

CAPÍTULO II

DIFICULTADES PROCESALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

12. Aclaraciones preliminares	35
13. Mecanismos procesales de asistencia	36
14. Principales derechos humanos “procesales” o garantías	37
15. La independencia e imparcialidad del órgano interviniente.....	40
16. Agotamiento de los recursos internos	41
17. Legitimación procesal	49
18. La admisión de denuncias	56
19. La prueba y su valoración en los procesos de denuncia por violación de derechos humanos	63
20. Las decisiones jurisdiccionales y su obligatoriedad	66

CAPÍTULO II

DIFICULTADES PROCESALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

12. *Aclaraciones preliminares*

En la sección anterior tuvimos oportunidad de señalar cómo los derechos humanos fueron incorporándose positivamente en los sistemas jurídicos, observando al mismo tiempo cuáles eran los principales obstáculos sociales y políticos que encontraban a su paso.

Interesa puntualizar en el desarrollo la singularidad que presenta el fenómeno de la interpretación, que fue atendida solamente desde una perspectiva ideal, fuera del contexto que le marca su emplazamiento y realidad coexistencial.

Ya en materia, podemos abordar otra de las aristas que tiene esta vinculación entre los derechos humanos y el derecho procesal constitucional. Nos referimos, precisamente, a la tutela o protección procesal de los derechos humanos.

Escapamos ahora del encuadre ideal para entrar en la praxis, en la realidad vivencial que el sistema afronta.

Para ello, el título que hemos dado a este capítulo no resulta absolutamente cierto. No son justamente dificultades las que tienen los mecanismos procesales de asistencia, sino formas tendentes a impedir una frontal colisión entre los organismos internacionales o supranacionales y los gobiernos de los Estados denunciados.

Por tanto, cuando advertimos obstáculos no será conclusión posible deducir que ellos lo sean sino, más bien, manifestaciones procesales que desenvuelven alternativas internas y recaudos de admisibilidad tendentes a conseguir que el Estado obtenga directamente la tutela o protección efectiva, evitando la actuación de los cuerpos de justicia transnacional.

Asimismo, no cabe olvidar que las particularidades señaladas atienden sólo un aspecto de la cuestión: la posible violación de los derechos humanos por un Estado. La defensa concreta de los derechos del hombre no debe obviar la repercusión fatídica de hechos violentos emergentes del terrorismo, o de la actuación de corporaciones internacionales con sus campañas de política social que impiden el derecho al desarrollo, o bien, de factores extraños al comportamiento

gubernamental, pero francamente insidiosos con los principios supremos fundamentales que en estos pasajes hemos de reseñar.

Por otro lado, también son dificultades las problemáticas provenientes de la interpretación y, en definitiva, todas las polarizaciones doctrinales sobre las implicaciones que producen las instituciones procesales en el marco de protección de los derechos humanos.

13. *Mecanismos procesales de asistencia*

No consideramos aquí los instrumentos que aportan cada uno de los documentos suscritos para la defensa de los derechos humanos. Por lo tanto, con la simple intención de sistematizar genéricamente los remedios procesales se procurará bosquejar un cuadro esquemático.

Los derechos humanos se protegen, en primer término, con los medios procedimientos ordinarios que tenga la legislación nacional. Vías que se encuentran reglamentadas por los códigos procesales y demás leyes comunes que admitan utilizar reglas técnicas de defensa y prueba (v. gr.: procesos ordinarios de conocimiento, procedimientos penales, contencioso administrativos, etcétera).

En segundo lugar, las garantías del derecho procesal insertas en las cartas fundamentales; por ejemplo, la consideración del derecho al debido proceso, esto es, los requisitos y formalidades del correcto y legal enjuiciamiento.

Seguidamente, los procesos específicos que contengan las constituciones, tales como el habeas corpus, amparo, recursos de inconstitucionalidad, de protección, etcétera; es decir, instrumentos de mayor avance a las reglas técnicas ordinarias que, por su flexibilidad y adaptación a los derechos que protegen, sugieren una eficacia superior. Genéricamente se los denomina procesos constitucionales.

Finalmente, el control de las supremacías por los órganos de aplicación, mecanismo que pondera la utilidad de la interpretación constitucional en la determinación y alcance efectivo de los instrumentos de promoción y defensa de los derechos humanos.

Claro está que cada figura típica del procedimiento debe encauzarse ante un tribunal competente y específico, lo que obliga a prestar atención a los jueces capacitados para ello.

En tal sentido, pueden hallarse varios tipos de organismos jurisdiccionales y otros de naturaleza administrativa. Por ejemplo, existen 1) organismos internacionales (Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya), continentales (Corte Interamericana de Derechos Humanos), comunitarios (Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo) y locales (Tribunales Constitucionales); 2) organismos que son creados a través de Tratados (Comisión de Derechos Humanos de la ONU) y/o Convenios Internacionales; 3) organismos

políticos (Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas) y no políticos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos); especializados (Subcomisión de prevención de discriminación y protección de minorías) o no; 4) organizaciones particulares (*Amnesty International*, Liga para la Defensa de los Derechos Humanos, etcétera), sean internacionales o locales; 5) organismos locales (Defensor del Pueblo u *ombudsman*), específicos (Procuradurías, Defensa del consumidor, entre otros) o de competencia generalizada (tribunales ordinarios).

Esta pluralidad de organismos, si bien propicia, por sus fines y modalidades, dificulta la tarea de individualización del que resulte competente, sin que las reglas procesales para la identificación jueguen operantes en el caso.

La obligatoriedad que tengan las decisiones de cada órgano interviniente seguramente indicará una fuente natural de recurrencia por la lógica conveniencia que supone al peticionante.

14. Principales derechos humanos "procesales" o garantías

Evidentemente, la noción de debido proceso encolumna y dirige el señalamiento sobre cuáles son los principales derechos humanos que, reconociendo su condición procesal, deben protegerse sin distinciones por cualquier ordenamiento adjetivo y sustancial.

Corwin, más de una vez, señaló que la noción tenía un contenido vago, impreciso y variable y, como tal, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica invocaba su doctrina, en realidad ofrecía una decisión de carácter político más que un pronunciamiento legal.³¹

No obstante, el concepto ha perfilado una serie de condiciones generales (proceso justo, igualitario y público, entre otros) y específicos (tribunal independiente, asistencia letrada, sin restricciones de acceso, con posibilidades efectivas de prueba, de apelar el fallo, etcétera), sin perjuicio de definiciones mucho más puntuales como las que requiere el proceso penal (presunción de inocencia, prueba obtenida legítimamente, sentencia razonada y fundamentada, *non bis in eadem*).

Prácticamente, en cuanto aquí interesa, el derecho al debido proceso lo establecen todos los instrumentos caracterizados en la defensa de los derechos del hombre.

En efecto, la Declaración Universal sostiene en el artículo 8º que: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales com-

³¹ Corwin, Eduard, *The president office and powers*, 1941, p. 295. Ver Carrillo Flores, Antonio, *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987, p. 86.

petentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. El artículo 10 agrega: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en materia penal”.

La Declaración Americana lo refleja en el artículo 25 en estos términos:

Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Con mayor detalle, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en el artículo 2.3:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades del recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El artículo 14.1 a su vez, completa lo indicado y dice:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Finalmente, la Convención Americana no desatiende el precepto, y en el artículo 8.1 sostiene que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El artículo 25.1 concreta:

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

La segunda parte de la norma (numeral 2) agrega que:

Los estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De los ordenamientos transcritos se colige el interés por preservar el derecho al proceso y a que, en el mismo, se profundice la atención efectiva sobre los derechos humanos en juego.

La protección procesal de los derechos humanos impone en consecuencia, que exista un proceso adecuado a los fines que tutelar; por ello, la Convención Americana refiere a “cualquier recurso efectivo”, y los demás instrumentos destacan la necesidad del recurso.

Los requisitos comunes al debido proceso son, entonces, el derecho a ser oído (acción o derecho de petición) por un tribunal constituido con anterioridad al reclamo (garantía del juez natural) o por cualquier autoridad competente que sea útil a la pretensión presentada (organismos administrativos o legislativos), que la denuncia reciba un tratamiento igualitario (derecho de igualdad y no discriminación) por un tribunal u organismo independiente (es decir, no sujeto a instrucciones) e imparcial (esto es, desvinculado de intereses particulares o beneficios directos); que el procedimiento sea público (porque la verdadera justicia se hace de cara al pueblo) a no ser que situaciones extraordinarias autoricen a considerar la privacidad; que el procedimiento no sea ritual ni solemne, fundamentalmente breve y sencillo (aun cuando deben respetarse las complejidades particulares del

caso); con plenitud en el derecho a la prueba y a que la misma sea valorada sin eufemismos; y, finalmente, que la sentencia que se dicte pueda ejecutarse (noción elemental que centra el carácter jurisdiccional del fallo en sus aspectos de conocimiento y ejecución *notio* y *executio*).

En síntesis, las garantías que reporta el derecho al debido proceso supone que sean efectivas y eficaces las cuestiones vinculadas al acceso, al procedimiento y al cumplimiento de la sentencia.

