

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
CON ESPECIAL REFERENCIA
AL SISTEMA INTERAMERICANO

Mauricio Iván del TORO HUERTA*

SUMARIO: I. *A manera de introducción.* II. *La idea de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos.* III. *Las dimensiones de la subsidiariedad.* IV. *Comentario final.*

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha modificado la concepción tradicional del derecho internacional público (DIP). En la actualidad el principio de protección de los derechos de la persona humana y las consideraciones de humanidad en los diferentes ámbitos del DIP son expresión de un principio constitucional del derecho internacional: el principio general de respeto y garantía de los derechos humanos.¹

La internacionalización de los derechos humanos es un fenómeno complejo que responde a diferentes factores internacionales y nacionales. Entre estos últimos, el surgimiento de un nuevo constitucionalismo antropocéntrico (que sitúa al ser humano y a sus derechos en centro y eje de la actividad estatal y que establece mecanismos específicos de garantía de tales derechos) permite afirmar categóricamente que en la actuali-

* Agradezco el apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en la elaboración de este trabajo, desarrollado en el marco de las actividades de investigación de la beca que ha sido otorgada por dicha institución para la realización de estudios de posgrado.

¹ *Cfr.* Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2001.

dad la protección de los derechos humanos es una tarea común del derecho nacional y del derecho internacional.²

En esta dinámica es preciso definir el papel actual que los operadores jurídicos nacionales tienen en la garantía de los derechos humanos nacionales e internacionales y esclarecer las relaciones actuales entre el principio de soberanía nacional y el principio de protección de los derechos humanos.³

El principio de subsidiariedad en el marco del DIDH supone que, no obstante la existencia de normas y procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos o precisamente en virtud de ellos, es a los Estados a los que corresponde en primera instancia respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción y sólo cuando éstos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional (ahí donde exista) puede y debe ejercer su competencia. En principio, los operadores nacionales son los mejor situados para conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Los operadores internacionales no intervienen sino ahí donde el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.⁴ En consecuencia el principio de subsidiariedad establece un mecanismo adecuado para definir los límites de la jurisdicción internacional y las obligaciones de las autoridades nacionales.⁵

El objeto del presente trabajo es hacer una reflexión general sobre las características principales del principio de subsidiariedad en el ámbito del DIDH (con especial referencia al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos) que permita identificar, por un lado, los

2 Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. Sobre las relaciones entre el DIDH y el derecho constitucional véase Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002.

3 Cfr. Toro Huerta, Mauricio del, "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 serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.

4 Pastor Ridruejo, José Antonio, "Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme", *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 1077-1083.

5 Sobre diferentes aspectos de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos con especial referencia al Sistema Interamericano véase García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y la justicia penal*, México, Porrúa, 2003.

límites y los alcances de la jurisdicción internacional de los derechos humanos y, por el otro, los deberes y obligaciones de las autoridades nacionales en el ámbito del DIDH. La idea de subsidiariedad permite entender la forma en que están concebidos y operan las diferentes jurisdicciones regionales de protección de los derechos humanos (europea, interamericana y en un futuro seguramente también la africana) y contribuye a definir un nuevo concepto de soberanía estatal basado principalmente en el respeto de los derechos humanos más fundamentales reconocidos nacional e internacionalmente.

II. LA IDEA DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El principio de subsidiariedad se emplea para significar que en una comunidad socialmente plural, la unidad social “más grande” debe asumir la responsabilidad del ejercicio de las funciones públicas sólo cuando la unidad “más pequeña” es incapaz de hacerlo.

La idea de subsidiariedad supone la existencia de diferentes niveles de organización con finalidades comunes aunque no necesariamente idénticas, que requieren de una recíproca cooperación, en tanto que los límites de cada una de ellas no están delimitados con nitidez y sus competencias concurren o se complementan en determinado momento, aunque mantienen sus propias competencias y características. Como destaca Johan Callewaert, la idea de subsidiariedad responde a una lógica de distribución de tareas complementarias pero distintas, no equiparables ni intercambiables.⁶

La existencia de una finalidad común y la eficacia de los mecanismos establecidos en los diferentes ordenamientos jurídicos para el cumplimiento de la misma es la razón de ser del principio de subsidiariedad. Como considera Paolo Carozza, la idea de subsidiariedad es aplicable ahí donde no puede decirse que una comunidad sea capaz de alcanzar sus objetivos comunes de manera autosuficiente y existe una comunidad mayor. Si una comunidad política es capaz de ser una comunidad completa y perfecta, alcanzando la suma total de sus necesidades para el bien co-

6 Callewaert, Johan, “La Subsidiarité dans L’Europe des Droits de L’Homme: La Dimension Substantielle”, en Verdussen, Marc (dir.), *L’Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruselas, 2000, p. 16.

mún de sus miembros, entonces no hay necesidad de un *subsidium* de ninguna otra comunidad humana mayor y por tanto no es aplicable la idea de subsidiariedad. Sin embargo, tal “comunidad perfecta” es sólo posible como una ideal regulativo y no como una posibilidad histórica o al menos, como señala Carozza, “*it should be obvious that in our contemporary world no community is capable of attaining the complete good of its members without international interaction and cooperation*”.⁷

En consecuencia el principio de subsidiariedad opera cuando una instancia primaria no puede alcanzar el resultado pretendido y la instancia secundaria, o bien sustituye o bien complementa las medidas adoptadas por la primera con la finalidad de alcanzar tales resultados. En el primer caso, el nivel de organización primario cede sus prerrogativas a favor de una instancia superior o secundaria que se considera, en el conjunto del sistema, más idónea y eficaz. En el segundo, el nivel secundario actúa solamente cuando el nivel primario no ha realizado su función de forma debida. “En todo caso, el mecanismo de sustitución no tiene por qué implicar la exclusión o desaparición del poder de la instancia deficiente”.⁸ En este sentido, la subsidiariedad constituye un mecanismo de reforzamiento de la comunidad primaria.

En el ámbito del DIDH no existen propiamente competencias concurrentes o simultáneas entre las instancias nacionales e internacionales, sino que se deja a las autoridades nacionales la tarea de garantizar, en primera instancia, los derechos y libertades internacionalmente reconocidos y sólo ante el incumplimiento de cualquiera de los deberes internacionales de las autoridades estatales es que las instancias internacionales están facultadas para intervenir.

La idea de subsidiariedad en el marco del DIDH, dada su propia naturaleza, excluye cualquier consideración que suponga que la protección internacional de los derechos humanos es una acción de injerencia. La aplicación del DIDH responde a criterios objetivos (definidos por los diferentes derechos y deberes internacionales) y no a meras tendencias políticas predominantes en un momento dado en las sociedades estatales. En materia de derechos humanos no opera el principio de dominio reser-

⁷ Carozza, Paolo G., “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *Am J In 'L*, vol. 97, núm. 1, 2003, p. 57.

⁸ Chicharro Lázaro, Alicia, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, España, Aranzadi, 2001, p. 35.

vado y, por tanto, las instancias internacionales tienen competencia para conocer de las violaciones a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales respectivos, cometidas por las autoridades estatales (con su apoyo o aquiescencia).

En el ámbito del DIDH los jueces nacionales, en aplicación del principio del desdoblamiento funcional (*dédoublement fonctionnel*), actúan como agentes del derecho internacional en el orden interno.⁹ Son ellos los que en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales hacen efectivos ante los gobernantes y los ciudadanos los compromisos que el Estado, como entidad soberana y como parte de la comunidad internacional, ha adquirido frente a otros Estados, frente a la comunidad internacional en su conjunto y frente a los propios individuos sujetos a su jurisdicción.

El principio de subsidiariedad parte de las premisas de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos pero también del reconocimiento de la pluralidad cultural e institucional que caracteriza a la comunidad internacional. Si bien supone la universalidad como parámetro principal de acción reconoce un margen de apreciación razonable respecto de cada sociedad particular. Margen que en última instancia corresponde valorar a las instancias internacionales. Es por ello que la doctrina del “margen de apreciación” y la regla de previo agotamiento de los recursos internos son expresiones del principio de subsidiariedad en sus diferentes dimensiones.

III. LAS DIMENSIONES DE LA SUBSIDIARIEDAD

En el marco del DIDH la idea de subsidiariedad se expresa en dos dimensiones o ámbitos diferentes: el ámbito sustantivo o normativo (dimensión sustantiva) y el ámbito procesal e institucional (dimensión procesal).¹⁰ Ambos están estrechamente relacionados entre sí.

⁹ Cfr. Scelle, Georges, *Précis de Droit des Gens. Principes et Systématique*, Deuxième Partie, Recueil Sirey, Paris, 1934; pp. 10 y ss.; Cassese, Antonio, “Remarks on Scelle’s Theory of «Role Splitting» (*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, *IEJIL*, 1990, pp. 210-231.

