

LA JURISDICCION CONTENCIOSA DEL TRIBUNAL INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

RODOLFO E. PIZA ESCALANTE

*Juez de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos*

INTRODUCCION

0.1 Hablar de la JURISDICCION CONTENCIOSA DE LA CORTE O TRIBUNAL INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS⁽¹⁾, equivale a considerar la naturaleza, forma, contenido, condiciones y alcances de su específica actividad externa, como *órgano judicial o jurisdiccional* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”⁽²⁾ o, en un sentido válido más general, como veremos, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del que aquélla es instrumento constitucional⁽³⁾; pero, al mismo tiempo, implica la necesidad de distinguir al menos tres aspectos, que el lamentable subdesarrollo terminológico y científico de que todavía adolece el Derecho Procesal Internacional mantiene en una nebulosa confusión: 1. la JURISDICCION del Tribunal, aquí entendida en el sentido de sus potestades generales para *resolver*, mediante los criterios y con los efectos propios de la *función jurisdiccional*, los casos que se sometan a su conocimiento, equivalente, por lo tanto, a la naturaleza y forma de su actividad *de fondo (sustantiva)* o, dicho de otro modo, al *conteni-*

do y efectos de sus sentencias y resoluciones⁽⁴⁾; 2. su COMPETENCIA, en el sentido de la medida de sus potestades para *conocer* de tales casos, equivalente, por tanto, a las *condiciones objetivas para el ejercicio de su actividad formal en el proceso*^(4bis); 3. su LEGITIMACION (PARA ACTUAR), en el sentido de las *condiciones subjetivas específicas o requisitos* para realizar su actividad jurisdiccional en cada caso^(4ter.)

0.2 En la jerga procesal internacional las tres cosas aparecen comúnmente englobadas en un concepto genérico e impreciso de COMPETENCIA, por lo que a veces no podemos evitar el confundirlas⁽⁵⁾; pero es posible y a menudo necesario tener presente la distinción, sobre todo porque el Tribunal *no tiene* sino que *ejerce* jurisdicción, y esto no siempre⁽⁶⁾, y porque, aun dentro del ámbito de su jurisdicción, puede no obstante carecer de competencia, o tener ésta y carecer de legitimación para actuar⁽⁷⁾. Ya veremos, además, por qué y en qué medida considero que, al lado de su JURISDICCION CONTENCIOSA (ORDINARIA), el Tribunal puede ejercer una JURISDICCION ARBITRAL (EXTRAORDINARIA)⁽⁸⁾, así como su JURISDICCION CONSULTIVA⁽⁹⁾, que a mi juicio es también *jurisdicción*, sólo que entonces ocupando las opiniones consultivas el lugar de las sentencias, y los procedimientos de consulta el del proceso⁽¹⁰⁾.

0.3 Este trabajo está llamado a formar parte de uno más general sobre el PROCESO ANTE EL TRIBUNAL INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, en el cual me propongo considerar, no solamente las cuestiones fundamentales relativas a su JURISDICCION CONTENCIOSA ORDINARIA, ARBITRAL Y CONSULTIVA, sino también en los tres campos, las de su COMPETENCIA propiamente dicha, las de su LEGITIMACION PARA ACTUAR, y las de la CONSTITUCION, DESARROLLO, CONCLUSION Y EFICACIA DEL PROCESO.

0.4 Muchas de esas cuestiones aparecerán, por obra de las circunstancias, como una especie de racionalización retroactiva de algunas tesis, esbozadas primero en mi Voto Razonado del 13 de noviembre de 1981, desarrolladas después en mi Voto Salvado del 8 de setiembre de 1983, en el caso peculiar de "Viviana Gallardo et al", planteado por el Gobierno de Costa Rica ante el Tribunal⁽¹¹⁾. La trabazón entre ese caso y la teoría general de la jurisdicción, competencia y legitimación del Tribunal, estriba en que aquél planteó, al rojo vivo, problemas fundamentales como los de a qué *jurisdicción* se acudía, cuáles condiciones para el ejercicio de la *competencia* del Tribunal se daban y cuáles no, los presupuestos de *procedibilidad* del caso en su estado actual, determinantes de su legitimación para actuar, la naturaleza de la intervención previa de la Comisión Interamericana (judicial, prejudicial, semijudicial o administrativa), y los relativos, tanto a la titularidad de los derechos y

deberes que en el proceso se discuten (la llamada *legitimatío ad causam*, activa o pasiva, de la jerga procesal), como a la capacidad procesal de unos u otros (*legitimatío ad processum*, también activa o pasiva). En realidad, pues, más que integrar racionalmente mi posición en el caso concreto de “Viviana Gallardo”, éste y el trabajo que prometo servirán para demostrar que esa posición no fue otra cosa que la aplicación congruente de mis concepciones generales sobre la naturaleza, forma, contenido, condiciones y alcances de la jurisdicción contenciosa del Tribunal⁽¹²⁾.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

1.1 Decimos, con una noción elemental, que el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos es el **ORGANO JUDICIAL O JURISDICCIONAL DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**⁽¹³⁾. Esto es así, en los tres sentidos que definen normalmente todo órgano jurisdiccional: 1. en el **ORGANICO**, ya que la Convención lo crea y organiza como un *tribunal* (o *corte*), uno de los dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención” (art. 33), y lo constituye además por *jueces* “elegidos a título personal entre *juristas* de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las *condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales* conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos” (art. 52)⁽¹⁴⁾; 2. en el **FORMAL** o **PROCESAL**, porque en su actividad externa debe ajustarse en general a procedimientos *típicamente procesales* (introducción de la instancia, principio de contradicción, impulsión del proceso, alegatos y audiencias, recepción de prueba, sentencia, ejecución y, *mutatis mutandi*, lo mismo en el ejercicio de sus funciones arbitral y consultiva) (arts. 61-63, 64, 66ss. Convención; 1, 2, 22ss. Estatuto; 11ss, esp. 19ss. Reglamento)⁽¹⁵⁾; 3. en el **MATERIAL** o **SUSTANTIVO**, porque debe dirimir en sentencia (o como si lo hiciera) los conflictos planteados respecto de la *interpretación y aplicación* de las normas de la Convención, o al menos (en la vía consultiva) respecto de su *interpretación* o la de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, con características semejantes (arts. 62, 63, 64 Convención; 45, 48, 49ss. Reglamento).

1.2 Sin embargo, aún sin tratar de levantar todavía ningún vuelo teórico por encima del texto mínimo de la Convención, una simple observación de sus normas basta para descubrir en el Tribunal Interamericano dimensiones importantes que apuntan a más allá de sus límites formales aparentes, y que obligan a definirlo, ya no ex-

clusivamente como TRIBUNAL DE LA CONVENCION AMERICANA, sino también como ORGANO DEL SISTEMA INTERAMERICANO en general⁽¹⁶⁾, y, más específicamente, como ORGANO JUDICIAL O JURISDICCIONAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS, que, a su vez, involucra, tanto el REGIMEN -PROCESAL- DE PROTECCION O GARANTIA, como el SISTEMA -SUSTANCIAL- DE DEFINICION Y CONSAGRACION DE LOS DERECHOS, dentro y fuera de la propia Convención⁽¹⁷⁾.

1.3 Todo esto obliga a tener presente, por encima del texto gramatical escueto de la Convención, una serie de criterios fundamentales para poder delimitar, interpretar y, si es del caso, integrar el tema de nuestra preocupación, a saber: 1. los principios del DERECHO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES, particularmente de acuerdo con la Convención de Viena de 1969, la cual, independientemente de su carácter convencional, recoge o consagra normas y principios de Derecho Internacional General, que rigen *erga omnes*⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾; 2. los del DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS, en general, y del DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS en particular, que tienen su fundamento también en el Derecho Internacional General y, al fin de cuentas, en la propia CONCIENCIA JURIDICA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO⁽²⁰⁾⁽²¹⁾; 3. los del que puede llamarse DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, rama poco desarrollada, sobre todo sistemáticamente, pero que tiene sus exigencias propias⁽²²⁾; y 4. los del SISTEMA INTERAMERICANO, en general, y del SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, en particular, cuyos aportes y características peculiares, nada despreciables, imponen consecuencias especiales, tanto al Derecho Procesal como al Derecho Sustancial de los Derechos Humanos, en el ámbito del Continente Americano⁽²³⁾⁽²⁴⁾

2. LA JURISDICCION DEL TRIBUNAL EN GENERAL

2.1 Normalmente se entiende por FUNCION JURISDICCIONAL la actividad jurídica que tiene por objeto y produce el efecto de DECLARAR EL DERECHO, APLICANDOLO A LOS CASOS CONCRETOS⁽²⁵⁾, lo cual implica, a su vez: 1. la existencia de un CASO CONCRETO, REGULADO JURIDICAMENTE, circunstancias de hecho cuya *verdad* el proceso tiende a comprobar y tener por comprobada; 2. la necesidad de determinar el DERECHO APLICABLE, en el sentido de los principios y normas jurídicos que regulen ese caso concreto, valga decir, cuyas *hipótesis normativas* coincidan con las referidas circunstancias de hecho; 3. la DECLA-

RACION específica que hace el órgano jurisdiccional, en virtud de la autoridad de que está investido, de APLICACION DEL DERECHO AL CASO CONCRETO, determinando asimismo sus CONSECUENCIAS JURIDICAS⁽²⁶⁾. El Derecho Procesal generalmente añade dos funciones jurisdiccionales más: 4. la de EJECUCION de la sentencia⁽²⁷⁾, y 5. la de ordenar MEDIDAS CAUTELARES, tendientes a garantizar durante el proceso la eficacia final de tal sentencia⁽²⁸⁾.

