complejo que no bastaría resolver con sumas de dinero[415].

Precisamente sobre la base de esta desigualdad para conseguir el cumplimiento o forzar a ello,surge la necesidad de darle más espacio y cobertura ejecutiva a lo dispuesto por el artículo 68 de la Convención. Los dos incisos que lo integran no están fortalecidos con la realidad práctica al quedar de manifiesto la ausencia de un sistema adecuado de control que no se compensa con las supervisiones que la Corte IDH realiza.

En este capítulo mostraremos que los incisos señalados cumplen exhortaciones diferentes, el primero se destina al control de convencionalidad que los Estados han de cumplimentar obligatoriamente por aplicación de los artículos 62 y 68 de la CADH. La

---

[414] Ver Capitulo XV

[415] Gozaíni, *El Sistema procesal interamericano,* cit., p. 789.

eficacia del compromiso no alcanza en la actualidad para sostener que sea una verdad evidente el vínculo creado por las sentencias condenatorias respecto al deber del Estado de actuar, sin afectar sus reglamentos y menos aun la ley fundamental.

El vínculo de la sentencia transnacional es más notable en la recepción jurisprudencial que sigue al pronunciamiento que se vuelca en el formato del control difuso de convencionalidad que todos los jueces americanos llevan a buen puerto.

El segundo inciso tiene dudas teóricas que la Corte IDH despeja al establecer en las sentencias de reparaciones las formas y tiempos para cumplir, de manera que no sería necesario promover una ejecución procesal de aquella sino y únicamente, cuando el Estado no satisface totalmente la decisión, aunque lo haya hecho parcialmente.

> Dice García Ramírez [...] conviene que los Estados asuman este problema y lo resuelvan en el plano de su derecho doméstico, específicamente en el orden constitucional como algunos lo han hecho, para que las resoluciones internacionales a propósito de la responsabilidad estatal de este carácter, tengan eficacia incuestionable e inmediata. De lo contrario, esas resoluciones serían retórica, y devendría ilusorio el segmento del sistema que las produce. Este no puede ser el efecto deseado por quienes los Estados han establecido el sistema al aprobar la Declaración y la Convención que lo sustentan[416].

3. Cumplimiento de la sentencia de reparaciones

Las reparaciones pueden ser materiales o significativas, entendiendo en este grupo las de carácter moral, aquellas de valor simbólico, las que ordenan construir edificaciones o celebrar cursos de educación sobre derechos humanos, entre otras.

Las que obligan al resarcimiento económico pueden alcanzar a sujetos identificados como víctimas (directas o indirectas); a derechos individuales homogéneos (colectividades, sectores sociales, etc.) o bien, tener como beneficiarios a grupos sociales desventajados (por pobreza o marginalidad) o a derechos que necesitan consolidarse (derecho a la salud). Cada uno de ellos tiene particularidades, y algunas son problemáticas por la relación que suele ser común establecer entre la *restitutio in integrum* con el derecho a la reparación integral del derecho común.

---

[416] García Ramírez, Sergio, *El futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, en "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, pp. 1127.

La reparación en dinero se empalma con el concepto de indemnización pecuniaria, y la determinación del valor y modalidad de pago corresponde al organismo internacional. La ejecución de los montos es algo diferente al cumplimiento de la sentencia.

Es importante reiterar que los moldes de la reparación no son los del derecho interno sino los que tiene el derecho internacional. Las decisiones se expresan en equidad, prudencia y razón justa, aunque ponen duda sobre la procedencia de indemnizaciones a título de daño punitivo, sobre el cual, nos hemos referimos en otra obra[417].

> Ninguna parte del artículo 63.1 de la CADH hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquella no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo[418].

Lo que ha sucedido es que esta dimensión internacional del daño, reparado sin tener en cuenta algún margen de apreciación nacional, trajo discrepancias gravitantes en el acatamiento inmediato. Es verdad que la reparación tiene más conflictos de ejecución rápida que la indemnización, pues como ha dicho la doctrina, el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra fuertemente influido por las concepciones y límites resarcitorios establecidos en el derecho privado, lo cual acarrea algunas complicaciones de fondo, toda vez que es claro que el perjuicio causado a un particular por otro o por el Estado, en cuanto sujeto de relaciones privadas, es diverso al perjuicio que se le puede causar a un particular por una actuación ilícita y dañosa de un Estado con relación a los derechos y libertades fundamentales de la persona humana[419].

La Corte IDH, en este sentido, muestra una evolución jurisprudencial que delinea una senda propia que, al comienzo de sus fallos condenatorios, no se vio influenciado por los estados económicos de cada Estado. Con ello se estableció una suerte de estándar, pero al mismo tiempo, generó una asimetría peligrosa por las

---

[417] Gozaíni, *El Sistema procesal interamericano*, cit., pp. 991 y ss.

[418] Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez,* párr. 30. *Godínez Cruz*, párr. 28; Caso *Bámaca Velásquez*, párr. 39; Caso *Trujillo Oroza*, párr. 61.

[419] Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 – 2007),* Universidad de Chile – Centro de Derechos Humanos, Santiago (Chile), 2009 (2ª edición), p. 37.

diferencias que tiene cada país con el valor de la moneda (el dólar estadounidense se toma habitualmente como referencia de cambio).

Por ello este valor de referencia que primero se estableció en la condena, actualmente se dispone con reservas y pruebas a cargo del que alega. Es decir, las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y por ello deben guardar relación con las violaciones declaradas y probadas. La práctica durante la etapa de reparaciones consiste en pedir a las partes que señalen las pruebas que ofrecen para verificar la entidad e importancia de los daños habidos. Sin perjuicio de ello, la Corte conserva potestades discrecionales para ordenar medidas para mejor proveer.

> Recúerdese que se aplica el artículo 66.1 del Reglamento de la Corte, cual dispone que […]: "Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones y costas, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento".

La liquidez de la condena, en consecuencia, se genera en una etapa *sui generis*, que suma y valora elementos probatorios que han de versar sobre la importancia de los daños estimables y de aquellos que exigen alguna demostración adicional (v.gr.: daño psicológico; incapacidades; etc.).

Como se aprecia, es más fácil pagar que hacer, y la experiencia comparada parece aceptar que los Estados solventan antes que disculparse o actuar remedialmente.

De tal confusión es el mecanismo de cumplimiento de las reparaciones que fueron dictados principios y directrices para poder ejecutar convenientemente[420], que tienen la particularidad de remitir al derecho interno para ordenar dicho resarcimiento.

Tomando en cuenta este documento, así como el proceder y la jurisprudencia de la Corte, hay situaciones que deben ser esclarecidas con el fin de evitar incomodidades o desarticulaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno.

---

[420] Los *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones* (2000), es un trabajo basado en la Resolución 1999/33, de 26 de abril de 1999, titulada "El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales". En este documento, el título IX refiere al derecho de las víctimas a una reparación, que debe ser suficiente, efectiva y rápida para promover la justicia, remediando las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Las reparaciones serán proporcionales a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Cfr. Gozaíni, *El Sistema procesal interamericano,* cit., pp. 1013/1014.

Queda en claro que las sentencias de reparaciones son compensatorias sin tener más impacto de penalización que la propia sentencia y las modalidades que aplique. Pero no hay condenas punitorias (ejemplificativas) en el Sistema Interamericano. Todo esto, con la debida aclaración que una vez que comienza la etapa de cumplimiento el Estado puede convenir con las víctimas "otras formas de reparación", las que deben tener suficientes garantías de satisfacción. Para ello la Corte IDH conserva la supervisión de cumplimiento.

Por lo tanto, no es igual cumplir con las reparaciones que abonar las indemnizaciones. Para lo primero cada Estado aporta soluciones parciales pero equidistantes de los demás. Este es el clamor que hacen todos los opinantes del Sistema IDH respecto a la necesidad de tener un marco adecuado y uniforme de carácter internacional para pautar (no reglar) la ejecución de la sentencia de reparaciones.

