

CAPÍTULO III

TRATADOS QUE RECONOCEN DERECHOS HUMANOS, OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONALES

1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Según el autorizado concepto de JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, “Tratado es todo acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos regulados por el derecho internacional”¹.

Son sujetos del derecho internacional los Estados y las organizaciones internacionales² (la ONU, la OEA, por ejemplo). El acuerdo de voluntades es el fruto del libre *consentimiento* de los Estados; su *voluntad* es producir unos *efectos jurídicos*. “El tratado vincula a los Estados porque estos han consentido en vincularse por él”³.

Elemento esencial de la definición son los *efectos* jurídicos que producen los tratados en relación con las partes. Al respecto, MODESTO SEARA VÁZQUEZ expresa lo siguiente: “El efecto fundamental es el de crear entre los Estados Parte una *obligación internacional* que les impone determinada conducta positiva o negativa”⁴ (cursivas fuera del texto).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el artículo 2.a), contiene la siguiente definición: “Se entiende por *tratado* un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

¹ JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Edit. Tecnos, 1994, pág. 103.

² Organizaciones internacionales como la ONU y la OEA se crearon por medio de tratados conocidos como *Cartas*.

³ PAUL REUTER, *Introducción al derecho de los tratados*, México, UNAM -Fondo de Cultura Económica de México, 1999, pág. 38

⁴ MODESTO SEARA VÁZQUEZ, *Derecho internacional público*, 12ª ed., México, Edit. Porrúa, 1988, pág. 217.

“Todo tratado en vigor *obliga* a las partes” (art. 26).

Una serie de principios generales, fundamentales, rigen el derecho de los tratados, según SEARA VÁZQUEZ⁵:

a) El principio de que los tratados crean obligaciones entre las partes, o “*res inter alias acta*”. El tratado obliga a los sujetos que han expresado su consentimiento en obligarse; o sea, que el tratado obliga a los Estados Parte.

b) El principio de que el consentimiento es la base de la obligación jurídica convencional o “*ex consensu advenit vinculum*”. La Corte Internacional de Justicia, en sentencia de mayo 28 de 1951, expresó:

“Un Estado no puede quedar vinculado en sus relaciones convencionales sin su consentimiento”.

“Solo el consentimiento definitivo es jurídicamente obligatorio”⁶.

c) El principio “*pacta sunt servanda*” (los pactos deben ser cumplidos), consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena, consiste en lo siguiente: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

d) El principio de respeto a las normas del *ius cogens*.

e) El principio de *ius cogens* se define en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), que establece lo siguiente: “Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Estos principios rigen para todos los tratados (llámense convenios, convenciones, pactos, protocolos, etc.) que celebren y apliquen los sujetos internacionales, concretamente los Estados.

Como se infiere de lo anterior, los tratados en general tienen por objeto *crear obligaciones* para los Estados; por tanto, los tratados son la principal fuente de las obligaciones internacionales. “El objeto del tratado está integrado por todas las obligaciones estipuladas por el mismo”⁷.

Según los doctrinantes del derecho internacional los tratados pueden clasificarse: por el número de Estados que los celebran (bilaterales y mul-

⁵ Cfr. SEARA VÁZQUEZ, ob. cit., pág. 65 y 66.

⁶ REUTER, ob. cit., pág. 16.

⁷ *Ibidem*, pág. 215.

tilaterales); por el ámbito en que rigen (universales y regionales); por su contenido o materia (económicos, sociales, políticos, culturales, armas nucleares, o *que reconocen derechos humanos*). En efecto, los tratados que reconocen los derechos humanos son multilaterales; unos de carácter universal (los adoptados en el seno de la ONU) y otros regionales (en el ámbito de la OEA). Unos podrán ser tratados *generales*, porque reconocen los derechos humanos a todas las personas; por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA); otros podrán ser tratados *específicos*, por cuanto reconocen los derechos humanos a determinadas personas; por ejemplo: la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belén do Pará” (OEA).

Los tratados de derechos humanos tienen una especial naturaleza, según explica la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-2/82, en los siguientes términos:

“29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”⁸.

“41. La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspira en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo [...], la Comisión europea declaró que las obligaciones asumidas por los Estados Parte en la Convención europea de derechos humanos «son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes»”⁹.

⁸ Corte IDH, Opinión consultiva OC-2/82, 24 septiembre 1982, párrafo 29.

⁹ Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional contra Perú, sent., 24 septiembre 1999, párrafos 41 y 44.

En efecto, “los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno”¹⁰.

Con estas precisiones conceptuales nos ocuparemos ahora de las obligaciones internacionales, originadas en tratados internacionales (que reconocen derechos humanos) que es su fuente.

2. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Previamente veamos, en términos generales, cuál es el concepto de obligaciones en el derecho privado. “La palabra obligación, *obligatio*, derivada de *ob* y *ligare*, ligar, contiene la idea de ‘vínculo’, por lo que se ha admitido que la obligación consiste en un vínculo de derecho, que liga al deudor con el acreedor, como lo concibió el derecho romano”.

Las obligaciones tienen los siguientes *elementos*: los *sujetos*, el *objeto* y el *vínculo jurídico*. El sujeto tiene como sustrato el *ser humano*, investido por el ordenamiento jurídico con el carácter de *persona*. El objeto de las obligaciones es la *prestación*. Esta tiene, a su vez, un objeto o contenido que es una cosa, un hecho, o un derecho. La prestación puede consistir en *dar*, *hacer*, o *no hacer*. El vínculo (o relación) jurídico, que permite la coherente actuación de los elementos restantes de las obligaciones y de sus consecuencias jurídicas, es concreta expresión de la coercibilidad como elemento esencial del derecho.

Las obligaciones de *dar* consisten generalmente en la entrega de una cosa a otro, o en transmitirle un derecho. Las obligaciones de *hacer* son aquellas que tienen por objeto una prestación consistente en desarrollar cualquier actividad corporal o intelectual, diversa de la consistente en entregar una cosa. Estas son denominadas por la doctrina obligaciones *positivas*. Las obligaciones de *no hacer* (u obligaciones *negativas*) son las que, para ser cumplidas, precisan de una abstención (realizar algo o prestar algún servicio) por parte del deudor. La diferencia entre las dos obligaciones radica en que en la de hacer, el hecho jurídico positivo consiste en una *acción* y en la de no hacer, el hecho jurídico negativo consiste en una *omisión*.

La doctrina del derecho privado ha elaborado otra novedosa clasificación: obligaciones de *resultado*, son aquellas en las que el deudor se compromete a realizar en favor del acreedor una prestación determinada, o procurarle un resultado concreto que el deudor garantiza se logrará. En otros términos, consiste en que el obligado ofrece la segura obtención de un obje-

¹⁰ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, sent., 31 agosto 2001, párrafo 146.

tivo, por lo cual responde de no obtenerlo. En estas obligaciones de resultado el acreedor no está obligado a probar la culpa del deudor.

En las obligaciones de *resultado*, como el buen cumplimiento importa constreñir al deudor a procurar al acreedor el resultado, la simple falta de aquel constituye —de por sí— mal cumplimiento. En las obligaciones de *medio* el deudor solo promete diligencia y dispone de las aptitudes suficientes para que normalmente, y no en forma necesaria, se produzca el resultado querido por el acreedor.

Las fuentes de las obligaciones son las siguientes, según la doctrina del derecho privado: el *contrato*, considerado como acto jurídico bilateral, tiene por fin inmediato *crear obligaciones*; le siguen el *cuasi-contrato*, los *delitos* y los *cuasi-delitos*, que son *actos ilícitos* (o *hechos ilícitos*) y la *ley*, considerada como fuente de las obligaciones con carácter autónomo; el *enriquecimiento indebido*, el *abuso del derecho* y la *sentencia judicial* que hace tránsito a *cosa juzgada*, porque ha sido considerada como declarativa de obligaciones¹¹.

Con estos antecedentes jurídicos en el derecho privado ¿cómo se definirían entonces las obligaciones en el derecho público? EDUARDO AUGUSTO GARCÍA, expresa lo siguiente: “La obligación en el derecho público, es el vínculo que une a una persona física o jurídica con un Estado, en virtud del cual este, por medio de sus agentes, exige de aquella el cumplimiento de ciertas prestaciones impuestas por la ley”¹².

En el campo del derecho internacional, tenemos la siguiente definición: “La obligación, en el derecho internacional, es también el vínculo que une a un Estado con otro Estado o con personas físicas o jurídicas nacionales o extranjeras, en virtud del cual estos últimos pueden demandar al primero para que haga o deje de hacer algo a que se había obligado por un tratado, o para que repare el daño causado injustamente por sus agentes”¹³.

“Es evidente que, a semejanza de los contratos, los tratados internacionales solo producen efectos entre las partes, para las cuales hacen nacer obligaciones”¹⁴.

¹¹ Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba, t. xx, Buenos Aires, Driskill S. A., 1982, págs. 622 a 704; GUILLERMO CABANELLAS, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. v, 16^a ed., Buenos Aires, 1981, págs. 621, 622 y 623; LUIS RIBÓ DURÁN, *Diccionario de derecho*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1987, págs. 417 y 418.

¹² EDUARDO AUGUSTO GARCÍA, *Manual de derecho internacional público*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1975, pág. 395.

¹³ *Idem, ibidem*.

¹⁴ CÉSAR DÍAZ CISNEROS, *Derecho internacional público*. t. II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1966, pág. 158.