2.2 Sin embargo, lo que *define* específicamente la función jurisdiccional es la DECLARACION (Y APLICACION) DEL DERECHO, A TRAVES DE LA SENTENCIA; todo lo demás (hechos, normas, procedimiento, ejecución, medidas cautelares) o es su antecedente, o es su consecuencia, o es su garantía. Usualmente, la existencia de una *controversia* entre dos o más sujetos, que la sentencia debe *dirimir*, o de una *violación* del Derecho, que la sentencia debe *reparar*, es lo que justifica la jurisdicción⁽²⁹⁾. Pero aún en el Derecho Procesal interno se conocen los casos de *procesos declarativos puros* o *mere declarativos*, en que la controversia versa únicamente sobre el Derecho, sin necesidad de que haya hechos controvertidos e incluso sin ninguna referencia a situaciones de hecho, así como los procedimientos de la llamada *jurisdicción voluntaria*, en que la función jurisdiccional tiene un sentido exclusivamente tutelar, sin que exista controversia alguna por definición. La verdad es que en el mismo *proceso penal*, la controversia tiene mucho de ficción (que quizás ya sea hora de superar), sobre todo en ciertos casos en que la única *parte verdadera* es el reo, como ocurre, por ejemplo, con algunos delitos de *mera creación legal*, cuya única víctima aparente es el ordenamiento jurídico⁽³⁰⁾; la ficción del conflicto, para la cual se hace figurar a la colectividad como *actora*, en una especie de versión prorrogada del derecho personal de monarca absoluto, ha llevado a imponer la figura del fiscal como *actor procesal*, pero tiende a hacer crisis en sistemas modernos, como el costarricense, en que el Ministerio Público ya no es acusador a ultranza, sino más bien un auxiliar de la justicia, que incluso puede y debe pedir la absolución del reo cuando esté convencido de su inocencia⁽³¹⁾.

2.3 Todo esto me lleva a afirmar que lo que caracteriza de una manera más precisa la función jurisdiccional es que la *declaración, interpretación y, en su caso, aplicación del Derecho* constituye para el órgano jurisdiccional su *específica finalidad*, a diferencia de las demás funciones jurídicas, cuyo objeto es, o *crear* el Derecho, o satisfacer necesidades e intereses jurídicamente tutelados, *de conformidad, sí, con el Derecho*, pero sin que éste constituya su *específica finalidad* ⁽³²⁾; de manera que, en este sentido, habrá función jurisdiccional, en general, cuando la actividad sea de un *órgano judicial imparcial*, y tenga por objeto *declarar el Derecho como tal*, aunque no se trate de resolver casos concretos o no exista siquiera una con-

troversia concreta que dirimir. Así, la función del Tribunal Interamericano es jurisdiccional, tanto si se trata de aplicar el Derecho de la Convención a los casos y controversias concretos, mediante una *sentencia* con la autoridad específica de la *cosa juzgada*, que es el objeto de su JURISDICCION CONTENCIOSA, cuanto si de interpretarlo en abstracto, en los casos de duda, mediante una *opinión* de carácter *técnico no vinculante*, a través de su JURISDICCION CONSULTIVA⁽³³⁾.

2.4 En la Convención Americana, la JURISDICCION CONTENCIOSA del Tribunal tiene por objeto *interpretar y aplicar el Derecho de la Convención*, en relación con los Estados Partes de la misma que hayan aceptado o acepten su competencia y en los *casos* que le sean sometidos por Estados Partes o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 61.1 y 62.3)⁽³⁴⁾; en cambio, su JURISDICCION CONSULTIVA se extiende de la *interpretación de la Convención o de otros tratados* concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, y está abierta a todos los Estados Miembros de la O.E.A. e, inclusive, en lo que les compete, a los órganos principales de esta última (art. 64)⁽³⁵⁾.

3. LA JURISDICCION CONTENCIOSA (ORDINARIA) DEL TRIBUNAL

3.1 En lo que se refiere a la JURISDICCION CONTENCIOSA, se hace, pues, alusión al conocimiento y consiguiente resolución, en sentencia, de situaciones concretas que se sometan al Tribunal en forma de *litigio* o contradicción y que, por lo tanto, suponen, de acuerdo con los criterios tradicionales del Derecho Procesal, la existencia de dos *partes*: una, *actora*, que promueve o en cuyo nombre se promueve la *acción*⁽³⁶⁾; y una *demandada*, en cuya contra se promueve esa acción, en virtud del *principio de contradicción*, frente al cual el Tribunal resuelve la cuestión planteada *imparcialmente*, como un verdadero *tercero en discordia*⁽³⁷⁾.

3.2 ORDINARIAMENTE (hago énfasis en la expresión, en el sentido de la forma en que está estructurada normalmente la función), la jurisdicción contenciosa del Tribunal es de carácter SANCIONADOR o DE CONDENA, ya que su objeto no es simplemente declarar el Derecho controvertido, sino *restablecer el Derecho violado*: el Tribunal existe básicamente para sancionar violaciones de los derechos consagrados en la Convención Americana, por supuesto declarando si se cometieron o no, contra determinados seres humanos, en los casos que se le sometan⁽³⁸⁾. Esta jurisdicción sancionadora o de condena puede llamarse la JURISDICCION CONTENCIOSA ORDINARIA DEL TRIBUNAL INTERAMERICANO, y es la única regulada *in extenso* por la Convención⁽³⁹⁾.

3.3 Me he permitido caracterizarla como SANCIONADORA o DE CONDENA, porque, efectivamente, su objetivo específico es el de *restablecer el Derecho violado*, esto es, declarar si en un caso concreto se ha cometido o no una violación de derechos humanos consagrados en la Convención y, sobre todo, *condenar o absolver*, con sus correspondientes accesorias. La misma Convención dispone que, “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (art. 63.1).

3.4 Sin embargo, he soslayado intencionalmente calificarla como JURISDICCION PENAL, para evitar que se exageren sus similitudes con el penal común, la cual, si bien tiene por objeto, igual que aquélla, *restablecer el Derecho violado*, en cambio se refiere a una perturbación del ordenamiento frente a la que interesa proteger, al mismo tiempo, a la comunidad perturbada, a la víctima de la perturbación y al autor de esa perturbación (el reo), pero sobre todo a este último; como dice un Maestro del Derecho Procesal: “los códigos procesales penales obedecen, no tanto al propósito de que se castigue al culpable (para ello podría bastar con darle carta blanca a la policía y a la venganza privada), como al de que no se castigue al inocente”⁽⁴⁰⁾. En cambio, la parte acusadora principal (la comunidad) es la más fuerte en la ecuación procesal penal; de ahí una serie de principios que no tienen otra razón de ser que compensar esa desigualdad, como el de *legalidad penal* (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*), los de audiencia y defensa, el de presunción de inocencia del reo o el de interpretación *in dubio pro reo*, los tres primeros recogidos expresamente y el tercero implícito en los derechos al *debido proceso* de la Convención (arts. 8.1, 8.2 y 9). En cambio, la JURISDICCION DE DERECHOS HUMANOS, si bien SANCIONADORA, debe compaginarse con su eminente carácter PROTECTOR, no de los derechos o intereses del reo, que es siempre un Estado, sino de los de la víctima, que es el SER HUMANO; lo cual obliga prácticamente a invertir los términos anteriores: su propósito no puede ser el de proteger al delincuente, que es el más fuerte y el que tiene en sus manos las cartas de triunfo, sino a la víctima, en cuyo nombre actúa (o debe hacerlo) la comunidad internacional. Por eso, no es el principio de *legalidad* el que rige en beneficio del Estado, sino el de *libertad* en beneficio del ser humano⁽⁴¹⁾; lo que debe preocupar a la jurisdicción internacional no es la defensa del Estado-reo, sino más bien la de la víctima-actora; la inocencia de aquél no debe presumirse, ni la carga de la prueba recaer sobre el actor, como recae en la jurisdicción penal común; ni

la audiencia y defensa del Estado ser tan importantes como las garantías en favor del ser humano; ni las normas interpretarse en interés de aquél sino de éste⁽⁴²⁾. Todo ello, máxime que el Derecho de los Derechos Humanos, como otrora tuvieron que haerlo el Derecho Penal (a la inversa), el Constitucional y el Administrativo, topa con la monumental tarea de abrirse paso contra la resistencia sorda, cuando no oposición desembozada de muchos Estados o, para decirlo mejor, de sus Gobiernos, que expresan *su voluntad* pero que, al fin de cuentas, la verdadera *voluntad* que expresan es la de los detentadores del poder.

3.5 Esa estructura de la JURISDICCION CONTENCIOSA (ORDINARIA) del Tribunal, causa una serie de consecuencias en su COMPETENCIA, TAMBIEN CONTENCIOSA ORDINARIA, lo mismo que en su LEGITIMACION PARA ACTUAR en cada caso, consecuencias cuyo examen excede de los límites del presente trabajo, pero algunas de las cuales me parece necesario esbozar, dejando para otra oportunidad su explicación:

- a) En primer lugar, no es concebible en esta vía ordinaria el ejercicio de una jurisdicción *mere declarativa*⁽⁴³⁾; la Convención no prevé ni regula esa posibilidad; por el contrario, sus normas procesales (arts. 44 ss. y 61 ss.; lo mismo los Regls. C.I.D.H., p.ej. arts. 26.1, 31, 32, 49 y T.I.D.H., p.ej. arts. 25, 43, 45), reducen claramente el concepto de *caso (contencioso)* a las denuncias concretas de *violación* de los derechos humanos, cuya determinación definitiva ha de hacer el Tribunal en los términos del art. 63.1 del Pacto de San José: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".
- b) En segundo lugar, la jurisdicción contenciosa ordinaria del Tribunal es siempre SUBSIDIARIA, y SUBSIDIARIA EN TRES SENTIDOS: 1. en el de que, como jurisdicción *internacional* que incide en la misma materia que corresponde a la responsabilidad y, por lo tanto, a la jurisdicción interna de cada Estado (el respeto a los derechos humanos de sus súbditos), solamente conoce de las violaciones de derechos *imputables directamente o reconducibles indirectamente* al Estado mismo⁽⁴⁴⁾. No se trata de que las únicas violaciones de derechos humanos sean las del Estado: los derechos son situaciones jurídicamente tuteladas a favor del ser humano frente a cualquiera; sino que la protección de esos derechos *en el orden internacional* se creó y tiene senti-

do solamente en la medida en que el ordenamiento interno sea incapaz de garantizarla, y esto ocurre precisamente en dos supuestos únicos: o cuando la violación proviene del Estado mismo, es decir, cuando ha sido realizada por sus órganos o funcionarios, en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones o, por lo menos, utilizando los medios jurídicos o materiales de las mismas, o cuando, proviniendo de particulares, el Estado es responsable de no prevenirlas, evitarlas o, en su caso, sancionarlas y repararlas⁽⁴⁵⁾; 2. en el de que, por lo mismo, la jurisdicción internacional sólo se ejerce, normalmente, cuando la violación no haya sido reparada plenariamente por el Derecho interno, que es lo que funda el privilegio del *previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna*⁽⁴⁶⁾; y 3. en el de que, en el caso del Tribunal, el sistema de la Convención impone también el agotamiento previo de los *procedimientos ante la Comisión*⁽⁴⁷⁾. Las tres cosas son simples condiciones históricas, de Derecho positivo, que podrían no existir y que pueden llegar a desaparecer: no hay en ellas nada de esencial, aunque se haya dicho de la segunda que es un principio bien reconocido de Derecho Internacional; pero, mientras el principio de imputabilidad al Estado tiene un sentido práctico evidente, ya que lo compromete directamente en la protección de los derechos que él está en la mejor posibilidad de garantizar, y también de violar, en cambio, el agotamiento previo de las vías internas es sólo un resabio trasnochado de la soberanía hobbesiana que el Derecho Internacional contemporáneo debe relegar a la arqueología jurídica, un *privilegio* del Estado, de la misma naturaleza que el llamado *privilegio de preable* que en el Derecho interno impone, p.ej. el previo agotamiento de la *vía administrativa* y que en el orden internacional ya comienza a considerarse *materia odiosa*, por lo menos, unánimemente, *renunciable*⁽⁴⁸⁾; los procedimientos previos ante la Comisión, aunque todavía se consideran generalmente necesarios en virtud del sistema mismo de protección internacional de los derechos humanos⁽⁴⁹⁾, tienen también todos los visos de una simple duplicación inútil de esa protección internacional⁽⁵⁰⁾ o, cuando menos, de otro privilegio del Estado, sin más justificación final que la de estar establecidos y sin otro resultado práctico que el de hacer más difícil y lento el acceso a la justicia internacional⁽⁵¹⁾.

- c) En tercer lugar, parece claro que la jurisdicción contenciosa ordinaria del Tribunal es ROGADA, y ROGADA EN SEGUNDO GRADO, en el doble sentido de que: 1. en general, los mecanismos procesales de la Convención, capaces de desembocar en la jurisdicción, sólo se ponen en movimiento *a gestión de parte interesada*. En este aspecto hay que hacer una distinción importante, entre la acción desencadenada por o ante la Comi-

sión como *órgano de promoción de la Organización de los Estados Americanos* (art. 112 Carta O.E.A.), en relación con todos los Estados Miembros de la misma. acción que la Comisión sí puede iniciar de oficio, *motu proprio* como dice su Reglamento (art. 23.2), y la que se ejercita ante ella como *órgano de la Convención* (art. 33.a), respecto de sus Estados Partes, en la cual sí parece claro que la Comisión no puede iniciar de oficio el procedimiento, sino que debe proceder. bien a solicitud de los particulares interesados (la víctima, o cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados Miembros de la O.E.A. --art. 44--), o bien a petición de un Estado Parte de la Convención contra otro, siempre que ambos, acusador y acusado, hayan aceptado la competencia de la propia Comisión a ese respecto (art. 45); 2. en lo que se refiere al Tribunal en sí, éste tampoco puede iniciar el conocimiento de un caso salvo cuando le sea sometido por un Estado Parte o la Comisión (art. 61.1).

3.6 En relación con ese carácter ROGADO de la jurisdicción ordinaria del Tribunal, debe quedar bien claro que se refiere solamente a la INICIATIVA DE LA ACCION, ya que ni ante la Comisión ni ante el Tribunal se limita la posibilidad de la *impulsión de oficio* del procedimiento que, por el contrario, se supone⁽⁵²⁾, ni se precluyen otras posibilidades, como la de extender el reconocimiento de la condición de PARTES, p.ej. a los particulares interesados o a las víctimas, estableciendo para ellos una posición *autónoma*, una vez iniciado el procedimiento ante el Tribunal, independientemente de su imposibilidad para iniciarlo⁽⁵³⁾. En realidad, la caracterización de esta jurisdicción como *sancionadora* o *de condena*, permite claramente identificar, en todo caso, como PARTE PASIVA (tanto en sentido *sustancial* de *deudora* u *obligada* al respeto de los derechos en cuestión y a su restablecimiento y eventual reparación, cuanto en sentido *procesal* de *demandada*), siempre al Estado al que se imputan las violaciones de derechos objeto de la jurisdicción, siendo entonces indiferente que el caso haya sido sometido al Tribunal por otro Estado o la Comisión, o por él mismo, de modo semejante a como ocurre en la jurisdicción penal con el delincuente que se entrega para ser juzgado⁽⁵⁴⁾; y como PARTE ACTIVA (en sentido *sustancial* como *titular* de los derechos implicados y *acreedora* de su restablecimiento y eventual reparación, y en sentido *procesal* como *actora*), siempre al ser humano cuyos derechos se alegan vulnerados⁽⁵⁵⁾. Es evidente, además, que la Comisión Interamericana no es nunca *parte sustancial*, porque no es ni *titular* de los derechos ni *acreedora* de su restablecimiento y eventual reparación, sino sólo una *parte procesal sui generis*, auxiliar de la justicia, al modo de un MINISTERIO PUBLICO del sistema de protección establecido por la Convención⁽⁵⁶⁾.

4. LA JURISDICCION ARBITRAL (EXTRAORDINARIA) DEL TRIBUNAL

4.1 A mi juicio, debe admitirse también, de acuerdo con la misma Convención, la posibilidad de una JURISDICCION CONTENCIOSA ESPECIAL O EXTRAORDINARIA, DE CARACTER ARBITRAL, con características propias diversas de la anterior y de las de la jurisdicción consultiva, para los *casos* que sean sometidos al Tribunal mediante la "*convención especial*" de que habla expresamente el art. 62.3 del Pacto de San José⁽⁵⁷⁾. A pesar de que los antecedentes de éste no aclaran el sentido de esa disposición⁽⁵⁸⁾, un principio de lógica elemental exige que tenga alguno jurídicamente relevante. P.ej. GROS ESPIELL parece intentar uno, cuando habla de que "nada impide que un Estado que encara la posibilidad de someter un caso a la Corte —sin haber él mismo reconocido la competencia de ese órgano— proponga a éste celebrar una Convención especial reconociendo dicha competencia"⁽⁵⁹⁾. Empero, me parece poco convincente que la Convención se hubiera tomado tanta molestia para tan sólo abrir una acción adicional tan bizantina y, sobre todo, tan innecesaria: bizantina, porque, si ya es poco imaginable que un Estado Americano haya de llevar a otro al Tribunal (América no es todavía Europa Occidental)⁽⁶⁰⁾, menos lo es que la haga uno que no reconozca su jurisdicción contra otro que tampoco lo haya hecho; innecesaria, porque aún en ese caso bastaría con que el Estado demandado y, si fuera indispensable, el demandante, reconocan unilateralmente la jurisdicción del Tribunal, sin tener que recurrir a un mecanismo tan complejo como el de una *convención especial*. Por el contrario, la solución del texto encuentra una explicación sencilla: la de que simplemente abrió la posibilidad interesante de una verdadera JURISDICCION ARBITRAL, que sería ejercida por el Tribunal en virtud de la investidura que le otorgue dicha *convención especial*, por supuesto, siempre y cuando el objeto de la controversia caiga dentro de su *competencia material* general, es decir, que se trate de un *caso* sobre la *interpretación y aplicación de la Convención*, conforme al mismo art. 62.3⁽⁶¹⁾ o, por lo menos, de una *cuestión* relativa a la *materia de derechos humanos* como ésta se entiende en el Derecho Internacional contemporáneo.

4.2 Con la solución expuesta, resulta entonces fácil la conclusión de que dicha JURISDICCION ARBITRAL del Tribunal, tanto puede ejercerse como *sancionadora* o *de condena*, cuando simplemente tenga por objeto conocer y resolver, *en sede arbitral*, un caso que de otro modo correspondería a la jurisdicción ordinaria, cuanto como *declarativa*, cuando sólo se trate de resolver una *controversia* sobre la *interpretación o aplicación de la Convención* o sobre una *cuestión de derechos humanos* en general⁽⁶²⁾.

4.3 Otra importante consecuencia es la de que esta JURISDICCION ARBITRAL, por su misma naturaleza de *arbitral*, en la que por definición la *fuerza inmediata* de la competencia del Tribunal es el *compromiso* contenido en la convención especial, puede ser habilitada para conocer y resolver, no solamente de casos de violación de los derechos humanos, consagrados o no en la Convención, sino también de controversias o, inclusive, violaciones de otras normas del Pacto de San José, como serían, p.ej., las relativas a los privilegios e inmunidades de la Comisión o del propio Tribunal⁽⁶³⁾.