En materia punitiva, los principios se extienden; pero, además, agregan otros requerimientos tales como la protección relativa a la privación de la libertad corporal, a la imposición de penas (es decir, a los presupuestos que validen su determinación), a las protecciones relacionadas con el mismo procedimiento (inviolabilidad de la defensa, autoincriminación, beneficio de la duda), a la forma como se ejecutarán las penas (esto es, todo lo relativo al régimen carcelario, libertad bajo fianza, condena condicional, etcétera) y, esencialmente, a la garantía tuitiva de la libertad, que por su primacía obliga a una tutela judicial sumaria.

En este último aspecto cabe remitir a lo considerado en los artículos 10 y 11.1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; al artículo 25 de la Declaración Americana; al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y al artículo 8 de la Convención Americana.

15. *La independencia e imparcialidad del órgano interviniente*

La necesidad de un órgano competente, independiente e imparcial consagra requisitos ineludibles para la constitución efectiva del debido proceso.

Por una parte, se establece la garantía del juez natural, es decir, la magistratura conformada con anterioridad al hecho que motiva la denuncia, y que ese mismo tribunal continúe en el conocimiento de la causa hasta la sentencia.

Por otro lado, la efectiva vigencia de las garantías contenidas en los artículos citados al final del párrafo que precede, se asientan sobre la independencia y autonomía del Poder Judicial, porque responden al sistema tripartito de distribución del Poder, y es una consecuencia lógica que se deriva de la concepción misma de los derechos humanos. La Comisión Interamericana ha dicho que

Si se busca proteger los derechos de los individuos frente a las posibles acciones del Estado, es imprescindible que uno de los órganos de ese Estado tenga la independencia que le permita juzgar tanto las acciones del Poder Ejecutivo, como la procedencia de las leyes dictadas y aun de los juicios emitidos por sus propios integrantes. Por tanto, se considera que la efectiva independencia del Poder

Judicial es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los derechos humanos en general.³²

Es lamentable destacar que la Comisión ha condenado algunas prácticas concretas como violatorias del derecho a un tribunal independiente e imparcial, en casos donde fue advertido lo siguiente: el aceptar y acatar consignas provenientes del Poder Ejecutivo; el empleo de traslados o destituciones de jueces o amenazas de juicios políticos como sanción para sentencias que contrarían los intereses del gobierno; el nombramiento por el presidente de la República de los integrantes del Poder Judicial; la designación de magistrados por criterios políticos; la ausencia de garantías sobre la inamovilidad de los jueces; el nombramiento por autoridades militares del lugar de los jueces de distrito, y el reconocimiento del derecho de las autoridades policiales de pronunciar penas privativas de la libertad.³³

La constitución de comisiones especiales para juzgar determinados casos constituye también una forma de violentar la garantía en estudio, siendo ello inadmisibles, porque cualquier Constitución repudia ese procedimiento y ningún instrumento internacional lo tolera.

El desplazamiento sin causa de la jurisdicción (como facultad de juzgar) tuvo ejemplos manifiestos como el caso de Argentina en los años 80, cuando el informe de la Comisión Interamericana señaló que los tribunales militares estaban compuestos por oficiales de las Fuerzas Armadas que estaban comprometidos institucionalmente en la lucha contra los delitos que, como jueces, tenían el deber de juzgar, por lo cual no ofrecían garantía alguna sobre su independencia de criterio.

De todos modos el concepto obliga a profundizaciones más extensas que no son motivo de este ensayo, porque la independencia jurisdiccional contempla tres problemas de singular relieve. En primer lugar, acontece resolver el mecanismo de constitución del Poder Judicial; luego, enmarcar el ámbito de su competencia; seguidamente, habrá de encontrarse la libertad que tenga para decidir, para recalcar, finalmente, en la misión que deba cumplir en términos sociopolíticos.³⁴

16. Agotamiento de los recursos internos

Aun cuando en la defensa de los derechos humanos el objeto que origina el proceso difiere de lo que conocemos como proceso común, se encuentra condi-

32 Informe Cuba (1983), p. 67, párrafo 2; en O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, p. 157.

33 En O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, p. 158.

34 En extenso: Gozaini, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, t. I (Teoría general del derecho procesal), volumen 1 (Jurisdicción, acción y proceso), Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 189.

cionado —por vía de principio— al agotamiento de los recursos internos para abrir su instancia.

Podríamos decir que, en tal caso, la *litis* se convierte en suplementaria del control previo sobre los derechos humanos.

No es el caso retomar los fundamentos que habilitan establecer aquella exigencia, basta con destacar que la intervención del organismo internacional queda sometido en su actuar hasta que la jurisdicción local haya emitido su definitivo pronunciamiento.

El agotamiento de los recursos internos se convierte así en el primer presupuesto que plantea la competencia de los organismos supranacionales; por ejemplo, la Corte Interamericana con el agregado que, para llegar a esta circunstancia, también será preciso contar con lo obrado por la Comisión, tal como veremos inmediatamente.

El artículo 46.1 a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como recaudo de admisibilidad de las peticiones o comunicaciones que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos.

Esta regla general reconoce excepciones previstas por la propia Convención en su artículo 46.2, cuando:

- a) no exista en la legislación interna del Estado que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega 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 de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

De la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos surgen algunas precisiones en torno a la regla del previo agotamiento de los recursos internos que es importante recordar aquí.

Esta pauta consagrada por el derecho internacional clásico en el caso de daños a extranjeros con el fin de posibilitar el ejercicio de la protección diplomática “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”.³⁵

Este orden de ideas se traduce en la inserción de la regla en la Convención Americana como requisito a los fines de la admisibilidad de una denuncia por la Comisión. Su observancia, en tanto que parte del sistema de protección instaurado por la Convención, es en principio la regla, toda vez que dicho sistema “re-presenta los límites y condiciones dentro de los cuales los

35 Corte I.D.H., caso Viviana Gallardo y otras, núm. G 101/81, serie A, párrafo 26.

Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse” y por ello corresponde a los órganos del sistema “garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados”.³⁶

Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la regla también responde al interés de las víctimas “de que se les proteja y asegure el pleno goce de los derechos que tienen según la Convención”,³⁷ por ello “tanto la Corte como la Comisión, deben preservar para las víctimas de las violaciones de derechos humanos la totalidad de los recursos que la Convención otorga para su protección”.³⁸

Por ello, “el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad”.³⁹ Consecuentemente, “corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46.2”.⁴⁰ A título de criterio residual, cabe recordar que “no se debe presumir con ligereza que un Estado parte de que la Convención ha incumplido con su obligación de proporcionar recursos internos eficaces”.⁴¹

La práctica desarrollada por la Comisión, como instancia internacional no jurisdiccional de contralor de las obligaciones asumidas por los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede ser caracterizada, *prima facie*, como tendentes a considerar la regla del agotamiento de los recursos internos como un derecho de la víctima y del Estado.

De esta suerte, en general, la Comisión no es proclive a desestimar presentaciones o denuncias *in limine* por no haberse agotado los recursos internos sino que, por el contrario, propicia su agotamiento. Esta actitud se materializa a través del pedido de información adicional al gobierno y/o al denunciante sobre la disponibilidad e individualización de los recursos a ser agotados.

En todo caso, el rasgo más relevante de la práctica convencional de la Comisión es su inveterada posición de considerar la cuestión de la admisibilidad en función del agotamiento de los recursos internos junto con el fondo del asunto a ella planteado.

Esta óptica parece compartida por la Corte en los casos en los que “dada la imbricación del problema de los recursos internos con la violación misma de

36 *Ibidem*, párrafo 16.

37 *Ibidem*, párrafo 13.

38 *Ibidem*, párrafo 15.

39 Corte I.D.H., caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares (sentencia del 26 de junio de 1987), párrafo 87.

40 Corte I.D.H., caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 60.

41 *Ibidem*, párrafo 60 *in fine*.

derechos humanos, es evidente que la cuestión de su previo agotamiento debe ser considerada junto con la cuestión de fondo”.⁴²

Otro aspecto interesante del tratamiento brindado al requisito del previo agotamiento de los recursos internos por la Comisión surge de los denominados “casos generales”. Ellos comprenden situaciones de violaciones generalizadas a los derechos humanos en las que no resulta verosímil considerar la eficacia de los recursos internos, razón por la que el requisito no es exigido por la Comisión.

Resulta, pues, que los denominados “casos generales” se refieren a prácticas institucionales de violación a los derechos humanos en las que no existen recursos eficaces para ser agotados.

1) La situación del carente de recursos

En ocasiones el problema se presenta con la situación del carente de recursos, quien, a pesar de contar con mecanismos internos de asistencia jurídica de pobreza, no utiliza el remedio y deja sin solución local la presunta violación de sus esenciales derechos como hombre.

En otras, debe atenderse el caso de quien no accede a la justicia por falta de abogado en razón de un clima de temor que impide el libre ejercicio profesional.

Ambas situaciones permiten inferir que el tema que se ventila es el derecho de acceso a la justicia, o lo que se denomina derecho a la jurisdicción.