Del concepto de obligaciones en el derecho privado y de su desarrollo en el derecho público, en el derecho internacional, específicamente en el derecho internacional de los derechos humanos, se podría asimilar y concluir que los elementos de las obligaciones nos permiten afirmar que se trata de una relación jurídica entre dos sujetos: sujeto activo (las personas físicas) y sujeto pasivo (el Estado), unidos por ese vínculo jurídico para que este ejecute un *hacer* o *deje de hacer* algo a lo que se había obligado por un tratado o una convención internacional¹⁵, y aquel (el ser humano) tendrá la facultad de exigir del poder público (el Estado) que cumpla las obligaciones internacionales, consideradas obligaciones de *resultado*, es decir, que el Estado se compromete a realizar a favor de la persona humana una prestación determinada, un resultado concreto, y que responderá internacionalmente si no lo alcanza. En otras palabras, el Estado no se podrá excusar argumentando que hizo todo lo posible, pero que no consiguió el resultado al que estaba obligado.

“Cuando un Estado se compromete a través de un tratado a garantizar determinados derechos a las personas bajo su jurisdicción, está asumiendo una obligación inmediatamente exigible, de manera que si esos derechos son violados por un hecho imputable a ese Estado, también se está violando el tratado. Solo excepcionalmente, en el caso de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales, puede considerarse que las obligaciones contraídas por los Estados son exigibles de manera progresiva y en la medida de los recursos existentes”¹⁶.

En otras palabras, los derechos civiles y políticos son de exigibilidad y aplicación inmediatas y los derechos económicos, sociales y culturales no son exigibles, sino que se garantizarán progresivamente, de conformidad con los presupuestos y recursos estatales.

“Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”¹⁷.

¿Cuál es el contenido de una obligación internacional? Genéricamente se trata del comportamiento (un hacer, o un no hacer) que se exige del Estado

¹⁵ Los tratados y las convenciones internacionales son la principal fuente de las obligaciones internacionales.

¹⁶ NIKKEN, ob. cit., págs. 310-311.

¹⁷ Corte IDH, Caso Constantine y otros contra Trinidad y Tobago, sentencia de 1º septiembre 2001, párrafo 95. Véase igualmente “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Opinión Consultiva OC-2/82, 24 septiembre 1992, párrafo 29.

específicamente determinado, y que depende del contenido del tratado (reconocimiento de derechos humanos).

Examinemos brevemente el tema de las obligaciones en el sistema universal de derechos humanos (ONU) y en el sistema regional interamericano de derechos humanos (OEA).

A) Sistema Universal. Organización de las Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas¹⁸, en el artículo 1º, proclama como *propósitos* de la Organización, los siguientes: 1. Mantener la paz y seguridad internacionales; 2. El respeto al principio de igualdad de derechos; 3. La libre determinación de los pueblos y la realización de la cooperación internacional.

“En este último aspecto, el párrafo 3 del artículo 1º de la Carta de la ONU señala, a su vez, tres sectores a los que se dará prioridad en la realización de esa cooperación internacional, a saber:

”a) problemas de carácter económico, social, cultural;

”b) problemas de carácter humanitario; y

”c) el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”¹⁹.

Por su parte, el artículo 55 de la Carta le asigna a la Organización como propósito, promover: “c. el *respeto* universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la *efectividad* de tales derechos y libertades”.

El artículo 56 establece la *obligación* para todos los Estados miembros de la ONU de tomar medidas, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55, es decir, la obligación de respetar los derechos humanos. “Por su parte, la propia Organización asume la obligación jurídica de promover el respeto universal a los derechos humanos, así como su efectividad” (lit. c)²⁰.

“Al establecerse en la Carta de las Naciones Unidas (ONU) la *obligación* internacional de los Estados Miembros *de respetar los derechos*

¹⁸ Tratado que celebraron los Estados, el 25 de junio de 1945, en San Francisco (Estados Unidos), en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.

¹⁹ CARLOS VILLÁN DURÁN, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, Edit. Trotta, 2002, págs. 71 y 72.

²⁰ VILLÁN DURÁN, ob. cit., pág. 72.

humanos de las personas, con independencia de su nacionalidad, se inició una nueva etapa en el orden jurídico internacional. [...] De esta manera, los derechos humanos aparecen como valores y principios supraestatales, cuya realización y respeto constituyen el fundamento de una *obligación* asumida por todos los Estados y por la propia Organización de las Naciones Unidas”²¹ (cursivas fuera del texto).

En otras palabras, la Carta, como tratado internacional del cual se derivan las obligaciones de *respetar* los derechos humanos y promover su *efectividad*, se caracteriza por su valor vinculante.

B) Sistema regional. Organización de los Estados Americanos

En cuanto al carácter que tiene la OEA en la ONU, el artículo 1º de la Carta de la OEA preceptúa lo siguiente: “(...) Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un órgano regional”.

BUERGENTHAL resalta la importancia de “las obligaciones internacionales sobre derechos humanos de los Estados Miembros de la OEA, como componentes de un sistema regional que opera dentro de las Naciones Unidas (...). Las obligaciones internacionales de los Estados Miembros de la OEA sobre derechos humanos se rigen por las Cartas de las Naciones Unidas y de la OEA. En caso de conflicto entre las obligaciones de los Estados conforme a la Carta de las Naciones Unidas y las de la Carta de la OEA o de cualquier convenio internacional, las primeras prevalecen (Carta ONU, art. 103; Carta OEA, art. 136)”²².

En efecto, el artículo 103 de la Carta de la ONU, preceptúa: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, *prevalecerán* las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

El capítulo xx de la Carta de la OEA (“De las Naciones Unidas”), establece en el artículo 136: “Ninguna de las estipulaciones de esta Carta se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados Miembros de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas”.

En la Convención Americana “se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos”²³.

²¹ FERNANDO URIOSTE BRAGA, *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*, Montevideo, Editorial B de F, 2002, págs. 139 y 142.

²² BUERGENTHAL, ob. cit., págs. 57 y 59.

²³ Corte Interamericana, Opinión consultiva OC-1/82, 24 septiembre 1982, “Otros tratados”, sobre el objeto de la función consultiva de la Corte (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 64).

3. LA CONVENCION AMERICANA Y LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

La Convención Americana es un conjunto de normas jurídicas internacionales que generan obligaciones internacionales, de conformidad con los artículos 1.1 y 2. Según ASDRÚBAL AGUIAR ARANGUREN estas “son obligaciones *erga omnes* de efectos triangulares. Las asume cada Estado frente a la comunidad interamericana como un todo; frente a cada uno de los Estados Parte de la Convención; y frente a «todos» los individuos —nacionales o extranjeros— sujetos a su jurisdicción, como directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por este instrumento de derecho particular”²⁴.

La Corte Interamericana distingue dos categorías de obligaciones internacionales, a saber; “El artículo 2º de la Convención, al igual que el artículo 1.1, consagra una *obligación general* —que se suma a las *obligaciones específicas* en relación con cada uno de los derechos protegidos—”²⁵ (curativas fuera del texto).

Cada norma jurídica de la Convención (arts. 3º a 25):

*Reconoce*²⁶ los derechos humanos a todos los seres humanos (obligaciones *específicas*).

Otras obligaciones *generales* a cargo del Estado Parte derivadas del artículo 1.1, son:

(i) *Respetar*²⁷ los derechos humanos reconocidos.

(ii) *Garantizar* el libre y pleno *ejercicio* del derecho contenido en cada norma jurídica.

· Según la Corte Interamericana, “Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes* [...]. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana [...] y se aplica a todos los Estados miembros de la OEA”²⁸. CANÇADO TRINDADE amplía el contenido y alcance jurí-

²⁴ ASDRÚBAL AGUIAR ARANGUREN, *Responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos*, Caracas, Venezuela, 1996, sin datos de edición, pág. 76.

²⁵ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides contra Perú, sent. 3 septiembre 1998, excepciones preliminares, párrafo 46.

²⁶ “(...) *reconocimiento* es la positivización o recepción de los derechos naturales del hombre en el mundo jurídico”. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1991, pág. 104.

²⁷ “(...) *respetar* —es decir, no violar—”. PEDRO PABLO CAMARGO, *Manual de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Leyer, 2004, pág. 567.

²⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 septiembre 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrafos 109 y 110.

dicos de estas obligaciones generales, expresando lo siguiente en su voto concurrente a la opinión consultiva anteriormente mencionada: “Las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto a los órganos y agentes del poder público (estatal), como a los simples particulares (en las relaciones inter-individuales)”²⁹.

Erga omnes, entendido “contra todos, respecto de todos, se aplica para calificar aquellos derechos cuyos efectos se producen en relación con todos”³⁰. Lo que en otros términos quiere decir, que de las normas que reconocen derechos humanos emergen obligaciones internacionales (contra todo el mundo) de protección del ser humano (*erga omnes*).

A su vez, cada derecho humano reconocido en la Convención tiene un contenido. “En general, entendemos por contenido del derecho, dentro de este contexto, el conjunto de atributos y facultades de la persona que son el objeto de la garantía ofrecida, así como, correspectivamente, las obligaciones que el Estado asume, por fuerza del tratado, en el sentido de asegurar la inviolabilidad de esos atributos o de alcanzar su realización a través de medios apropiados para ese propósito. En consecuencia, si esa esfera inviolable de la persona es lesionada por actos imputables al poder público, o si la gestión estatal no se ordena adecuadamente para obtener la satisfacción de los derechos en los términos pactados, el Estado involucrado estará incumpliendo sus obligaciones y violando el tratado”³¹.