4.4 Por lo demás, la sola posibilidad de esa JURISDICCION ARBITRAL permite, a su vez, saltar a otra cuestión, que yo contesto afirmativamente: si, tratándose, como se trata, normalmente, no de controversias *entre Estados* sino entre un Estado y los seres humanos titulares de los derechos que se pretenden vulnerados, pueden dos Estados excitar la actividad del Tribunal por la vía de la dicha convención especial, ¿por qué no ha de admitirse que *uno solo* pueda hacerlo, mediante un *acto unilateral* o mediante una *convención especial* ante o con el propio Tribunal y no con otro Estado?⁽⁶⁴⁾. Dicho de otra manera: si la Convención permite que dos Estados Partes, mediante una convención especial, sometan al Tribunal un caso relativo a la interpretación y aplicación de aquélla, aun tratándose de hechos que puedan implicar una violación de los derechos consagrados, imputable por definición a uno solo de esos dos Estados, ¿por qué y con base en qué negar esa misma posibilidad a un solo Estado, específicamente el implicado en la violación? A este respecto, debe tomarse en cuenta que, a diferencia del Derecho Internacional tradicional, en que la intervención de un Estado, p.ej. para defender las violaciones de derechos de sus súbditos frente a otro Estado, se consideró siempre que implicaba el ejercicio de un derecho del Estado reclamante, y sólo indirectamente de sus súbditos⁽⁶⁵⁾, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la *titularidad* de éstos es siempre del ser humano, y no del Estado, de manera que la intervención de éste es siempre a título *vicario*, por, para y en favor de ese ser humano, súbdito suyo o no⁽⁶⁶⁾. En este sentido, la posibilidad de que un tercer Estado convenga con el responsable de una violación de derechos humanos, en llevar el caso ante el Tribunal, no lo convierte en *parte sustancial*, titular de los derechos reclamados, sino en simple *parte procesal* que, de ese modo, procura la protección de los verdaderos titulares de los mismos⁽⁶⁷⁾. Dentro de este esquema, lo jurídicamente relevante es el sometimiento a la jurisdicción del Tribunal por parte del Estado responsable, y esto es siempre un acto unilateral.

NOTAS

- (1) La denominación de *Corte*, no por generalizada en Hispanoamérica, deja de ser un anglicismo ("Court" o "Cour") que apenas acaba de admitirse, no sin reticencia, por la Real Academia de la Lengua Española ("Diccionario...". Madrid 1984, voz "corte", acepción 17. "en América, tribunal"), pero que yo prefiero corregir aquí, no sólo por un afán de rescatar la pureza del lenguaje aún frente a las veleidades de nuestra Academia, sino también porque el llamarlo *Tribunal Interamericano de Derechos Humanos* me permite asignarle unas siglas, "T.I.D.H.", que no se presten a confusión, al menos en nuestro idioma, con las del otro brazo del sistema de la Convención Americana: la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* ("C.I.D.H.").
- (2) El Tribunal fue creado por la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS o "PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA" (C.A.D.H.), de 22-XI-1969, vigente desde 18-VII-1978 (v. C.I.D.H./T.I.D.H., "Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano", OEA/Ser.L/V/II.60, Doc.6., Washington, D.C. I-VII-1985, pgs. 27ss, en adelante "Manual"), como uno de los dos órganos "competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención" (art. 33); el otro es la Comisión (C.I.D.H.).
- (3) El SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS está montado sobre la Carta de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.), Bogotá 1948, reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967 (v.OEA/Ser.X/11), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (D.A.D.H.), Bogotá mayo 1948 (v. "Manual...", cit. pgs. 21ss.) y la Convención Americana, a la que vendría agregar, como instrumento general, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (C.A.G.S.), Bogotá mayo 1948 (v. "Conferencias Internacionales Americanas", Segundo Suplemento 1945-1954, Unión Panamericana, Washington, D.C. 1956, pgs. 195ss.).
- (4) (4 bis) (4 ter) - Los conceptos escogidos distan de ser neutrales en la doctrina procesal. Los construyo a partir de las definiciones de JURISDICCION como *función jurisdiccional* y COMPETENCIA como *medida de las potestades jurisdiccionales* (p.ej. en CABANELLAS, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Ed.Heliasta, Bs.Aires 1981, voces cit.); pero, sobre todo, de la necesidad teórica y práctica de distinguir entre las que he llamado potestades *para resolver* (jurisdicción) y *para conocer* (competencia y legitimación), y de éstas, entre las *generales u objetivas* para el tipo de caso planteado (competencia) y las *especiales o subjetivas* para el caso específico mismo (legitimación). V. ejs. en nota 7 infra.
- (5) Se habla, así, indistintamente de *jurisdicción* y *competencia* contenciosa o litigiosa del Tribunal (v. BUERGENTHAL, T., "El Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos, en Anuario Jurídico Interamericano, Washington, D.C., 1981; VARGAS CARREÑO, E., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo, Experiencia y Visión de América Latina*, Santiago, 1981, t.II.; DUNSHEE de ABRANCHES, C., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA, Washington, D.C. 1980; GROS ESPIELL, H., "El Procedimiento Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Rev.Urug.D.Proc.*, Montevideo 1985/2). El propio Tribunal a veces habla de *competencia contenciosa* (T.I.D.H. OC-1/82, San José, 1982, Ser. A-1, párr. 23; Informe Anual 1984, OEA/Ser. L/V/III/10 Doc. 13 pg. 3), otras, de *jurisdicción contenciosa* (T.I.D.H., OC-3/83, San José 1983, Ser. A-3 párr. 23).
- (6) P.ej. la firma del Convenio de Sede con el Gobierno de Costa Rica o la promulgación del Reglamento y Normas de Procedimiento del Tribunal no han sido función jurisdiccional, sino *normativa o legislativa material*; la administración de su personal y presupuesto son función, no jurisdiccional, sino *administrativa*; la creación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.D.H.), mediante un convenio internacional con el Gobierno de Costa Rica, fue ejercicio de una típica función *organizativa o constitutiva*, etc. (v. nota 13 infra).
- (7) Problemas de JURISDICCION son, p.ej., los de determinar si el Tribunal puede ejercer una *mere declarativa*, o resolver sobre violaciones cometidas por sujetos privados, no reconducibles al Estado; o dirimir conflictos que no involucren violación concreta de los derechos humanos protegidos (vgr. casos genéricos de violación masiva o impersonal, que no planteen situaciones individualizadas o individualizables), o pronunciarse sobre otro tipo de violaciones de la Convención (vgr. de la competencia de la Comisión, o de sus privilegios o inmunidades, o de los del propio Tribunal); o resolver por vía de consulta un caso contencioso disfrazado; o si la consultiva es efectivamente jurisdicción; o si en verdad existe una jurisdicción arbitral extraordinaria, o si ésta es contenciosa, de condena, declarativa o constitutiva, etc. En cambio, son problemas de COMPETENCIA los de saber si puede conocer de un caso contra un Estado que no ha reconocido

- (todavía) su jurisdicción, pero que puede hacerlo para el caso concreto; o de casos sometidos por el propio Estado Parte al que se imputan o pueden imputarse las violaciones (esto último se planteó y se resolvió afirmativamente en el "Caso Gallardo" –ref. infra nota 11–), o sometido por ese Estado, otro Estado o la Comisión, habiendo ésta absuelto al primero. Problemas típicos de LEGITIMACION PARA ACTUAR se plantean cuando, aún teniendo competencia el Tribunal, no se hayan cumplido determinados requisitos o procedimientos previos para dar curso a la demanda (condiciones de *procedibilidad*). El Tribunal trazó nitidamente esta distinción cuando dijo: "la inadmisibilidad del caso presentado por el Gobierno no obedece, en consecuencia, a la incompetencia de la Corte para entrar a conocerlo, sino a la falta de cumplimiento de los presupuestos procesales requeridos para que pueda iniciar su conocimiento... en su estado actual..." (T.I.D.H. "Caso Gallardo", cit. infra nota 11, Res. 13-XI-1981, párr. 28).
- (8) V. infra Cap. IV (Nos. 4. Iss.).
- (9) La JURISDICCION CONSULTIVA del Tribunal no es materia del presente trabajo. Sin embargo, a mi juicio está claro que es también *jurisdicción* (v. infra. No. 2.3).
- (10) El art. 53 del Reglamento del Tribunal dice: "cuando las circunstancias lo requieran, la Corte puede aplicar cualquiera de las disposiciones que regulan el proceso contencioso a las opiniones consultivas", disposición cuyo carácter excepcional, al menos formalmente, critica con razón GROS ESPIELL: "lo correcto es, no que la Corte pueda aplicar, cuando las circunstancias lo requieran, las disposiciones del proceso contencioso a las opiniones consultivas, sino que sea preceptivo que la Corte se inspire y aplique, en lo pertinente, siempre que ello fuera posible, las normas relativas al proceso contencioso al procedimiento a seguir en el ejercicio de su competencia consultiva. Esta sería la forma adecuada de asegurar un procedimiento que garantice mejor y de manera más completa las exigencias de una buena justicia" ("El Procedimiento Contencioso...", cit. No. 3, pg. 115). En realidad, así lo ha hecho siempre el Tribunal.
- (11) V. T.I.D.H., Caso G-101/81, "Gobierno de Costa Rica Asunto Viviana Gallardo et al.", abierto 6-VII-1981, cerrado 8-IX-1983. Su desarrollo en el Tribunal se dio en dos etapas: una preliminar, sobre problemas de competencia, que desembocó en la Res. de 13-XI-1981 (con Voto Separado del autor); la segunda, después de ser resuelto por la C.I.D.H., sobre el fondo, según Res. de 8-IX-1983 (con Voto Salvado del autor). El caso se describe en general en "Apéndice" infra.
- (12) Aparte del "Caso Gallardo" cit., el Tribunal ha recibido y evacuado 7 consultas, a saber: 1. del Gobierno del Perú sobre "Otros Tratados Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", OC-1/82, "Otros Tratados...", 24-IX-1982 (unánime); 2. de la C.I.D.H. sobre "El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigor de la Convención Americana (arts. 74 y 75)", OC-2/82, "Efecto de las Reservas...", 24-IX-1982 (unánime); 3. de la C.I.D.H. sobre "Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", OC-3/83, "Restricciones a la Pena de Muerte...", 8-IX-1983 (unánime. Votos Razonados Jueces Reina y el autor); 4. del Gobierno de Costa Rica sobre "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización", OC-4/84, "Naturalización (Costa Rica)...", 19-I-1984 (mayoría. Votos Salvados Jueces Buergeth y el autor); 5. del Gobierno de Costa Rica sobre colegiación obligatoria de los periodistas, OC-5/85 "La Colegiación Obligatoria...", 13-XI-1985; 6. del Gobierno del Uruguay, sobre el alcance de la palabra *ley* en las restricciones a los derechos humanos autorizadas por la Convención Americana, OC-6/86, "La Expresión 'Leyes'...", 9-V-1986; 7. del Gobierno de Costa Rica sobre el derecho de rectificación y respuesta, OC-7/86, "El derecho de Rectificación...", 29-IX-1986. Tiene pendientes además 3 casos contenciosos por desapariciones en la República de Honduras (presentados por la C.I.D.H. en 1986)
- (13) El Estatuto del Tribunal lo define como "una *institución judicial autónoma*" (art. 1), definición que claramente alude a tres aspectos fundamentales: 1. es una INSTITUCION; 2. es JUDICIAL; 3. es AUTONOMA. GROS ESPIELL analiza y aprueba los dos últimos conceptos, pero critica el primero considerando que hubiera sido más correcto llamarlo ORGANOS. "ya que el vocablo 'institución' posee una acepción teórica y política que puede originar confusiones" ("El Procedimiento Contencioso...", cit. en nota 5 supra. No. 2, pg. 115), pensando expresamente en la llamada "teoría de la institución" propuesta p.ej. por HAURIUO y SANTI ROMANO; sin embargo, obviamente no es este el sentido de la norma estatutaria, que más bien trata de recoger la distinción, de gran solera en el Derecho Público, entre *órgano* –siempre de una persona jurídica, carente el mismo de personalidad e institución, ente o entidad, persona jurídica, por ende dotada de personalidad. Ha sido precisamente ese carácter de institución lo que ha permitido reconocer al Tribunal plena capacidad, como *persona jurídica*. Tanto en el ordenamiento interno como en el internacional (p.ej. del Estado Sede, cfr. Convenio de Sede firmado 10-IX-1981, aprobado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica por Ley No. 6889 de 9-IX-1983, art. 2, y el Convenio con el Gobierno de Costa Rica que dio nacimiento al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, suscrito en San José el 30-VII-1980 y aprobado por la Asamblea Legislativa de ese país por Ley No. 6528 de 28-X-1980, reconociéndole inclusive privilegios públicos a pesar de tratarse de una institución *no gubernativa*).