Son variados los ejemplos de incertidumbre. En el caso *Myrna Chang vs. Guatemala*[421] se resolvió […]

> La Corte considera necesario reiterar que conforme a la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, la cual ha sido definida por este Tribunal como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos". Para cumplir con dicha obligación el Estado tiene que combatir ésta por todos los medios legales disponibles, ya que "la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares"[422]. En este sentido, la falta de captura de los responsables, además de perpetuar la incertidumbre de riesgo de las víctimas, evidencia en este caso que el Estado no ha adoptado las medidas adecuadas para hacer valer sus propias decisiones. Esta Corte ya ha señalado que el incumplimiento de las decisiones judiciales supone por sí mismo la vulneración de la garantía a la protección judicial[423], así como socava el debido proceso.

---

[421] Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Resolución de 16 de noviembre de 2009 (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia).

[422] Corte IDH. Caso *de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, Nº 37, párr. 173; y Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá.* Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 186, párr. 244, y Caso *Garibaldi vs. Brasil*. Sentencia de 23 septiembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 203, párr.167.

[423] Corte IDH. Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá.* Sentencia de 28 de noviembre de 2003 (Competencia). Serie C, Nº 104, párr. 82; Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú.* Sentencia de 7 de febrero de 2005. Serie C, Nº 144, párr. 220, y Caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la*

¿Cuáles serían las medidas legislativas apropiadas? ¿Cuál es el estándar que se quiere aplicar? ¿Tiene el Sistema IDH un sistema penal o procesal penal preferente?

En sus últimas sentencias continúa la prédica y le pide al Estado condenado que […]

> Sin perjuicio de todo lo hecho hasta hoy por Colombia, también se ha referido al hecho que luego de 20 años de ocurridos los hechos, se sigue sin conocer el paradero de las víctimas de desaparición forzada. En este sentido, es necesario que el Estado continúe con la búsqueda por las vías que sean pertinentes, en el marco de la cual debe realizar todos los esfuerzos para determinar, a la mayor brevedad, el paradero de las doce víctimas cuyo destino aún se desconoce. Esa búsqueda deberá realizarse de manera sistemática y contar con los recursos humanos, técnicos y científicos adecuados e idóneos. Para las referidas diligencias se debe establecer una estrategia de comunicación con los familiares y acordar un marco de acción coordinada para procurar su participación, conocimiento y presencia, conforme a las directrices y protocolos en la materia412. Si las víctimas o alguna de ellas se encontraren fallecidas, los restos mortales deberán ser entregados a sus familiares, previa comprobación fehaciente de identidad, a la mayor brevedad posible y sin costo alguno para ellos. Además, el Estado deberá cubrir los gastos fúnebres, en su caso, de común acuerdo con los familiares, y conforme a sus creencias[424].

Como vemos, sin fustigar el criterio adoptado, hay rumbos tomados por vías dispares. Colombia, la ley 288; Perú la ley N° 27.7751 que regulaba el pago de las indemnizaciones a las víctimas del Estado, que revisada cambió el obligado al pago de las reparaciones para comprometer el presupuesto del órgano del Estado que cometió las violaciones condenadas; Argentina con algunos proyectos en danza donde se destacan algunos preceptos que compartimos en la intención que lleva este ensayo […]

> La obligatoriedad de cumplimiento por el Poder Ejecutivo es la regla. El Estado en salvaguarda de las autonomías provinciales, exhortará o transmitirá la sentencia de la Corte IDH a los gobiernos, municipios u organismos pertinentes, cualquiera sea la jurisdicción en la que funcionaren, para que den cumplimiento a las reformas legislativas que debiera disponer en su sede; en cambio si se trata de indemnizaciones, deberá el Estado proveer los recursos, medios y asignaciones presupuestarias para la ejecución y cumplimiento de los fallos indicados.

Contraloría") vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 198, párr. 72.

[424] Corte IDH. Caso *Vereda La Esperanza vs. Colombia.* Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 341, párr. 275; Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, párr. 185, y Caso *Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*, párr. 210.

> Cuando se trata de revisar la cosa juzgada dictada en una causa local, cualquiera fuera la jurisdicción, se deberá abrir un proceso de revisión autónomo por las autoridades pertinentes, que tendrá como objeto la revocación de la sentencia en cuestión a los fines de otorgar pleno cumplimiento al respectivo fallo de la Corte IDH. El recurso se concede al beneficiario de la sentencia, con el fin de que sea el órgano judicial argentino quien deba dar traslado por diez días al Ministerio Público Fiscal de la jurisdicción correspondiente. Contestado el traslado, el órgano judicial argentino deberá resolver dentro de cinco días sobre la admisibilidad y procedencia del recurso de revisión interpuesto, pudiendo asimismo disponer otras medidas accesorias y tendientes a la plena efectividad del fallo que hubiere sido dictado por el tribunal internacional.

En cambio cuando lo que se debe cumplir es el pago de una indemnización, la Corte IDH abandona la generalidad de hechos a cumplir, para señalar claramente al Estado aquello que tiene que satisfacer.

Por ejemplo, suele repetir […]

> El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, las publicaciones ordenadas en los términos del párrafo […] presente Fallo. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos […] presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos, así como el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, en los términos mencionados. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la CADH, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

En síntesis, no hay endeblez jurídica para argumentar que es el Estado quien debe cumplir con las sentencias de la Corte IDH. La particularidad estaría en que tratándose de reparaciones inmateriales o significativas será el Poder Ejecutivo quien deba realizar los actos consecuentes; mientras que si se trata de reparaciones indemnizatorias, el pago se debe tramitar con intervención de los organismos de hacienda y solamente en caso de inejecución dentro de los plazos dispuestos por la Corte IDH, podrá el beneficiario promover la ejecución de sentencia en los carriles del derecho procesal interno y con el apoyo del artículo 68.2 de la CADH.

4. El deber de adoptar disposiciones en el derecho interno[425]

El deber de *respetar* y *garantizar* los derechos y libertades impuesto a los Estados en el artículo 1° se complementa con el de *adoptar disposiciones de derecho interno* del artículo 2. Este compromiso surge de la propia adhesion al Sistema IDH, que no sufre alteraciones –salvo por la obligatoriedad que se deriva– después de una sentencia del tribunal internacional que haya encontrado inconvencionalidades.

Las dos situaciones se enlazan, porque el *deber de respetar* se entiende como una actitud pasiva o negativa y el de *garantizar* como activa o positiva de hacer; el imperativo del artículo 2 obliga a los Estados Parte a integrar su derecho interno con *disposiciones legislativas o de otro carácter* que posibiliten la efectiva vigencia de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, en particular cuando el sistema de derecho propio no los contenga o lo haga con un *status* inferior al Tratado.

La sentencia que condena a un Estado a revisar su legislación tiene efectos directos inmediatos, y obliga por implicancia a los demás adherentes del Sistema a realizar el test de convencionalidad (comparar su ordenamiento interno con la interpretación acordada).

Cuando la norma habla de *medidas legislativas* se refiere a disposiciones de derecho interno que tornen operativos en lo inmediato los derechos y libertades reconocidos en la Convención, y obliga al Estado a efectuar las reformas necesarias para adecuar su derecho a los compromisos internacionales. En este sentido, resulta de estricta aplicación el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en tanto impide que se invoque el derecho interno para dejar de cumplir un compromiso internacional.

El cumplimiento de la obligación de garantizar los derechos protegidos depende no solo de disposiciones constitucionales o legislativas –que frecuentemente no son suficientes *per se*–, en la medida que requiere además otras providencias de los Estados Parte para capacitar a los individuos bajo su jurisdicción, y adoptar medidas legislativas y administrativas, de todo carácter con el fin de eliminar obstáculos o lagunas que dificulten las condiciones para obrar con eficacia.

---

[425] Tomado parcialmente de nuestra obra: *El Sistema procesal interamericano*, cit., pp. 1021/1029.

El cambio legislativo que se impone para ejecutar las decisiones del tribunal trae un conflicto aparente con el esquema republicano previsto para la promoción y debate de las leyes, al provenir de un organismo internacional la orden de modificar una ley o de crear una actuación administrativa pertinente.