(iii) *Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno* (art. 2º).

Más adelante explicaremos el contenido y alcance jurídicos de esta obligación.

A continuación analizaremos las obligaciones internacionales contraídas por los Estados al ratificar la Convención Americana: obligaciones *generales* y obligaciones *específicas*.

La Convención Americana reconoce derechos humanos, pero también establece perentoriamente las obligaciones generales para los Estados Parte —en este tratado— que deben cumplir, según la siguiente preceptiva:

El artículo 1º establece lo siguiente: “*Obligación de respetar los derechos*. 1. Los Estados Parte en esta Convención se *comprometen a respetar los derechos y libertades* reconocidos en ella y a *garantizar su libre y*

²⁹ CANÇADO TRINDADE, OC-18/03, párrafo 77.

³⁰ GERMÁN CISNEROS FARIAS, *Diccionario de frases y aforismos latinos*, ob. cit., pág. 37.

³¹ NIKKEN, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, ob. cit., pág. 117.

pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

MARCO GERARDO MONROY CABRA, al referirse a esta norma, comenta lo que sigue: “Se trata de una aplicación del principio *pacta sunt servanda* estatuido en el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados y reconocido tanto en la Carta de la ONU (art. 2º-2 y preámbulo) y de la OEA, (art. 3º, ord. b)”³².

AGUIAR ARANGUREN³³ explica la naturaleza jurídica de las obligaciones internacionales, en la siguiente forma: “Dicho artículo establece a cargo de los Estados Parte una doble obligación: la de *respetar los derechos y libertades reconocidos* y la de *garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a (la) jurisdicción* de estos. La primera de dichas obligaciones es una típica *obligación de no hacer*, que se traduce en las limitaciones al ejercicio del poder público cuando este pretende penetrar en la esfera del individuo, menoscabando por exceso o por defecto sus atributos inviolables. El ejercicio de la función pública —ha dicho la Corte— tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana, y en consecuencia, superiores al poder del Estado”.

El artículo 2º preceptúa lo siguiente: “*Deber de adoptar disposiciones de derecho interno*. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte *se comprometen a adoptar*, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, *las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*” (cursivas fuera del texto).

“Esta norma consagra la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno reconocida en los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en la doctrina y jurisprudencia internacionales. La norma conlleva la obligación de los Estados de acoplar su legislación interna a lo preceptuado en el Pacto de San José, de tal manera que

³² MARCO GERARDO MONROY CABRA, *Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”*, Secretaría General de la OEA, Washington, D.C., 1980, pág. 33.

³³ AGUIAR, ARANGUREN, *Responsabilidad internacional de los Estados por violación de derechos humanos*, ob. cit., pág. 76.

haya perfecta armonía y congruencia entre las normas internas y las internacionales contenidas en dicha Convención”³⁴.

“La segunda obligación es una *obligación de hacer*, que se concreta en el deber de los Estados Parte de organizar [...] todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público [...]; por ende, aquella también significa, por vía complementaria, el deber de los Estados Parte de adoptar las disposiciones legislativas internas o de otro orden que, conforme lo indica el artículo 2º de la Convención, se requieren para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos por sus destinatarios, haciéndolos efectivos”³⁵.

La Corte Interamericana, en sentencia de 5 de febrero de 2001, Caso “La última tentación de Cristo”, expresó:

“87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial”³⁶.

En cuanto a las obligaciones y deberes del artículo 2º de la Convención, la jurisprudencia internacional expresa que estas implican “la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”³⁷.

En relación con la obligación de respetar los derechos de la Convención y adecuar el derecho interno (arts. 1º y 2º), la Corte ha sostenido lo siguiente:

“En el Caso Garrido y Baigorria (1998) [...] la Corte afirmó claramente que la Convención Americana «establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados». En la misma sentencia, la Corte dijo que:

³⁴ MONROY CABRA, *Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*, ob. cit., pág. 34.

³⁵ AGUIAR ARANGUREN, ob. cit., pág. 76.

³⁶ Cfr. “*príncipe allant de soi*”, *Echnge des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., serie B, núm. 10, pág. 20; y Caso Durand y Ugarte, *supra* nota 20, párrafo 136.

³⁷ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, sent. 31 agosto 2001, párrafo 136.

”«[e]sta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser *efectivas*. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en [el] orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella»”³⁸.

En sentencia de 5 de febrero de 2001, la Corte Interamericana expresó:

“La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2º de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías”³⁹.

Este tema se relaciona con la doctrina de la *incorporación automática* de algunas normas internacionales que reconocen derechos humanos, en el derecho interno y “tienen un efecto directo sobre la forma en que ese tratado será aplicado en el ámbito jurídico de aquellos Estados que los hayan ratificado. Una de ellas es el artículo 2º” (*self executing*)⁴⁰. Estos aspectos jurídicos los ampliaremos al final de este capítulo.

Además, expresa la Corte: “Para los Estados Parte la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención”⁴¹.

En concreto, ¿cómo se definen y cuáles son las obligaciones internacionales generales a cargo de los Estados Parte y que se derivan de la Convención Americana?

A) *Obligación de respetar los derechos humanos*

En el Caso Velásquez Rodríguez, la Corte Interamericana expresó lo siguiente:

“165. *La primera obligación* asumida por los Estados Parte, en los términos del citado artículo, es la de «respetar» los derechos y libertades

³⁸ Corte IDH, Caso Cesti Hurtado contra Perú, sent., 29 septiembre 1999, párrafo 167.

³⁹ Caso “La última tentación de Cristo”, (Olmedo Bustos y otros) contra Chile, párrafo 85.

⁴⁰ BUERGENTHAL, ob. cit., págs. 87 y 88.

⁴¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89, 14 julio 1989, párrafo 46.

reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado [...]”.

B) *Obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*

En el mismo Caso, expresó la Corte:

“*La segunda obligación de los Estados Parte es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*”⁴² (cursivas fuera del texto).

La misma Corte Interamericana, con claridad meridiana, explica los alcances jurídicos de estos *deberes*:

1) *El deber de prevenir*. “El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un *hecho ilícito* que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”⁴³.

2) *El deber de investigar*. “El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su

⁴² Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sent., 29 julio 1988, párrafo 166.

⁴³ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sent., 29 julio 1988, párrafo 175.

jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos por la Convención⁴⁴, por ejemplo, por las violaciones de los derechos humanos atribuidas a los paramilitares, guerrilla, delincuencia común, deberá responder el Estado.

En otra oportunidad la Corte expresó:

“212. Esta Corte ha señalado con claridad que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”⁴⁵.

3) *El deber de sancionar*. En cumplimiento y en desarrollo del deber de investigar a los agentes del Estado que, como autores del *hecho ilícito* atribuible al Estado, deberán ser sancionados por la violación a los derechos humanos.

En relación con los deberes de investigar y sancionar, es importante señalar los alcances que la Corte les ha asignado:

“[...] En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o de comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. [...]”

“Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”⁴⁶.

En el derecho internacional, las obligaciones que contraen los Estados que ratifican los tratados deben cumplirse de acuerdo con el *principio de la buena fe*. En efecto:

⁴⁴ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, contra Honduras sent., 29 julio 1988, párrafo 176.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, sent., 25 noviembre 2000, párrafo 212.

⁴⁶ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sent., 29 julio 1988, párrafo 177.

“Según el derecho internacional, las obligaciones que este [se refiere a los tratados] impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno [...].

”Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención”⁴⁷.

“El carácter vinculante de las normas se deriva casi siempre de la aceptación y la adhesión del Estado a su contenido, a su valor ético o moral [...]. Dependerá de la sincera y leal aceptación por parte del Estado, que expresa de esta manera su buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. En el caso concreto, su adhesión al sistema de protección internacional de los derechos humanos al que ha reconocido previamente, por su incorporación a él, la capacidad y la autoridad para controlar y vigilar la compatibilidad de su orden interno con el internacional”⁴⁸.

C) *Obligación de cooperación*

Además de las dos obligaciones anteriormente expuestas, según la juez de la Corte CECILIA MEDINA QUIROGA, “existe una tercera obligación para los Estados: la de cooperar con los órganos internacionales que los controlan, que deriva, de manera general, de su calidad de partes del tratado respectivo y, además, de la existencia del principio de derecho internacional que obliga a los Estados a cumplir los tratados de buena fe [...]. La obligación de cooperar es, pues, clara e implica el proporcionar información oportuna, pertinente y veraz, respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o respecto de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo. En esta materia, la posición constante de los órganos de supervisión es la de que son los Estados los que están en mejores condiciones de proveerlos con los datos necesarios para que ellos puedan evaluar si dichos Estados cumplen o infringen las normas internacionales”⁴⁹.

De conformidad con esta preceptiva internacional, los Estados que han ratificado la Convención Americana adquieren *obligaciones internacionales*

⁴⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 diciembre 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1º y 2º), párs. 33 y 35.

⁴⁸ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 4.

⁴⁹ CECILIA MEDINA QUIROGA, “El derecho internacional de los derechos humanos”, en la obra colectiva *Sistema jurídico y derechos humanos*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 1996, págs. 51 y 52.

les de respetar los derechos humanos y garantizar su libre y pleno ejercicio a todo ser humano, y si incumplen las obligaciones se produciría la violación, un daño y, por ende, la responsabilidad internacional; pero previamente al desarrollo de estas tres instituciones, examinaremos los vínculos entre las obligaciones *erga omnes* y el *ius cogens*, y su relación con el Derecho Internacional de los derechos humanos.