¹⁰ Cfr. Callewaert, Johan, “La Subsidiarité dans L’Europe des Droits de L’Homme: La Dimension Substantielle” y De Shutter, Olivier, “La Subsidiarité dans la Convention Européenne des Droits de L’Homme: La Dimension Procédurale” ambos en Verdussen, Marc (dir.) *L’Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruxelles, 2000, pp. 13-61 y 63-130, respectivamente. En el mismo sentido, Pastor Ridruejo, José Antonio, “Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l’homme”, *Internationale Ge-*

1. *La dimensión sustantiva del principio de subsidiariedad*

La dimensión sustantiva del principio de subsidiariedad supone, al menos tres aspectos: *a)* el reconocimiento de la complementariedad respecto del catálogo de derechos y deberes internacionales impuestos por el DIDH y el catálogo de derechos fundamentales establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales; *b)* la universalidad de los derechos humanos y la progresiva conformación de un orden público internacional basado en la existencia de ciertas normas perentorias de derecho internacional general (*jus cogens*) que imponen obligaciones de carácter *erga omnes*; y *c)* la pluralidad de las sociedades nacionales y el reconocimiento de la diversidad cultural.

El carácter complementario del sistema internacional respecto del derecho estatal define en términos generales los aspectos sustantivos y operativos de la protección integral de los derechos humanos. Bajo los postulados de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, y de unidad, integración y complementariedad del derecho internacional y los ordenamientos estatales, el DIDH no pretende sustituir sino complementar, reforzar y en su caso corregir al derecho nacional de conformidad con la noción de garantía colectiva.

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su preámbulo 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 coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

La dimensión sustantiva de la subsidiariedad se manifiesta en primer lugar en la “función legislativa” del DIDH respecto de los ordenamientos estatales; esto es, en el reconocimiento de determinados derechos humanos por el propio derecho internacional. El DIDH establece un catálogo de derechos y libertades fundamentales de carácter complementario a aquéllos previstos en las Constituciones y leyes nacionales. Además, el DIDH establece deberes generales a cargo de los Estados a fin de garantizar el respeto de tales derechos. La puesta en práctica del régimen de

subsidiariedad no se entendería fuera del contexto de estos deberes generales, pues el incumplimiento de tales deberes es el detonador de la jurisdicción internacional, como mecanismos últimos de control y garantía.

Al momento de suscribir y ratificar un tratado internacional en materia de derechos humanos, los Estados aceptan las obligaciones convencionales consagradas en los mismos en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna y en consecuencia, se comprometen, en ejercicio de su soberanía, a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en tales instrumentos internacionales.¹¹

En el marco del sistema interamericano de protección de la persona humana el artículo 1.1 de la Convención Americana hace referencia a las principales obligaciones contraídas por los Estados frente a los individuos sujetos a su jurisdicción y frente a la comunidad internacional en su conjunto.¹² En este sentido, los Estados al ratificar la Convención “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”. En consecuencia este artículo es fundamental para determinar si existe o no una violación del pacto imputable a un Estado y en consecuencia, el deber de reparación.¹³

La obligación de respetar implica una obligación general del Estado de no vulnerar los derechos humanos. La obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos es una obligación compleja que abarca, al menos, los siguientes deberes: deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos; deber de investigar las violaciones ocurridas; deber de sancionar a los responsables y deber de reparar las consecuencias de las violaciones.¹⁴ Las obligaciones de respeto y garantía tienen un ca-

11 Sobre el particular véase, entre otros, Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi, Excepciones preliminares*, Sentencia del 4 de septiembre de 1998, Serie C, núm. 41, párrafos 101 y 102.

12 El artículo 1.1 de la Convención Americana señala: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

13 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63, párr. 220.

14 *Cfr.* Nikken, Pedro, “El deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos hasta las fronteras del Pacto de San José”, en Arismendi, Alfredo y Caba-

rácter *erga omnes* en tanto que, por una parte, se impone a los Estados en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones y, por la otra, alcanza la totalidad de los derechos contemplados en los instrumentos internacionales, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, “se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”.¹⁵

El deber general de garantizar los derechos humanos abarca tanto las normas sustantivas como las procesales. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reiterado que:

...los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos 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.¹⁶

Para efecto de entender la naturaleza subsidiaria del sistema internacional respecto del ordenamiento nacional, es importante reconocer que las obligaciones libremente asumidas por los Estados en ejercicio de su soberanía, al ratificar cualquier tratado de derechos humanos, se proyectan sobre todas las autoridades estatales y sobre todos los derechos internacionalmente consagrados y por lo tanto existe, al lado de los deberes generales de respeto y garantía, el deber de adecuación del ordenamiento interno al internacional. Esta obligación, que en el sistema interamericano está reflejada en el artículo 2o. de la Convención Americana,¹⁷ ha de

llero Ortiz, Jesús (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, t. III, pp. 2449 y 2459.

¹⁵ Cfr. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de Los Migrantes Indocumentados*, del 17 de Septiembre de 2003, párrafo. 109.

¹⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein, Competencia*, Sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 54, párrafo 37.

¹⁷ El artículo 2o. de la Convención Americana dispone: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

tomarse en consideración al momento de determinar la responsabilidad internacional del Estado. La Corte IDH ha reiterado que:

...el deber general del artículo 2o. de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹⁸

Desde la perspectiva del principio de subsidiariedad el deber general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber general de adecuación del orden interno se proyectan principalmente respecto de las obligaciones de establecer recursos judiciales internos adecuados y efectivos. Así lo recuerda la Corte IDH, al señalar que de conformidad con la Convención Americana,

los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).¹⁹

La inexistencia de recursos internos efectivos “coloca a una persona en estado de indefensión” y además constituye una excepción a la regla del previo agotamiento de los recursos internos.²⁰

Ahora bien, no basta la existencia formal de tales recursos, es preciso que éstos sean efectivos. La Corte IDH ha dicho que el artículo 25.1 de la Convención Americana (relativo al derecho a un recurso efectivo) “incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismos

18 Entre otros Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrafo 109.

19 *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrafo 195.

20 Entre otros, *Caso Tibi*, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 114, párrafo 130.

procesales de protección destinados a garantizar tales derechos”.²¹ En consecuencia

...no basta que los recursos existan formalmente sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos. Es decir, que toda persona debe tener acceso a un recurso sencillo y rápido ante jueces o tribunales competentes que amparen sus derechos fundamentales.²²

En definitiva, “los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos”.²³ Además, la Corte IDH ha reiterado que los Estados deben garantizar que el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos surta sus debidos efectos. Para ello los Estados deberán abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria.²⁴

Ahora bien, la dimensión sustantiva de la subsidiariedad se manifiesta también y de manera importante en la interpretación de tales derechos. La “función legislativa” del DIDH se hace realmente efectiva al momento de su interpretación. En ello las autoridades nacionales juegan un rol fundamental. El DIDH establece un estándar mínimo de protección de los derechos humanos que puede ser ampliado por las autoridades estatales pero en ningún supuesto restringido; el margen de apreciación de los Estados está limitado por el propio DIDH y supervisado por los órganos internacionales de control establecidos en los respectivos instrumentos internacionales.

²¹ *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia del 1o. de marzo de 2005, Serie C, núm. 120, párrafo 76.

²² *Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sentencia del 7 de junio de 2003, párrafo 121. La Corte ha considerado que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. Al respecto, véase, entre otros, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C, núm. 124, párrafo 62.

²³ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párrafo 107.

²⁴ *Cfr. Corte IDH*, entre otros, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C, núm. 110, párrafos 232 y 233.

Al respecto, el artículo 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que ninguna de sus disposiciones 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”. Este artículo prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos humanos en perjuicio de aquellos derechos reconocidos por el ordenamiento interno de los Estados.²⁵

Esta disposición es un principio general que conjuntamente con otros principios de interpretación (tales como el principio *pro homine* o la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales) obligan tanto a los operadores jurídicos nacionales como a los internacionales a interpretar las normas de tal modo que ofrezcan una protección efectiva contra las violaciones a los derechos humanos y garanticen una adecuada reparación a las víctimas. Además, al momento de interpretar la normativa internacional han de considerarse también aquellos criterios desarrollados por la jurisprudencia constante de los tribunales internacionales. En este ámbito de protección, la jurisprudencia internacional si bien no tiene la naturaleza obligatoria del precedente judicial en sentido estricto, sí tiene una influencia innegable en la interpretación, no sólo como medio auxiliar para la determinación de las normas internacionales (en los términos del artículo 38.d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), sino también como criterio autorizado de interpretación. Ello da a la jurisprudencia internacional una importancia práctica y persuasiva innegable, tanto aquélla desarrollada en ejercicio de la función contenciosa como consultiva.²⁶

2. *La doctrina del margen de apreciación y la cláusula “necesario en una sociedad democrática”*

La doctrina del margen de apreciación ha sido desarrollada principalmente por los órganos de control establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamen-

²⁵ Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, Sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98, párrafo 103.