- (14) El Tribunal es el *único órgano judicial o jurisdiccional* de la Convención: la Comisión no lo es, sino exclusivamente *administrativo*. Así lo dijo expresamente el Tribunal en el "Caso Gallardo" (cit. supra nota 11, Res. 13-XI-1981, párr. 24; por mi parte, lo reafirmé en mi Voto Salvado de 8-IX-1983, párr. 17). Es también la tesis de GROS ESPIELL ("El Procedimiento Contencioso...", cit. nota 5 supra, Nos. 8 y 11, pgs. 120-121); en cambio, BUERGENTHAL parece considerar a la C.I.D.H. y al procedimiento previo ante ella como una especie de *primera instancia jurisdiccional* ("The Advisory Practice...", en American Journal International Law, Washington D.C., 1985, pg. 9; también "The Advisory Jurisdiction of The Inter-American Court of Human Rights", en Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn, M.P. Engel, Strasbourg 1984, pg. 135). El Tribunal, además, estableció implícitamente el carácter *plenario* de su jurisdicción en el "Caso Gallardo" (cit. supra nota 11, Res. 13-XI-81, párr. 27), y yo explícitamente en mi Voto Salvado de 8-IX-1983 (párr. 17 cit.).
- (15) Puede agregarse que la función jurisdiccional no sólo es la que tiene por objeto específico *declarar el Derecho (jus dicere)*, sino declararlo en su grado *último y final*, es decir, cuando su cumplimiento espontáneo ha fracasado. Esto hace de la jurisdicción, al mismo tiempo un *remedio excepcional* y, no obstante, la *garantía normal* del orden jurídico, esto último en el sentido de que sin esa garantía jurisdiccional el Derecho se disuelve, o en un mero hecho de fuerza, o en un conjunto de buenos consejos, sin la *certeza, objetividad y eficacia jurídicas* que le son constitucionales. Esa misma certeza, objetividad y eficacia reclaman la certeza, objetividad y eficacia de una *procedimiento formal* que garantice, a la vez, el acceso a la justicia, el acierto en su administración y la igualdad y seguridad de las partes, mediante *normas claras y preestablecidas*. La jurisdicción es garantía de imparcialidad y, para serlo de veras, no puede ser ella misma discrecional.
- (16) Una gran cantidad de disposiciones de la Convención vincula al Tribunal, no ya como simple órgano de la misma y respecto de sus Estados Partes, sino como organismo integrado en la totalidad del *Sistema Interamericano*, que se singulariza institucionalmente en la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.), y respecto de todos los Estados Miembros de la Organización. Esto se revela particularmente en ciertos aspectos *orgánico-administrativos*, como la aprobación del Estatuto del Tribunal (art. 60) la aprobación y financiación de su presupuesto (art. 72), el conocimiento de sus informes anuales (art. 65), todo lo cual corresponde a la Asamblea General de la O.E.A.; o como el nombramiento y régimen de su personal subalterno, en manos del Secretario General de la O.E.A. y de acuerdo con las normas administrativas de la Organización (art. 59); o como la imposición de sanciones disciplinarias a los Jueces, en que la Asamblea General participa concurrentemente con los Estados Partes de la Convención (art. 73). En la propia Carta de la O.E.A. el Tribunal queda previsto, implícita pero claramente, como órgano de la Organización total (art. 112). Y se revela también incluso en aspectos *funcionales* claves del Tribunal, como la legitimación de todos los *Estados Miembros* y de los *órganos principales de la O.E.A.* para provocar el ejercicio de su jurisdicción consultiva (art. 64 Convención), y el conocimiento por la Asamblea General de la Organización, de "los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos" (art. 65).
- (17) La Convención es a la vez un *código procesal*, que establece el régimen de protección de los derechos (arts. 33ss.) y un *código sustancial (sustantivo)* que define en general los derechos mismos que se reconocen y protegen (arts. 1 a 32). Esto último fue objeto de controversia y motivo consultas previas a los Estados sobre si la Convención debería o no incluir la enumeración de los derechos protegidos, por la preocupación de que pudieran producirse de este modo antinomias conflictivas con los Pactos de las Naciones Unidas aprobados en 1966: Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo de este último. Por cierto que la controversia se resolvió en favor de la enumeración concreta de los derechos protegidos, porque la abrumadora mayoría de los Estados Americanos consideró que ambos sistemas, el Regional Americano y el Universal -Mundial- serían perfectamente compatibles y armonizables (v. "Anuario Interamericano de Derechos Humanos", OEA Washington, D.C. 1973, pgs. 170 a 180).
- (18) El Tribunal Internacional de Justicia (T.I.J.) ha declarado repetidas veces que al menos algunas normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados "pueden, en muchos aspectos, ser consideradas como una codificación del Derecho consuetudinario existente" (T.I.J., Op.-Cons. s/"Namibia", Rep.1971, pg. 47, y casos "Consejo de la OACT", Rep.1972, pg. 67, sobre art. 60; "Pesquerías Islandesas", Rep.1973, pg. 18, sobre art. 62; "Plataforma Continental del Mar Egeo", Rep.1978, pg. 39, sobre arts. 2, 3 y 11; todos anteriores a la entrada en vigor de la Convención el 20-I-1980). Desde el punto de vista del DERECHO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES, debe tenerse presente, en primer lugar, el principio de que éstos deben interpretarse, en general, "de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (Conv. Viena, art 31.1). De lo cual interesa destacar, en relación con la Convención Americana: 1. la *buena fe*; y 2. el *objeto y fin* de la misma; obviamente, debe entenderse que los Estados Partes de la

Convención quieren, *de buena fe*, que ésta cumpla sus *objetivos* claros de proteger eficazmente los derechos humanos fundamentales en el Continente Americano. De ahí que todo lo que conduzca a hacer posible, o más fácil y expedita, esa protección, debe interpretarse *extensivamente*, y todo lo que la entorpezca o limite, *restrictivamente* (v. p.ej. TIDH. OC-2/82, "Efecto de las Reservas...", cit. nota 12 supra, párrs. 29-30).