Por derecho a la jurisdicción cabe entender el derecho de toda persona de ocurrir ante el Poder Judicial en procura de justicia, de satisfacción a una pretensión que se estima legítima y conforme a derecho. En este orden de ideas, el debido proceso legal es el conjunto de garantías procesales que reglamentan e implementan el derecho a la jurisdicción.

Un tercer aspecto se incorpora a los dos antes reseñados formando una tríada esencial a los fines del respeto debido a los derechos humanos. Se trata de la obligación del Estado a proveer una administración de justicia a través de un Poder Judicial independiente y conforme a procedimientos determinados, del que tratamos anteriormente.

De esta suerte, administración de justicia, derecho a la jurisdicción y debido proceso son tres elementos que, en unión simbiótica, deben encontrarse al alcance de toda persona en un régimen de respeto a los derechos humanos siendo a ellos aplicables los principios de igualdad y de no discriminación.

Dada la efectividad del sistema judicial de protección a los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos internos —enunciada en el artículo 46.1 a) de la Convención Americana— resulta de inexorable cumplimiento. Existen, empero, circunstancias estructurales o coyunturales en las cuales esta

⁴² *Supra* 17, párrafo 93.

regla no es exigida a los fines de la admisibilidad de una denuncia internacional. De ellas trata el artículo 46.2 del pacto de San José.

La excepción mencionada en el artículo 46.2. a) —la inexistencia en la legislación interna del Estado de que se trata del debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados— supone que el Estado parte en la Convención ha inobservado los artículos 8, 25, 1 y 2 de ésta. Consecuentemente, si se verifica la situación contemplada en el artículo 46.2 a), las circunstancias planteadas trascienden los casos específicos del indigente y del individuo carente de patrocinio letrado en virtud del clima de temor generalizado, toda vez que aun con disponibilidad de recursos económicos y de asistencia legal tampoco resultaría factible el ejercicio del derecho a la jurisdicción.

La situación particular en que se encuentra una persona indigente que, por ello mismo, no puede asumir los costos económicos que implica un proceso judicial, incluidos los honorarios profesionales, ha sido considerada por la Corte Europea de Derechos Humanos.

El artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950 dispone que:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...

En una formulación que fuera tenida en cuenta al redactar el artículo 8.1 de la Convención Americana, cuyo texto expresa que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

De la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos surgen importantes precisiones relativas al alcance del artículo 6.1. del Convenio de Roma:

El Tribunal de Estrasburgo ha sostenido que “el artículo 6, párrafo 1, no proclama expresamente un derecho de acceso a los tribunales”, sin embargo, “el derecho de acceso constituye un elemento inherente al derecho enunciado en el artículo 6, párrafo 1... (que) se funda... en los mismos términos de la frase primera del artículo 6, párrafo 1, interpretada en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y finalidad del tratado-norma que es el Convenio”.⁴³

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Golder, sentencia del 21 de febrero de 1975, párrafo 28.

El Convenio persigue

la protección de los derechos considerados no en sentido teórico o ideal sino como derechos reales y efectivos. Esto es singularmente claro en relación con el derecho de acceso a los tribunales a la vista del papel preeminente que una sociedad democrática tiene al derecho a un juicio justo.⁴⁴

El deber del Estado de asegurar el derecho a un efectivo acceso a los Tribunales implica acciones positivas por parte del mismo.

“En algunos casos, la posibilidad de comparecer personalmente ante un Tribunal sin siquiera la asistencia de letrado cumplirá los requisitos del artículo 6, párrafo 1... En realidad depende sobre todo de las circunstancias concretas”;⁴⁵ por ello,

puede en ocasiones competir a un Estado proveer de esa asistencia jurídica cuando se demuestre el carácter indispensable de ésta para un acceso efectivo ante los Tribunales, ya sea porque legalmente se exija la asistencia de letrado, como ocurre en los ordenamientos internos de algunos de los Estados contratantes para determinados tipos de procesos, ya sea por la complejidad del procedimiento o del caso.⁴⁶

Pese a que la Corte Europea señala que no es función suya indicar, y menos aún dictar, las medidas que han de tomarse para lograr la efectividad del derecho de acceso, toma nota de que uno de esos medios es la instauración de un sistema de asistencia jurídica gratuita, otro, una simplificación del procedimiento.

2) *El caso de la falta de abogado*

La segunda situación planteada a la Corte es la relativa al reclamante que hace una petición directamente ante la Comisión aduciendo que no ha podido conseguir un abogado que lo represente en razón del ambiente de temor imperante, que conduce a los abogados a no aceptar casos por estimar que ello pone en peligro su propia vida y la de sus familiares.

En general, situaciones de este tipo se observan en contextos en los que imperan regímenes *de facto* que generan climas de arbitrariedad y de represión en perjuicio de la buena administración de justicia y del debido proceso legal. Así lo ha constatado la Comisión en sus informes sobre la situación de los derechos

44 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Airey, sentencia del 9 de octubre de 1979, párrafo 24.

45 *Ibidem*, párrafo 26.

46 *Ibidem*, párrafo 26.

humanos en distintos países miembros de la OEA en diferentes momentos históricos.

El informe hecho a instancia de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA, por el gobierno de la República Argentina permite considerar estos aspectos.

1. En un contexto de vigencia del Estado de Derecho, en el cual, en principio, se presume la vigencia de las instituciones democráticas y la observancia de los compromisos contraídos a través de la Convención Americana:

a) Si bien corresponde al gobierno, en contra del cual se dirige la petición, demostrar a la Comisión que los recursos internos no han sido previamente agotados, cuando el peticionario alegue la imposibilidad de acceso a la justicia, se invierte la carga de la prueba.⁴⁷

b) La determinación de la disponibilidad del peticionario de lograr patrocinio letrado es una cuestión de hecho.

c) A los fines de esta determinación, la Comisión puede evaluar no sólo las pruebas ofrecidas por el denunciante en confronte con las aportadas por el Estado, sino también todo otro elemento de prueba legal y legítimamente obtenido por ella.

d) En este hacer, debe tenerse presente que el rechazo ocasional del patrocinio por un abogado no es prueba concluyente.

e) Eventualmente, y en la medida en que disponga de información, la Comisión puede señalar al peticionario los servicios de asesoramiento y patrocinio jurídicos que existan en el Estado de que se trata; a estos fines, la Comisión puede recabar la cooperación de los Estados Partes para que le provean información actualizada periódicamente.

f) La disposición del artículo 46.2 b) debe ser objeto de interpretación restrictiva, pero en función del caso concreto planteado a la Comisión.

2. En un contexto de caso general, si el peticionario acredita la imposibilidad del ejercicio de su derecho de defensa por no haber tenido patrocinio letrado, como una anomalía de un proceso sustanciado:

a) La Comisión puede considerar la petición como un “caso grave y urgente” a tenor del artículo 48.2 de la Convención toda vez que el peticionario no goza de la defensa de letrados ni de las garantías judiciales necesarias para su defensa en juicio.

3. En un contexto de caso general, si el peticionario alega la imposibilidad de lograr abogado en un proceso que empezó o está empezando a sustanciarse:

a) La Comisión debe recabar todo elemento de prueba legal y legítimo que le permita acreditar la situación que se alega.

b) Si del análisis precedente surgen indicios suficientes de que la imposibilidad de acceso a la justicia por falta de abogado ha comenzado a consumarse, la Comisión puede extremar las facultades que para los casos graves y urgentes le otorga el artículo 48.2 de la Convención a los fines de determinar las vías concretas para evitar la configuración de una violación flagrante a los derechos humanos.

c) En este orden de ideas, una interpretación dinámica y teleológica de los poderes otorgados a la Comisión por la Convención Americana, en especial el

⁴⁷ OEA/ser L./VII.49 doc. 20, 11 de abril de 1980, p. 291; “Plight of defence lawyers in Argentina”, *The Review International Commission of Jurists*, 14 de junio 1975, pp. 1-3.

artículo 48.2, eventualmente la facultaría para solicitar, por ejemplo, el consentimiento del Estado de que se trata para el envío de un representante suyo como observador del proceso.

En la opinión consultiva número 11, la Corte Interamericana alcanzó estas conclusiones:

1. Es admisible la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando los recursos de jurisdicción interna no pueden ser agotados porque no están disponibles por una razón legal o por una situación de hecho.

2. Cuando la asistencia jurídica sea necesaria por razones legales o de hecho para que un derecho sea garantizado y reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no se pueda obtener por razones de indigencia, o cuando por esta causa no se puedan costear los gastos de tramitación de la causa, es procedente la exención del cumplimiento del requisito de agotamiento previo de los recursos de jurisdicción interna.

3. Hay discriminación por razones económicas que coloca en condiciones de desigualdad ante la ley cuando quien pretende hacer valer los derechos, que la Convención le garantiza, no puede hacerlo porque no puede pagar la asistencia letrada necesaria o los costos del proceso.

4. Si no es posible obtener asistencia legal debido al temor generalizado de los abogados que no aceptan casos porque ello puede hacer peligrar su vida o la de su familia, no puede exigirse el agotamiento de los recursos internos.