²⁶ *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, “Las decisiones judiciales como fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, 1998, vol. I, pp. 431-446.

tales —v. gr. la antigua Comisión Europea (CEDH) y el Tribunal (TEDH), actualmente órgano único de supervisión a raíz de la entrada en vigor, en noviembre de 1998, del Protocolo 11 al Convenio Europeo que suprimió a la CEDH—. ²⁷ El contexto de surgimiento, desarrollo y aplicación de la doctrina del margen de apreciación está determinado por la base social del Convenio Europeo; esto es, por el número de Estados partes en el Consejo de Europa y en el Convenio Europeo, y por la diversidad de sociedades nacionales en los que se aplica. El hecho de que los Estados miembros del Consejo y partes en el Convenio Europeo difieran considerablemente respecto de su historia política y social, su sistema de creencias, tradición jurídica, religión, ideología y percepción cultural, hace necesario cuestionarnos si el Convenio Europeo ha de aplicarse de la misma forma en todos los Estados partes. ²⁸ Esta cuestión genera una tensión constante entre universalismo y diversidad cultural en materia de derechos humanos y entre intereses individuales e intereses de la comunidad, o del Estado, que requieren de una solución razonable. La doctrina del margen de apreciación desarrollado por los órganos de supervisión del Convenio Europeo pretende dar respuesta a tal interrogante. Por ello, la experiencia del sistema europeo constituye un referente indispensable en la comprensión global de un fenómeno complejo y evidente que caracteriza a la sociedad mundial, marcada por el pluralismo cultural y la exigencia de universalidad en el respeto de los derechos humanos más fundamentales.

Así entendida, la doctrina del margen de apreciación surge como un instrumento de conciliación entre diferentes intereses contrapuestos al momento de aplicar e interpretar la normativa internacional. El reconocimiento de dicho margen nacional de apreciación es un desarrollo jurisprudencial que no deriva explícitamente del Convenio Europeo o de otros tratados internacionales. El TEDH y la antigua CEDH elaboraron una serie de conceptos que, como recuerda el profesor Carrillo Salcedo, “pretenden conciliar los intereses del individuo con los de la comunidad y que, en función de esa finalidad conciliadora, ponen de manifiesto y

²⁷ Sobre la doctrina del margen de apreciación con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase, entre otros, Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002.

²⁸ Cfr. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 33 y ss. Para información general sobre el Consejo de Europa: www.coe.int (última revisión 20 de octubre de 2005).

confirman una característica esencial del Convenio: su preocupación por establecer un equilibrio entre los derechos individuales y los intereses generales”.²⁹ De conformidad con la doctrina apuntada, las autoridades estatales tienen un cierto margen de apreciación en la aplicación e interpretación de las normas internacionales, así como en el establecimiento de ciertos límites y restricciones permitidas por el propio ordenamiento internacional, teniendo presentes sus propias circunstancias.³⁰ En este sentido, el margen de apreciación conceptualiza el ámbito en el que las autoridades nacionales pueden moverse cuando restringen el ejercicio de los derechos protegidos por el Convenio, sin violarlo, y a su vez significa un límite a la intervención de los órganos de supervisión internacional. Sin embargo, la doctrina no ha de verse como un “privilegio estatal” sino como una “autorestricción judicial” derivada del carácter funcional del sistema, como mecanismo subsidiario, en virtud del cual los Estados son los primeros responsables en garantizar el respeto efectivo de los derechos y de las libertades de los individuos bajo su jurisdicción.³¹

No obstante el uso recurrente de la doctrina por parte del TEDH, no existe una teoría general sobre la aplicación del margen de apreciación. Existen ciertos factores que el TEDH ha tomado en consideración al momento de determinar el mayor o menor margen conferido a los Estados en la aplicación e interpretación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo y algunos criterios generales. Entre los diferentes factores que ha considerado el TEDH se encuentran los siguientes: *a)* la importancia y naturaleza del derecho y la obligación en cuestión; *b)* el consenso entre los Estados miembros respecto del reconocimiento, aplicación e interpretación de determinados derechos; *c)* el que el análisis del asunto entre o no en el “campo de la política” (*the field of policy*) y los intereses en juego; *d)* la referencia a determinados derechos en otros instrumentos internacionales; *e)* la existencia de cierto grado de incertidumbre o disputa en las legislaciones internas de los Estados respecto de la norma o la práctica en cuestión; *f)* el criterio del “contenido sustancial” de los derechos; *g)* la existencia de una si-

29 *Ibidem*, p. 91.

30 Arai-Takahashi, Yutaka, *op. cit.*, nota 27, p. 2.

31 García San José, Daniel, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI. Análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la cláusula “necesario en una sociedad democrática”*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, p. 98.

tuación particular local; y, h) el carácter excepcional de la situación en análisis.³²

Una de las tendencias doctrinarias en el análisis de la doctrina sugiere que el margen de apreciación tiene una utilidad ahí donde, sin suponer violaciones graves a los derechos humanos, los Estados (actuando de buena fe y reconociendo la existencia de una injerencia) aluden “intereses generales” para establecer ciertas limitaciones permitidas por el DIDH, sin que exista un impacto desproporcionado que justifique la actuación de la instancia internacional. Esto último supone que sólo donde existe una “sociedad democrática” es que vale el reconocimiento del margen de apreciación al Estado. Si no estamos en presencia de una sociedad democrática, la doctrina no entra en juego y la instancia internacional deberá ejercer un control estricto sobre la actuación estatal, particularmente ahí donde se aleguen consideraciones de “interés general” para limitar los derechos y libertades más fundamentales.³³

Considerando este último supuesto la cláusula “necesario en una sociedad democrática”, a la que se alude expresamente en el párrafo 2 de los artículos 8o. a 11 del Convenio Europeo, adquiere cierta autonomía y se presenta como un reflejo de la lógica interna del sistema europeo de protección de los derechos humanos con una función de armonización y uniformidad.³⁴ La cláusula “necesario en una sociedad democrática” se compone a su vez de otros dos elementos que determinan su aplicación: la existencia de una “necesidad social imperiosa” y la proporcionalidad de la injerencia al fin legítimo perseguido. Todos estos elementos forman parte del discurso adoptado por las instancias europeas para definir el alcance del margen de apreciación, pero asumen también una naturaleza independiente que se proyecta a otros ámbitos del DIDH, tal como lo manifiesta la jurisprudencia de la Corte IDH que se ha mostrado más cautelosa respecto del margen de apreciación pero que ha enfatizado el carácter necesario y proporcional de cualquier medida que limite los derechos humanos.

32 *Cfr.* Brems, Eva, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *Heidelberg Journal of International Law*, Band 56, 1996, p. 256.

33 *Cfr.* Sweeney, James, “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *ICLQ*, vol. 54, abril de 2005, pp. 471 y ss.

34 García San José, Daniel, *op. cit.*, nota 31, pp. 67 y ss.

En el ámbito del Sistema Interamericano el desarrollo de la doctrina del margen de apreciación ha sido más limitado y si bien la Corte IDH se refirió en algún momento a ella, no existe en la jurisprudencia constante del tribunal interamericano una aplicación de la doctrina en el mismo sentido que en el contexto europeo. Dadas las características propias de los Estados partes en la Convención Americana, las condiciones sociales, jurídicas, políticas y culturales hacen necesario una valoración más estricta de los criterios de interpretación de la Convención Americana para que ésta alcance sus plenos efectos. La doctrina del margen de apreciación no ha sido desarrollada por la Corte IDH como lo ha sido por su homóloga europea y, en consecuencia, el margen de apreciación en el sistema interamericano ha de considerarse de manera mucho más exigente respecto de la discrecionalidad de los Estados en la aplicación e interpretación de sus disposiciones.

En la práctica del tribunal interamericano, los principios de efectividad, *pro homine*, interpretación evolutiva, proporcionalidad y racionalidad parecen tener prioridad sobre el margen de apreciación de los Estados. Incluso existen algunas limitaciones expresas a la aplicación e interpretación de los derechos reconocidos en la Convención Americana. Por ejemplo, el artículo 30 establece que “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser sino conforme a leyes que dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Por su parte, el artículo 32 de la Convención Americana establece la correlación entre deberes y derechos y señala que toda persona tiene deberes para con su familia, la comunidad y la humanidad y que los derechos de cada persona “están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

La Corte IDH se refirió a la doctrina del margen de apreciación respecto del derecho a la nacionalidad (reconocido, entre otros instrumentos internacionales, en el artículo 20 de la Convención Americana) que concede cierto margen a los Estados para efecto de evaluar y legislar sobre el otorgamiento o no de la nacionalidad por naturalización. Al respecto la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-4/84, señaló que siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero:

...es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición serán materia que dependa predominantemente del derecho interno. Siempre que en tales regulaciones no se vulneren otros principios superiores, es el Estado que otorga la nacionalidad, el que ha de apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen que el aspirante a obtener la nacionalidad esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. Es igualmente lógico que sean las conveniencias del Estado, dentro de los mismos límites, las que determinen la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad; y como esas conveniencias son generalmente contingentes, es también normal que las mismas varíen, sea para ampliarlas, sea para restringirlas, según las circunstancias.³⁵

La Corte IDH estimó respecto del otorgamiento de la naturalización que “es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente”. En consecuencia, no puede ponerse en duda la potestad soberana de los Estados (en este caso Costa Rica) para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad en cuestión.³⁶

Esta es la única ocasión en que la Corte IDH se ha referido expresamente al margen de apreciación de los Estados. En otros asuntos la Corte

³⁵ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párrafo 36.

³⁶ Así, la Corte IDH consideró que algunos requisitos establecido en el proyecto de legislación sometido a su consideración (tales como el saber “hablar, escribir y leer” el idioma castellano y el que se rinda un “examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores”) se inscribían “dentro de la capacidad de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad, respecto de cuáles han de ser y cómo deben valorarse las condiciones que garanticen la existencia de vínculos efectivos y reales que fundamenten la adquisición de la nacionalidad”. Sin embargo, la Corte IDH, consideró como discriminatoria e incompatible con la Convención Americana la diferenciación en razón del sexo entre cónyuges que se hacían en el proyecto de ley sobre nacionalidad costarricense para efecto de la obtención de la nacionalidad por naturalización. *Ibidem*, párrafos 59 y 63.