4. “IUS COGENS”, OBLIGACIONES INTERNACIONALES ERGA OMNES Y DERECHOS HUMANOS

Precisemos, en primer lugar, el concepto de *ius cogens*: “La noción de *ius cogens* designa, en derecho internacional [...], las reglas de carácter imperativo (no dispositivas), las cuales no pueden ser derogadas por acuerdo particular entre los sujetos de derecho, bajo pena de nulidad absoluta”⁵⁰.

Al respecto, tomamos de BUERGENTHAL lo siguiente: “El concepto de *ius cogens* se deriva de una «orden superior» de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de *ius cogens* han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el «orden público internacional»”⁵¹.

“Se llaman de orden público internacional aquellas normas y principios generales de un sistema jurídico determinado que constituyen su fundamento estructural y, por esta razón, no pueden ser reemplazados ni sustituidos sin que el sistema pierda sus características definitorias”⁵².

Las reglas del *ius cogens* reúnen las exigencias establecidas por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, como son: a) que la norma sea aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto (imperativa); b) que dicha norma no admita acuerdo en contrario (inderogable), y c) que ella solo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter imperativo⁵³.

⁵⁰ ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO y JORGE WITKER, *Diccionario de derecho internacional*, México, Edit. Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pág. 201.

⁵¹ BUERGENTHAL, ob. cit., pág. 74.

⁵² GÓMEZ-VERDUZCO y WITKER, ob. cit., pág. 252.

⁵³ Cfr. EDMUNDO VARGAS CARREÑO, *Introducción al derecho internacional*, t. 1, San José, Ediciones Juriscentro, 1979, pág. 172.

“*Ius cogens* significa que una norma es inderogable, es imperativa, es indisponible”⁵⁴. “Por norma imperativa entendemos [...], la que es de inexorable cumplimiento”⁵⁵.

Este es el contenido y alcance jurídicos del *ius cogens* en el derecho de los tratados; pero ¿cuál es la relación de estas reglas del *ius cogens* con el carácter de las normas que contienen los derechos humanos?

Interesante exposición acerca de estos temas nos presenta AMPARO SANJOSÉ GIL: “Pensamos que es conveniente referirnos, siquiera brevemente, al carácter de las normas relativas a los derechos humanos en la medida en que la mayoría de las normas de derecho internacional general en esta materia son generalmente reconocidos como normas de *ius cogens*”⁵⁶. Señala la autora como características de estas normas su *generalidad, imperatividad y jerarquía*.

En efecto, se trata de la existencia de normas imperativas del derecho internacional que reconoce derechos humanos (*ius cogens*).

Suele citarse como ejemplo, en el sistema universal, la prohibición de actos de agresión y genocidio⁵⁷, y en el sistema interamericano la protección del derecho a la vida de los menores de edad (niños); esta norma ha sido aceptada por todos los Estados miembros de la OEA, también por Estados Unidos; es una norma de *ius cogens* que prohíbe la pena de muerte de niños.

Siguiendo a SANJOSÉ GIL planteamos la siguiente pregunta: ¿los derechos humanos a que nos estamos refiriendo (es decir, los derechos humanos en el derecho internacional general) generan o no obligaciones *erga omnes*?⁵⁸. Responde la autora, en la siguiente forma:

“Es opinión comúnmente aceptada, que de las normas de «*ius cogens*» derivan la mayoría de las llamadas *obligaciones erga omnes*”⁵⁹.

En similar sentido se pronuncia GÓMEZ ROBLEDO: “este complejo normativo, pertenece, así pueda ser en parte solamente, al *ius cogens*”⁶⁰.

⁵⁴ GERMÁN J. BIDART CAMPOS y DANIEL E. HERRENDORF, *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1991, pág. 247.

⁵⁵ ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pág. 89.

⁵⁶ AMPARO SANJOSÉ GIL, *La protección de los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional*, Valencia (España), Tirant lo Blanch, 1992, pág. 19.

⁵⁷ Corte Internacional de Justicia, Caso Barcelona, *Traction*, 1970.

⁵⁸ Cfr. SANJOSÉ GIL, ob. cit., pág. 22.

⁵⁹ SANJOSÉ GIL, ob. cit., pág. 23.

⁶⁰ GÓMEZ ROBLEDO, ob. cit., pág. 89.

Una tesis de avanzada en esta materia es la siguiente: “Además, el *ius cogens*, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación.

”Es ampliamente reconocido, en nuestros días, que las normas imperativas del *ius cogens* efectivamente acarrear obligaciones *erga omnes*.

”El *ius cogens*, al acarrear obligaciones *erga omnes*, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (*omnes*), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares.

”Por definición, todas las normas del *ius cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes* [...]. A su vez, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas del *ius cogens*”⁶¹.

La internacionalista SANJOSÉ GIL sostiene que la mayoría de las normas de los instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos son normas de *ius cogens*, pero aclaramos que no todas estas normas fueron aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional, por ejemplo, el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 17 en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, no está reconocido en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, de 1966. En efecto, de 58 Estados, se abstuvieron de votar la aprobación de la Declaración Universal: Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Yugoslavia, Unión Sudafricana, Arabia Saudita y la U.R.S.S.; esta última por principios (filosóficos, políticos, económicos y sociales) no podía aceptar la norma que reconocía como derecho humano el derecho a la propiedad —porque lo había abolido de su ordenamiento interno, fruto de la revolución socialista—, lo que significaba claramente que la norma internacional que reconoció a la propiedad, no era una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su *conjunto*, máxime que en los dos Pactos Internacionales de 1966 no figura el derecho a la propiedad. ¿En 1948 esa norma no era de *ius cogens*, porque no tendría la característica de la generalidad? La respuesta la brinda GÓMEZ ROBLEDO: “ninguna dificultad ofrece el término «en su conjunto» con que se califica el reconocimiento y aceptación, por parte de la comunidad internacional, de una norma imperativa

⁶¹ ANTONIO CANÇADO TRINDADE, Voto concurrente en la Opinión Consultiva núm. 18, 17 septiembre 2003, sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados.

[...] por aquella expresión debía entenderse no necesariamente la totalidad, sino que bastaría una amplísima mayoría de Estados [...] para llenar aquel requisito [...] para no dar a ningún Estado en particular el derecho de veto”⁶².

No obstante lo anterior, la Declaración Universal está inspirada por una *matriz jusnaturalista* que aporta Occidente (Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos), en la que se destaca el derecho a la propiedad⁶³.

Actualmente existe otro orden mundial, a partir de la caída del muro del Berlín. Sin embargo, en el sistema interamericano de derechos humanos, la propiedad privada tiene especial protección convencional, como se demostrará adelante⁶⁴.

El internacionalista ANTONIO MARÍN LÓPEZ, concluye lo siguiente:

“Por consiguiente, teniendo en cuenta la práctica convencional, la jurisprudencia internacional y las opiniones de los autores, podrán señalarse las siguientes normas de *ius cogens*.

”a) la regla que protege los derechos del hombre, que todo Estado tiene obligación de garantizar en declaraciones y mediante procedimientos efectivos”⁶⁵.

En similar sentido GÓMEZ, VERDUZCO y WITKER, se pronuncian así: “Principio del respeto a las «reglas fundamentales» de los derechos humanos, en particular los derechos «inderogables»”⁶⁶.

En conclusión, “ha sido reconocida la obligación genérica que tienen los Estados de asegurar el respeto de los derechos humanos como una obligación *erga omnes*”⁶⁷, sin hacer distinción entre los derechos humanos [...]”⁶⁸.

Al respecto, la Corte Interamericana al decretar medidas provisionales, en el Caso Diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia” contra Venezuela, en Resolución de 6 de julio de 2004, expresó:

⁶² GÓMEZ ROBLEDO, ob. cit., págs. 90 y 91.

⁶³ Cfr. ANTONIO CASSESE, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1993, págs. 40, 42 y 53.

⁶⁴ Ver *infra* págs. 184 a 188, 191, 260 y 266.

⁶⁵ ANTONIO MARÍN LÓPEZ, “Las normas imperativas en derecho internacional”, en *Estudios de derecho internacional público y privado*, homenaje al profesor Luis Sela Sampil, España, Universidad de Oviedo, 1970, pág. 75.

⁶⁶ GÓMEZ, VERDUZCO y WITKER, ob. cit., pág. 203.

⁶⁷ Resolución sobre “La protección de los derechos del hombre y el principio de no intervención en los asuntos internos del Estado”.

⁶⁸ SANJOSÉ GIL, ob. cit., pág. 121.

“12. Que para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación, *erga omnes*, de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Esto significa, como lo ha dicho la Corte, que tal obligación general se impone no solo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares”⁶⁹.

5. OBLIGACIONES INTERNACIONALES PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

Otra clasificación de las obligaciones internacionales, se hace considerando su origen:

A) *Obligaciones primarias (o sustantivas)*

“Son aquellas que establecen la obligación a cargo del Estado y a estos efectos no importa la fuente de esa obligación o su origen. Ellas pueden originarse de una convención o tratado, estar en una norma consuetudinaria [...]. Es suficiente, a estos efectos, que se constate la existencia de una obligación y que ella esté vigente para el Estado concernido, en el momento en que se produce el hecho ilícito”⁷⁰; por ejemplo, las obligaciones generales (*erga omnes*) de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, derivadas del artículo 1.1 de la Convención Americana.