Sin embargo es una polémica más aparente que real porqué de cuanto se trata es de armonizar el orden jurídico interno con la interpretación que la Corte IDH hace de las fuentes del Sistema Interamericano.

Si cada Estado tuviera un sistema de articulación del Pacto con sus órganos de poder, seguramente no sería necesaria la intervención del tribunal internacional, porque debería ser suficiente la advertencia de los jueces del Estado que realizan el control de convencionalidad.

Claro resulta que para conservar la subsidiariedad del Sistema IDH es preciso comprender mejor la forma como el control de convencionalidad debe ingresar en el área del compromiso del Estado para evitar responsabilidad por acción u omisión. La actuación correctiva no siempre es innovadora o establecida en obligaciones de hacer, teniendo en cuenta que las medidas de otro carácter se pueden adoptar, también, con evitar que se promulguen leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, como impedir que se supriman o modifiquen aquellas que los protegen[426].

Este ensamble, como fue dicho, no se puede obstruir con oposiciones de "orden público" o "bien común" que signifiquen argumentos contrarios al derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a] de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las *justas exigencias* de una *sociedad democrática* que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención[427].

La formulación de medidas legislativas incluye el debate de aquellos temas que no están suficientemente resguardados en el derecho interno. Por ejemplo, en el caso

---

[426] Cfr. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, párr. 207, y Caso *Furlan y Familiares vs. Argentina,* párr. 300. Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones).

[427] Corte IDH, la *Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la CADH*), Opinión Consultiva OC–5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, Nº 5, párr. 67.

Alban Cornejo vs. Ecuador[428] se destacó la necesidad de considerar el derecho de los pacientes.

Como el Estado alegó no entender el alcance de la resolución, dedujo un recurso de interpretación para saber que debía hacer con relación al deber del Estado de adoptar y regular dicho derecho en la legislación interna.

> El Estado destacó su voluntad de elaborar un proyecto de "ley de indebida práctica médica", para incorporar al Derecho Penal ecuatoriano un tipo penal específico sobre la materia, que tome en consideración las peculiaridades que presenta el ejercicio incorrecto de la medicina y que establezca penas proporcionales a las conductas delictuosas. Asimismo, agregó que para desarrollar tal tarea se requiere respetar los tiempos que permitan llegar en forma segura al resultado esperado, ya que "[…] no puede ser abordada con ligereza, debe ser un asunto de debate público pero sobretodo un asunto en el que la defensa de intereses de víctimas o familiares o la defensa del gremio médico debe ser acogida de manera referencial y no concluyente, caso contrario [se] propici[an] procesos que fomentan un ensañamiento del derecho penal en contra de los médicos o [se] avala[…] el ejercicio incontrolado de una actividad tan importante y necesaria para la vida misma de los usuarios de los sistemas de salud".
>
> La Corte entendió que la petición no se dirigía a aclarar o precisar el contenido de algún punto de la Sentencia, sino a obtener una decisión diferente de la dispuesta en el fallo; en consecuencia resolvió que el Estado debía llevar a cabo, en un plazo razonable, una amplia difusión de los derechos de los pacientes, utilizando los medios de comunicación adecuados y aplicando la legislación existente en el Ecuador y los estándares internacionales.

En suma, son de distinto registro las medidas legislativas que se deben adoptar en el derecho interno, siempre bajo la consigna de no introducir en el ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, o eliminar las que así fueran; debiendo combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

La obligación es del Estado, y en particular del Poder Ejecutivo como órgano propulsor de las medidas que se deben acoplar al derecho interno. Creemos que se necesita una ley reglamentaria para que no se difumine en el tiempo esta obligación de hacer en razón de que la omisión legislativa es un supuesto inconstitucional y un caso manifiesto de inejecución de las sentencias transnacionales.

---

[428] Corte IDH. Caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 5 agosto de 2008 (Interpretación de la sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas).

Huelga decir que las sentencias imperativas –que son el modelo que adopta la Corte IDH– no contribuyen en el esclarecimiento del "cómo cumplir". Nosotros sostenemos que son exhortaciones, cuyo nivel de obligatoriedad primero es para el Estado; pero que influye en la jurisprudencia local como precedente vinculante no meramente orientativo. Es la única forma de adoptar la interpretación y asegurar su *effet utile*.

En el camino queda por ver si el control de convencionalidad declarado produce un desplazamiento de la norma constitucional; o se trata de una inaplicabilidad por inconvencionalidad; o una revelación de este tipo, o lleva directamente a la derogación o abrogación de la norma opuesta.

Para finalizar recordemos lo dicho por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, antes de ocupar el sitial de la presidencia de la Corte IDH […]

> Se trata el control de convencionalidad de un estándar "mínimo" creado el Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, las propias constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del "bloque de constitucionalidad / convencionalidad" otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales. En otras palabras, el "parámetro" del "control difuso de convencionalidad" (que como mínimo comprende la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH), puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión. Lo anterior, incluso, lo permite el artículo 29.b) de la CADH al establecer que ninguna disposición del Pacto de San José puede ser interpretado en el sentido de que "limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados"; la propia jurisprudencia de la Corte IDH así lo ha reconocido en la Opinión Consultiva 5/85 (relativa a la colegiación obligatoria de periodistas), precisamente al interpretar dicho dispositivo convencional: "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable" (párr. 52). En este sentido, la circunstancia de no aplicar el "estándar mínimo" creado por la Corte IDH por considerar aplicable otra disposición o criterio más favorable

(sea de fuente nacional o internacional), implica, en el fondo, aplicar el estándar interamericano[429].

5. La sentencia de supervisión como herramienta parcialmente eficaz

En la CADH no se establece que las sentencias o decisiones de los órganos del Sistema (Comisión y Corte IDH) deban ser objeto de seguimiento destinado a verificar que se cumpla con lo establecido. El artículo 63 dispone la garantía de reparación a las víctimas, sea por medio de resoluciones definitivas o provisionales; el artículo 68, largamente repetido en este capítulo, ordena la implementación de normas internas ajustadas conforme el test de convencionalidad, y también se ocupa de establecer la jurisdicción del Estado parte que fue condenado para que con sus jueces y reglamentos se ejecute la indemnización no satisfecha. Por su lado, el artículo 65 permite a la Corte señalar a la Asamblea General de la OEA los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

En conjunto estas disposiciones no tienen armonía, porqué muchas veces la complacencia a las víctimas no se reduce a indemnizaciones compensatorias, en la medida que existiendo vulneraciones sistemáticas, la urgencia es imponer cambios legislativos cuyo mecanismo de implementación es difícil y resistido.

La supervisión surge del artículo 69 del reglamento de la Corte IDH que establece […]

> 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.
>
> 2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.
>
> 3. Cuando lo considere pertinente, el tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en esta escuchará el parecer de la Comisión.

---

[429] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Estudios constitucionales, volumen 9, nº 2, Santiago, 2011, pp. 531-622.

> 4. Una vez que el tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.
>
> 5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

Los Estados Parte que en la Convención han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte, tienen el deber de acatar las obligaciones establecidas en las sentencias que dicta el tribunal transnacional, y comunicar las medidas adoptadas para el cumplimiento y la forma como se viene aplicando. En los hechos es un informe de gestión realizada y eficacia conseguida.

Esta etapa se supervisa, caso por caso, cuanto se hace y se deja de hacer, pero no es más que una inspección directa o indirecta del tribunal, según verifique in situ o espere la rendición del informe, que no tiene otra consecuencia que informar anualmente a la Asamblea General.

Para mejorar el encuadre de las sentencias a cumplir, se ha puesto en práctica la realización de audiencias públicas (o privadas), que cotejan con el Estado involucrado y los sujetos que formaron parte del proceso transnacional, el alcance o grado de cumplimiento de los fallos, particularmente cuando se involucran reparaciones múltiples, que implican actuaciones complejas y problemáticas para los Estados. En las audiencias de supervisión de sentencias se analizan las posiciones del Estado y de las víctimas y sus representantes, así como se escucha el parecer de la Comisión IDH.