IDH ha sido más estricta al momento de considerar posibles restricciones o limitaciones a los derechos reconocidos y no se ha pronunciado sobre el margen de apreciación de los Estados sino que ha enfatizado la importancia de los deberes y responsabilidades de los Estados en el marco del DIDH. Para ello la Corte IDH se ha referido a las consideraciones formuladas por el TEDH respecto de la cláusula “necesario en una sociedad democrática” que se presentan como una expresión más restrictiva del margen de apreciación.

Así por ejemplo, en su Opinión Consultiva OC-5/85 sobre *la colegiación obligatoria de periodistas*, la Corte IDH señaló que “[l]as justas exigencias de la democracia deben... orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”.³⁷ En dicha Opinión la Corte IDH se refirió a los criterios sostenidos por el TEDH en el *Caso The Sunday Times*³⁸ respecto de la existencia de una “necesidad social imperiosa” para considerar la legalidad de ciertas restricciones en una sociedad democrática y consideró igualmente que toda restricción “debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”. La Corte IDH en su opinión no aludió a la doctrina del margen de apreciación.

En aquellos casos en que la Corte IDH hubiera podido referirse expresamente a la doctrina del margen de apreciación, ha preferido enfatizar el carácter restrictivo de las actuaciones estatales en el ámbito de los derechos humanos. Ello puede explicarse por la realidad política, jurídica y social de los Estados Americanos y la intención de la Corte de limitar cualquier criterio discrecional que pudieran tener los mismos para limitar o restringir los derechos y libertades más allá de los límites de legalidad, proporcionalidad y necesidad que la propia Convención Americana establece.³⁹

³⁷ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párrafo 44.

³⁸ Sentencia del 26 de abril de 1979.

³⁹ En el ámbito del sistema interamericano un ejemplo de “subsidiariedad sustantiva”, distinta al margen de apreciación pero relacionado con cierto grado de discrecionalidad estatal, lo encontramos en la libertad que tienen los Estados para legislar en materia de derechos humanos dentro del sistema procesal penal. El DIDH no pretende homologar todos los sistemas jurídicos nacionales sino que respeta la libertad legislativa de los Esta-

La Corte IDH también se ha referido al criterio del “contenido esencial” de los derechos como límite a la actuación de los Estados. Así, en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH se pronunció sobre la naturaleza de los derechos políticos y, sin hacer referencia al margen de apreciación de los Estados en la materia (como sí lo ha hecho el TEDH), hizo alusión al “contenido esencial” de los derechos que no puede verse afectado por la reglamentación estatal. En opinión del tribunal: “los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa”.⁴⁰ En el mismo sentido, en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y *Ricardo Canese vs. Paraguay*, la Corte IDH, reconociendo el carácter no absoluto de ciertos derechos y, sin referirse a la doctrina del margen de apreciación de los Estados, se refirió al principio de proporcionalidad en la restricción al derecho a la libertad de pensamiento y expresión.⁴¹

Los ejemplos anteriores ilustran cómo la Corte IDH ha hecho un uso muy limitado o prácticamente inexistente de la doctrina del margen de apreciación, aunque ha confirmado principios importantes respecto de los límites a las restricciones a los derechos humanos permitidas por la Convención Americana, en especial, la cláusula “necesario en una sociedad democrática” y el elemento de proporcionalidad. El hecho de que la Corte IDH no se haya retomado en su jurisprudencia constante la doctrina desarrollada por su homóloga europea respecto del margen nacional de apreciación se explica por diversas razones, entre ellas, la necesidad de ejercer un control judicial efectivo y limitar cualquier “autolimitación” respecto de la facultad de supervisión de los actos estatales, necesidad que responde a su vez al déficit democrático que afecta a muchas instituciones públicas de los países latinoamericanos, a la ausencia de recursos

dos. Así, por ejemplo, la Corte IDH, ha señalado que: “La Convención no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, los tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional”. *Cfr.* Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126, párrafo 66.

⁴⁰ *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127, párrafos 204 y 207.

⁴¹ *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, núm. 107, párrafo 123 y *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, núm. 111, párrafo 96.

judiciales efectivos, y a la complejidad y gravedad de los casos llevados al conocimiento de la Corte IDH, en su mayoría violaciones graves (matanzas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, violaciones al debido proceso, etcétera), que requieren de un estricto control de “convencionalidad” por parte del tribunal. Ello no significa que en un futuro la Corte IDH no haga uso de la doctrina del margen de apreciación en aquellos casos en que existan circunstancias que lo justifiquen, siempre que la gravedad de las presuntas violaciones y la naturaleza de los derechos así lo permitan. Asimismo, en la medida en que los jueces nacionales demuestren un mayor grado de independencia y un efectivo cumplimiento de las normas sobre el debido proceso es posible que el tribunal interamericano muestre cierta deferencia y reconozca cierto margen de apreciación.

3. La dimensión procesal del principio de subsidiariedad y la naturaleza de los tribunales internacionales de derechos humanos

La dimensión procesal o institucional del principio de subsidiariedad se refiere principalmente a la forma en que operan los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos respecto de las autoridades estatales. De esta forma la subsidiariedad orienta la distribución de tareas entre las autoridades estatales y el juez internacional. Su efecto es el de concentrar en las manos de aquéllas la labor principal de garantizar los derechos y libertades internacionalmente reconocidos y dejar al juez internacional como una forma de remedio último.⁴²

Al respecto, el TEDH en el *Caso Handyside* puso de manifiesto que:

...el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario con relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos. El Convenio confía, en primer lugar, a cada uno de los Estados contratantes el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que consagra. Las instituciones creadas por él contribuyen a esa finalidad, pero no entran en juego sino por la vía contenciosa y después de haberse agotado las vías

42 De Schutter, Olivier, “La Subsidiarité dans la Convention Européenne des Droits de L’Homme: La Dimension Procédurale”, en Verdussen, Marc (dir.) *L’Europe de la Subsidiarité, cit.*, nota 10, pp. 63-130.

de recursos internos... Se sigue de ello que el Tribunal no tiene como tarea sustituir a las jurisdicciones internas competentes.⁴³

Así, cuando se habla de la dimensión procesal del principio de subsidiariedad se alude principalmente a dos aspectos: la naturaleza de los tribunales internacionales y su papel en la supervisión de los actos de las autoridades estatales y el requisito procesal expresado en la regla de agotamiento previo de los recursos internos antes de acudir a una instancia internacional.

La naturaleza de los tribunales internacionales de derechos humanos no es sustituir a los tribunales nacionales. Su naturaleza es complementaria y subsidiaria a la protección ofrecida por el ordenamiento interno. En consecuencia, las instancias internacionales reconocen a las autoridades estatales sus facultades intrínsecas de aplicar e interpretar la legislación interna respectiva y reconoce también, como ya se dijo, cierto margen de apreciación a las mismas en la aplicación e interpretación de la norma internacional. La instancia internacional se limita a confrontar las actuaciones estatales con sus obligaciones internacionales derivadas del DIDH.⁴⁴ En consecuencia los tribunales internacionales de derechos humanos no realizan funciones de tribunales de apelación o casación de las decisiones judiciales internas. Como considera el juez Sergio García Ramírez, respecto de la Corte IDH: “El Tribunal regional de derechos humanos no constituye una nueva instancia para revisar las resoluciones de los órganos judiciales, sino una instancia única, de carácter internacional, dispuesta para definir el alcance de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, mediante la aplicación e interpretación de ésta”.⁴⁵

En el ámbito del sistema interamericano la “fórmula de la tercera o cuarta instancia”, por virtud de la cual se considera que las decisiones de

⁴³ TEDH, *Caso Handyside*, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, Serie A, núm. 24, párrafos 48 y 50.

⁴⁴ Así, por ejemplo, el TEDH ha reiterado que “el Tribunal no tiene por objeto sustituir a las jurisdicciones internas. Incumbe, en primer lugar, a las autoridades nacionales, y especialmente a los juzgados y tribunales, interpretar la legislación interna. El papel del Tribunal se limita a comprobar la compatibilidad con el Convenio de los efectos de esta interpretación”. TEDH, *Caso Rodríguez Valín contra Espala*, Sentencia del 11 de octubre de 2001, párrafo 22. Versión en castellano en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1988-2002*, Madrid, Cortes General, 2003, t. II, pp. 1966.

⁴⁵ Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, párrafo 4.

los tribunales domésticos imparciales e independientes no se encuentran sujetas al escrutinio de los órganos internacionales de vigilancia y control, fue desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con base en el artículo 47(b) de la Convención Americana, según el cual la Comisión declarará inadmisibles una petición o comunicación cuando “no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por la Convención”.⁴⁶

Al respecto, en diferentes casos la CIDH al resolver sobre la admisibilidad de una petición, ha reiterado que no es competente para revisar sentencias dictadas por tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y apliquen las debidas garantías judiciales, ni puede hacer las veces de un tribunal de alzada de un tribunal de apelaciones 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. Sin embargo, la propia CIDH ha señalado que dentro de su mandato de garantizar la observancia de los derechos estipulados en la Convención, la Comisión es necesariamente 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.⁴⁷

La “formula de la cuarta instancia” es un mecanismo de deferencia y autorestricción de las instancias internacionales respecto de las nacionales, similar a la “doctrina del margen de apreciación” pero que a diferencia de ésta (que se refiere a cuestiones sustantivas y de fondo del asunto) aquélla funciona como mecanismo procesal de selección en la etapa de admisibilidad de una petición.