B) *Obligaciones secundarias (o sustitutivas)*

“Son aquellas que se establecen a partir de la constatación del hecho ilícito. Ellas son las obligaciones derivadas de la responsabilidad del Estado, que dan lugar a una serie de relaciones jurídicas nuevas, entre el sujeto responsable y los sujetos lesionados. Son las llamadas obligaciones de la responsabilidad internacional”⁷¹. “El contenido de la obligación secundaria o sustitutiva de aquella primaria que fue violada o incumplida, se

⁶⁹ Cfr. Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 marzo 2003, considerando undécimo; y Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 junio 2002, considerando undécimo; ambas resoluciones contra Colombia.

⁷⁰ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 148.

⁷¹ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 149.

concreta en un deber de reparación de los daños⁷². Las obligaciones secundarias podrían cumplirse mediante una *reparación* en forma de restitución, cesación del comportamiento ilícito, satisfacción, indemnización y las seguridades o garantías de no repetición del hecho ilícito; por ejemplo, el Estado que decreta la nacionalización (confiscación disfrazada) de bienes de propiedad particular, sin indemnización, realiza un hecho internacionalmente ilícito y, por ende, incurre en responsabilidad internacional, por violación del artículo 21 de la Convención Americana de la cual es Estado Parte; por tanto, podrá ser condenado internacionalmente por la Corte Interamericana a la obligación de reparar mediante la restitución de los bienes, si es posible, o de lo contrario, el Estado estaría en la obligación de indemnizar al propietario por el despojo sin una compensación o indemnización justa. “Esta compensación está regulada por el principio de igualdad ante la ley y por su corolario, de igualdad ante las cargas públicas⁷³”.

Este es un principio que complementa el principio general del derecho que prohíbe el *enriquecimiento injusto* que, según JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “significa que no es la pérdida o el empobrecimiento del propietario individual expropiado, en todos sus elementos, lo que ha de tomarse en cuenta, sino el enriquecimiento, la ganancia o beneficio que ha obtenido el Estado nacionalizador. Las medidas que aparejan una transferencia de riqueza a favor de ese Estado [...] son las que originan el deber de compensar⁷⁴”. En importante y destacado estudio sobre este tema, EDMUNDO VARGAS CARREÑO, al explicar el fundamento de la obligación de compensar, sostiene lo siguiente: “[...] *el principio del enriquecimiento injusto* por estar reconocido por la gran mayoría de los Estados y por la jurisprudencia internacional, puede ser aplicable a la determinación de las indemnizaciones por nacionalización⁷⁵”.

Finalmente, ¿las obligaciones internacionales contraídas por los Estados al ratificar los tratados de los derechos humanos, serían objeto de *violación* cuando se le atribuya al Estado la realización de un *hecho internacionalmente ilícito*? La respuesta es positiva.

⁷² ASDRÚBAL AGUIAR, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, ob. cit., pág. 78.

⁷³ URIOSTE BRAGA, ob. cit., págs. 160 y 163.

⁷⁴ EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Edit. Tecnos, 1980, págs. 353 a 357.

⁷⁵ EDMUNDO VARGAS CARREÑO, *Nacionalización y expropiación de bienes de extranjeros ante el derecho internacional*, OEA, Tercer Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano, Rio de Janeiro, 1977, pág. 207.

6. HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO Y VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

¿Cuándo hay violación?

La Comisión de Derecho Internacional adoptó el articulado *sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*⁷⁶ (2001), y en el artículo 12 consagró la siguiente definición: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”.

Tal disconformidad es lo que genera el *hecho internacionalmente ilícito* y, por consiguiente, origina responsabilidad internacional.

“El hecho internacionalmente ilícito deriva de la violación de una obligación internacional, con independencia de la naturaleza y características de la misma”⁷⁷.

“Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención”⁷⁸, aspectos que ampliaremos más adelante.

A) Hecho internacionalmente ilícito. Existencia y elementos

¿Cuándo hay hecho internacionalmente ilícito? Y ¿cuáles son sus elementos?

“Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

”a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y

”b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”⁷⁹ (art. 2º).

⁷⁶ Según SANJOSÉ GIL, URIOSTE BRAGA, AGUIAR ARANGUREN, CARRILLO SALCEDO, PIZA y TREJOS, aplicable a la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos, como normas supletivas.

⁷⁷ JULIO D. GONZÁLEZ CAMPO, LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y M^a PAZ SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Curso de derecho internacional público*, 5ª. ed., Madrid, Universidad Complutense, 1992, pág. 295.

⁷⁸ Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional contra Perú, sent., 31 enero 2001, párrafo 68.

⁷⁹ Articulado sobre responsabilidad del Estado (en adelante el *Articulado*), elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas; el cual se viene trabajando desde 1953.

Los elementos del hecho internacionalmente ilícito los explica SANJOSÉ GIL, en la siguiente forma:

“El hecho internacionalmente ilícito del Estado resulta de la confluencia de dos elementos constitutivos: en primer lugar se requiere un *comportamiento* consistente en una acción u omisión *atribuibles* al Estado según el Derecho Internacional (*elemento subjetivo*), y en segundo lugar se requiere que haya una violación de una obligación internacional del Estado resultante de ese comportamiento (*elemento objetivo*). De este modo, para el establecimiento de la responsabilidad internacional del Estado es necesaria la determinación de la existencia de un «hecho del Estado»⁸⁰ (cursivas fuera del texto).

Siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional y la doctrina de importantes internacionalistas, para todos los efectos nos referiremos al *hecho ilícito atribuible* al Estado y no al “acto” ilícito “imputable” al Estado.

Se aclara que el elemento *subjetivo* no significa que la responsabilidad sea subjetiva, es decir, que internacionalmente se investigue la culpabilidad con la cual obraron los agentes del Estado al cometer la violación a los derechos humanos, porque, como se expondrá más adelante, la responsabilidad es objetiva y por lo tanto responderá el Estado (por ser el sujeto que ratificó el tratado y adquirió obligaciones internacionales), cuando le sea *atribuible* el hecho ilícito. “Es, pues, el Estado el único sujeto activo de la violación de los derechos humanos en el marco del DIDH”⁸¹.

No olvidemos que el *hecho ilícito* también es fuente de obligaciones internacionales, según lo expuesto anteriormente.

B) ¿Cuándo los hechos internacionalmente ilícitos son atribuibles al Estado?

A este interrogante PIZA y TREJOS responden así: “La jurisprudencia internacional exige, para que pueda verse comprometida la responsabilidad, dos condiciones: *imputabilidad*. Es necesario que el hecho alegado (acto positivo u omisión) sea imputable al Estado cuya responsabilidad se alega. Son imputables al Estado los actos y omisiones de sus órganos de cualquier naturaleza (legislativos, ejecutivos y judiciales). *Ilicitud*. Es necesario que el hecho imputable al Estado sea internacionalmente ilícito”⁸².

⁸⁰ SANJOSÉ GIL, ob. cit., pág. 27.

⁸¹ RODOLFO E. PIZA R. y GERARDO TREJOS, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, Editorial Juriscentro, 1989, pág. 115.

⁸² PIZA y TREJOS, ob. cit., pág. 127.

Al respecto, la Corte Interamericana expresa: “[e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención *puede ser atribuida* a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Parte los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención *que pueda ser atribuido*, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye *un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad* en los términos previstos por la misma Convención”⁸³ (cursivas fuera del texto).

En conclusión, “una acción es imputable al Estado, cuando una conducta le es atribuible”⁸⁴.

C) *Comportamiento del Estado por acción u omisión*

Como se expresó, el comportamiento ilícito de un Estado podrá consistir en una *acción u omisión*, “en el sentido de que pueden ser acciones directamente ejecutadas y aplicadas positivamente por el Estado, o negativo (omisiones)”⁸⁵; ejemplos: *violación por acción* cuando: 1) la violación se realiza directamente por agentes del Estado; 2) estos actúen prevalidos de los poderes que les da su carácter oficial, aunque la motivación de la violación sea meramente privada; v. gr., cuando se valen de elementos que les brinda su cargo (armas, vehículos, uniformes, información); 3) las conductas son realizadas por particulares, pero instigados por servidores públicos, o con su consentimiento expreso o tácito, o con su tolerancia manifiesta. *Violación por omisión* cuando: 1) el Estado no organiza su aparato gubernamental, de manera que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos; v. gr., cuando en la administración de justicia no se contemple el derecho de toda persona acusada de un delito a tener acceso a un juez competente, independiente e imparcial, o el derecho a la defensa técnica; 2) el Estado no toma las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir, en la práctica, para que los individuos puedan disfrutar de sus derechos humanos; 3) el Estado no ponga la debida diligencia para prevenir un delito, cometido por par-

⁸³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 septiembre 2003, párrafo 76.

⁸⁴ Cfr. Comisión IDH. Informe sobre los hechos ocurridos en localidades de Amapampa, Llallagua y Capasirca, Norte del Departamento de Potosí, Bolivia, diciembre de 1996, párrafo 170.

⁸⁵ PIZA y TREJOS, ob. cit., pág. 162.

ticulares; 4) el Estado no dicta la legislación necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, entre otros⁸⁶.

Lo expuesto se podrá sintetizar en la siguiente forma: “El acto ilícito se va a caracterizar como aquel comportamiento de un Estado que es contrario a las reglas del derecho internacional, puede decirse que, en general, serán comportamientos, acciones u omisiones contrarios a las fuentes del derecho internacional”⁸⁷.