> Estas audiencias constituyen una práctica importante, en la medida en que ha permitido a la Corte IDH cumplir con la función jurisdiccional que le señala la Convención Americana y que no culmina hasta en tanto no se cumpla cabalmente y de manera íntegra con todos y cada uno de los aspectos ordenados en la sentencia respectiva. Las audiencias han contribuido a lograr la efectividad de las decisiones de la Corte IDH. No se trata de una mediación del fallo, sino de una actividad dinámica que permite contar con información reciente para que los jueces puedan realizar una adecuada valoración sobre el cumplimiento del fallo por el Estado concernido, a la vez de propiciar espacios de diálogo constructivo favoreciendo el entendimiento entre las partes y lograr el debido cumplimiento de lo decidido en la sentencia, particularmente sobre las diversas formas de reparación para las víctimas[430].

La supervisión se menciona, como vimos, como una función jurisdiccional de la Corte, que no puede enunciarse con plenitud jurisdiccional al carecer del ya mencionado poder de ejecución directa que permitiría completar el aspecto teórico del significado

---

[430] Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor a la Resolución de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

completo de la *jurisdictio*, donde al poder de conocer y emplazar a las partes para que vengan al proceso encaminado desde la petición primera, se integre el poder de ejecución de lo resuelto sin necesidad de delegarlo al derecho interno.

Sin embargo, esto no es absolutamente cierto, sino más que una inadvertencia al problema creado después de las reformas reglamentarias de la Comisión y la Corte interamericana, que dejaron al texto de la convención con algunas incertidumbres.

Esto sucede cuando en el año 2009 comienza el procedimiento contencioso ante el tribunal a permitir la intervención directa de las presuntas víctimas y sus representantes, a quienes se les acuerda legitimación procesal individualizada y diferente a la que antes tenían mediatizada por la Comisión IDH[431]. Este organismo abandona la función de Fiscal del Sistema y se posiciona como "garante" de la protección efectiva de los derechos humanos que al investigar el caso decidió someterlo a la Corte. Lo único que conserva del rol anterior es la posibilidad de ofrecer pericias y participar en los interrogatorios.

El cambio de funciones supone mudar también el tipo de intervención procesal de los sujetos, porque al darles personalidad para obrar y requerir pretensiones que serán objeto central de la sentencia de reparaciones, debió tener en cuenta que no había necesidad de que fuera la Corte IDH quien conservara el interés de supervisar que la sentencia se cumpla.

No obstante, mantener en sus términos el esquema previsto no cambia demasiado la situación, en razón de que también al Sistema IDH le importa ver el acatamiento del control de convencionalidad antes que el pago de las indemnizaciones.

En la práctica está demostrado que la supervisión de las sentencias es útil como mecanismo disuasivo; y al mismo tiempo, destaca que si no hay voluntad del Estado para cumplir, las soluciones finales se reducen a las siguientes posibilidades:

---

[431] En particular, cabe señalar que la Corte IDH, en su organización interna, ha desarrollado a partir del 2014 la creación de una nueva Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, la cual pretende sistematizar la supervisión conjunta y estratégica de sus casos. Dicha práctica permite identificar factores comunes que presentan los casos, en relación con los diversos Estados y las principales temáticas en supervisión, a fin de ofrecer soluciones efectivas para su implementación. Cfr. Calderón Gamboa, Jorge, Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH, Anuario de Derechos Humanos, Nº 10, México, 2014, pp. 105-116.

a) Acatamiento voluntario pleno. *Situación donde se verifica que el Estado cumpla con la sentencia y, en su caso, acate las indicaciones que la Corte haya hecho respecto a las formas y modalidades de ejecución.*

b) Acatamiento subordinado*: Sentencia que condiciona su cumplimiento inmediato al régimen interno de ejecución de sentencias. Aquí las corrientes se abren en:* a) *aquellas que igualan la sentencia transnacional con los títulos ejecutorios internos (v.gr.: sentencia definitiva, laudos arbitrales, conciliación o acuerdos de mediación, entre otros), y* b) *las que exigen que la sentencia internacional supere el test de constitucionalidad (como lo declara Venezuela; o lo condiciona Ecuador, entre otros).*

c) Ejecución directa con leyes reglamentarias*: Son los casos anunciados de países que han dictado leyes especiales para que se apliquen y ejecuten las sentencias de la Corte IDH.*

d) Ejecución que espera indicaciones de cumplimiento*: Cuando las reparaciones quedan abiertas a la realización de obligaciones de actuar (reforma legal; cambios legislativos; implementación de actos públicos; construcción de edificios; educación en derechos humanos; entre otras), hay dos tendencias: Una que deja abierta a la discrecionalidad estatal la forma como hará efectiva la manda; o aquella que dicta instrucciones específicas para ello. En uno u otro caso, no hay en la Convención ni en los reglamentos, una previsión expresa sobre esta forma de resolver la ejecución inmediata.*

6. Conclusiones

Esta participación del interesado en etapa de ejecución puede conmover la eficacia del sistema de seguimiento, o aligerar el peso que tiene la Corte IDH cuando persigue controlar que sus decisiones se ejecuten en el derecho interno.

La cuestión puede tener interpretaciones distintas. Una posición entiende que el proceso transnacional no es un procedimiento estrictamente bilateral y contradictorio, porque el resultado que tienen las pretensiones encuentra objetivos distintos según sea la parte beneficiada. Para la Comisión, una sentencia que condena al Estado culmina la tarea de investigación preliminar y reviste de autoridad la decisión oportuna de someter

el caso a la Corte. El objetivo del organismo se consigue y, en todo caso, el cumplimiento de las reparaciones solicitadas será, más bien, dirigido a obligaciones no patrimoniales, en las que las simbólicas tienen especial predicamento.

Para las víctimas, aquellas que dejan de ser presuntas, y sus representantes, la ejecución forma parte del poder jurisdiccional. No se podría concebir la autoridad de la Corte IDH sin la potestad de hacer cumplir por la fuerza las decisiones que toma.

Pero este imperio no lo tiene, y como vimos, puede encontrar reparos en el mismo reglamento que articula recursos como el de interpretación, o tolera múltiples posibilidades de presentar observaciones o dar explicaciones, que en los hechos, actúan como acciones dilatorias que postergan el acatamiento efectivo de la decisión.

En el actual emplazamiento teórico que sostenemos para la jurisdicción, no discutimos la relación notio + executio. Esto significa que el conocimiento judicial termina cuando la sentencia se cumple, de modo tal que, no puede ser únicamente la parte quien se ocupe de transformar en realidad la declaración hecha en un pronunciamiento que lo beneficia.

Para la Corte, permitir que la sentencia deje de cumplirse es una debilidad que impacta en el poder e imperio del que goza. No es autoritarismo ni exceso reglamentario. No es otra cosa que hacerse respetar sin violación alguna a la soberanía, ni interferencia con las legislaciones locales.

Conclusiones

1. El fenómeno mundial de los derechos humanos y su objetiva protección sustancial y procesal (no hay derechos efectivos sin garantías para su ejercicio) trajo al modelo tradicional de fuentes normativas un sistema piramidal discutible con los ordenamientos constitucionales que han diseñado sus leyes fundamentales desde la base de la soberanía incuestionable.

Las declaraciones, derechos y garantías cavilaron desde los orígenes del constitucionalismo que serían normas pensadas para una aplicación local constante y eterna. La defensa de esta estructura quedó en manos de la jurisdicción política (tribunales constitucionales) o judicial (sistema difuso y mixto donde hay control concentrado), con claro destino de protección de los textos antes que de interpretación progresiva. La elaboración y creación de normas han respetado la producción local, receptando lo externo únicamente cuando se aplicó jurisprudencia internacional en un caso concreto.

Con la aparición de la Declaración Universal más otros tratados y convenciones sobre derechos humanos comenzaron a ser exigibles nuevos derechos cuyas garantías quedaron a expensas de la recepción en el derecho interno del derecho internacional.