Sobre la función de la “formula de la cuarta o última instancia”, de asegurar que los organismos de supervisión de los tratados de derechos

⁴⁶ Cfr. Rodríguez-Pinzón, Diego, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Martín, Claudia *et al.*, *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana-Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario-Washington Collage of Law-American University, 2004, pp. 199 y ss.

⁴⁷ Al respecto, véase en general, CIDH, *Informe, núm. 02/05, Petición 11.618 Admisibilidad, Carlos Alberto Mohamed (Argentina)*, 22 de febrero de 2005, párrafos, 32. En sus orígenes la “fórmula de la cuarta instancia” fue elaborada por la CIDH en el *Caso Clifton Wright*, Caso 9260 (*Jamaica*), *Informe, núm. 28/88, Informe Anual de la CIH 1987-1988*.

humanos no actúen como tribunales de apelación respecto de violaciones al derecho interno de los Estados, Diego Rodríguez-Pinzón señala que en los últimos años la aplicación de la fórmula ha jugado un papel importante en los diferentes procesos de transición a la democracia en el hemisferio y que en su aplicación la CIDH, siempre que no se aleguen violaciones graves a determinados derechos como el derecho a la vida o la integridad personal, ha concedido “cierto grado de deferencia a las cortes nacionales en aquellos Estados con sistemas judiciales que funcionan en el marco de una sociedad democrática” y sometido a un mayor escrutinio a los Estados “con regímenes autoritarios o aquéllos en los que se cuestiona la independencia y la imparcialidad del Poder Judicial”. Por ello, concluye Rodríguez-Pinzón, la doctrina de la “cuarta instancia” está relacionada con “la existencia de un Poder Judicial funcional y confiere un margen de discreción a las cortes domésticas para estimar, por ejemplo, el valor de las pruebas o el establecimiento de la ley aplicable a un caso”. Desde esta perspectiva, la fórmula envía a los Estados con problemas en sus poderes judiciales el mensaje de que mejorando sus sistemas de administración de justicia pueden evitar ser sujetos al escrutinio de las instancias internacionales de control.⁴⁸

Por su parte, la Corte IDH se ha pronunciado en diferentes oportunidades respecto de la naturaleza de los tribunales internacionales de derechos humanos y de sus facultades para revisar las decisiones dictadas por los órganos judiciales internos, pero generalmente lo ha hecho a partir de los principios generales que rigen la responsabilidad internacional del Estado y no sobre la base de la “fórmula de la cuarta instancia”. En este sentido, es necesario destacar que, independientemente de las cuestiones que puedan surgir respecto de si una instancia internacional actúa o no como una “cuarta o última instancia”, los Estados han de reconocer el carácter imperativo de las sentencias de la Corte IDH sobre las resoluciones de cualquier autoridad estatal, incluyendo las sentencias de sus tribunales, independientemente de su jerarquía en el orden interno. En consecuencia, los Estados deben emitir las leyes y los procedimientos necesarios para cumplir cabalmente las sentencias de la Corte IDH, incluyendo aquellos supuestos que involucren la revisión de actuaciones y sentencias judiciales. Como expresa el profesor Sergio García Ramírez, actual juez-presidente de la Corte IDH, “esta conclusión, que se atiende

48 Cfr. Rodríguez-Pinzón, Diego, *op. cit.*, nota 46, pp. 201 y 202.

al propósito mismo de una jurisdicción internacional de derechos humanos no necesita articularse sobre los conceptos tradicionales de tercera o cuarta instancia o casación doméstica”.⁴⁹

Al respecto, la Corte IDH ha reiterado que, de acuerdo con el derecho internacional general, “no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional” y sólo puede señalar, en cada caso, las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención, “pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno”, lo que corresponde hacer a los tribunales internos.⁵⁰

En diversos casos en que la Corte IDH ha sido llamada a determinar si en un proceso interno que desembocó en una sentencia condenatoria se siguieron las garantías del debido proceso (tal como lo exige el artículo 8o. de la Convención Americana), así como si las víctimas de la presunta violación tuvieron acceso a un recurso efectivo (en los términos de su artículo 25, ambos en relación con el artículo 1.1. y 2o. de la misma Convención), ha reiterado que en los casos en que se cuestiona lo actuado en el marco de un proceso interno “los órganos del sistema interamericano de derechos humanos no funcionan como una instancia de apelación o revisión de sentencias dictadas en procesos internos. Su función es determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas en dichos procesos con la Convención Americana”.⁵¹

Bajo este supuesto, cuando en los juicios seguidos ante los tribunales nacionales se encuentren graves vicios al procedimiento estamos en presencia de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que, como lo ha señalado la Corte IDH, siguiendo el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales, “resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”.⁵² Ante estos supuestos los Estados no pueden invocar como eximente de su obligación de investigar y san-

49 García Ramírez, Sergio, “El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003, p. 543.

50 Corte IDH, *Caso Genie Lacayo*, Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30, párrafo 94.

51 Corte IDH, entre otros, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126, párrafo 62.

52 Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Sentencia del 22 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 117, párrafos 130-132.

cionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares del DIDH.⁵³

Por ejemplo, en el *Caso Cesti Hurtado* contra Perú, el Estado alegó en su escrito de excepciones preliminares la incompetencia “de un organismo constituido por personas ajenas a la sociedad peruana [para] cuestionar [el] orden jurídico” de ese Estado. La Corte al respecto se limitó a señalar que tales expresiones “no son congruentes con las obligaciones contraídas por el Estado de acuerdo con la Convención”. Asimismo, el Estado cuestionó la competencia de la Corte IDH, con el argumento según el cuál las instancias internacionales no pueden revisar decisiones internas que tienen la autoridad de cosa juzgada, pues ello provocaría el “debilitamiento” o la “desestabilización” de las instancias nacionales. Al respecto, la Corte IDH reiteró que al suscribir la Convención Americana y aceptar la competencia de los órganos del sistema interamericano los Estados aceptan, en ejercicio de su soberanía, las obligaciones convencionales consagradas en el instrumento, y se obligan, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones que derivan de tales procedimientos. Sobre el argumento según el cual la pena privativa de libertad impuesta al señor Cesti Hurtado por los tribunales nacionales “es un mérito de una sentencia que goza de la autoridad de cosa juzgada por cuanto ha sido revisada en última instancia del fuero militar” y por tanto es “inamovible” e “irrevocable”, la Corte IDH señaló que el fin del DIDH es proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado y dado que en la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son por definición, distintas a las de la jurisdicción interna, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no era si la supuesta víctima había violado la ley

53 Ello no supone que la Corte IDH deba ocuparse de revisar todas las sentencias de los tribunales internos en que se aleguen violaciones a los derechos humanos por el simple hecho de basarse o no en determinadas leyes estatales. En este sentido, en el *Caso Cantos vs. Argentina*, la Corte consideró que determinada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no constituía *per se* una infracción a la Convención, pues eso sólo ocurriría si dicha sentencia “fuera en sí arbitraria”. “En general —señaló el tribunal— puede decirse que la sentencia debe ser la derivación razonada del derecho vigente, según las circunstancias de hecho obrantes en la causa. Pero no bastaría que una decisión judicial dejara de ajustarse a esta regla para que pudiera ser tachada de arbitraria. Una sentencia arbitraria tendría las formas de una sentencia judicial, pero presentaría vicios de tal gravedad que la descalificarían como acto jurisdiccional”. *Caso Cantos*, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C, núm. 97, párrafo 63.

peruana, sino si el Perú había violado las obligaciones internacionales, cuestión que al final la Corte IDH, en efecto, determinó.⁵⁴

En el *Caso Villagrán Morales y otros* contra Guatemala, el Estado presentó una única excepción preliminar alegando la falta de competencia de la Corte IDH para conocer en una “cuarta instancia” de la sentencia dictada por la Corte Suprema de ese país el 21 de julio de 1993, sentencia “de último grado que adquirió la autoridad de cosa juzgada” y que a su vez había confirmado el fallo del juez segundo de Primera Instancia del Ramo Penal del Estado de Guatemala del 26 de diciembre de 1991, mediante el cual se absolvió a los acusados de la muerte de las personas señaladas como víctimas directas por la CIDH. Al respecto la Corte IDH consideró que “la demanda presentada por la Comisión Interamericana no pretende la revisión del fallo de la Corte Suprema de Guatemala sino que solicita se declare que el Estado violó varios preceptos de la Convención Americana por la muerte de [determinadas] personas, que atribuye a miembros de la policía de ese Estado y que por lo tanto existe responsabilidad de éste”. Al momento de pronunciarse sobre el fondo del asunto, particularmente respecto de la violación a los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana, la Corte reiteró su jurisprudencia constante en el sentido de 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”.⁵⁵

En general, la Corte IDH, al momento de analizar los procesos penales de la jurisdicción ordinaria (así como los realizados en la jurisdicción militar, contencioso administrativa o disciplinaria) con el objeto de determinar si existe una violación a los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana (por ejemplo, independencia e imparcialidad de los juzgadores, respeto al principio del plazo razonable y la efectividad de los procesos), ha reiterado que:

[E]l derecho internacional de los derechos humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aque-

⁵⁴ *Caso Cesti Hurtado, Excepciones Preliminares*, Sentencia del 26 de enero de 1999, Serie C, núm. 49, párrafos 39-47.