Lo anterior se resume en la siguiente frase: “el Estado es responsable cuando hace lo que no debe hacer, y cuando no hace lo que debe hacer”⁸⁸.

D) *Hecho internacionalmente ilícito atribuible directa o indirectamente al Estado*

Según PIZA y TREJOS, “ante el derecho internacional de los derechos humanos, el Estado es y debe ser responsable en los siguientes casos:

”1) Actos positivos directamente imputables al mismo por actuaciones directas imputables a sus autoridades públicas.

”2) Actos imputables indirectamente, por acciones que según el derecho internacional común, sea por regla, sea por excepción, si bien no son realizados por órganos o autoridades públicas, son imputables al Estado en el derecho internacional (lo cual también es válido para el DIDH)”⁸⁹.

CARLOS ARELLANO GARCÍA nos ofrece las siguientes definiciones:

1) *Hecho internacionalmente ilícito atribuible directamente al Estado*. Los “actos u omisiones deben proceder de un empleado o funcionario que represente al Estado y actúe dentro de la esfera competencial del órgano estatal.

”El Estado, carente de sustantividad psicofísica actúa o se abstiene de actuar, por conducto de personas físicas que encarnan a los órganos del Estado. Un órgano del Estado es una esfera competencial del Estado que tiene atribuciones específicas”⁹⁰.

El Articulado sobre responsabilidad del Estado —ya citado—, en el artículo 4º trata del “comportamiento de los órganos del Estado”, y dice:

⁸⁶ Oficina (en Colombia) del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Manual de calificación de conductas violatorias*, vol. 1, Bogotá, Editor General Alejandro Valencia Villa, 2004, págs. 58 y 59.

⁸⁷ GÓMEZ VERDUZCO Y WITKER, ob. cit., pág. 304.

⁸⁸ PIZA y TREJOS, ob. cit., pág. 130.

⁸⁹ *Idem, ibídem*.

⁹⁰ ARELLANO GARCÍA, ob. cit., pág. 215.

“1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.

En concepto de expertos internacionalistas, la Comisión de Derecho Internacional plasmó en el Articulado la denominada teoría organicista de la responsabilidad del Estado. En efecto, en el numeral 2 del artículo 4º, se expresó: “Se entenderá que *órgano* incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”.

2) *Hecho internacionalmente ilícito atribuible indirectamente al Estado*. Según ARELLANO GARCÍA, “la conducta infractora de la norma jurídica internacional la ha realizado un gobernado, una persona física o moral, bajo la soberanía interna del Estado a quien se le pretende exigir responsabilidad. Se le formula reclamación al Estado por falta de prevención o represión de esa conducta infractora”⁹¹.

En otras palabras, se trata de hechos ilícitos realizados por particulares, sean nacionales o extranjeros, atribuibles indirectamente al Estado, por violaciones a obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Parte en un tratado o convención. En la doctrina recibe el nombre de “la teoría de los ‘efectos horizontales’ de los derechos del hombre”.

E) *Calificación de un hecho del Estado como internacionalmente ilícito*

Esta calificación es definida en el Articulado sobre responsabilidad del Estado, en el artículo 3, en los siguientes términos: “La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”. Tres aspectos jurídicos debemos considerar: en primer lugar, precisar el concepto de hecho internacionalmente ilícito, en segundo lugar, determinar la identificación de la norma internacional y, en tercer lugar, cómo se hace la calificación.

1) “Toda violación o menoscabo a los derechos humanos, esto es a los derechos reconocidos por los pactos, convenios internacionales y otras fuentes jurídicas de la materia, implica un acto ilícito”⁹².

⁹¹ *Idem, ibídem.*

⁹² PIZA y TREJOS, ob. cit., pág. 13.

2) Es indispensable e indefectible “la identificación de la norma internacional pertinente, es decir, en saber cuál es exactamente la conducta impuesta o prohibida al Estado”⁹³.

3) “La ilicitud internacional es jurídicamente autónoma. La calificación de la acción u omisión [...] ilícita se hace, justamente, conforme a lo dispuesto en el derecho internacional sin importar lo que dispongan las normas del derecho interno del Estado, sean estas de rango constitucional, legal o infralegal. En esta materia no se discute la supremacía del derecho internacional por sobre el derecho estatal acogiéndose así de manera plena el contenido de la norma del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”⁹⁴.

Enfatizamos lo anterior con el siguiente texto de PASTOR RIDRUEJO:

“Solo el derecho internacional puede ser tenido en cuenta para calificar a un hecho de ilícito; la posible calificación del hecho como lícito que haga el derecho interno del Estado no tiene relevancia alguna”⁹⁵; por ejemplo, un Estado Parte en la Convención Americana, siguiendo los procedimientos señalados en la Constitución Política, por medio del Congreso expide una ley por la que ordena la nacionalización (confiscación disfrazada) de bienes de propiedad privada, sin indemnización, podría ser internamente un hecho lícito, pero internacionalmente ilícito a la luz del artículo 21 de la Convención, porque esta disposición reconoce el derecho a la propiedad privada a: “1. *Toda persona*” y “2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa*” (cursivas nuestras).

F) *El momento de la violación y la vigencia de la obligación internacional*

El artículo 13 del Articulado citado, expresa lo siguiente: “Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho”.

En efecto, para determinar el nacimiento de la responsabilidad se requerirá: (i) que el Estado infractor sea Parte en el tratado o convención del

⁹³ SANJOSÉ GIL, ob. cit., pág. 39.

⁹⁴ AGUIAR, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, ob. cit., pág. 112.

⁹⁵ JOSÉ A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6ª. ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1966, pág. 571.

cual se deriva la obligación internacional; (ii) que en el momento de la consumación del hecho esté vigente la vinculación del Estado con la obligación internacional, a efecto de que este hecho sea considerado ilícito internacionalmente, porque si no está vigente el vínculo, el hecho podrá ser ilícito para el derecho interno, pero no en el derecho internacional. “La determinación del *momento* en que se produce la violación es esencial para [...] el *nacimiento* de la responsabilidad del Estado”⁹⁶ (cursivas fuera del texto).

Esto es importante para acceder exitosamente a la jurisdicción internacional: “Lo que interesa determinar al tribunal internacional es si ha existido o no un hecho ilícito, una violación a la norma internacional”⁹⁷. “Y, por su parte, la duración del hecho ilícito puede ser determinante para establecer la extensión de los perjuicios y el monto de la reparación”⁹⁸.

Acerca del tema, la Corte Interamericana expresó lo siguiente: “75. [...] Como consecuencia de ello, cuando el sistema interamericano conoció el caso, los hechos generadores de las violaciones alegadas ya se habían cometido. Este Tribunal debe recordar que *la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional a él atribuido*, aunque solo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios”⁹⁹ (cursivas fuera del texto).

En conclusión, si los Estados no cumplen con sus obligaciones internacionales, generan un hecho internacionalmente ilícito e indefectiblemente incurrir en responsabilidad internacional, que puede presentar diversas formas.

7. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

La responsabilidad internacional del Estado, en términos generales, según GÓMEZ VERDUZCO y WITKER, “es aquella institución jurídica en virtud de la cual todo Estado al que le sea imputable un hecho ilícito, según el derecho internacional, debe una reparación al Estado en cuyo perjuicio se haya realizado dicho acto”¹⁰⁰.

⁹⁶ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 17.

⁹⁷ GÓMEZ, VERDUZCO Y WITKER, ob. cit., pág. 305.

⁹⁸ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 17.

⁹⁹ Corte IDH. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú, sent., de fondo, 8 julio 2004.

¹⁰⁰ GÓMEZ VERDUZCO Y WITKER, ob. cit., pág. 304.

EDUARDO GARCÍA la define así, inferida a los derechos del ser humano: “El Estado es responsable internacionalmente cuando sus agentes lesionan —por acción u omisión— los derechos [...] de sus nacionales”¹⁰¹. PIZA y TREJOS, concretan lo siguiente: “[...] en el campo específico de la protección internacional de esos derechos [se refieren a derechos humanos] el único obligado responsable por su violación es el Estado y, por ende, es el Estado la única parte obligada o ‘acusada’ en sentido sustancial, ante la jurisdicción internacional, contra la cual se reclama la violación y su reparación”¹⁰².

Nos referiremos entonces a la violación de los derechos humanos de cualquier persona natural (nacional o extranjera) atribuible al Estado, y su responsabilidad internacional. Una pregunta clave surge: ¿cuáles son las normas aplicables? ASDRÚBAL AGUIAR, responde: “El estudio y tratamiento de la responsabilidad internacional por violación o atentado a los derechos humanos exige, sin embargo, de algunas precisiones. La traslación hacia este campo de los principios aceptados por el derecho internacional general no sería posible sin los ajustes que imponen la naturaleza y el contenido de las obligaciones asumidas en la materia por los Estados”¹⁰³.

Por otra parte, entratándose de violaciones a los derechos humanos, ¿es aplicable el proyecto de Convención sobre responsabilidad del Estado? “Los elementos de aquella responsabilidad y las consideraciones doctrinarias recogidas en la Comisión de Derecho Internacional, respecto a la responsabilidad por hecho ilícito, pueden ser aplicables a los casos de lesión de los derechos humanos”¹⁰⁴. En similar sentido se pronuncian SANJOSÉ GIL, AGUIAR ARANGUREN, PIZA y TREJOS y CARRILLO SALCEDO.

Citamos como base jurídica el artículo 1º del Articulado, que claramente expresa: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.