5. La “protección de la ley” la constituyen, básicamente, los recursos que ésta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, lo cual implica el deber de los Estados parte de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras por las que se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

6. El concepto de debido proceso en casos penales incluye “garantías mínimas”, a las que en circunstancias específicas puede ser necesario sumar otras adicionales si se trata de un debido proceso legal.

7. Si bien la Convención no especifica “garantías mínimas” para los órdenes civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter que no sea penal, el concepto de “debidas garantías” se aplica también a dichos órdenes.

8. El deber de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención implica la obligación de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan impedir el disfrute de tales derechos.

9. Cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de recursos internos que, normalmente, están al alcance de los demás, acudir a éstos es una formalidad carente de sentido, que haría inadmisibles las excepciones del artículo 46.2 de la Convención.

10. La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos

constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención, que exige del cumplimiento de tal requisito.

11. Si un Estado parte ha probado la disponibilidad de los recursos internos, el reclamante debe demostrar que son aplicables las excepciones del artículo 46.2 de la Convención, y que se vio impedido de obtener asistencia legal necesaria para la protección y garantía de derechos en la misma.⁴⁸

3) *Renuncia del Estado al agotamiento de la vía interna*

El requisito de tránsito local es, como fue señalado, un beneficio en favor del Estado por cuanto le permite solucionar en su fuero el conflicto suscitado. Por ello, si resulta que es el propio Estado quien plantea el problema, puede eximirse de tal condición de admisibilidad (artículos 45, 61.1 y 62 del pacto de San José).

El caso “Viviana Gallardo” fue explícito al respecto, indicando, precisamente, que el Estado puede renunciar al agotamiento interno; en tal caso, debe hacerlo constar expresamente.

17. *Legitimación procesal*

Si existe una dificultad mayúscula —aún sin resolver— que consigue por su perseverancia reflejar la distancia entre el hombre común y la justicia (jurisdicción), ella no es otra que los problemas del acceso a la justicia.

Acceso que supone no sólo estar, sino mantenerse en la instancia judicial (nacional o supranacional) para lograr un pronunciamiento determinado que resuelva en derecho la crisis que se afronta y padece.

El derecho procesal, particularmente, reconoce el *déficit* en la legitimación. Exigencia que día a día polariza aún más las distancias entre la justicia y la razón respecto a la mal llamada seguridad jurídica o, en otro sentido, protección internacional de los Estados.

Afortunadamente, la sabia lectura que del suceso han hecho distintos jueces que no fueron “fugitivos de la realidad” llevaron a consagrar doctrinas como las del exceso ritual manifiesto (que evita fomentar solemnidades inútiles), la arbitrariedad de las sentencias (propiciando la adecuada fundamentación en derecho de los pronunciamientos jurisdiccionales), la gravedad institucional (permitiendo el conocimiento judicial en asuntos que, por su importancia extrema, reclaman la interpretación del juez aun sin contar con los requisitos de admisibilidad corrientes); sin olvidar las colaboraciones reportadas por las apelaciones *per saltum*

⁴⁸ Con amplitud hemos abordado la problemática en nuestra obra, Gozaini, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 6, pp. 51-63.

(saltos de instancia que evaden el tránsito corriente por las jerarquías judiciales) y el mismo *certiorari*.

Sin embargo, las encuestas apabullan: la justicia se aleja a pasos agigantados de las necesidades del hombre común. Hasta pareciera querer atrincherarse entre fronteras sólo accesibles a privilegiados.

Los códigos adjetivos no colaboran para resolver la crisis, y podríamos afirmar que son —muchas veces— la causa misma de las calamidades.

Si hablamos de acceso a la justicia, la problemática podría expandirse a numerosos acontecimientos de urgente solución; pero, en particular, queremos apuntar el fenómeno reflejado en los problemas de la legitimación procesal y de la justificación de la personalidad, en supuestos donde se encuentra debatida la protección procesal de los derechos humanos.

En efecto, adviértase que la justicia ordinaria antes de anudar cualquier relación jurídica procesal, exige acreditar el interés jurídico que se persigue tutelar.

Si ese interés no fuera propio, ni directo, seguramente la vía estaría cancelada *ipso facto*. Es decir la exigencia del derecho subjetivo en cabeza de quien reclama es un requisito ineludible para lograr poner en marcha el aparato de la jurisdicción.

Cuando el interés no es directo, pero resulta legítimo, la vía judicial no tiene respuesta porque cancela *ab initio* la posibilidad del inicio. Sólo en procedimientos administrativos se respeta el derecho a ser oído, cuando el reclamo no es propio.

Qué decir de los intereses simples, o de aquéllos que se han tildado como difusos (que no tienen pertenencia por ser globales o mancomunados), que directamente juegan su suerte en instituciones procesales de excepción, como el amparo o las protecciones cautelares.

Debe comprenderse qué flaco favor se hace a la justicia social —en sentido fundacional— con ello, porque lo único que se logra es alejarla de aquéllos a quienes va dirigida.

No se trata de difundir criterios aperturistas alejados de una posible consagración en la práctica. Procuramos, nada más, propiciar un mecanismo previo de atención que evada los intersticios de la legitimación priorizando la situación —el hecho— que se presenta.

En materia de derechos humanos, el reflejo de estas doctrinas no es precisa. Incluso, los dos grandes organismos de protección supranacional (La Corte Europea y la Corte Interamericana) reciben de forma distinta el problema de la legitimación procesal. Mientras uno admite la presencia de particulares, el otro reconoce la representación a la Comisión Interamericana, en una suerte de personalidad difusa que no alcanza a justificarse por los motivos que se predicán.

Centrado el problema de acceso, enseguida se advierten sucesivos repliegues que comenzando por la legitimación procesal culminan en reconocimientos trascendentes para la marcha del proceso, tales como acreditar la calidad de parte, y haber pasado los filtros de la personalidad suficiente.

No se trata aquí de observar si existen agravios al derecho constitucional de petición, o al derecho fundamental a un recurso sencillo y efectivo, sino de atender que para entrar a la jurisdicción se requiere ostentar una jerarquía muy elaborada y distante para el conocimiento general de los hombres.

El oficio de jurista —decía Carbonnier— es orientarse en este bosque, porque una máxima no escrita pretende presumir que las leyes son conocidas por todos (aun por quienes no tienen formación jurídica), y que ellas no pueden admitir pruebas de su desconocimiento involuntario. “Hay un involuntario desprecio hacia la realidad cuando se exige del hombre que sepa, por ciencia infusa, lo que cuatro años de Facultad y diez de práctica no siempre bastan para aprender”.⁴⁹

La incertidumbre del hombre debe asentarse en el fenómeno lógico que representa el conflicto intersubjetivo, esto es, la crisis que sufre ante otro o con una situación de derecho con la que entra en conflicto; pero jamás podría reposar en el derecho a obtener protección jurídica.

Ni las investigaciones de Hellwig, que construye una acabada teoría de la legitimación, ni las explicaciones de Chiovenda, aclarando el fenómeno de la sustitución procesal, fueron útiles para definir un criterio único de recepción al derecho vulnerado, debiendo señalarse entonces la urgente necesidad de encontrar otro rumbo a la legitimación procesal.⁵⁰

Este nuevo diseño debería considerar, antes que las condiciones individuales requeridas para el acceso procesal a la justicia, las situaciones objetivas que se proponen analizar. La dinámica de las situaciones jurídicas subjetivas (derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple e intereses difusos) actúan independientemente en busca de reconocimiento y protección.

Se trata, en definitiva, de no hallar en el derecho la razón de petición, sino dar razón al derecho que expresa la misma situación de hecho.

El interrogante que nos formula esta cuestión se asienta en un *quid* indiscutible ¿cuándo un derecho humano afecta, agravia al hombre que lo padece, o a la sociedad toda que tiene esa garantía en juego?

En estos casos, se trata sobre todo de incidir efectivamente en el viejo esquema que busca primero al actor (es decir, si la persona que pide tiene la titularidad sobre el derecho), luego persigue la representación suficiente, y cae

49 Carbonnier, Jean, *Derecho flexible*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 144.

50 En profundidad abordamos el problema en Gozáni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, pp. 165-181; y en Gozáni, Osvaldo Alfredo, “Teoría procesal de la legitimación”, *La Ley*, 1989-B, p. 977.

finalmente en la posibilidad de defensa, o si es ella, la “justa parte” que el derecho procesal clásico nos ha enseñado y “marcado a fuego”.

Bien ha dicho Cappelletti que

Tradicionalmente, aunque quizá no siempre de una manera consciente, el problema de la legitimación para accionar en el proceso ha sido resuelto sobre la base de la neta división entre lo que es “público” y lo que es “privado”, según lo cual por público (de *populus*) se entiende lo que está reservado al pueblo o al Estado (*res pública*), mientras que por privado se entiende lo que pertenece a la libre disponibilidad del individuo que es su titular... Pero esta regla y esta concepción, profundamente radicadas aún en muchas normas, principios e instituciones procesales, se muestran siempre menos aceptables. La *summa divisio* aparece irremediablemente superada por la realidad social de nuestra época, que es infinitamente más compleja, más articulada, más sofisticada, que aquella simplificadora dicotomía tradicional. Nuestra época, lo hemos visto ya, lleva prepotentemente a la escena nuevos intereses “difusos”, nuevos derechos y deberes que, sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, sin embargo son “colectivos”: nadie es titular de ellos, al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un determinado grupo, clase o categoría son sus titulares...⁵¹

Esta posición, orientada a dar respuestas a la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, puede proyectar extensiones en la dimensión que ocupa a los derechos humanos.