⁵⁵ *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63, párrafo 222.

llos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el derecho internacional de los derechos humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna.⁵⁶

Adicionalmente, sobre la naturaleza de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, la propia Corte ha señalado en su jurisprudencia constante que no es un tribunal penal en el que pueda analizarse la responsabilidad penal de los individuos y que corresponde a los tribunales nacionales aplicar la ley penal a quienes cometen delitos. Sin embargo, también ha enfatizado que la “lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción”.⁵⁷ En definitiva, la protección internacional de los derechos no debe confundirse con la justicia penal y por tanto, en esta materia como en otras, las instancias internacionales de control no actúan como tribunales de apelación de decisiones de los tribunales locales. Los tribunales internacionales se limitan a constatar la “convencionalidad” de los actos considerados contrarios a las obligaciones internacionales, incluso en el supuesto de que, en opinión del Estado responsable, exista “cosa juzgada” en el ámbito nacional.

Por ejemplo, en el *Caso Castillo Petruzzi* contra Perú, la Corte IDH declaró la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana, del proceso en contra de las víctimas del caso y ordenó, como medida de reparación, que se les garantizara un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal.⁵⁸ Asimismo, en el *Caso Loayza Tamayo* contra Perú la Corte IDH ordenó, como consecuencia de diferentes violaciones al debido proceso (especialmente de la prohibición de doble enjuiciamiento) que el Estado, de acuerdo a su derecho interno, pusiera en

⁵⁶ Corte IDH, entre otros, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C, núm. 109, párrafo 181.

⁵⁷ Entre otros véase Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126, párrafo 63.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi*, Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párrafos 218-220.

libertad dentro de un plazo razonable a la víctima directa del caso. Entre los elementos que consideró la Corte IDH en su resolución respecto de violaciones al debido proceso, además del doble enjuiciamiento por la jurisdicción militar y por la ordinaria, fue el hecho de que la señora María Elena Loayza Tamayo fuera condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar, no obstante ser éste incompetente.⁵⁹

En el *Caso Lori Berenson vs. Perú*, la Corte IDH reiteró su criterio según el cual

...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 la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos, para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. A la luz de lo anterior, se deben considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación. La función del tribunal internacional es determinar si la integridad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención.⁶⁰

En el *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, la Corte IDH consideró que la sentencia del 21 de noviembre de 1996 de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, constituido como “tribunal sin rostro”, que condenó a la señora De la Cruz Flores y otros a veinte años de prisión por actos de colaboración con el terrorismo (sentencia posteriormente anulada por el propio Estado), era incompatible con la Convención Americana por vulnerar, entre otros, el principio de legalidad (artículo 9o. de la Convención). En su sentencia la Corte consideró que toda vez que la condena a la señora De la Cruz Flores fue impuesta en violación del principio de legalidad “ninguno de los actos realizados dentro del procedimiento que condujo a emitir dicha condena penal pueden ser considerados compatibles con las disposiciones de la Convención Americana”. Sin embargo, respecto de los alegatos de la Comisión Interamericana y de los representantes de la víctima, en el sentido de que se había violado el derecho a la igualdad ante la ley por no haberse aplicado el beneficio de la figura del *in dubio pro reo* en el proceso contra la

59 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33, párrafos 62 y 84.

60 Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C, núm. 119, párrafo 133.

señora De la Cruz Flores a diferencia de otros casos similares en que sí se habría aplicado, la Corte IDH expresamente señaló que “no tiene competencia para reemplazar al juez nacional para decidir si las circunstancias en que se absolvió a unos y se condenó a otros eran exactamente iguales y merecían el mismo tratamiento”.⁶¹

Los anteriores son sólo algunos ejemplos de cómo ha operado en la práctica “la fórmula de la cuarta o última instancia” y cuáles han sido los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH al momento de considerar las actuaciones de los órganos judiciales nacionales. Existen otros casos en los que el Tribunal Interamericano ha cumplido también su papel complementario y subsidiario no sólo en la revisión de las actuaciones judiciales internas sino también para la protección de la independencia de los tribunales nacionales. Asimismo, en diversas ocasiones la Corte IDH ha considerado los criterios sostenidos por los tribunales nacionales sobre cuestiones del derecho interno así como respecto a la calificación jurídica de los hechos a efecto de determinar la responsabilidad estatal en la comisión de los mismos.⁶² Además, la Corte IDH ha contribuido a reafirmar y fortalecer la independencia de los tribunales nacionales⁶³ y a reafirmar la obligación de respeto, debido cumplimiento y ejecución de las decisiones judiciales tanto nacionales como internacionales.⁶⁴

4. *La regla del previo agotamiento de los recursos internos*

Una vez comprendida la naturaleza y la razón de ser de las instancias internacionales de supervisión del DIDH, es mucho más sencillo identificar la forma en que operan los sistemas internacionales de protección de

61 Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, Sentencia del 18 de noviembre de 2004, Serie C, núm. 115, párrafos 113 y 115.

62 Al respecto véase: *Caso 19 Comerciantes*, Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párrafos 125 y ss.

63 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*, Sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C, núm. 71. En este caso la Corte IDH consideró que la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional como producto de una sanción por el Poder Legislativo era, en los supuestos del caso, contraria al principio de independencia del Poder Judicial y a las normas del debido proceso.

64 Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, Sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98. En este caso la Corte IDH consideró que el hecho de que el Estado se abstuviera de adoptar las medidas necesarias para la plena ejecución de las sentencias de sus propios tribunales era contrario al artículo 2o. de la Convención Americana.

la persona humana y los requisitos procesales que han de seguirse antes de acudir a una instancia internacional. Entre ellos, el principio del previo agotamiento de los recursos internos es el que mejor representa la naturaleza subsidiaria del DIDH en su dimensión procesal. De cierto modo, como señala Héctor Faúndez Ledesma, la regla del agotamiento previo de los recursos internos es la contrapartida del derecho de petición individual ante una instancia internacional, pues si bien los Estados han accedido a que los individuos o grupos de individuos puedan presentar ante ciertos mecanismos de control internacional (como la CIDH o el TEDH) peticiones que contengan denuncias de violaciones de los derechos humanos consagrados en los respectivos tratados, ello ha sido a condición de que cualquier eventual reclamante haya agotado previamente la vía interna.⁶⁵ Sin embargo, esta regla no es absoluta sino que admiten excepciones y guarda íntima relación con el deber de los Estados de establecer recursos judiciales efectivos contra las violaciones a los derechos humanos.

La regla de agotamiento de los recursos internos es la regla internacional por virtud de la cual se concede a los Estados la oportunidad de reparar las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito en el ámbito de su propio sistema jurídico interno antes de que se pueda cuestionar su responsabilidad en el plano internacional. En este sentido, como ha declarado la Corte Internacional de Justicia, la regla de que los recursos locales deben agotarse antes de poder establecerse procedimientos internacionales es “una regla de derecho internacional consuetudinario bien establecida” que garantiza que el Estado en que haya tenido lugar la infracción tenga la oportunidad de rectificarla por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento interno.⁶⁶

Asimismo, en el ámbito del DIDH, el TEDH ha reconocido que “[l]a regla del agotamiento de la vía de los recursos internos que dispensa a los Estados de responder de sus actos ante un órgano internacional antes de haber podido remediarlo dentro de su orden jurídico interno, figura... entre los principios de derecho internacional generalmente reconoci-

65 Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 2a. ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 227.

66 CIJ, *Interhandel Case (Switzerland vs. United States of America)*, Objeciones Preliminares, Sentencia del 21 de marzo de 1959, *Reports 1959*, p. 27.

dos”.⁶⁷ Por su parte, la Corte IDH ha señalado que esta regla permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta “coadyuvante o complementaria de la interna”.⁶⁸

El origen de esta regla se remonta a la antigua práctica de represalias (siglos IX a XVII) y posteriormente, en los tiempos modernos, se desarrolla en el ámbito de la protección diplomática.⁶⁹ En la actualidad, si bien no existe un consenso absoluto respecto de si los principios generales de derecho internacional que rigen la aplicación de la regla en el ámbito del DIDH son independientes y autónomos de aquéllos aplicables en el marco de la protección diplomática, sí se reconoce la importancia del diferente contexto en el que se aplica.