En efecto, las violaciones a los derechos humanos, sin excepción, son hechos internacionalmente ilícitos y, por consiguiente, generan responsabilidad internacional; por tanto, los principios y las consideraciones doctrinarias tenidas en cuenta por la citada Comisión serán aplicables a esta clase de violaciones, obviamente en cuanto regulan la responsabilidad internacional.

¹⁰¹ E. A. GARCÍA, ob. cit., pág. 401.

¹⁰² PIZA y TREJOS, ob. cit., pág. 115.

¹⁰³ AGUIAR ARANGUREN, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, ob. cit., págs. 175 y 176.

¹⁰⁴ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 9.

A) Elementos esenciales de la responsabilidad internacional

Para desarrollar este tema nos referiremos, en primer lugar, al derecho internacional general, y luego al derecho internacional de los derechos humanos.

Los elementos constitutivos para poder establecer la responsabilidad internacional pueden resumirse, según GÓMEZ VERDUZCO y WITKER, así: “el acto ilícito, la imputación y el daño; este último, como elemento implícito en el concepto de reparación”¹⁰⁵.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA relaciona los siguientes elementos esenciales:

“i) Existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma de derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el [...] perjudicado por dicho acto u omisión.

”ii) El acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica.

”iii) Debe haberse producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito”¹⁰⁶.

Estos elementos son aplicables en el derecho internacional de los derechos humanos, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adicionando otros elementos, a saber:

“1. La existencia de un acto u omisión que viola una obligación establecida por una regla de derecho internacional vigente.

”2. Que ese acto ilícito sea imputable al Estado como persona jurídica.

”3. Que se haya producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito.

”4. Que la acción imputable al Estado y que ocasionó daño no sea justificada.

”5. Que las consecuencias de la acción ilícita no hayan sido reparadas incluida la investigación, la sanción de quienes aparezcan responsables y la compensación correspondiente”¹⁰⁷.

Como se expondrá en el capítulo VI, la Comisión Interamericana, en el *Informe definitivo* del artículo 51 de que trata la Convención Americana, en el aparte de las *conclusiones* declara la *responsabilidad internacional*, previas las *recomendaciones* que formula al Estado.

¹⁰⁵ GÓMEZ VERDUZCO y WITKER, ob. cit., pág. 304.

¹⁰⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El derecho internacional contemporáneo*, ob. cit., págs. 317-318.

¹⁰⁷ Comisión IDH. Informe de 1996, Bolivia, ob. cit., párrafo 159.

¿Qué dice la Convención Americana acerca de la responsabilidad internacional y sus elementos? El artículo 63.1 señala: “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 así mismo, 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”.

En nuestro concepto, la norma transcrita implícitamente contiene los elementos de la responsabilidad internacional, en los siguientes términos: “Cuando decida que hubo violación [es porque se produjo un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado que viola una norma internacional] de un derecho o libertad protegidos en esta Convención [...]”.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la responsabilidad del Estado se establece así: “(...) todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad (...)”¹⁰⁸.

En otra oportunidad, la Corte expresó: “Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de este por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación [...]”¹⁰⁹.

En el Caso Baena Ricardo contra Panamá, en sentencia de 28 de noviembre de 2003, la Corte expresó: “65 [...] Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de este por violación de una norma internacional”.

De lo anterior se infiere la concurrencia de los elementos del hecho internacionalmente ilícito, porque: este hecho es atribuible al Estado (i), y constituye una violación de una norma internacional (ii). Como corolario establecemos la existencia de un hecho internacionalmente ilícito atribuible a un Estado que da lugar a la responsabilidad internacional de este.

Si *hilamos delgado*, tenemos que hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando: es atribuible según el derecho internacional al

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sent. de fondo 29 julio 1988, párs. 164 y 184.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides contra Perú, sent., de reparaciones 3 diciembre 2001, párrafo 40; Cfr. Caso Cesti Hurtado, párr. 33; Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), párr. 60; Caso de la “Panel blanca” (Paniagua Morales y otros), párr. 76.

Estado (i), y constituye una violación de una obligación internacional del Estado (ii); obviamente que esta obligación se deriva de una norma internacional contenida en una Convención o tratado sobre derechos humanos. Como ya lo expusimos, siguiendo a la Corte Interamericana: “El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado”. La jurisprudencia se refiere a las obligaciones *generales* derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y a las obligaciones *específicas* en relación con cada uno de los derechos humanos reconocidos en las normas jurídicas contenidas en esta Convención.

Con base en estos lineamientos surge una pregunta: ¿cuándo existe una violación de una obligación internacional? Siguiendo el artículo 12 del Articulado sobre responsabilidad del Estado, “hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”, por ejemplo, cuando agentes (de la policía) del Estado privan de la vida arbitrariamente a un ser humano, hay violación de obligaciones internacionales, en el siguiente orden: obligación específica derivada del artículo 4º de la Convención Americana que expresa: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”; hay violación de esta obligación, porque el hecho atribuible al Estado “no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación”, esto es, que se respete la vida de toda persona y, a su vez, hay violaciones de las obligaciones generales derivadas del artículo 1.1 de la misma Convención por cuanto el Estado no *respetó* el derecho. En consecuencia, ese es un hecho internacionalmente ilícito atribuible según el derecho internacional al Estado y constituye una violación de las obligaciones (específicas y generales) que adquirió el Estado y, por ende, ese hecho ilícito da lugar a la responsabilidad internacional de ese Estado; concretamente hay violación a los derechos humanos.

B) ¿La responsabilidad es subjetiva u objetiva?

Según el derecho internacional general, la responsabilidad internacional del Estado, podrá ser:

1) *Responsabilidad subjetiva*. Se le denomina también responsabilidad por la falta (dolo o culpa). HERMILO LÓPEZ-BASSOLS la resume en la siguiente forma: “[...] la responsabilidad del Estado depende del comportamiento del órgano del Estado que actúe en esa calidad”¹¹⁰. Es decir, el comportamiento del Estado es culposo.

¹¹⁰ HERMILO LÓPEZ-BASSOLS, *Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos*, 2ª ed., México, Edit. Porrúa, 2003, pág. 163.

2) *Responsabilidad objetiva*. CÉSAR SEPÚLVEDA la explica en los siguientes términos: “La responsabilidad reposa en una idea de garantía, en la cual la noción subjetiva de falta no juega papel alguno. En este sistema, la responsabilidad es producto de una relación de causalidad entre la actividad del Estado y el hecho contrario al derecho internacional”¹¹¹.

¿La responsabilidad de los Estados es subjetiva u objetiva, cuando a estos se les atribuye violaciones directas o indirectas de los derechos humanos?

La respuesta la da la misma Corte Interamericana:

“173. 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 efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si este ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención”¹¹².

En conclusión, la responsabilidad del Estado es objetiva, porque como lo ha reiterado constantemente la jurisprudencia internacional “la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal, [porque dicha protección] no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones”¹¹³.

“134. [...] El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la *reparación* de los daños que les hayan sido causados por los Estados *responsables* de tales acciones”¹¹⁴ (cursivas fuera del texto).

¹¹¹ CÉSAR SEPÚLVEDA, *Derecho internacional*, México, Edit. Porrúa, 2002, pág. 240.

¹¹² Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, sent., 29 julio 1988, párrafo 173.

¹¹³ *Idem*, párrafo 134.

¹¹⁴ *Idem*, *ibidem*.

“Esta responsabilidad del Estado, por obvia aplicación de un principio general, no se individualiza solo en el gobierno o respecto de las autoridades, agentes o ejecutores de hechos o actos jurídicos del gobierno durante cuyo ejercicio se cometió la violación. Se imputa siempre al Estado, a la persona jurídica Estado”¹¹⁵.

En el capítulo anterior enunciamos el tema de las sentencias de reparaciones que podría dictar la Corte Interamericana, cuando el Estado es condenado en sentencia de fondo por violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención.

C) *Modalidades de la responsabilidad internacional del Estado*

La responsabilidad tiene dos modalidades, a saber: por hecho ilícito atribuible directamente al Estado, o por hecho ilícito no atribuible directamente al Estado. La jurisprudencia explica el contenido y alcances jurídicos de la responsabilidad.

1) *Responsabilidad por hecho internacionalmente ilícito atribuible directamente al Estado.* Se denomina responsabilidad directa del Estado: “[...] existe responsabilidad directa cuando los órganos del Estado, o este actuando como un todo, violan una obligación internacional”¹¹⁶. “La responsabilidad directa del Estado puede ser administrativa, legislativa o judicial, según sea el órgano del Estado que haya realizado la conducta violatoria de la norma jurídica internacional”¹¹⁷.

Por violaciones de los derechos humanos ¿cómo opera esta modalidad de responsabilidad directa del Estado? Para AGUIAR ARANGUREN¹¹⁸ este tipo de responsabilidad del Estado, se explica así: “Los Estados Parte pueden ser responsables por acción u omisión y de manera inmediata son responsables cuando sus órganos o agentes violan los derechos de la persona humana”.

La Corte Interamericana, en sentencia de 5 de febrero de 2001, hizo las siguientes precisiones: “72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la

¹¹⁵ HÉCTOR GROS ESPIELL, “Responsabilidad del Estado en la protección internacional de los derechos humanos”, en Revista *Hechos y derechos*, núm. 18, Buenos Aires, otoño 2001, pág. 74.

¹¹⁶ CÉSAR SEPÚLVEDA, ob. cit., pág. 241.