- (19) P.ej. el principio de que los tratados están subordinados a las *normas imperativas del Derecho Internacional General o jus cogens*, que la propia Convención de Viena define como "una norma aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter" (art. 53) en términos tales que la contradicción con las mismas determina la nulidad, incluso sobreviniente, de cualquier tratado que la contenga (arts. 53 y 64). Esto tiene particular importancia frente al hecho, hoy prácticamente indisputado, de que la protección internacional de los derechos humanos es de *ius cogens* (v. mi "Opinio Juris como Fuente Autónoma del Derecho Internacional (Opinio Juris y Jus Cogens)", Ponencia XIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (I.H.L.A.D.I.), San José 1985, esp. párrs. 27.7, 27.8 y 27.9 y notas 58 a 62)
- (20) En general, sobre la "conciencia jurídica de la comunidad internacional en su conjunto" y sobre el DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS como *ius cogens*, v. mi "Opinio Juris...", cit. nota 19 supra.
- (21) Desde el punto de vista del DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS, además del principio ya indicado de que forma parte del *ius cogens* y, por mayoría de razón, del Derecho Internacional General, de manera que obliga por encima e independientemente de toda convención, otra serie de principios que no corresponde desarrollar aquí, pero de los cuales deben extraerse consecuencias importantes para este trabajo, entre ellas la ya insinuada de que los derechos humanos son de *interpretación extensiva*, mientras todo lo que los limite, suspenda o disminuya debe serlo *restrictivamente*; consecuencia ésta que debe destacarse, porque obliga a modificar totalmente, entre otros, el principio establecido en materia de tratados en general, de que éstos se interpretan restrictivamente en cuanto a las obligaciones consagradas en ellos, en virtud de los viejos mitos de la soberanía estatal. También es importante recordar que los derechos humanos son materia de la jurisdicción internacional y, por lo tanto están excluidos del principio de no intervención (v. en gral. mis "Draft Exemplary Formulation of the Basic Principles of Human Rights Law", presentados a la Conferencia Anual "Armand Hammer on Peace and Human Rights, Human Rights and Peace", Hyde Park, N.Y., 1982).
- (22) Desde el campo específico del DERECHO PROCESAL -GENERAL O INTERNACIONAL- DE LOS DERECHOS HUMANOS, resultan fundamentales, en primer lugar, el principio *pro sententia* del Derecho Procesal general, conforme al cual sus normas deben siempre interpretarse y aplicarse en el sentido que mejor favorezca el conocimiento y resolución de las cuestiones de fondo, a través de la sentencia, y, en segundo, el principio que puede denominarse *pro homine* del Derecho de los Derechos Humanos que, traducido al terreno procesal, no puede significar otra cosa que sus normas deben interpretarse y aplicarse con un sentido protector y desigual, a favor del ser humano, de manera que los términos, trámites y formas procesales establecidos en interés del ser humano son necesarios y, por ende, irrenunciables, mientras que los que lo perjudiquen o limiten son prescindibles, y los que favorezcan al Estado renunciabiles (v. mis "Draft Exemplary Principles..." cit. nota 21 supra). Esto tiene una enorme importancia en el orden procesal de la Convención Americana, sobre todo en relación con el cumplimiento de los *presupuestos procesales* para ante el Tribunal (v. T.I.D.H., "Caso Gallardo", Res. 13-XI-1981, párr. 25; y mi Voto Salvado, 8-IX-1983, párr. 21).
- (23) Desde el punto de vista del SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, debe reiterarse que este, en general constituye un sistema institucional avanzado, incluso más que el Europeo y mucho más que el de Naciones Unidas, con su propio conjunto de principios de Derecho Internacional General -en el caso, regional y, a mi juicio, con su propio *ius cogens*, de lo cual se derivan consecuencias fundamentales, tanto en lo sustancial como en lo procesal (v. mi "Opinio Juris..." cit. nota 21 supra, esp. párrs. 24.1 y 24.3 y notas 32 y 33).
- (24) En lo que interesa a la función jurisdiccional del Tribunal Interamericano, es importante recordar: 1. que el Sistema Interamericano incorpora a su concepción de los derechos humanos los principios de la dignidad esencial del ser humano y de la democracia representativa, con un sentido claramente occidental y cristiano, lleno de fecundísimas posibilidades (v. Preámbulos Carta O.E.A., Declaración Americana y Convención Americana); 2. que en la propia Convención Americana se establecen criterios de interpretación que hacen posible una verdadera integración expansiva de los propios derechos consagrados en la misma, incorporando, por ejemplo, los reconocidos en los pactos universales; los contenidos en las Declaraciones, tanto la Americana de Derechos y Deberes del Hombre como la Universal de los Derechos Humanos; inclusive, los consagrados en el Derecho interno -Constitucional especialmente de cada Estado; y hasta otros,

- no declarados, que sean "inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno" (art. 29), y 3. que el acceso del ser humano, verdadero sujeto titular de los derechos humanos, a los mecanismos de protección internacional, aunque restringido en la Convención, está otorgado como regla y sin necesidad de que medie una aceptación separada del Estado en cuestión –como si se exige en el Sistema Europeo– (Pacto de San José art. 44; cfr. Convención Europea arts. 24 y 25).
- (25) Superada definitivamente la clásica teoría tripartita de las *funciones y poderes públicos*, que de todos modos nunca tuvo la misma significación ni la misma carga político ideológica en el orden internacional, lo que subsiste es la necesidad de distinguir, en cualquier orden, entre las diversas *funciones jurídicas*, en un sentido técnico dinámico de producción de realidades jurídicamente relevantes, entendiendo por *función* la actividad que tiene por objeto producir un efecto (fin) y lo produce (resultado): la función no es el fin sin el resultado, ni es el resultado sin el fin, sino la síntesis de ambos. Desde este punto de vista, las FUNCIONES JURÍDICAS podrían ser cinco fundamentales: 1. la *constitutiva u organizativa* (prefiero no llamarla *constituyente* para prevenir su confusión con la función creadora del orden constitucional, que es a la vez constitutiva y normativa), función constitutiva u organizativa cuyo objeto y resultado es la creación de otros centros o fuentes orgánicas de producción jurídica (la creación misma del Tribunal es de este tipo); 2. la *normativa o legislativa material*, que directamente define las *condiciones objetivas* dentro de las cuales debe desenvolverse la vida social, mediante *normas de conducta* de diversos rangos (constitucionales, legislativas o reglamentarias, formales o consuetudinarias); 3. la *gubernativa o dispositiva*, que establece *mandatos concretos –subjetivos–* de conducta (p.ej. mediante actos administrativos, órdenes, contratos u otros actos jurídicos unilaterales); 4. la *ejecutiva o material*, que realiza simples *conductas subjetivas* con efectos jurídicos (meros actos de la administración, hechos jurídicos –o antijurídicos–, vías de hecho); y 5. la *judicial o jurisdiccional*, que se devuelve reflexivamente sobre las demás para fijar el Derecho aplicable, *declarando el controvertido y restableciendo el violado*, normalmente mediante la decisión de un *órgano o tribunal, imparcial* (pero también mediante formas de autocomposición, como la transacción, o mediante procedimientos mixtos, como los que se dan en los conflictos colectivos laborales o en los mecanismos de conciliación, éstos de uso frecuente en el orden internacional). Las combinaciones posibles de las cuatro primeras funciones son múltiples (p.ej. englobando en la denominación de *legislativa*, la constitutiva u organizativa y la normativa o legislativa material, e inclusive una parte de la gubernativa o dispositiva: la llamada *legislativa puramente formal*; o reuniendo en general, como *administrativa*, la gubernativa o dispositiva, la ejecutiva o material y la normativa reglamentaria, etc.); pero la quinta, *judicial o jurisdiccional*, se mantiene y debe mantenerse independiente por la necesidad político-ideológica fundamental de preservar su pureza como *garantía última del orden jurídico en su totalidad*.
- (26) En este sentido estricto, según el clásico aforismo procesal, la jurisdicción es la *cosa juzgada*, entendida como verdad legal inimpugnable, es decir, como última *ratio* del Derecho.
- (27) A primera vista, las sentencias del Tribunal adolecen de la misma falta de *ejecutividad* que se achaca, en general, a los fallos internacionales, en cuanto que su eficacia depende de los Estados mismos a que se dirigen (la Convención dice: "Art. 68.1 los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes"; si no lo hacen, lo único que queda es la sanción política derivada de la comunicación del Tribunal a la Asamblea General de la O.E.A. prevista por el art. 65 –v. supra nota 16 in fine–); sin embargo, si bien se mira, lo mismo ocurre con las sentencias de cualquier tribunal en el Derecho interno, ya que su cumplimiento siempre depende de la adhesión que le presten los verdaderos detentadores del poder. Por otra parte, la misma Convención si confiere una eficacia más completa (en el sentido tradicional), a "la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria, (la cual) se podrá ejecutar en el respectivo país *por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*" (art. 68.2). Además, es digno de mención el caso de Costa Rica, que en su Convenio de Sede con el Tribunal (v. "Manual...", cit. supra nota 2, pgs. 175ss.), reconoció que "las resoluciones de la Corte (todas) y, en su caso, de su Presidente (las de trámite), una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán *la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses*" (art. 27).
- (28) En materia de MEDIDAS CAUTELARES, la Convención Americana contiene la notable innovación de que "en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las *medidas provisionales que considere convenientes*. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión" (art. 63.2).
- (29) La definición recoge las dos vertientes clásicas de la jurisdicción: 1. declarar el Derecho controvertido (jurisdicción declarativa, *ex tunc*, normalmente la civil); 2. restablecer el Derecho violado (jurisdicción de condena, *ex nunc*, principalmente la penal). Empero, a mi juicio, tanto las sen-