El impacto dio inicio a un debate entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional reclamando cada uno para sí el derecho a la mayor supremacía. El derecho procesal quedó a la deriva en esta diferencia de entendimientos, resurgiendo con respuestas, mucho tiempo después, cuando se visualiza que la relación entre la Constitución y el proceso podía ser una ciencia con revelaciones transversales, de lenguaje único y comprensible por todos, sin necesidad de remisiones a textos puntuales o mayores explicaciones porque la base común a vislumbrar estaba en el principio de igualdad.

Los órganos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde los primeros tiempos de trabajo se mostraron proactivos en un marco de pocas peticiones que se fueron multiplicando por diversos frentes temáticos. Con la apertura de estos casos la Corte Interamericana tuvo oportunidad de interpretar y dar formato al llamado control de convencionalidad. Justamente, al suceder esto en el siglo XXI la novedad tuvo una importancia notable que trascendió el tiempo y las eras.

Con las denuncias por violaciones masivas de derechos humanos (v.gr.: desaparición forzada de personas en países que habían estado bajo gobiernos militares o dictaduras políticas; masacres de poblaciones a causa de luchas entre grupos de poder; violaciones a derechos específicos como la libertad de prensa y de libre opinión; entre otros) la Corte IDH dio respuestas para una situación padecida globalmente, antes que remediar un conflicto interno; luego las sentencias produjeron esclarecimiento sobre ciertos derechos (v.gr.: estados de excepción; restricciones a la pena de muerte; libertad de asociación; etc.)[432]; apenas después, el tribunal aprovecha los casos para delinear estándares y reclamar a los Estados que forman parte del Sistema IDH, para que den cumplimiento al compromiso internacional asumido en la adhesión.

Con esta explicación simple y sin estridencias, apenas un resumen compilado de múltiples sucesos que fueron pilares en la construcción de la defensa procesal de los derechos humanos, analizamos en este ensayo lo más simple de la presentación y lo más grave del sistema. Vale decir, comenzamos por verificar severos problemas de lenguaje, que son utilizados en las sentencias con un léxico particular y apropiado a un estilo inconfundible para quienes leemos continuamente los fallos de la Corte IDH, pero que no responden más que a un patrón que se torna ambiguo cuando se aplica.

---

[432] Esta segunda etapa jurisprudencial visualiza un panorama distinto al que había generado nuevos estándares como el derecho a la verdad y el deber de investigar. Estos que se formularon como deberes del Estado destinados a fortalecer el derecho a saber qué paso, dio paso al estudio de otros derechos como los derechos civiles y políticos cuya dimensión de respuesta era diferente a la anterior. En aquellos se exhortaba al Estado; ahora, en lo esencial y estricto, la obligación asienta en la garantía de no repetición; no violar ni lesionar, sea por acción u omisión, el derecho de que se trate. Se proclama un deber genérico de establecer y garantizar Ia existencia y ejercicio de estos derechos. En el caso de los derechos civiles se fomenta el principio *pro persona*, y ante derechos políticos, el importante es el ciudadano. Apenas después, y cuando se analizan derechos económicos, sociales y culturales, el mensaje fue imponer obligaciones de hacer (v.gr.: obligación de brindar los medios materiales para que los servicios de asistencia económica, social, sanitaria, cultural, etc., provean los medios y elementos necesarios para satisfacerlos). El deber del Estado radica en dedicar, dentro de sus posibilidades económicas y financieras, los recursos necesarios para la satisfacción plena. De allí que se empiezan a tratar derechos de contenido prestacional, que suponen establecer obligaciones positivas del Estado. Sin embargo, este resumen muestra un problema: […] "Entre otras cosas, el hecho de que estos derechos fueron incluidos en la CADH ha tenido como consecuencia que, en términos generales, los casos que han sido sometidos a consideración de la Corte tienen una mayor relación con violaciones cometidas a derechos civiles y políticos. En virtud de lo anterior, para que la Corte en su jurisprudencia haya podido hacer mención a estos derechos, la Comisión, al someter el caso, ha tenido que fundamentarlo en violaciones de alguno de los derechos protegidos por Ia Convención Americana, que protege únicamente derechos civiles y políticos […]. Cfr. Monge, Arturo J., *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales,* Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, Nº 11, Colegio de Abogados de Costa Rica, 2011, p. 223.

Las declaraciones no asumen ese contenido exhortativo y quieren volverse al terreno del deber impuesto; de obligaciones derivadas de un compromiso que solo se amparan en la buena fe; en la promoción de un *ius commune*, o *corpus iuris* continental, o como se lo quiera llamar, que se debería formar con una solidez teórica que no tiene ni se formula.

La debilidad es producto de la contrariedad entre afirmaciones y realidades, donde el foco más evidente se demuestra con la baja porcentualidad de cumplimiento total de las sentencias de la Corte IDH; o de medidas cautelares ordenadas por la Comisión, o las provisionales que el tribunal internacional dispone.

> Pero lo asintomático no es solo producto de cuestiones adjetivas; de los treinta y cinco (35) Estados miembros de la OEA; veinticinco (25) han ratificado el Pacto de San José de Costa Rica; y, hasta el momento, sólo diecisiete (17) han hecho la declaración de reconocimiento de competencia contenciosa de la Corte. Ocho (8) Estados que ratificaron la Convención no aceptaron la jurisdicción contenciosa, y nueve (9) no la ratificaron por lo que sólo les son aplicables las normas del sistema con base en la Declaración Americana. En este sentido se podría afirmar que existe "tres niveles de aplicación, lo que evidentemente no contribuye a la igualdad entre los diferentes países, y en cambio sí facilita la utilización política de instrumentos concebidos para evitar prácticas discriminatorias en detrimento de la persona humana y de los sujetos de derechos internacional […]. Esta situación ha llevado a algunos a considerar que se trata más de un sistema latinoamericano de derechos humanos que de un sistema interamericano. La asimetría mencionada no sólo tiene efectos procedimentales sino que orada la credibilidad del sistema en su conjunto, en la medida en que el grado de compromiso vinculante no es el mismo para todos los Estados"[433].

El desarrollo que se ha hecho compila las ideas fuerza de lo que se quiere mostrar y fundamentar. El conjunto que integra el *corpus iuris interamericano* se debiera articular con el derecho interno dando más importancia al compromiso ético de adhesión que a la responsabilidad internacional emergente del incumplimiento. Es el mensaje que consideramos trae el control de convencionalidad haciéndose diferente al modelo de fiscalización del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Cuando el derecho internacional de los derechos humanos se liga al derecho interno las normas locales no se alteran, modifican ni transforman, solamente se refuerzan por la fuente de la que provienen. Este modelo de integración subraya la

---

[433] Cfr. Tirado Mejía, Álvaro, *Avances, fortalezas y desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos;* Departamento de Derecho Internacional, OEA, Bogotá, 2001.

consolidación de *garantías*, promueve *principios* particulares para la interpretación (v.gr.: pro homine) de los derechos, y cuando el Estado deja de cumplir el mencionado compromiso se abre un procedimiento nuevo (potestativo de las víctimas presuntas y/o entidades con representación adecuada) de reclamos ante los órganos de la Convención Americana que tramitan con *reglas especiales*.

El procedimiento en sí mismo tiene dos carriles donde transitar: 1º) el de interpretar el alcance de las normas con el fin de dilucidar la eficacia que se espera de ellas en la aplicación local, que *lato sensu*, se ha dado en llamar "declaración de convencionalidad" o "control de convencionalidad", según sea una interpretación conforme o una fiscalización de lo realizado por el Estado parte, respectivamente; y 2º) promover *estándares* de protección común que puedan mejorar la defensa interna, orientar contenidos mínimos, o disponer pautas de trabajo.

2. En el ensayo hemos procurado ver en los primeros capítulos cómo trabaja la incorporación de este bloque convencional de garantías, principios y reglas; y sobre todo, analizar si los estándares son para el proceso transnacional o se destinan para construir un esquema básico de contenidos elementales para el debido proceso.

La investigación se promueve desde el "derecho procesal transnacional" que sería la fuente de estudio para cotejar si los basamentos teóricos que se entienden y aplican, puedan dar predicamento y razones para un cambio tan radical en el proceso común (no importa que sean privados, constitucionales o administrativos).