La regla de agotamiento de los recursos internos en el marco de la protección internacional de los derechos humanos tiene una “racionalidad” propia del sistema de protección, confirmada por la jurisprudencial internacional, orientada a una aplicación flexible y sin formalismos excesivos por no ser una regla absoluta ni de aplicación automática. De esta forma, se debe tomar en cuenta no sólo la existencia formal de los recursos sino también, y principalmente, las circunstancias particulares de cada caso.⁷⁰ En palabras del profesor Antônio Cançado Trindade, la evolución de la regla ha de ser apreciada con atención en los contextos específicos de su incidencia y aplicación. En el contexto de la protección diplomática la regla operó como una objeción sustantiva, impidiendo la intervención, mientras que en la práctica internacional contemporánea en materia de protección de los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos internos ha operado como una objeción dilatoria o tem-

67 TEDH, *Casos De Wilde, Ooms y Versyp*, Sentencia del 18 de junio de 1971, párrafo 50.

68 *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 61 y *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 64.

69 Para una revisión del origen y desarrollo de la regla véase: Amerasinghe, Felix, *Local Remedies in International Law*, 2a. ed., Cambridge University Press, 2004; Cançado Trindade, A., *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, Cambridge University Press, 1983. Del mismo Cançado, A., *0 esgotamento de recursos internos no direito internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984; LAW, Castor H. P., *The Local Remedies Rule in International Law*, Ginebra, Droz, 1961.

70 *Cfr.* Cançado Trindade, A., *op. cit.*, nota 69, pp. 46 y ss.

poral de naturaleza procesal que afecta el derecho de acción ante una instancia internacional.⁷¹

Por ello, en la práctica la regla toma la forma de una excepción contra la jurisdicción del tribunal u órgano llamado a dirimir el conflicto, pudiendo el Estado, por ser un derecho, incluso renunciar expresa o tácitamente a invocarla ante la jurisdicción internacional. Sin embargo, el carácter procesal de la regla no la exenta de complejidades al momento de su aplicación. Como señala el profesor Héctor Faúndez, el agotamiento de los recursos internos es una de las condiciones de admisibilidad que plantea mayores dificultades en la práctica y que genera más controversia en cuanto a la interpretación de su naturaleza, alcance y efectos que en ocasiones hacen difícil determinar cuáles son los recursos disponibles que los peticionarios están obligados a agotar en cada caso.⁷²

A grandes rasgos podemos señalar que la regla es de naturaleza procesal y como tal debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, su estudio forma parte de los requisitos de admisibilidad de una petición y no se confunde con las cuestiones de fondo, aunque puede existir cierta relación entre estas últimas y la actualización de alguna excepción a la aplicación de la regla del previo agotamiento de los recursos internos.

Así, por ejemplo, en el marco del sistema interamericano, el artículo 46.1.a de la Convención Americana dispone que, para que sea admisible una denuncia o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. Asimismo, en la segunda parte de ese mismo artículo (artículo 46.2) se establece que no se aplicará tal requisito cuando: *a)* no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados; *b)* no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido

71 Cançado Trindade, A., “O Esgotamento dos recursos internos e a evolução de «Vítima» no direito internacional dos Direitos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, núm. 3, enero-junio, 1986, p. 57. En la actualidad en el ámbito del derecho internacional general la regla se considera dentro de las cuestiones de admisibilidad de una reclamación internacional y no como un elemento que determine el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado, en consecuencia se reconoce como una “excepción procesal” y no como una cuestión de “fondo del asunto”.

72 Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, nota 65, p. 229.

de agotarlos; y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Siguiendo los principios de derecho internacional a que alude el texto del artículo 46, la Corte IDH ha sostenido, siguiendo a su homóloga europea, que “la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios”. Se le ha considerado así, continúa la Corte, como un medio de defensa y como tal, renunciable, aun de modo tácito. Dicha renuncia una vez producida es irrevocable.⁷³

En este sentido, la regla no es sino una condición de admisibilidad de la petición o comunicación y como tal debe plantearse en el momento procesal oportuno, siendo éste, en el caso del Sistema Interamericano, el momento de la admisión y trámite de la petición por parte de la CIDH.⁷⁴ De no ser así se tendrá por renunciado tácitamente el derecho de alegarla y el Estado no podrá invocarla posteriormente ante la Comisión o la Corte IDH, en virtud del principio del *estoppel* según el cual una parte en un litigio que ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera.⁷⁵

En síntesis, la jurisprudencia constante de la Corte IDH ha establecido ciertos criterios que han de considerarse como expresión de los principios fundamentales en la materia:

En efecto, de los principios de derecho internacional generalmente reconocidos, a los cuales se refiere la regla del agotamiento de los recursos internos,

⁷³ Corte IDH, *Asunto Viviana Gallardo y otras*, Decisión del 13 de noviembre de 1981, Serie A, párrafo 26, pp. 22 y 23.

⁷⁴ En principio corresponde al peticionario señalar si se han agotado las instancias internas y es deber de la CIDH verificar tal requisito de admisibilidad (artículos 28 y 31). Sin embargo, tal como dispone el artículo 31(3) del Reglamento de la Comisión Interamericana, cuando un peticionario alega que no le es posible probar el agotamiento, se transfiere al Estado la carga de probar que no se agotaron anteriormente los recursos previstos en el derecho interno, a menos que ello resulte en forma manifiesta del expediente en cuestión. *Cfr.* entre otros, CIDH, *Informe, núm. 15/04, Petición 0518/2001, Admisibilidad, Derrick Tracey (Jamaica)*, 27 de febrero de 2004, párrafo 30.

⁷⁵ Corte IDH, entre otros, *Caso La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Excepciones Preliminares*, Sentencia del 1o. de Febrero de 2000, Serie C, núm. 67, párrafo 57.

resulta, en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita la invocación de la regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual se presume la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. En tercer lugar, el Estado que alega el no agotamiento debe señalar los recursos internos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad.⁷⁶

Respecto de las características que han de reunir los recursos internos, la Corte IDH, aplicando los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, ha señalado que éstos, no sólo se refieren a la existencia formal de recursos internos, sino también a que sean adecuados y efectivos.

Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable... Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el cual ha sido concebido.⁷⁷

En este sentido, la regla de agotamiento de los recursos internos, como señala el profesor Sergio García Ramírez, abarca “los procedimientos domésticos, cualquiera que sea la determinación que se les asigne, a con-

⁷⁶ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C, núm. 124, párrafo 49.

⁷⁷ *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 64 y 66, *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989, párrafos 67 y 69, *Caso Fiarén Garbi y Solís Corrales*, Sentencia del 15 de marzo de 1989, Serie C, núm. 6, párrafos 87-88, *Caso Caballero Delgado y Santana, Excepciones Preliminares*, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C, núm. 17, párrafo 63. En el mismo sentido, para determinar si la denuncia de un peticionario debe considerarse inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos, la CIDH ha señalado que de acuerdo con los principios fundamentales que rigen los atributos de los recursos internos que deben agotarse en el sistema interamericano, esos recursos deben ser adecuados, en tanto aptos para promover la reparación de una infracción de derechos previstos por el orden interno, así como efectivos, en tanto aptos para producir el resultado para el que han sido concebidos. Entre otros, CIDH, *Informe, núm. 15/04, Petición 0518/2001, Admisibilidad, Derrick Tracey (Jamaica)*, 27 de febrero de 2004, párrafo 31.

dición de que se trate de medios o remedios jurídicos accesibles, expeditos y pertinentes para combatir un acto o esclarecer una situación de lo que resultará la calificación jurídica del acto cuestionado con las consecuencias pertinentes.”⁷⁸

Además, es necesario considerar, como lo ha hecho la Corte IDH, que la regla de previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del DIDH, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención Americana, consistentes en la obligación de los Estados de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25) que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso (artículo 8o.), en el marco de la obligación general de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.⁷⁹

Como resulta evidente, en muchas ocasiones el deber de los demandantes de agotar los recursos internos eficaces se encuentra en íntima relación con el deber de los Estados demandados de proveer tales recursos. Por ello se afirma que

[I]a complementariedad de los deberes de las partes (el del demandante de buscar previamente la reparación a través de los recursos internos eficaces de la reivindicación de sus derechos, y el del Estado demandado de asegurar en su jurisdicción una eficaz administración de justicia y pronta reparación de los daños) reafirma la función clave de protección reservada por los propios tratados de derechos humanos a los tribunales nacionales y fomenta el perfeccionamiento de los sistemas nacionales de protección judicial.⁸⁰

Por ello, en ocasiones cuando se alega la excepción de no agotamiento de los recursos internos, tanto la CIDH como la Corte IDH han decidido, en el ámbito de sus competencias, tramitarla conjuntamente con las consideraciones de fondo. En la actualidad, la Corte IDH generalmente ha

78 García Ramírez, S., “Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998)”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999, p. 131.

79 *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*. Sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, núm. 1, párrafo 91.