- tencias de condena, como las constitutivas y dispositivas, aunque crean situaciones jurídicas *ex nunc*, son siempre, de algún modo, declarativas, en el sentido de que en ellas la función innovadora del juez no es nunca creadora de Derecho *ex novo*, sino aplicadora del Derecho previamente vigente, o como si lo fuera.
- (30) Los delitos DE MERA CREACION LEGAL son aquellos que el ordenamiento crea como tales puede decirse que de modo *artificial*, en el sentido de que *no repugnan a la conciencia*, y no le repugnan precisamente porque sólo causan daño, al menos directamente, al ordenamiento mismo (vgr. pescar sin licencia de pescador en sitio y época permitidos; no portar documentos de identidad, teniéndolos, o no teniéndolos pero con derecho a tenerlos; en América Latina al menos, esa especie de deporte nacional que es el contrabando). La distinción es importante p.ej. para admitir en los primeros la ignorancia de la ley. En el Derecho Internacional contemporáneo, la creación p.ej. de *delitos contra la humanidad* se funda necesariamente en la concepción de que éstos, por repugnar a la conciencia, son punibles aún por encima del *principio de legalidad penal* ("*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*"); concepción que permitió, al término de la Segunda Guerra Mundial, los juicios de Nuremberg contra los principales responsables del nazismo.
- (31) En realidad, parece claro que el Ministerio Público, como representante de la comunidad, no debe gestionar otro interés que el de la salvaguardia del ordenamiento y, por lo tanto, lo mismo debe perseguir la sanción del culpable que la absolución del inocente, la protección de la víctima que su moderación; por eso, su verdadera función no es de *parte*, en el sentido subjetivo del vocablo, sino de *auxiliar de la justicia*, parte, sí, pero puramente procesal y en sentido similar a que lo es el juez. Esto, pese a que, de hecho, por inercia, en todos los sistemas todavía parece difícil desterrar la idea del fiscal como acusador.
- (32) Con esto me inclino francamente a favor de un criterio predominantemente *material* de clasificación de las funciones públicas, pero basado, no en el contenido sino en el fin de la función y en la posición del órgano de la misma; aunque la verdad es que ni éste, ni los criterios también *materiales* fundados en el contenido de cada función, ni los *orgánicos* vinculados a la teoría clásica de división de los poderes públicos, ni otros *formales* fundados en la forma de ejercicio o en el procedimiento de producción de las funciones, son suficientes por sí solos, sino que deben combinarse para poder proporcionar una visión cabal de la realidad jurídica. En este sentido, la idea de la función jurisdiccional expuesta en el texto (v. también No. 2.1 y nota 25 supra), debería completarse y aequilibrarse mejor; pero esto excedería de los límites de este trabajo.
- (33) V. *infra* nota 35.
- (34) La Convención define la JURISDICCION CONTENCIOSA del Tribunal como sigue: "Art. 62.3 -La Corte tiene competencia para conocer de *cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención* que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, ora por convención especial"; "Art. 63.1 -*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*".
- (35) La JURISDICCION CONSULTIVA del Tribunal se establece en la Convención Americana así: "Art. 64 - 1. los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales". En general, v. BUERGENTHAL, "The Advisory Practice..." y "The Advisory Jurisdiction...", cit. supra nota 14).
- (36) La definición es de ALSINA, H., "Derecho Procesal Civil y Comercial", Bs. Aires 1963, t.I, pg. 473.
- (37) Esta idea del *jugador* como *parte imparcial* de la relación jurídica procesal (que no es parte sino juez, porque no se puede ser a la vez juez y parte) es fundamental para el concepto de *jurisdicción* (v. supra en general).
- (38) La Convención es *instrumento de protección específica* de los derechos humanos, al servicio del ser humano concreto, individualizado o individualizable (aunque sea indirectamente, p.ej. a través de personas jurídicas colectivas o grupos humanos). Las violaciones masivas y las situaciones generales relativas a los derechos humanos, sólo son materia de la jurisdicción en cuanto sean individualizables en determinados seres humanos -aunque sean muchos seres humanos- (así lo resolvió el Tribunal Europeo en el caso de "Irlanda vs/Reino Unido", sentencia de 18-I-1978).
- (39) El único *contenido de la sentencia* previsto de manera expresa por la Convención es el de la que declara la existencia de una violación, con sus correspondientes accesorias (art. 63.1) (v. supra nota 34).

- (40) ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, N., "La Protección Procesal Internacional de los Derechos Humanos", en *Veinte Años de Evolución de los Derechos Humanos*, Inst. Investig. Juríd., UNAM, México 1974, págs. 304-305.
- (41) En virtud del PRINCIPIO DE LEGALIDAD aplicable al Estado, sus órganos sólo pueden hacer lo que les está permitido por el ordenamiento; en cambio, conforme al PRINCIPIO DE LIBERTAD aplicable al ser humano, éste puede hacer todo lo que no le esté prohibido por el mismo ordenamiento. Ambos principios juegan recíprocamente, en garantía de la libertad del ser humano: esta no podría operar si las autoridades públicas gozaran también de libertad, porque la suya destruiría la de sus súbditos (ocurriría lo que en la frase jocosamente cruel que se atribuye a Federico el Grande de Prusia, de que en su Reino todos gozaban de libertad sin límites: sus súbditos y también él).
- (42) P.ej. las *garantías del debido proceso* en la Convención (arts. 8.1, 8.2 y 9) se dan a favor del ser humano como *reo* y se refieren al proceso penal común -interno-, de manera que no tienen por qué aplicarse a favor del Estado acusado ante la jurisdicción de derechos humanos, aunque ésta se estructure de manera semejante, como *jurisdicción de condena*. Esto permitiría, ante la realidad de que generalmente las violaciones alegadas, si no ciertas, son al menos fundadas, cargar al Estado más bien con la *presunción de culpabilidad* que propugnaba ROCCO, A., inaceptable en el *Derecho Procesal Penal* (v. su "Tratato de Diritto Processuale Penale Italiano" de 1931, Prefazione vol.I, ref. de ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, cit. supra nota 40, pg. 304 nota 147).
- (43) La expresión es de COUTURE, A.J...
- (44) Como dijo el Tribunal Europeo en el caso "Handyside", sentencia de 7-XII-1976: "el Tribunal pone de manifiesto que el mecanismo de protección instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario con relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos (sentencia de 23 de julio de 1968 sobre el fondo del caso "linguístico belga"). El Convenio confía en primer término a cada uno de los Estados contratantes el cometido de asegurar el disfrute de los derechos y libertades que él consagra. Las instituciones creadas por aquél contribuyen a dicha finalidad, pero sólo entran en juego por la vía contenciosa y después de haber agotado todos los recursos internos" (v. T.E.D.H., "caso Handyside", s. 7-XII-1976, Consideraciones de Derecho, párr. 1; ref. GARCIA DE ENTERRIA, E., LINDE, E., ORTEGA, L.I. y SANCHEZ MORON, M., "El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos", Ed.Civitas, Madrid 1983, págs. 237 y 412). La C.I.D.H. recogió ese principio aunque de manera poco feliz, en el "Caso Gallardo" (cit. nota 11 supra, C.I.D.H. Res. 30-VI-1983, "Considerando" 5. Mi crítica en id. Voto Salvado 8-IX-1983, párrs. 19ss.).
- (45) Así definido por mí en el "caso Gallardo" (v. T.I.D.H., "Caso Gallardo" cit. nota 11 supra, mi Voto Razonado de 13-XI-1981, párr. 5 y mi Voto Salvado de 8-IX-1983, párrs. 27-28).
- (46) En la Convención "Art. 46.1 -Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos". Según una sentencia clásica del Tribunal Internacional de Justicia (T.I.J.), "la regla de que los recursos internos deben agotarse antes de que pueda establecerse un procedimiento internacional, es una regla bien establecida del Derecho Internacional consuetudinario" (T.I.J., "caso Interhandel", s. 21-III-1959, Rec. 1959, pg. 27) (cfr. VERDROSS, A., "Derecho Internacional Público", Ed.Aguilar, Madrid 1980, pg. 385 y nota 137). En la Convención Americana la exigencia admite importantes paliativos: según el art. 46.2, "las disposiciones de los incisos 1 a y 1 b del presente artículo no se aplicarán 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 alega han sido violados; b. no se haya permitido al presunto lesionado el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; c. haya retardado injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos". Aunque el sistema Europeo es mucho más rígido, sin embargo, su Tribunal ha establecido que "el Derecho Internacional, al cual expresamente se refiere el artículo 26 (de la C.E.D.H.), está muy lejos de conferir a la regla del agotamiento de las vías internas el carácter inflexible que el Gobierno (de Austria) le quiere atribuir. El Derecho Internacional únicamente impone la utilización de las vías que no sólo sean accesibles a las personas interesadas, sino que también sean también adecuadas, es decir, capaces de satisfacer sus pretensiones" (T.E.D.H., "caso Stögmüller", s. 10-XI-1969, v. GARCIA DE ENTERRIA et al., "El Sistema Europeo...", cit. supra nota 44, pg. 303).
- (47) En la Convención, "Art. 61.2 -Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50"; en realidad, la visión completa de esos *procedimientos previos* requiere la referencia a los artículos 44 a 51: se trata, en general de los procedimientos *administrativos* ante la C.I.D.H., a través de los cuales la Comisión puede de hecho paralizar al Tribunal, ejerciendo una especie de *cuádruple función preliminar*: 1. de *órgano de admisión*, para garantizar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de las

querellas (arts. 46, 47 y 48.1.a) y .c); 2. de *órgano de inspección* para investigar las violaciones alegadas (art. 48.1.1), .d) y .e); 3. de *órgano de conciliación*, para propiciar una solución amistosa "fundada en el respeto a los derechos humanos" (arts. 48.1.f) y 49); 4. de *órgano de contención*, para frenar la llegada al Tribunal de casos que la Comisión haya considerado inadmisibles, inprocedentes o infundados, o de aquellos que se solucionen satisfactoriamente antes, en virtud o aun después de la conciliación, o aún de aquellos que -en su parecer- puedan resolverse mejor mediante la intervención de la propia Comisión o, eventualmente, de la Asamblea General de la O.E.A. (arts. 50 y 51).