Evidentemente, la concepción privatista que tiene el proceso común no puede ser idéntica cuando se trata de defender o responder al reclamo por violación de los derechos humanos.

Es inevitable, por la temática, entrar no ya en el plano del derecho judicial, *stricto sensu*, sino abarcar la honda sociología que trae al examinar un sinnúmero de fenómenos ideológicos que caminan al lado de los conceptos tradicionales.

La parte que acciona en defensa de un derecho superior lo hace no sólo en interés de sí misma, sino en favor de toda la colectividad, en una suerte de motivos preventivos, o directamente garantizadoras de los derechos que “a todos” pertenecen.

Por eso también el proceso (como controversia) no puede aparejarse con conceptos estrictos de bilateralidad y contradicción, porque ni la defensa esgrimida ni la contestación o resistencia esperada podrán bosquejar el desarrollo y estructura del procedimiento.⁵²

⁵¹ Cappelletti, Mauro, “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XI núms. 31-32 (enero-agosto 1978), pp. 7 y 12.

⁵² Con mayor amplitud hemos desarrollado esta idea respecto a que el proceso transnacional de protección de los derechos humanos no puede considerarse un procedimiento de conocimiento ordinario, del tipo que encardinan los códigos rituales, Gozáni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 6.

Observemos más profundamente esta distinción. En el proceso civil (común u ordinario) la iniciativa le corresponde a quien alega un interés particular, excepcionalmente puede incoar el Ministerio Público, pero la regla es que toda acción responda al impulso que genera el interesado.

La demanda presentada en forma debida supone, para quien lo hace, además de un acto procesal de inicio de un procedimiento una verdadera carga ritual que respalda el principio de legalidad de las formas.

Pero la iniciativa del proceso representa al mismo tiempo también el ejercicio de un derecho de la parte, esto es, el derecho a provocar el ejercicio de la jurisdicción con respecto a una situación jurídica en la que precisamente la misma está interesada, con la finalidad de obtener del Juez la protección de un interés propio amenazado o desconocido, la satisfacción de un derecho propio que se afirma insatisfecho.⁵³

Esta relación entre la demanda y la parte (interesado) origina una serie de efectos procesales que enlazan instituciones diversas como la legitimación, la carga de la prueba, la cosa juzgada, etcétera.

También es verdad que toda esta suerte de secuencias ganadas a partir de la instancia traban el eterno problema de resolver la intimidad del derecho con la persona que porta el interés.

Se destaca así cómo resulta condición del éxito la consecuencia entre el derecho subjetivo y la titularidad de quien reclama, sin descontar la fundamentación que esboce y la idoneidad de su gestión procesal.

Si bien es cierto que hoy se observa una perfecta separación entre el derecho como expectativa de un bien y el proceso como medio de conseguirlo independientemente de la voluntad del adversario, también lo es que todo el proceso común ha trocado hacia una mutación real de sus intereses donde día con día vemos el progreso de la ciencia y el retorno a viejos ideales. Precisamente, en esta dicotomía se encuentra el proceso transnacional.

Veamos entonces —*in limine*— cómo opera la regla *ne procedat iure ex officio* en este proceso, y si son aplicables los principios generales.

En primer término, daremos por superada la polémica sostenida para determinar si el individuo puede o no ser titular de derechos subjetivos en el ámbito internacional, puesto que con la aparición de tribunales supranacionales queda afirmado el criterio que los reconoce como derechos de legítima tutela.

Lo interesante radica en observar que el reclamo impetrado por un particular ante el organismo de jurisdicción supraestatal es configurativo de una acción y de una pretensión, donde lo esencial estribará en resolver si hubo o no afectación de un derecho humano.

53 Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1980, p. 110.

La legitimación procesal en el ámbito formidable de este proceso recibe y admite por extensión los principios generales, aún cuando no dejan de exteriorizarse fenómenos que aislan al perjudicado del centro de atención y sustanciación del juicio, con el consiguiente trastorno en el conocimiento de los derechos y otras variables del procedimiento.

De todos modos, el interés se confunde con el daño o perjuicio, especialmente, cuando el agravio se ubica en el plano de las garantías o libertades fundamentales.

No obstante, la presencia directa del damnificado ante la Corte Interamericana, entendida al respecto como Tribunal transnacional, no surge inmediatamente, por el contrario, su intervención es mediatizada a través de la legitimación activa que asume la Comisión Interamericana.

Es decir que el legitimado (sustancial), el perjudicado o lesionado, no tiene acceso directo, sino que debe presentarse ante la Comisión, y éste es quien lo representa ante la Corte. La Comisión es, entonces, el órgano del sistema internacional, cuyo objetivo es la defensa de los derechos del individuo. Lo que significa que, además de la protección de los derechos humanos individuales, lo que sirve de fundamento al sistema es la defensa del interés legítimo de la comunidad.⁵⁴

Interesa apuntar que en la perspectiva actual del proceso, ya no se habla de “víctima”, de modo tal que la denuncia se despersonaliza, pudiendo ingresar por parientes, amigos o entidades intermedias legalmente reconocidas.

La posibilidad de considerar legitimados a los organismos representativos que defienden derechos humanos, desplazando la idea asociada con la persona jurídica de derecho privado, implica un concepto distinto en la característica de la legitimación procesal y, sobre todo, en la calidad de “parte”, tomada en la concepción clásica del procedimiento.

En cambio, la Convención Europea presenta una fisonomía diferente, porque permite a cualquier individuo recurrir al órgano de jurisdiccional transnacional cuando considere que sus derechos han sido lesionados por obra de un acto estatal —sin interesar si el mismo lo produce el Poder Legislativo, Judicial o Ejecutivo—.

La importancia de esta diversidad es trascendente, porque por vez primera se otorga a los propios ciudadanos el poder de acudir a un órgano judicial supraestatal; legitimación que debe ponderarse sobre la base de un *bill of rights* internacional.⁵⁵

⁵⁴ Vescovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 537. Gozafni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 6, p. 48.

⁵⁵ Cappelletti, Mauro, “Justicia Constitucional Supranacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. XXVIII, núm. 110 (mayo-agosto 1978), p. 363.

Además, la amplitud concedida denota un espíritu crítico con los derechos que se tutelan, y una despersonalización de los derechos individuales tendentes, entonces, a la socialización de los derechos fundamentales. En otros términos, se proyecta hacia un derecho comunitario las supremacías fundamentales (constitucionales) internas de cada Estado parte, relegando en consecuencia las interpretaciones locales en miras a un servicio globalizador.

Estas formas de regular el derecho de acceso obliga a considerar la noción de “parte procesal”, dadas las diversidades que señalamos.

La “intermediación” que asume la Comisión Interamericana como legitimado activo del proceso transnacional resulta uno de los aspectos más interesantes que conviene precisar.

Técnicamente, esta situación obraría como un caso de sustitución procesal, en el cual el organismo interestatal actúa por derecho propio, pero en interés ajeno.⁵⁶

En el caso “Velasquez Rodríguez”, la Corte Interamericana tuvo oportunidad de abordar ampliamente la problemática, al concluir que la víctima no era parte.

Sin embargo, el voto disidente del juez Piza Escalante distingue entre partes instrumentales, asignando este rol a la Comisión, y partes materiales, resultando en este caso los familiares del ser humano desaparecido.

Se colige en este voto minoritario, que las partes en sentido sustancial son el Estado como legitimado pasivo; y el denunciante como parte activa y titular de los derechos reclamados y, por ende, acreedor.

La Comisión no es parte en ningún sentido sustancial, porque no es titular de derechos ni de deberes que hayan de ser o puedan ser declarados o constituidos en sentencia... a mi juicio —agrega el juez disidente—, lo único que la Convención veda al ser humano es la iniciativa de la acción (artículo 61.1), limitación que, como tal, es materia odiosa a la luz de los principios, de manera que debe interpretarse restrictivamente. En consecuencia, no es dable derivar de esa limitación la conclusión de que también le está vedado al ser humano su condición autónoma de parte en el proceso una vez que éste se haya iniciado... En lo que se refiere a la Comisión Interamericana que debe comparecer en todos los casos ante la Corte... ésta es claramente una parte *sui generis* puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un ministerio público del sistema interamericano de protección de los derechos humanos...⁵⁷

Esta discrepancia, ubicada como respaldo al movimiento del acceso a la justicia de manera franca y directa, controvierte la naturaleza jurídica de la legiti-

⁵⁶ Vescovi, Enrique, *op. cit.*, nota 53, p. 537.

⁵⁷ Ver considerando 40 del fallo citado. También, Hitters, Juan Carlos, “La Corte Interamericana y la condena al gobierno de Honduras (aspectos procesales)”, *El Derecho*, Argentina, 129, p. 907.

mación al deshacer el concepto de derecho subjetivo aportando perfiles propios, fuera de toda consideración clásica.