Al experimentar el impacto en la supremacía constitucional, la diversidad de ordenamientos obliga a que el diálogo que propicia la Corte IDH con los tribunales locales, buscando el ensamble de sus interpretaciones, se realice en un entorno de mejor cobertura técnica. Actualmente, el coloquio mencionado se elabora desde la comparación con el otro, o con el espejamiento de la solución aportada por el derecho transnacional a una situación local que puede tener vínculos o aproximaciones entre Estados, o ninguna por no tener el conflicto resuelto concordancia con el apremio zanjado (v.gr.: derechos de los aborígenes; derechos de los migrantes; etc.). Como se aprecia, no hay diálogo donde uno habla y el otro recepta sin discutir.

Nos parece que se tiene que favorecer un proceso de adaptación que supere la noción judicial del precedente vinculante. Los estándares de la Corte IDH no debieran

ser tratados como producto de una sentencia que obliga al Estado y compromete a los demás. Constituyen un formato novedoso de creación normativa, que no derivan en la imposición, el deber, o el compromiso. De seguir con este temperamento, es muy probable que continuemos viendo Estados que se resignan; Estados que fortalecen sus tribunales constitucionales para adaptar o resistir el control de convencionalidad; Estados que abandonan el Sistema IDH con las contrariedades que esto significa; Estados que buscan mantener la doctrina de la "ultima palabra" en sus Cortes Supremas; en fin, la preciada igualdad que es la base necesaria para consolidar la dura lucha por los derechos humanos, queda inerte cuando cada Estado Parte iguala los estándares con el derecho común sin advertir que son normas incorporadas al derecho local aunque provengan de una fuente internacional.

3. En el escenario encontrado se vuelve razonable comprender la evolución jurisprudencial de la Corte IDH y por ello, cual si fuera un interrogante, presentamos el capítulo: Revisión del caso o violaciones sistemáticas.

La CADH no tiene dudas y menos aun se presentan en los Estatutos y Reglamentos de sus órganos cuando se resuelve la tutela de los derechos humanos. El móvil se pone en funcionamiento con la petición de la víctima, sus representantes y/o demás interesados. La apertura del procedimiento claramente es la que tiene mayor evolución y la que provoca un fuerte golpe al marco teórico.

En efecto, el Sistema IDH fue previsto para que la Comisión IDH se forjara como Ministerio Público y encargado de la investigación preliminar originada en la postulación de un sujeto denunciante. La idea primera fue verificar si el Estado cumple y aplica los derechos humanos o los desatiende y por ello viola el compromiso al que adhiere, siendo en consecuencia responsable internacionalmente.

La Corte IDH al trabajar casos llegados a su instancia contenciosa, comienza la elaboración de patrones de interpretación para los procedimientos. Se refiere a la valoración de la prueba, al deber de probar, al agotamiento de los recursos internos, a la especificidad de la protección internacional de los derechos humanos frente a la justicia penal, a las desapariciones como un delito contra la humanidad, y se ocupa de señalar diferencias funcionales entre los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, es decir la Comisión y la Corte.

Este punto de partida fue un hito, tal como lo formula Álvaro Tirado Mejía (ex presidente de la Comisión IDH), pues sin perjuicio de la autonomía de los ordenamientos jurídicos domésticos, la mayoría de las fuentes apuntan a imponer la compatibilidad entre el alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados.

> Para que esta armonización sea posible, es necesaria la aplicación del criterio hermenéutico del principio *pro homine,* en virtud del cual el derecho debe estar a favor del individuo. Por eso, frente al reconocimiento de derechos, se debe acudir a la norma más amplia y a la interpretación más favorable e, inversamente, cuando se trata de restringir el ejercicio de un derecho o de suspendérsele de manera extraordinaria[434].

El dilema del estándar es saber si está propuesto como una regla del procedimiento supranacional; o si pretende formular un contenido mínimo para todas las investigaciones donde los derechos humanos estén comprometidos, de manera que se propicie en el marco del principio *pro persona*. Otra posibilidad es que sea dispuesto como una garantía establecida por el control convencional para todos los procesos, vale decir, convirtiendo al estándar en un componente esencial del debido proceso. Como se puede apreciar son respuestas desiguales para un mismo problema.

El devenir de los casos contenciosos fue demostrando que las desapariciones forzadas de personas que llevaron a la Comisión IDH a denunciar a Honduras, se trataron con un modelo procesal diferente al procedimiento penal, dejando en claro que los principios del proceso transnacional abordarían la investigación sin tener en cuenta las garantías del sistema local del país denunciado. Por ello, no habría presunción de inocencia; no se consideraría a los fines del agotamiento de los recursos internos la premisa del juez natural; tampoco se podía considerar la necesidad del cuerpo del delito (los desaparecidos eran eso, justamente, y no se hallaban los cuerpos o restos de las personas); ni la aplicación del *onus probandi* técnico; y menos todavía la apreciación de la prueba con el marco formal y riguroso de la teoría emergente del derecho probatorio. Todo ello hizo ver que el centro neurálgico de Latinoamérica, desecha por el plan Cóndor que hizo de las desapariciones forzadas de personas un plan sistemático, debía encontrar una respuesta totalizadora. El caso *Velásquez Rodríguez* y los demás que la

---

[434] Tirado Mejía, cit., p. 17.

Corte IDH sentenció escalonadamente, fueron decisiones para los países que tuvieron desapariciones causadas por el Estado, más allá de las reparaciones que individualmente se dispusieron.

> En los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno[435].

En este tiempo no había cuestionamientos sobre el significado que tuvo la represión de personas y la supresión de garantías en Latinoamérica mientras estuvieron las dictaduras militares. No fue únicamente el despojo de la dignidad humana el derecho afectado, sino además, todo un desconcierto absoluto sobre la verdad declarada y el rol de la justicia en esta etapa.

Evidentemente, las primeras sentencias de la Corte IDH trataron de resolver violaciones sistemáticas de los derechos humanos, de modo que el seguimiento para que ellas se cumplieran tenían como principal enfoque fortalecer la democracia de las instituciones y el respeto por los derechos humanos, bajo una consigna que se adoptó como lema: "NUNCA MÁS".

4. El Sistema IDH produce desde su gestación una doble vía a recorrer. Transita por un sendero la protección efectiva de los derechos humanos sufrientes en un Estado compulsivo, otorgando derecho a ser oído a las víctimas presuntas y sus representantes para que puedan llevar peticiones a la Comisión Interamericana, que investigará y comprobará la robustez de la verdad puesta en conocimiento, y de corresponder, someterá el caso al enjuiciamiento por la Corte IDH.

Este camino es un procedimiento especial que promueve principios diferentes a los de la teoría del proceso. Por ejemplo, la contradicción técnica (derecho a oír a todas las partes antes de resolver). Un proceso transnacional no mira otra cosa que los hechos sucedidos en un Estado que supuestamente ha vulnerado derechos humanos, y ese es el único tema que atenderá en la investigación preliminar. Los presupuestos de la

---

[435] *Caso Velásquez Rodríguez*, cit., párrs. 135/136; Caso *Godínez Cruz*, cit., párrs. 141/142.

legitimación procesal no los necesita porque en el sistema son diferentes; lo mismo con la representación y el patrocinio profesional de abogados; el aporte de los hechos y la prueba a relevar, entre otras diferencias.

En cambio toma en cuenta el principio de congruencia, porque si el Estado fue denunciado por violar la libertad de prensa, solo podrán sumarse derechos relacionados con ello y no otras violaciones sin exposición en la petición de comienzo.

Por eso, el objeto que la petición persiga (es decir, reconocer que la denuncia solo puede poner de relieve hechos sin solicitar reparaciones) debe acotar el margen de la intervención, como centrar el caso que eventualmente se someta a la Corte IDH.

En consecuencia con estos dos principios de sostén teórico, nos referimos al dispositivo (el procedimiento comienza a iniciativa de parte[436]) y el de congruencia (límites objetivos y subjetivos, es decir, cosa pedida y sujetos alcanzados), el caso tendría soluciones para quienes piden y por lo que pretenden. Esta sería la sentencia de reparaciones. Teóricamente sería el límite objetivo de la cosa juzgada[437].