- (48) Así lo declaró expresamente el Tribunal en el "Caso Gallardo" (cit. nota 11 supra, Res. 13-XI-1981), cuando dijo: "...En este caso (renuncia al agotamiento previo de las vías internas), según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos esta 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 como un medio de defensa y como tal, renunciable, aun de modo tácito. Dicha renuncia, una vez producida, es irrevocable (Eur. Court H.R., De Wilde, Ooms and Versyp Cases -"Vagrancy Cases"-, Judgement of 18th June 1971)". La Comisión Europea, a pesar de su tradicional postura rígida de verificación de oficio del agotamiento de la jurisdicción interna -especialmente después de la reforma de 1960 al artículo 41 de su Reglamento ha aceptado expresamente la renuncia del correspondiente Gobierno (p.ej. decisiones Nos. 808/60 y 1994/63); el Tribunal Europeo ha confirmado esa renunciabilidad, inclusive declarandola irrevocable (Casos "de "Wilde, Ooms y Versyp", 1972). Como costarricense, no puede menos de satisfacerme que el Gobierno de mi país hiciera esa renuncia en dos de los tres únicos casos individuales a que se ha enfrentado: el primero, ante la Corte de Justicia Centroamericana ("Caso Bermúdez", 1913); el segundo, ante el propio Tribunal Interamericano de Derechos Humanos ("Caso Gallardo" cit., 1981).
- (49) El Tribunal ha considerado estos procedimientos ante la Comisión insoslayables, por lo menos en su conjunto (cfr. T.J.D.H., "Caso Gallardo" cit. nota 11 supra, Res. 13-XI-1981, párrs. 20 a 25). Aunque comparto en general esa posición, la matice considerablemente en mi Voto Razonado de la misma (párrs. 7 a 11) y, después, sobre todo, en mi Voto Salvado de 8-IX-1983 (párrs. 19 a 25).
- (50) Siguen siendo válidos los amargos temores expresados, ya en 1969, por el Maestro don NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, cuando se preguntaba "hasta que punto la Comisión Europea ha actuado como mera criba, cedazo o filtro que cierre el paso hacia la Corte tan solo a pretensiones notoriamente inadmisibles o si se ha convertido en dique, valladar o barrera poco menos que infranqueable, con gravísimo daño para la protección jurisdiccional de los derechos humanos y con manifiesta subversión del plano superior que a la Corte corresponde y que esta siendo mediatizado, hasta convertirlo en ilusorio, por la Comisión" (v. "La Protección Procesal Internacional...", cit. nota 40 supra, pg. 305). Estos temores podrían incluso estar más justificados en el Sistema Interamericano, sobre todo si se añade la opinión de uno de los más influyentes ex miembros de la Comisión, cuando en 1979 adelantaba "la conclusión lógica de que el criterio a adoptarse en cada caso, para la Comisión deliberar sobre la sumisión del asunto a la Corte, es la existencia de alguna duda fundada en cuanto a la interpretación o aplicación de la Convención a los hechos expuestos en el informe de la Comisión" (DUNSHÉE de ABRANCHES, C.A., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos" en la obra colectiva sobre La Convención Americana sobre Derechos Humanos, CIDH, Washington, D.C. 1980, pgs. 137-138).
- (51) Ya hay bastante retardo de justicia en las normas de la propia Convención, que podrían significar dos y más años ante la Comisión, antes de que el asunto llegue al Tribunal, para que este vuelva a hacer, en sede jurisdiccional, lo mismo que la Comisión en sede administrativa. Sumese esto a la desoladora realidad judicial de nuestro Continente -y de otros-, en que el agotamiento de las vías internas puede significar cuatro o cinco años más, y se obtendrá la triste conclusión de que, cuando el caso se resuelva en la jurisdicción internacional, posiblemente ya la víctima haya muerto -ojala de muerte natural- u olvidado su calvario, y también puede que inclusive ya haya desaparecido el régimen político que perpetró la violación -sobre todo si es latinoamericano-; aunque es cierto que tampoco el Sistema Europeo puede hacer alarde de celeridad. La verdad es que el retardo de justicia es una de las formas más sofisticadas y crueles de violación de los derechos humanos, porque permite ampararlas todas bajo una apariencia de legalidad.
- (52) Tanto la Convención, como los Reglamentos de la Comisión y del Tribunal, utilizan claramente formas imperativas para todos los trámites. En el caso del Tribunal, su Reglamento prevé inclusive la *impulsión de oficio* cuando una parte no compareciere o se abstuviere de actuar (art. 24.1). Pero ni la Comisión ni el Tribunal pueden iniciar de oficio los procedimientos de la Convención.
- (53) V. T.J.D.H., "Caso Gallardo" cit. nota 11 supra, mi Voto Razonado de 13-XI-1981, párrs. 4 y 8, y mi Voto Salvado 8-IX-1983, párrs. 36, 39 y 40, donde hago un desarrollo más extenso de esta tesis.

- (54) V. T.I.D.H., "Caso Gallardo" cit. nota 11 supra, mi Voto Razonado de 13-XI-1981, párrs. 6, y mi Voto Salvado 8-IX-1981, párrs. 35 y 36.
- (55) V. T.I.D.H., "Caso Gallardo" cit. nota 11 supra, mi Voto Razonado de 13-XI-1981, párrs. 4 y 8, y mi Voto Salvado 8-IX-1981, párrs. 36, 39 y 40.
- (56) V. T.I.D.H., "Caso Gallardo" cit. nota 11 supra, mi Voto Razonado de 13-XI-1981, párrs. 4 y 8, y mi Voto Salvado 8-IX-1981, párrs. 39 y 40.
- (57) Recuérdense que, según el art. 62 de la Convención, la Corte sólo tiene competencia cuando "los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, *ora por declaración especial*, como se indica en los incisos anteriores, *ora por convención especial*", lo cual indica claramente que se trata de dos hipótesis distintas: 1. la aceptación *unilateral* de la competencia (leanse jurisdicción) del Tribunal por parte de cada Estado; y 2. la aceptación *convencional*, que supone la participación de dos Estados o, como se dirá (v. No. 4.4 infra), de un Estado y otro sujeto de Derecho Internacional.
- (58) Ni en los "Antecedentes" (cfr. OEA, "Anuario Interamericano...", cit. nota 17 supra) ni en las "Actas" de la Conferencia de San José que aprobó la Convención (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, "Actas y Documentos", OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1978), se explica la mención separada de una *convención especial* en el art. 62.3. Sobre éste, las "Actas" se limitan a decir: "también se agregó que la competencia de la Corte podrá ser reconocida por convención especial" (v. Informe del relator de la II Comisión, cit. pg. 377); el Proyecto de Convención -art. 49- no contenía esa previsión (id. pg. 30).
- (59) GROS ESPIELL, H., "El Procedimiento Contencioso...", cit. nota 5 supra, No. 13 pg. 122.
- (60) Hay que decirlo claramente: en nuestra América, mas aún que en Europa, las posibilidades de que un tercer Estado intervenga en un caso que involucre la violación de derechos humanos en otro Estado, son casi nulas, salvo quizás en los casos en que la víctima sea su nacional, lo cual conduciría a la suposición, contraria a la universalidad consustancial con los derechos humanos, de que en tal supuesto los extranjeros estarían sobreprotegidos discriminatoriamente.
- (61) Esto abriría, p.ej., la posibilidad observada por GROS ESPIELL (loc. cit. nota 59 supra), de que por la vía de una *convención especial* dos Estados pudieran someter al Tribunal cuestiones sobre la interpretación o aplicación de normas de la Convención que no consagren directamente derechos fundamentales (como las relativas a las inmunidades y privilegios de la Comisión o del propio Tribunal), o aún de las que si los consagran sin que este por medio un caso de violación de tales derechos, con lo cual se abre la posibilidad de que esta JURISDICCION ARBITRAL del Tribunal tenga carácter *declarativo*. Todo esto sin perjuicio de considerar la hipótesis de una convención especial entre un solo Estado y otro sujeto del Derecho Internacional, que podría ser el propio Tribunal (v. No. 4.4 infra).
- (62) V. nota 61 supra.
- (63) V. nota 61 supra.
- (64) Precisamente al reconocer al Tribunal su condición de *institución judicial autónoma* (Estatuto, art. 1), se abrió la puerta, como se dijo (v. supra nota 13) para que, en su condición de *persona jurídica* independiente, pueda suscribir convenios internacionales válidos. Ya lo hizo con el Gobierno de Costa Rica en los casos del Convenio de Sede y del Convenio de Creación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (v. nota 13 supra).
- (65) En efecto, en el Derecho Internacional tradicional, el hombre no es considerado como tal sino como *miembro o súbdito de un Estado*. En esa calidad responde y en esa calidad puede ser defendido por su propio Estado. "El Tribunal Permanente de Justicia Internacional (T.P.J.I.) dio a esa idea una formulación clásica en su fallo de 30 de agosto de 1924 (asunto *Mavrommatis*), con las siguientes palabras: "En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international"... La mediatización de los hombres o los Estados a que pertenece tiene también como consecuencia el que los individuos no puedan, según el D.I. común, hacer valer por sí mismos un derecho ante un órgano internacional y tengan que reservar este recurso a la apreciación de su Estado, cesando sus posibilidades jurídicas individuales en las instancias supremas de un Estado. Ello prueba que *en principio* los individuos no son sujetos inmediatos del D.I. y si súbditos de un Estado" (VERDROS, A., "Derecho Internacional Público", Ed. Aguilar, Madrid 1978, pg. 109).
- (66) En el Derecho Internacional contemporáneo, sobre todo el de los Derechos Humanos, el ser humano adquiere una verdadera condición de *sujeto* de Derecho Internacional. Aunque la doctrina es prácticamente unánime, por lo menos en el sentido de reconocerle al ser humano la *titularidad* de esos derechos, todavía se formulan algunas reservas respecto a su condición de *sujeto normal* del Derecho Internacional, fundadas especialmente en sus limitaciones para el acceso directo a la jurisdicción internacional (v. p.ej. VERDROS, cit. nota 65 supra, pgs. 110 y 199ss).

pero no cabe duda de que incluso en este aspecto el Derecho Internacional contemporáneo avanza rápidamente en favor del ser humano. En el ámbito americano, aparte del extraordinario antecedente de la Corte Centroamericana de Justicia (1908-1918) ante la cual se reconocía la legitimación del ser humano, la Convención Americana, aunque le niega la iniciativa de la acción directamente ante el Tribunal, si se la otorga, con toda amplitud, ante la Comisión, con lo cual se le hace también posible el reconocimiento de su condición de *parte* ante el Tribunal (v. supra No. 3.6 y nota 53).

- (67) En lo que interesa al texto, la consecuencia respecto de la intervención, por lo demás lícita, de un tercer Estado en la protección de los derechos humanos frente a otro, es la de que esa intervención ya no se hace *a título de un derecho propio* del Estado, como en el Derecho Internacional tradicional, sino *a título vicario*, en defensa de un derecho del ser humano, que es su titular.