Tal posición origina enredos y posiciones diversas, como la de Alcalá Zamora que ve en esta característica el desempeño de un típico Ministerio Público⁵⁸ o bien cuando Buergenthal la considera como una primera instancia judicial.⁵⁹

Hitters entiende que el rol que asume la Comisión tiene una esencia *sui generis* que contiene varios de los componentes anunciados, aunque su principal perfil definitorio es que funciona para la promoción y protección de los derechos humanos y su accionar apunta, además, a que intervenga como encargada de controlar la admisibilidad de las causas destinadas a la Corte.

Desde esta vertiente agrega

Podemos concebirla como un ente administrativo de protección y promoción de las potestades fundamentales del ser humano, que acciona como antesala —revisión de admisibilidad— del Tribunal. De ahí, entonces, que cuando se pretende detectar su “esencia”, sea prudente dejar en claro que, como su actividad es multifacética, no es fácil encasillarla en un sólo criterio ordenador.

De todos modos —finaliza Hitters— nos negamos a considerarla como una primera instancia con relación a la corte, pues ésta no es un superior jerárquico. Este órgano jurisdiccional no tiene la potestad de “revisar” lo decidido por la Comisión.⁶⁰

18. La admisión de denuncias

La protección procesal de los derechos humanos tiene en estos pasajes un conflicto permanente, tanto cuando se denuncia la violación de derechos específicamente tutelados por los instrumentos internacionales como cuando ella es practicada por un individuo. En particular, distingue procedimientos diferentes que traen una nueva dificultad en el mecanismo de asistencia.

En efecto, es preciso diferenciar la denuncia particular de las denuncias conjuntas que versan sobre una situación general de violaciones sistemáticas, porque los organismos que pueden intervenir son sustancialmente distintos y, a veces, por su misma incompetencia, dejan incierta la seguridad que justamente se busca.

La Declaración Universal es un conjunto de principios que no tiene establecidos instrumentos procesales. Por lo tanto, este sistema carece de procedimientos

⁵⁸ Alcalá Zamora, Niceto, *La Protección Procesal de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 108.

⁵⁹ Buergenthal, Tomás, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1986, p. 169.

⁶⁰ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 56.

tendientes a obtener su consagración efectiva. Las denuncias particulares no tienen, por esta invocación, posibilidad alguna de llevarse a cabo.

Sí cuenta en cambio con organismos especialmente competentes derivados de la Organización de las Naciones Unidas (v. gr.: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, o el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias). A su vez, el Comité de Derechos Humanos admite considerar denuncias individuales sobre un amplio espectro de derechos humanos, pero estos deben encontrarse en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

1) Los problemas de competencia

a) El Comité de Derechos Humanos

El artículo 1 del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, indica que:

Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de este Estado y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

De lo expuesto se colige la primera limitación a las denuncias individuales, pues no se admiten aquéllas efectuadas contra Estados que no hayan ratificado el Protocolo facultativo

b) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Este cuerpo institucional tiene dos grandes brazos para captar su competencia funcional. Uno de ellos se dirige a las cuestiones provenientes de la Convención Americana y sólo aplicable a los Estados partes; y el otro se refiere a las disposiciones de su propio Estatuto que involucra a los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Con relación a éste último —que es el que interesa— el artículo 20 del citado Estatuto dice:

En relación con los Estados miembros de la Organización que son Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a) prestar particular atención a la tarea de observancia de los derechos humanos...; b) examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no Partes de la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la obser-

vancia de los derechos humanos fundamentales; c) verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b) anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no Parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados.

La valla mencionada para el Comité de la ONU, relacionada con la intervención supeditada a la condición de ser Estado parte, no tiene parangón a este respecto. Aún cuando los países no hayan ratificado la Convención —en tanto sean miembros de la OEA— la Comisión Interamericana actúa por considerar que sus disposiciones representan la “codificación” del estado actual del derecho internacional en la materia.⁶¹

Por el artículo 52 del Reglamento, el procedimiento que se sigue en casos de denuncias individuales contra un Estado no parte (es decir, que no se hubiese adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es similar, por no decir idéntico, al que se aplica en caso contrario. Particularmente, la instauración de quejas, la forma de su trámite, las medidas provisionales, el agotamiento de recursos internos, las presunciones de verdad en los hechos y las audiencias son fases que coinciden en los procedimientos a cursar.

“Los principales elementos del procedimiento que no se aplican a denuncias contra Estados no Partes en la Convención regional comprenden la solución amistosa y el sometimiento del caso a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana”.⁶²

En su lugar, la competencia de la Comisión relativa a los Estados partes se regula por el artículo 44 de la Convención, que dice:

“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”.

Esta aparente amplitud tiene, no obstante, ciertas dificultades que vemos en el párrafo siguiente.

c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El artículo 61.1 de la Convención dice que “sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

El caso debe considerarse como un asunto independiente, ajeno a cualquier vinculación que pretenda trabarse como apelación contra las decisiones adoptadas por la Comisión.

En este sentido, la doctrina coincide en que, cuando se somete un caso a la Corte para que lo analice y decida en el ejercicio de su competencia contenciosa,

61 Caso núm. 7615, Informe Anual 1984-85, p. 31, párrafo 7, Brasil, en O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, p. 419.

62 O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, p. 420.

se está abriendo un procedimiento *sui generis*, de tipo jurisdiccional que, aunque vinculado al necesario funcionamiento previo de la Comisión, no es ni un recurso de tipo jerárquico, ni una apelación, casación o anulación.⁶³

La limitación del acceso a la Corte a los Estados miembros, incorpora un interrogante. ¿Quiénes pueden requerir la intervención?; ¿los Estados que integran la OEA?; ¿los Estados que suscribieron el Pacto de San José?; ¿sólo los gobiernos que hayan reconocido la competencia de la Corte, en los términos del artículo 62 de la Convención?

La respuesta es muy discutible y admite distintas posibilidades. Al señalarse que sólo los Estados partes pueden someter un caso a la Corte, parece razonable afirmar que se refiere a los países signatarios de la Convención Americana, excluyendo aquellos que, aún siendo miembros de la OEA, no se hayan adherido al Pacto.

En cambio, el recaudo del reconocimiento se relativiza cuando el Estado es denunciante, aunque sea necesario para continuar el procedimiento que preste su acatamiento para evitar la equívoca situación de ampararse de un régimen procesal desconociendo la calidad jurisdiccional del órgano decisor.

Otra posibilidad se ofrece cuando el Estado parte resulta liberado por la Comisión de sospecha de violación a los derechos humanos, y el gobierno mecaniza la intervención de la Corte por interesarle un pronunciamiento jurisdiccional y definitivo.

La Comisión, por su lado, tiene también el derecho de solicitar la intervención de la Corte (artículo 61 de la Convención; artículo 19 b del Estatuto de la Comisión; artículo 47 del Reglamento de la Comisión; artículo 2º del Estatuto de la Corte, y artículo 25 del Reglamento de la Corte).

Además, puede someter un caso no sólo cuando no se ha logrado una solución según el procedimiento previsto en la Convención (artículo 50), sino también cuando la Comisión estima que es conveniente la existencia de una decisión judicial de la Corte sobre una cuestión ya analizada y resuelta por la propia Comisión.

La legitimación que adquiere la Comisión le pertenece por natural atribución. No se trata de una capacidad procesal delegada por el denunciante, sino de la intervención actuada de un interés directo que se funda en su objetivo de defensa de los derechos humanos.

2) Las denuncias individuales

a) El caso del Comité de Derechos Humanos

Aquí, el estudio nos lleva de regreso al artículo 1 del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional en cuanto otorga al Comité competencia “para recibir y con-

⁶³ Gros Espiell, Héctor, “Los derechos humanos y el sistema interamericano”, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal-UNESCO, 1984, vol. III, p. 706.

siderar denuncias de los individuos...” que sean víctimas de una violación en sus derechos.

Si bien la evolución de la norma ha sido amplia y poco cercenatoria, lo cierto es que prácticamente sus resultados no fueron efectivos.

Las principales dificultades fueron encontradas en: a) la restricción del derecho de petición a individuos; b) las circunstancias en las cuales se considera al individuo víctima de una violación del Pacto, y c) las situaciones en las que se permite a una persona someter una denuncia en nombre de otra.

El concepto de víctima aparece, pues, como una condición ineludible para que la denuncia prospere formalmente.