80 *Cfr.* Cançado Trindade, A., “A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos”, *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, San José, vol. I, 1998, p. 28.

recordado que la regla es de pura admisibilidad y que el Estado que la alega está obligado a indicar de manera oportuna (en las primeras etapas del procedimiento ante la CIDH) los recursos internos que deben agotarse, así como a probar que los mismos son efectivos.⁸¹ En diferentes oportunidades, la Corte IDH ha decidido desestimar la excepción preliminar correspondiente y examinar los argumentos expuestos por el Estado conjuntamente con las cuestiones de fondo por considerar que el Estado “en realidad alude al fondo de las violaciones alegadas”.⁸²

En conjunto, podemos afirmar, junto con el profesor Antônio Cançado, que la regla de los recursos internos da testimonio de la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, y por tanto, en el ámbito del DIDH, “los recursos internos forman parte integral de la propia protección internacional de los derechos humanos, recayendo el énfasis en la capacidad de los recursos de remediar la situación impugnada y reparar los daños causados, y no en el proceso mecánico de agotamiento”.⁸³

Finalmente, hay que señalar que la aplicación del principio de subsidiariedad en el sistema internacional de protección de los derechos humanos no repercute en el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado. El hecho de que un Estado investigue, sancione y repare determinadas violaciones a los derechos humanos internacionalmente reconocidos en el orden interno no supone negar la existencia o eficacia de tales derechos en el orden internacional y por tanto no condiciona el surgimiento de la responsabilidad internacional sino sólo su implementación. Como bien señala el juez Cançado Trindade, en su voto razonado a la sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, es necesario “trazar una distinción entre el surgimiento y la implementación (*enforcement, mise-en-oeuvre*) de la responsabilidad internacional del Estado”.⁸⁴ En el DIDH, la responsabilidad internacional del Estado surge en el momento mismo de la violación de los derechos de la

81 Corte IDH, entre otros, *Caso Durand y Ugarte, Excepciones Preliminares*, Sentencia del 28 de mayo de 1999, Serie C, núm. 50, párrafo 33.

82 Entre otros, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafo 72.

83 Cançado Trindade, A., “A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos”, *cit.*, nota 80, p. 19.

84 Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia del 8 de julio de 2004, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 13.

persona humana, o sea, tan pronto ocurra el ilícito internacional atribuible al Estado. Aunque tal responsabilidad “sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios, y la atribución de la misma a un Estado por actos de agentes estatales o de particulares deberá determinarse atendiendo a las particulares y circunstancias de cada caso”.⁸⁵

Por tanto, la regla de agotamiento previo de los recursos internos, como expresión del principio de subsidiariedad, no excluye el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado sino sólo su implementación. Al respecto el juez Cançado considera que:

...el *surgimiento* y la *implementación* de la responsabilidad internacional del Estado corresponden a dos momentos distintos; en el presente contexto de la protección internacional de los derechos humanos, el requisito del previo agotamiento de los recursos de derecho interno condiciona la implementación, pero no el surgimiento, de aquella responsabilidad, la cual se configura a partir de la ocurrencia de un acto (u omisión) internacionalmente ilícito...⁸⁶

Por su parte, la Corte IDH en su sentencia afirmó que “la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional a él atribuido, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios”.⁸⁷

La dimensión procesal del principio de subsidiariedad, en tanto principio operativo, se refiere directa y específicamente a los mecanismos de protección, a niveles nacional e internacional; y, por tanto (como señaló el juez Cançado) “la subsidiariedad no alcanza el derecho material, es decir, no puede ser invocada en cuanto a las normas sustantivas atinentes a los derechos protegidos, ni tampoco en cuanto al contenido y alcance de las obligaciones correspondientes”. Esto supone dejar de lado una concepción estática del principio de subsidiariedad e incorporar una vi-

⁸⁵ Entre otros, Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrafo 113.

⁸⁶ Corte IDH, *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia del 8 de julio de 2004, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 16. En el mismo sentido su voto concurrente en el caso de *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, 2001, párrafo 34.

⁸⁷ Corte IDH, *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia del 8 de julio de 2004, párrafos 71 y 75.

sión dinámica del sistema internacional de protección de los derechos humanos que refleje la “evolución de la *interacción* entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados en el presente dominio de protección, en beneficio de los seres humanos protegidos”. Para ello es preciso que los propios agentes internos actúen en su calidad de agentes internacionales. En la medida en que los tratados de derechos humanos atribuyen funciones de protección a los propios tribunales nacionales, lo cual constituye la razón de ser de la regla de los recursos internos, “dichos recursos integran los procedimientos de protección internacional; la interacción de ahí resultante entre los ordenamientos jurídicos internacional y nacional en el presente contexto de protección tiene por propósito y efecto el perfeccionamiento de los sistemas nacionales de protección judicial, tal como es requerido por los instrumentos internacionales de salvaguardia de los derechos humanos”.⁸⁸

IV. COMENTARIO FINAL

La idea de subsidiariedad supone la integración de los niveles nacional e internacional en la construcción de un discurso común respecto de la protección de los derechos humanos y bajo la premisa de que los derechos humanos interesan por igual a los Estados que a la comunidad internacional. Para una adecuada implementación del principio de subsidiariedad es preciso tener en consideración algunos presupuestos tales como la capacidad de los órganos del Estado de garantizar por sí mismos el respecto a los derechos humanos de forma tal que exista cierto margen de apreciación razonable de los derechos internacionalmente reconocidos, ahí donde éste es permitido. Asimismo, es preciso reconocer que cuando existe una falla de los operadores jurídicos nacionales las instancias internacionales pueden y deben actuar a efectos de garantizar los derechos humanos internacionalmente consagrados.

La naturaleza subsidiaria de las instancias internacionales no busca sustituir o suplantarse a las instancias nacionales sino complementar a los mecanismos nacionales de protección en aras de una efectiva protección

⁸⁸ Corte IDH, *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, cit., nota 87, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafos 23-25. En el mismo sentido: A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 *Archiv des Volkerrechts*, Tübingen, 1977-1978, pp. 333-370.

de los derechos humanos y, en este sentido, ayuda a las instancias nacionales a alcanzar los propios fines del Estado constitucional.

Las relaciones entre las instancias nacionales e internacionales son diversas y responden a diferentes contextos. Así, por ejemplo, en la medida en que las instancias nacionales sean capaces de brindar una adecuada protección a sus ciudadanos no será necesario acudir forzosamente a los mecanismos internacionales o éstos tendrán argumentos para recurrir a doctrinas como la del margen de apreciación o la “fórmula de la cuarta instancia” para efecto de valorar la actuación de los Estados o considerar la admisibilidad de una petición. Por el contrario, cuando la protección nacional no sea posible o sea ineficaz, la instancia internacional conocerá de las quejas que se presenten, revisará los procedimientos internos y, en su caso, buscará reparar la violación a los derechos humanos.

En última instancia, sin embargo, las instancias internacionales requerirán también del apoyo de las autoridades estatales para la efectiva ejecución y el debido cumplimiento de sus resoluciones (lo cual constituye un deber de los Estados). En consecuencia, el principio de subsidiariedad no busca establecer una jerarquía entre instituciones nacionales y supranacionales sino hacer operativo y práctico el funcionamiento de ambos sistemas (internacional e interno) y hacer más efectiva la protección de los derechos fundamentales. En tanto que el derecho internacional no pretende suplantar al derecho estatal sino mejorar y hacer más eficiente el funcionamiento de las instituciones internas, la finalidad común del ordenamiento nacional e internacional de una mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos es el criterio definitivo en la aplicación del principio de subsidiariedad, más allá de la discusión sobre la jerarquía de las diferentes instancias participantes.

Es preciso ir más allá de la rígida concepción entre teorías dualistas y monistas que suponen ya sea la distinción radical entre los dos ordenamientos o la necesaria subordinación de uno frente a otro. La realidad internacional evidencia la existencia de canales de comunicación más allá de estas posturas teóricas. La aplicación efectiva del principio de subsidiariedad representa el siguiente paso de la comunidad internacional hacia la construcción de un orden público internacional respetuoso a su vez de la diversidad y el pluralismo pero firmemente comprometido con la efectiva vigencia de los derechos más fundamentales y con su universalidad.⁸⁹

89 Carozza, P., *op. cit.*, nota 7, p. 67.

Para ello el principio de subsidiariedad debe ser entendido en su doble dimensión sustantiva y procesal. En su dimensión sustantiva, el principio de subsidiariedad busca establecer un equilibrio entre la unidad de derechos y la diversidad de contextos políticos, sociales y culturales que permite y garantiza, de alguna forma, el surgimiento de estándares comunes sobre la base de un diálogo entre los diferentes sistemas constitucionales. Diálogo indispensable en tanto que el DIDH en general comparte la naturaleza descentralizada del derecho internacional y carece de un órgano único que defina la interpretación última de los derechos, pero donde las jurisdicciones internacionales de derechos humanos tienen un peso específico y una singular importancia dada su naturaleza y especialización. En su dimensión procesal la subsidiariedad busca, por un lado, garantizar la efectividad de los derechos ahí donde ésta sea posible y, por el otro, establecer un marco jurídico procesal que defina los alcances y las limitaciones del propio sistema internacional.

El principio de subsidiariedad procura el entendimiento y la racionalidad desde la premisa básica de la efectividad de los derechos humanos más fundamentales. La subsidiariedad busca la integración de un discurso común entre los actores estatales y supranacionales que fortalezca la coherencia y la efectividad del sistema internacional y la de los sistemas naciones. Asimismo, contribuye a crear una comunidad de valores globales considerando al mismo tiempo las diferencias culturales y aplicando principios de proporcionalidad y necesidad que reducen los riesgos de cualquier discrecionalidad judicial. Por ello, el principio supone un nuevo entendimiento de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional cuyas potencialidades y limitaciones han de ser sometidas al análisis y discusión constante a partir de las actuaciones de los agentes estatales así como a la luz de la jurisprudencia de las instancias internacionales.