Pero ocurre que la cosa juzgada no es la tradicional que se conoce; es otra que tiene una contextura diferente y se sostiene como cosa juzgada internacional o convencional, que alcanza a los Estados parte de la CADH. Por supuesto, no lleva esta deducción a que las reparaciones puedan repetirse en casos parecidos si no provienen del encuadre propuesto por quienes piden y confrontan con el Estado.

En cambio es trascendente para comprender la otra vía a recorrer: la interpretación de los derechos humanos conforme al sentido que otorga la Convención y demás tratados sobre derechos humanos.

El control de convencionalidad no se conforma con dar explicaciones en el caso y para las partes; es más ambicioso su pensamiento, cuál pretende quedar instalado como guía del cambio legislativo y con efectos de sentencia normativa. Es claro así el objetivo que la propia Corte IDH sostuvo en la OC 2/82 en el que aclara que no es posible igualar el derecho común con los tratados sobre derechos humanos.

---

[436] Aunque la Comisión puede incoar de oficio nunca lo ha hecho. Cfr. Gozaíni, *El Sistema procesal interamericano,* cit., pp. 89 y ss.

[437] Con la reforma reglamentaria del año 2009, las víctimas asumieron personalidad jurídica propia y la Comisión interamericana, sin perder protagonismo, no se ocupó de solicitar reparaciones materiales o morales que solo aquellas pudieron plantear. Por ello, que la sentencia la ejecute el que no lo pide, tiene poca solidez.

Esta es la sentencia declarativa del control de convencionalidad.

5. Los inconvenientes aparecen cuando en el marco de esta avenida que tiene doble tránsito (control de convencionalidad y reparaciones), se interlínea un pasaje que permite ocuparse de un tema de violación de libertades y derechos que no admite ponerlo dentro de una u otra vía porqué, aún teniendo relación con ellas, produce una colisión con las garantías de quienes tuvieron intervención en el conflicto interno y no participaron en la instancia supranacional. Son los casos cuando las sentencias de la Corte IDH afecta la cosa juzgada (*res judicata pro veritate habetur*) que ha hecho verdad local para quienes fueron parte de ese proceso.

Es probable y por eso cobra sentido la petición, que la controversia interna haya violado principios y presupuestos del debido proceso; que sea manifiesto y ostensible la elusión de garantías incanjeables que no pueden quedar toleradas por el silencio obligado del que padece la desigualdad; entre otras variables que se han resuelto por el tribunal internacional. Cuando así sucede el Sistema IDH ha tenido que justificar que no es una cuarta instancia ni trabaja como un recurso de revisión de la cosa juzgada, y que la sentencia que dicta la debe cumplir el Estado y no los jueces que, en su caso, solo deberían dejar sin efecto ese pronunciamiento.

Estos son, en definitiva, los tres aspectos que tratamos de bosquejar dentro de un itinerario posible de respuestas a un proyecto teórico. Siempre con la mirada puesta en que no hay mejor teoría que aquella que puede ser llevada a la práctica.

6. Juegan entonces, en esta supuesta polémica, la armonía entre garantías del debido proceso; defensas efectivas para los derechos y libertades constitucionales (incluidos en ellas las que ingresan al sistema como normas fundamentales provenientes de tratados y convenciones sobre derechos humanos); principios y valores constantes de la interpretación conforme; y las reglas dispuestas para el proceso transnacional que, por vía de consecuencia, emiten estándares para otros procedimientos los que se efectivizan y declaran en torno de la función potestativa del control de convencionalidad.

La articulación de cada uno no es sencilla, pues la propia Convención es un sistema subsidiario que no quiere confrontar con la protección procesal – constitucional del Estado, y solo exhorta a la implementación de las decisiones adoptadas (sea en el

formato de propuestas, recomendaciones, medidas cautelares o provisionales, o directamente las sentencias de fondo y reparaciones). De cuanto sigue, ocurre que tanto el control de convencionalidad que proporciona interpretación conforme; como los estándares que se elaboran, debieran ingresar al derecho local más como asistencias y auxilios del derecho interno que como imposiciones dispuestas.

Los estándares declarados como el deber de investigar para que se cumpla el derecho a la verdad importaron nuevas reglas en la actividad probatoria que se vincularon con el debido proceso. La orientación general que se establece no significa ni debe llevar a confundir los principios con las reglas comunes del proceso contradictorio. En el plano de las ideas, lo perseguido fue bosquejar una plataforma común de ambiciones, en las que básicamente, se potencia el sentido de *los deberes* antes que *los derechos.*

7. En efecto, estos dos primeros estándares (deber de investigar y derecho a la verdad) pusieron en escena la necesidad de juzgar con reglas diferentes y con principios fuera de la trama tradicional de las garantías penales. Por eso, cuando se analizan violaciones sistemáticas es necesario ponerse en situación y aplicar en el juzgamiento los objetivos que se quieren conseguir. El primero es la verdad de lo que sobrevino, lo siguiente, verificar el empeño del Estado en la investigación realizada; después significar las acciones emprendidas y el respeto por las garantías, para culminar verificando la razonabilidad, sin arbitrariedad, de las sentencias locales que exponen el resultado final que ofreció al Estado a las víctimas presuntas.

Cuando fueron violaciones sistemáticas el enclave fue superar los dogmas de la teoría penal, y así fue que nunca se reconoció que el procedimiento encaminado ante la Comisión interamericana tuviera carácter punitivo, o que la denuncia llevada a la Corte fuera propiamente una demanda. La confrontación con el Estado nunca se ha visto como tal, sino como el espacio que se le otorga para justificar sus acciones y defenderse con argumentos y pruebas en contrario, siempre con una bilateralidad atenuada y sin derecho a apelar la sentencia internacional. Ésta debe cumplirse para dar eficacia y contenido a la responsabilidad internacional que se encuentre.

Ahora bien, elaborar estas declaraciones como estándares incólumes al paso del tiempo, y creer que el derecho a la verdad fue impuesto como un derecho autónomo e

independiente que tiene como objetivo acentuar el deber de investigación sobre los hechos que ante la justicia local se sustancia, puede ser un error.

8. Si bien la garantía de no tener procesos ficcionarios puede alojarse en los artículos 8 y 25 de la CADH, lógicamente se diferencia de ellos porque no forma parte del elenco de garantías, sino de los presupuestos de trabajo ineludibles para hacer justicia con realidades sin suposiciones. Y como las certezas son comunes a los interesados que protagonizan el proceso transnacional, hay un adeudo de colaboración probatoria y un deber de investigar en el derecho interno, como primer componente del sistema defensivo de los derechos humanos. No es el mismo escenario de los demás procesos guiados con la vara de las garantías constitucionales del derecho de defensa en juicio, que forma parte del debido proceso constitucional y legal.

El derecho a la verdad es un reclamo para los derechos humanos que no pretende ser –al menos así lo entendemos– un estándar para todos los procesos. La prueba del proceso internacional no es la misma actividad desenvuelta en el proceso común, aunque se vincule y tenga alguna semejanza con la que celebran los procesos constitucionales.

Es una verdad que abandona el encuadre judicial que piensa al proceso como una lucha entre fuerzas y deberes, traducidos en cargas y obligaciones con consecuencias irremediables para quien deja de cumplirlas. Se trata de apoyar una visión colectiva y de alcance interdisciplinario, donde todos tienen el deber de cooperar para saber qué pasó. Y en el "todos" está comprometida la propia sociedad y el Estado que los acoge, siendo la etapa judicial apenas un tránsito posible.

Con este piso de marcha adquiere sentido enclavar el deber de investigar. Es el Estado el que tiene que garantizar y proteger al individuo; y son los jueces los que tutelan la efectividad del debido proceso. La verdad, entonces, puede ser un objetivo muy comprensible para la investigación que desarrolla el Sistema IDH, pero llevarlo al proceso con la esperanza de que ella se resuelva con todos los implicados, genera un desencuentro teórico evidente con el principio acusatorio (el que juzga no investiga; y el que investiga no puede juzgar).