Al respecto, el Comité ha precisado la idea en estos términos:

En primer lugar, ha de hacerse una distinción entre los diferentes grupos de autores de la presente comunicación (se trataba del caso de veinte mujeres Mauricianas que impugnaban una ley que obligaba a los residentes extranjeros a solicitar su radicación en Mauricio como condición para contraer matrimonio con mujeres nativas). Una persona sólo puede alegar que es víctima de una violación de sus derechos, en el sentido que ello tiene en el artículo del Protocolo Facultativo, si dicha persona realmente resulta afectada. La latitud con que se considere ese requisito es cuestión de grado. Sin embargo, ningún individuo puede, en abstracto, mediante acción popular, impugnar una ley o práctica alegando que esa Ley es contraria al Pacto. Si la ley o práctica no se ha aplicado ya concretamente en perjuicio de esa persona, debe, al menos, ser aplicable en forma tal que el riesgo que corra la presunta víctima de sufrir sus afectos sea algo más que una posibilidad teórica.⁶⁴

Por tanto, a la condición de víctima debe agregarse el daño efectivamente sufrido porque, de otro modo, el peligro es potencial o hipotético, y no da lugar a que se admita la denuncia.

Supongamos que exista esa violación concreta y la denuncia la porte una organización, sin entrar a considerar los motivos de ello. En tal caso, también la demanda es inadmisibles porque el artículo 1 del Protocolo sólo faculta comunicaciones individuales y no impersonales.

No obstante, aunque la entidad no pueda asumir legitimación directa, puede, en su lugar, ostentar la representación del individuo firmante de la queja.

Así lo entiende el artículo 90 del Reglamento Provisional del Comité que permite considerar denuncias provenientes de personas físicas o de sus representantes, debiendo confrontarse que el individuo que alega su condición de víctima sea tal.

⁶⁴ A. vs. E. (núm. 1/1976), Decisiones, p. 18, párrafo 9.2. Cita de O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, 21, p. 424.

b) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dice el artículo 44 de la Convención Americana que: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”.

A su vez, el artículo 26.1 del Reglamento de la Comisión reitera que:

1. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones de conformidad con el presente Reglamento, en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a presuntas violaciones de un derecho humano reconocido, según el caso, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El marco positivo previsto destaca las bondades de una legitimación indiscriminada, la cual se demuestra al tolerar denuncias que no vengan ratificadas por las víctimas. Mientras el caso se lleve a la Comisión, puede ésta documentarlo y proseguir las actuaciones.

La acción popular está admitida y las pocas restricciones conocidas provienen del artículo 44 de la Convención Americana respecto a las quejas que provienen de organizaciones no gubernamentales, o sin personalidad jurídica que acredite representaciones suficientes.

3) *Prescripción de las acciones*

a) La doctrina del Comité de Derechos Humanos

Destaca O'Donnell que

La competencia del Comité de Derechos Humanos se fundamenta exclusivamente en el Pacto Internacional y en el Protocolo Facultativo. Por lo tanto, su facultad de admitir y examinar denuncias contra los Estados Partes depende de la fecha en la cual el Pacto y el Protocolo entran en vigor para cada Estado. Para los Estados que adhieren al Pacto y al Protocolo después de su entrada en vigor, el 23 de marzo de 1976, esos instrumentos rigen tres meses después de la fecha del depósito de su instrumento de adhesión.⁶⁵

Los requerimientos de este acápite desenvuelven ciertas particularidades. Por ejemplo, para que una denuncia prospere y corra un procedimiento de investigación, será preciso que se mantenga la situación denunciada. De otro modo, la

⁶⁵ O'Donnell, Daniel, *op. cit.*, nota 21, p. 438.

violación dada a conocer, pero que en la actualidad sea abstracta carece de motivación para el Comité.

Asimismo, las complejidades que tenga un proceso penal no serán atendidas si el denunciante se encuentra en libertad porque la competencia del organismo versa sobre cuestiones relativas a la ejecución de las sentencias y no para conocer aspectos del proceso original.⁶⁶

b) El sistema en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El tiempo para promover denuncias contra los Estados miembros (es decir, insistimos, que hayan ratificado el Pacto de San José de Costa Rica) comienza a partir de que el Estado deposita el instrumento de adhesión.

Esta contingencia arrastra una diferencia importante. Mientras la Comisión puede intervenir en todos los hechos que se denuncien violaciones a la Convención Americana —con las reservas advertidas en los párrafos que preceden—, la Corte Interamericana se limita, estrictamente, a los hechos que la Comisión le plantee.

Para ello, indica el artículo 46.1 apartado b) de la Convención, que la denuncia debe ser presentada “dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva”.

Claro está que este tiempo corre una vez agotados todos los remedios jurisdiccionales internos, y debe destacarse que ha tenido una interpretación flexible en la doctrina de la entidad supranacional.

En efecto, el segundo apartado del artículo 38 del Reglamento de la Comisión, ha servido de herramienta en la medida reglamentada que:

2. En las circunstancias previstas en el artículo 37 párrafo 2 (excepciones al agotamiento de los recursos internos) del presente Reglamento, el plazo para la presentación de una petición a la Comisión será un periodo de tiempo razonable, a criterio de la Comisión, a partir de la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos, considerando las circunstancias de cada caso concreto.

4) Imposibilidad de planteamientos simultáneos

La existencia de un derecho internacional de los derechos humanos se concreta, además de los principios relatados suscintamente, con otros que le dan orden y seriedad y que propicia cada ordenamiento.

La cláusula que establece la imposibilidad de petición simultánea ante más de un organismo internacional se encuentra prevista, entre otras, por el artículo 46.1 apartado c) de la Convención Americana, que dispone la inadmisión de una denuncia cuando la materia de la petición o comunicación tenga pendiente otro procedimiento de arreglo internacional.

⁶⁶ Mac Isaac c/ Canadá (núm. 55/1979), párrafo 9.3 del Informe 1983, p. 117.

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos no se separa inmediatamente del asunto cuando conoce planteamientos subsidiarios o paralelos, a no ser que el mismo interesado lo requiera.

Se establece la diferencia entre identidad de partes e identidad de casos, por cuanto el mismo asunto puede ser deducido, a veces, por diferentes personas.

En cambio, la Comisión Interamericana dispuso en su Reglamento (artículo 39) que:

1. ...no considerará una petición en el caso de que la materia de la misma: a) se encuentre pendiente de otro procedimiento de arreglo ante una organización internacional gubernamental de que sea parte el Estado aludido; b) sea sustancialmente la reproducción de una petición pendiente o ya examinada y resuelta por la Comisión u otro organismo internacional gubernamental de que sea parte el Estado aludido.

El segundo párrafo agrega los supuestos en los que la Comisión se mantiene en el conocimiento del caso. Esto ocurre cuando:

- a) El procedimiento seguido ante la otra organización u organismo se limite al examen de la situación general sobre derechos humanos en el Estado aludido, y no exista una decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición sometida a la Comisión o que no conduzca a un arreglo efectivo de la violación denunciada; b) El peticionario ante la Comisión o algún familiar sea la presunta víctima de la violación denunciada y el peticionario ante dichas organizaciones sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros.

19. La prueba y su valoración en los procesos de denuncia por violación de derechos humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha preocupado por establecer el compromiso de los Estados partes a respetar los derechos y libertades que se reconocen, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción (artículo 1o).

En igual sentido, el artículo 1.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos responsabiliza a los Estados por la violación del derecho de libre determinación; tésis que inspira también al convenio internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Cada uno de estos compromisos advierte una característica común: la violación de los derechos consagrados sólo tiene un responsable: el Estado.

Por eso la finalidad de todo proceso incoado por violaciones a derechos básicos de la persona humana consiste en recuperar la protección del derecho en crisis, más que el amparo individual de la víctima.

De este modo, conforme lo establece la Convención y el reglamento de la Comisión Interamericana (tanto como el de la Corte Interamericana), en el proceso ante ésta, la única parte activa en sentido de legitimación procesal para actuar es la Comisión; y por ello, la relación jurídica procesal se traba entre ésta y el Estado denunciado.

Basados en esta peculiaridad se comprende porqué la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal (represiva) ni con la jurisdicción civil (indemnizatoria). Los Estados partes no comparecen como sujetos de la acción punitiva.

El proceso, así comprendido, demuestra que no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino de restituir al hombre la seguridad dentro de su comuna; y sólo mediatamente amparar a la víctima resarcándole los daños que haya sufrido.

El panorama expuesto se clarifica con el pasaje de esta sentencia: “a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violación de derechos humanos, la defensa de los Estados no puede descansar sobre la imposibilidad de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación de los mismos”.⁶⁷

Del párrafo se adscribe la corriente de opinión que cimienta la prueba en el proceso de protección a los derechos del hombre. Es evidente que la preocupación redundante en posibilitar la prueba precisa de la violación sin que tenga mayor carga para ello el denunciante o la víctima que la sufrió. La base teórica está, entonces, en el principio de publicidad, con la variante que la carga de la prueba radica en quién tiene mejores condiciones de aportarla.

Obviamente, la conclusión deviene de afrontar una especial circunstancia que escapa de la consideración habitual del proceso privado.

En efecto, las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los fines del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica, o por otro tratado de carácter supranacional, hasta el punto de que la infracción a la misma puede establecerse, incluso, si dicho agente no está individualmente identificado.

Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación de los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos.

67 Caso Velásquez Rodríguez, párrafo. 175. Ver Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 6, p. 79.

El objeto de la prueba es la demostración de la quiebra del derecho humano, y de la participación directa o indirecta del Estado donde la crisis se suscita.⁶⁸

Habíamos anunciado que el proceso transnacional presenta algunas particularidades en materia probatoria y conserva algunos principios generales de todo tipo de procesos.

Por ejemplo, la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas a la *litis* por cualquiera de los interesados o por el juez (éste último a tenor del principio de instrucción e impulso oficioso) mantiene su vigencia tal como se lo conoce doctrinariamente.

Asimismo, el magistrado no puede suplir con su conocimiento personal y directo la actividad probatoria de las partes.

En este sentido, por muy notoria que sea la situación de un Estado respecto a la vulneración de los derechos humanos, no impide que se investigue dicha circunstancia.

Adviene así, el principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba, que equivale a sostener la imposibilidad de tomar por ciertos, hechos que no estén legalmente admitidos. Es decir, no se permite dar certeza a la prueba obtenida ilegítimamente.

El criterio demuestra un cambio significativo en el concepto arraigado de obtención de prueba por parte del interesado, girando el concepto hacia una visión solidarista donde el Estado debe comprometer su colaboración procesal para investigar los hechos.

Esta correspondencia, sin embargo, no significa modificar sustancialmente el emplazamiento de la parte, en sentido procesal; ni refleja un contrasentido del principio constitucional que admite el silencio como toda respuesta cuando de la producción de pruebas se declara contra sí mismo.

A lo que se tiende es a lograr que del Estado provenga la suficiente colaboración para llegar a la verdad, y con ello, a corregir el *déficit* apuntado en la escasa protección de los derechos del hombre.

El deber de investigación subsistiría aún ante situaciones abstractas, como cuando se dice que

⁶⁸ El Estado, inclusive, no podría argüir que el suceso ocurría en una época tal que no tenía el control de gestión (v. gr.: periodos *de facto*) pues, según el principio de derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético y político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que suceden las violaciones (*cf.*, Caso Godínez Cruz, Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit., párrafo 194).

El deber de investigar hechos de desaparición de personas subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida; incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables de delitos de esa naturaleza, el derecho de los familiares de las víctimas a conocer cual fue el destino de esta y, en su caso, donde se encuentran sus restos representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.⁶⁹

En pocas palabras, cuando aludimos a dificultades procesales de los derechos humanos vinculando a la etapa probatoria del procedimiento de protección, queremos demostrar el deber del órgano para captar con amplitud un fenómeno naturalmente complejo y, al mismo tiempo, el otro deber del Estado, para que colabore en la investigación y oriente su posible *déficit* a través de los mecanismos de asistencia que sólo él tiene disponibles.

20. *Las decisiones jurisdiccionales y su obligatoriedad*

Aun cuando esta problemática pertenece al terreno del derecho procesal y, particularmente, del denominado derecho procesal transnacional, hemos de brindar algunos apuntes aproximativos a lo que más adelante veremos con amplitud.

Ocurre que en materia de derechos humanos y de organismos destinados a preservarlos, la mayoría de las decisiones adoptadas no tienen obligatoriedad; es decir, no poseen el atributo de ejecutividad inmediata propio de los tribunales locales.

En su lugar, contienen un altísimo valor persuasivo. Dan lugar a lo que llamamos “organización de la vergüenza”, por la cual el Estado culpado de violaciones queda en evidencia y con la obligación moral de restablecer el orden y el imperio de la legalidad jurídica.

Aun cuando sea cierta la jurisprudencia interpretativa que asigna preeminencia a los pactos internacionales sobre derechos humanos, respecto a las leyes comunes e, inclusive, fundamentales de orden interno, de tal modo que la aplicación de ellos queda de algún modo asegurado; también lo es que, en realidad, cuando un pronunciamiento no se cumple, los pasos a seguir son muy pocos, a veces recomendaciones, otras, concertaciones de carácter político que eluden el compromiso con el “caso” resuelto para dirigir sanción al Estado renuente.

Esa falta de coerción genera una nueva dificultad en la tutela de los derechos humanos, pero tiene remedio.

⁶⁹ Caso Godínez Cruz, *cit.*, párrafo 191.

Desde el derecho internacional público se propician algunas respuestas. Se sostiene que

La solución correcta al problema de la naturaleza de las resoluciones-recomendaciones de las organizaciones internacionales puede ser encontrada sólo en el fundamento de la teoría de la coordinación de las voluntades de los Estados. Las resoluciones-recomendaciones de las organizaciones internacionales son el resultado de la coordinación de las voluntades de los Estados miembros. El proceso de coordinación de voluntades, en este caso, se realiza con fundamento en el estatuto de la organización internacional: es una resolución-recomendación. El carácter de tal resolución depende del contenido del estatuto de una organización internacional dada...

Una resolución-recomendación normativa de una organización internacional es el resultado de la coordinación de la voluntad de los Estados miembros sobre el contenido de las normas de conducta. Sin embargo, el contenido de las resoluciones-recomendaciones no se limita a esto. Ellas se diferencian, por ejemplo, de las resoluciones de una organización internacional con las que ella adopta textos de tratados internacionales. En tales casos, la coordinación de voluntades de los Estados miembros se refiere no sólo a las normas de conducta determinadas en el proyecto de los tratados, sino también contiene una recomendación tácita para los Estados de firmar y ratificar el tratado aceptado. Sin embargo, aquí no hay un llamado a los Estados de aplicar inmediatamente las disposiciones del tratado.

También en el caso de las resoluciones-recomendaciones de las organizaciones internacionales, el resultado de la coordinación de la voluntad de los Estados es no sólo una regla de conducta fijada en las resoluciones-recomendaciones, sino también un llamado a los Estados de aplicar esa norma en la práctica. Esto, sin embargo, no da a las resoluciones-recomendaciones un elemento de obligatoriedad jurídica.⁷⁰

Sin embargo, el pensamiento emplazado en la praxis de los comportamientos internacionales no tiene reflejo exacto en la dimensión que protege a los derechos humanos.

Entre las cuestiones que debe analizarse se da la condición particular del tribunal que enjuicia la conducta de los Estados denunciados por violaciones. De suyo, toda aceptación a la competencia del órgano jurisdiccional supraestatal confiere “obligatoriedad moral” al despacho final de sus estudios. De otro modo, existiría una actitud hipócrita proveniente del someterse bajo condiciones de conveniencia.

No es esto lo que persiguen los organismos transnacionales. La misma inteleción de la transnacionalidad jurídica supone un *status* legal por encima de lo que los Estados pacten o acuerden en virtud de sus particulares intereses. Se trata, ni más ni menos, de preservar derechos relativos a la dignidad humana, sin que ellos puedan confundirse con las apetencias individuales de cada Estado.

⁷⁰ Tunkin, G. I., *El derecho y la fuerza en el sistema internacional*, trad. de Manuel Becerra Ramírez, México, UNAM, 1989, p. 73.

La deducción que haga un tribunal jurisdiccional, encontrando posiblemente a un Estado denunciado culpable de los hechos que le fueron imputados, da lugar a un pronunciamiento de obligatorio acatamiento.

Ello es más evidente en los casos donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, actúa en ejercicio de su competencia contenciosa y resuelve condenar, porque el desconocimiento del fallo por el Estado sancionado, origina la procedencia de los mecanismos procesales internos para “ejecutar” la sentencia transnacional.

La obligatoriedad del mandato jurisdiccional es el presupuesto del poder de ejecución. En sí mismo es el poder para realizar la ejecución forzada.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 25.2 inciso c) que los Estados partes se comprometen a “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

A su vez, el artículo 63 menciona que la Corte Interamericana dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertades conculcados, pudiendo ordenar el pago de una indemnización. En este caso, el resarcimiento se ejecuta por el procedimiento de ejecución de sentencias que corresponda al sistema procesal del país condenado.

Tal enumeración demuestra que la sentencia no está desprovista de *executio*. Sin embargo, podría afirmarse que, en la *praxis*, el pronunciamiento porta un valor declamativo. Implícitamente disuade al Estado parte a remover los obstáculos que impiden la consagración efectiva de un derecho humano; diríamos que, el acto de autoridad natural que surge del fallo no es directamente ejecutable, aún cuando la tésis y la norma indiquen otra cosa. La sentencia no anula ninguna decisión jurisdiccional interna que hubiera sido tomada. Ésta puede constituir un antecedente del hecho motivo de denuncia y examen, pero nunca se refiere al objeto preciso que aborda la Corte.

Por esto es importante señalar que la jurisdicción transnacional no ha de considerarse como “sentencia extranjera” por un país signatario. Esta conclusión explica porqué el fallo condenatorio puede cumplirse por las vías locales específicamente previstas.

En síntesis, las “sentencias supranacionales” gozan de *executio*, pero necesita auxiliarse de la colaboración del Estado parte para acatar sus resoluciones.

La condición jurídica del poder de ejecución no estaría sujeta entonces al *imperio* o *autorictas* del fallo, sino a los mecanismos internos que permitan realizar los pronunciamientos vertidos.

No obstante, el sistema reconoce un importantísimo avance respecto de los órganos jurisdiccionales internacionales (por ejemplo la Corte de La Haya) ya que en estos, por vía de principio, sus pronunciamientos no tienen fuerza ejecutoria.