Puede coincidir con la llamada solidaridad en la producción de la prueba más conocida como carga dinámica, pero en realidad la verdad se debe aislar del deber

probatorio, o de la actividad procesal específica para evitar centrarlo como un estándar del debido proceso; para nosotros se tendría que localizar como un deber del Estado para implementar una investigación comprometida con el derecho a saber qué pasó y cómo ocurrió la desnaturalización de cobertura y protección a los derechos humanos.

La vinculación entre verdad e investigación ha de constituir un deber funcional del Estado, que tendrá que empeñar sus mejores esfuerzos para evitar la impunidad. Si viéramos a la obligación de indagar como un estándar jurídico le limitaríamos su alcance, el que en todo caso, sería un mensaje a los jueces para que no amparen sus decisiones en rituales, solemnidades y deberes probatorios del que afirma o niega, dejando el resultado en una mera probabilidad con aspiraciones de certeza.

Nuevamente, el deber de investigar no es un estándar para la Comisión IDH, ni para que los jueces lo apliquen en sus requerimientos. La obligación se dirige al Estado no con fines probatorios de consecuencias procesales, sino como un derecho a la verdad descubierta por todos quienes deben colaborar en su obtención. Así sugiere comprender el alcance las decisiones de la Corte DH que ponen al derecho a la verdad dentro del acceso a la justicia.

En síntesis, la construcción teórica de los derechos humanos no es procesal, porque la verdad que se quiere no se conforma con lo posible o eventualmente cierta que proporciona cierta seguridad o certeza sin dudas razonables.

9. El acceso a la justicia es un fenómeno mundial que el Sistema IDH utiliza como un estándar previsto para la revisión de conductas estatales en el compromiso de defensa por los derechos humanos. No tiene en miras facilitar el acceso a los jueces que, en todo caso, se amparan en el derecho a ser oído; ni flexibilizan las categorías elaboradas para sustentar pretensiones procesales con legitimación y capacidad suficiente para obrar. Ellas podrían quedar solventadas con reglas como las de Brasilia, que tienen en cuenta la dimensión de los desequilibrios imperantes en ciertas situaciones de vulnerabilidad.

El contenido debiera centrar en conseguir que el Estado haga justicia con sus actos, sin que ellos aniden exclusivamente en las sentencias judiciales.

El acceso a la justicia, en consecuencia, no es un estándar del debido proceso sino un deber prestacional que todo Estado parte de la CADH debe cumplir para dar

eficacia real a la protección de los derechos humanos.

10. Otro de los estándares que la doctrina presenta como tal es el derecho al recurso. La experiencia jurisprudencial puede demostrar la exactitud de las conclusiones, al punto que se pueden ver desde el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, numerosas reformas procesales que dimitieron la persistencia de la instancia única de juzgamiento.

Incluso la propia evolución fue indicando que la premisa no centró la necesidad de vías de impugnación para las condenas penales, sino en ampliar el derecho al recurso para todos los procesos donde hubiera condenaciones especificas.

En el caso *Mohamed vs. Argentina*, el tribunal internacional resaltó que el derecho de impugnar el fallo tiene como objeto proteger el derecho de defensa, acentuando que la vía debe ser accesible y eficaz, lo cual supone, actuar como garantía antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; procurando resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas sin constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente[438].

Un análisis superficial de estas sentencias podría conducir a la creencia de establecer como garantía la doble instancia, pero las normas del derecho argentino han sabido distinguir el doble confronte del derecho de defensa, modificando así el criterio que se define en la Corte IDH para los estándares del debido proceso.

El problema es que este criterio no es simétrico con otros lugares, dado que el sentido que algunos acuerdan al derecho al recurso es coincidente con la duplicidad de instancias, mientras que otros fomentan la garantía de acuerdo con el margen de utilidad que le reporte al recurrente revisar la condena impuesta.

El panorama visualiza que cada Estado cumple esta garantía como mejor lo entiende, y no siempre se resguarda el derecho de revisión que es lo implícito y necesario en el estándar. Así parece decir la Corte IDH en *Barreto Leiva vs.*

---

[438] Corte IDH. *Mohamed vs Argentina.* Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 255 párr. 98.

Venezuela[439], y es la línea que interpretamos mejor alineada al propósito central.

Con ello queremos decir que hablar de limitaciones inconstitucionales al derecho de recurrir no es tan grave como parece (v.gr.: establecer depósitos previos para recurrir; o pagar la totalidad de la condena si alguien es condenado a satisfacer sumas de dinero; o denegar el recurso si el asunto es de mínima cuantía, etc.), siempre y cuando se conserve o posibilite la revisión plena de la condena. En todo caso, abrimos la discusión para tener esta pretensión autónoma de revisión para estos casos, que podrán incluir los asuntos donde la cosa juzgada se haya conseguido de manera írrita o fraudulenta.

En síntesis, tampoco sería necesario garantizar la doble instancia como parte inescindible del debido proceso en la medida que se otorgue un recurso como vía autónoma, proceso independiente, incidente, o medio útil y efectivo de revisión de la sentencia condenatoria que en el derecho interno careció notoriamente de remedios para este tipo de agravios.

11. En el cierre del libro concentramos buena parte del sentido al que apuntamos. Partimos de entender que las sentencias de la Corte IDH son un modelo especial de juzgamiento que no cuenta con todos los poderes de la jurisdicción, aunque tiene implícito el poder de juzgar y supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Esto es la autoridad propia que emerge de un pronunciamiento definitivo e inapelable, cuya ejecución se exhorta y queda a expensas de la *pacta sunt servanda*, la buena fe y el compromiso que surge del acto de adhesión al Pacto de San José de Costa Rica.

Encontramos tres caminos que recorren estos pronunciamientos. Sendas que son paralelas y por eso no se juntan más que en un solo momento: *cuando la sentencia se comunica al Estado para que cumpla*. A partir de aquí, la condena podrá contener: 1º) La declaración de interpretación convencional que aconseja (sin imponer) actuar con el compromiso emergente de los artículos 1º y 2º de la CADH; 2º) Dar, hacer o garantizar la no repetición de las condenaciones morales y pecuniarias. Éstas, en caso de incumplimiento en el plazo ordenado por la Corte, deriva la ejecución al derecho procesal interno; 3º) Revocar la cosa juzgada del caso testigo que, si bien hemos visto

---

[439] Corte IDH. Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela,* sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas); Serie C, N° 206, párrs. 129 y 130.

que el tribunal sostiene no es un supuesto de invalidacion de lo juzgado por las altas cortes del Estado parte, ni que se trata de una cuarta instancia, lo cierto es que hay afectación inmediata por implicancia directa (juzgar de nuevo) o indirecta (dejar si efecto la *res judicata*), que solamente se podría remediar, de *lege ferenda*, con una recisión autónoma de la cosa juzgada, donde han de intervenir todos los sujetos que fueron parte en el proceso afectado. De otro modo, se produce una colisión entre garantías.

En suma, para que no haya equivocaciones teóricas se torna evidente cambiar voces explicadas con argumentos insostenibles. Si la Corte IDH encuentra que no hay debido proceso y la cosa juzgada lograda constituye una vulneración a la víctima (sujeto parte en el proceso local), no habrá problemas para que se condene al Estado a remediar el marco legislativo que permitió el improperio; solventar las reparaciones materiales y morales que se establezcan; y también revocar la cosa juzgada por inconvencionalidad.

Pero este efecto necesita compensar las garantías, porque los que fueron parte del proceso cuya nulidad se declara, deben tener derecho de defensa por las implicancias que siguen a la revocación. Quizás deba ser el Estado el que subrogue las personalidades procesales y sucumba por el error de sus funcionarios (incluidos obviamente los jueces), sin perjuicio de conservar un derecho de repetición contra ellos, si fuera posible.

En cuanto a la ejecución de la sentencia hay un poder que la Corte IDH no tiene. Carece de *executio* o potestad de resolver *per se* que se cumplan forzadamente sus decisiones. De todos modos no es tan importante si compensamos la ejecución dando lugar a un sistema reglamentario que Latinoamérica viene reclamando desde hace tiempo.