¹¹⁷ ARELLANO GARCÍA, ob. cit., pág. 219.

¹¹⁸ AGUIAR ARANGUREN, *Responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos*, ob. cit., pág. 78.

Convención Americana. Es decir, que todo acto u omisión, *imputable al Estado*, en violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado”¹¹⁹ (cursivas fuera del texto).

En otra oportunidad la Corte expresó: “Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el derecho internacional de los derechos humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, *independientemente de su jerarquía*, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana”¹²⁰ (cursivas fuera del texto).

En otras palabras, las violaciones a los derechos humanos podrían producirse en la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal Constitucional con sus sentencias de última o única instancia, según el caso, o en el Congreso o Parlamento con sus leyes, o del Presidente de la República con sus decretos o resoluciones: “es irrelevante a los fines del Derecho internacional el que tal o tales órganos pertenezcan al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder”¹²¹.

2) *Responsabilidad por hecho internacionalmente ilícito atribuible indirectamente al Estado*. Se trata de la responsabilidad indirecta del Estado. También se le denomina responsabilidad derivada, y “se daría cuando el Estado, debiendo corregir un daño causado por un particular [...] no lo hace, [por lo que] incurre en la figura jurídica de omisión, o en la de negligencia”¹²². En otros términos, “hay responsabilidad indirecta cuando el Estado responde por abstención de conducta preventiva o represiva respecto de la conducta de particulares lesiva a la norma jurídica internacional”¹²³.

¿Cuáles podrían ser ejemplos de responsabilidad cuando la violación a los derechos humanos es de los *particulares*, es decir, cuando el hecho ilícito no es atribuible directamente al Estado? Las conductas que “son producto de la instigación de servidores públicos; las que se realizan con el consentimiento expreso o tácito de dichos servidores; las que se produ-

¹¹⁹ Corte IDH. Caso “La última tentación de Cristo”, sent., 5 febrero 2001, párrafo 72.

¹²⁰ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, sent., 23 agosto 2001, párrafo 154.

¹²¹ GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y SÁENZ DE SANTA MARÍA, ob. cit., pág. 295.

¹²² SEPÚLVEDA, ob. cit., pág. 241.

¹²³ ARELLANO GARCÍA, ob. cit., pág. 219.

cen gracias a la tolerancia manifiesta de agentes estatales; las que resultan del incumplimiento del deber de garantía que tiene el Estado”¹²⁴.

En relación con este tipo de responsabilidad, AGUIAR ARANGUREN manifiesta: “de manera mediata, también son responsables cuando en presencia de atentados a los derechos y libertades de la persona por acción u omisión de particulares, sus órganos o agentes faltan a la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”¹²⁵.

La Corte Interamericana hizo las siguientes precisiones, en sentencia de 29 de julio de 1988: “En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente *no* resulte *imputable directamente a un Estado*, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”¹²⁶ (cursivas fuera del texto). El ejemplo sería el de las violaciones a los derechos humanos ejecutadas por autodefensas, paramilitares, guerrilla, etc.

AMPARO SANJOSÉ GIL, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, comenta lo siguiente: “De este modo, la responsabilidad del Estado puede estar comprometida, ante los actos no conformes a los derechos del hombre realizados por particulares a otros particulares, cuando es el derecho en vigor en ese momento el que ha hecho lícito el acto del que se lamentaban los interesados”¹²⁷.

“De acuerdo con la CDI¹²⁸, en este tipo de situaciones lo que se imputa al Estado no es el hecho de los particulares sino el comportamiento de los órganos del Estado; ese comportamiento que la conducta del individuo se limita a poner en evidencia, puede tener carácter «omisivo» o «comisi-

¹²⁴ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 28 febrero 2002, párrafo 62.

¹²⁵ AGUIAR ARANGUREN, *Responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos*, ob. cit., pág. 79.

¹²⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, sent., de 29 julio 1988, párrafo 172.

¹²⁷ Sent., 16 agosto 1981 en el asunto “Youn, James et Webster c. Royaume Uni”, *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Serie A, vol. 44, 1981, pág. 20, párrafo 49, citada por SANJOSÉ GIL.

¹²⁸ Comisión de Derecho Internacional. Ver *supra*, pág. 77 e *infra* pág. 145, lit. f).

vo» y la responsabilidad del Estado se verá comprometida cuando suponga la infracción de una obligación de prevención o de represión”¹²⁹.

En una u otra modalidad de responsabilidad, el hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado, directa o indirectamente, viola el derecho internacional de los derechos humanos, generando responsabilidad internacional para el Estado.

8. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: LAS OBLIGACIONES SECUNDARIAS DE REPARAR

En las dos modalidades expuestas, es clara la *responsabilidad* del Estado por la violación de los derechos humanos; por tanto, este tiene la obligación de *reparar* los daños causados a las víctimas y a sus familiares. “Con motivo de esta responsabilidad nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar”¹³⁰. Esta es la consecuencia jurídica de la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, “es un principio de derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado «incluso una concepción general del derecho», que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”¹³¹.

Comenta EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA que, “siempre que se viola, ya sea por acción o por omisión, un deber establecido en cualquier regla de derecho internacional, automáticamente surge una relación jurídica nueva. Esta relación se establece entre el sujeto al cual el acto es imputable, que debe responder mediante una reparación adecuada, y el sujeto que tiene derecho de reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación”¹³². En otras palabras, la relación jurídica nueva generará la denominada obligación secundaria de reparar que, como se expresó, podría cumplirse mediante una reparación en forma de restitución, cesación del comportamiento ilícito, satisfacción, indemnización y las seguridades o garantías de no repetición del hecho ilícito.

¹²⁹ SANJOSÉ GIL, ob. cit., págs. 43 y 44.

¹³⁰ Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria, contra Argentina, (de reparaciones) sent., 27 agosto 1998, párrafo 40.

¹³¹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez (etapa de reparaciones), sent., 21 julio 1989, párrafo 25; Caso Godínez Cruz, sent., 21 julio 1989, párrafo 25.

¹³² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El derecho internacional contemporáneo*, ob. cit., pág. 317.

9. LA REPARACIÓN Y SUS FORMAS

En el Caso Chorzow Factory, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en sentencia del 26 de julio de 1927, precisó el concepto de *reparación* al que da lugar la responsabilidad internacional de los Estados, y enunció las formas de reparar así:

“Es un principio de derecho internacional, e incluso una noción general del derecho, que toda violación de un compromiso implica la obligación de reparar. La reparación debe, en cuanto sea posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si el acto no se hubiese cometido. Restitución en *natura* o, si esto no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría la restitución [...]; la asignación si fuere necesaria de daños y perjuicios por la pérdida sufrida que no fuere cubierta por la restitución o el pago en su lugar [...]”¹³³.

En el Caso 19 comerciantes contra Colombia, la Corte Interamericana, expreso: “Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas”¹³⁴.

“El contenido concreto de la obligación genérica de reparación dependerá de la naturaleza del hecho ilícito atribuido al Estado y del daño causado por este. El sentido de la reparación puede consistir en

”i) la restitución,

”ii) la cesación del comportamiento ilícito,

”iii) la satisfacción,

”iv) la indemnización, y

”v) las seguridades o garantías de no repetición del hecho ilícito”¹³⁵.

“La *reparación* es el término genérico que comprende las distintas formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*), indemnización, satisfacción y garantías de no repetición, entre otras”¹³⁶. “*Obligaciones* que el Estado responsable deberá cumplir para saldar esa responsabilidad o exonerarse de ella”¹³⁷.

¹³³ Caso Chorzow Factory, C.P.J.I., serie A, núm. 17 (1928), pág. 29.

¹³⁴ Corte IDH. Caso 19 comerciantes contra Colombia, sent., (de fondo), 5 julio 2004, párrafo 223.

¹³⁵ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 7.

¹³⁶ Corte IDH. Caso Suárez Rosero contra Ecuador, sent., (de reparaciones), 20 enero 1994, párrafo 41.

¹³⁷ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 158.

Al respecto, la Corte Interamericana expresó: “Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

”169. Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención.

”[...]”

”172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial”¹³⁸.

En el Caso Godínez Cruz, la Corte precisó el siguiente concepto:

“26. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”¹³⁹.

“La *restitutio in integrum* es, sin duda, la forma más perfecta de reparación, pues elimina las consecuencias del ilícito al borrar o extinguir el daño causado: si este consistía en una acción (adopción de una medida legislativa contraria al derecho internacional) supondrá la anulación por el Estado de dicha medida: si se trata de una omisión, se verificará adoptando la medida que el derecho internacional impone al Estado causante del ilícito”¹⁴⁰.

De lo expuesto surge una pregunta: ¿el daño es un elemento esencial para el establecimiento de la responsabilidad internacional, en el sistema interamericano? AGUIAR comenta que los artículos 44 (Petición) y 45.1 (Comunicaciones) abren las puertas ante la Comisión Interamericana a “quienes tienen capacidad para actuar o para impulsar la acción de responsabilidad de un Estado Parte [...] el fundamento de la acción radica en «la violación de [la] Convención» o en «las violaciones de los derechos humanos establecidas en esta Convención». No existe duda, entonces, acerca de

¹³⁸ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, sent., 29 julio 1988, párrafo 162.

¹³⁹ Corte IDH. Caso Godínez Cruz, sent., 21 julio 1989.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y SÁENZ DE SANTA MARÍA, ob. cit., pág.

que la sola vulneración por un Estado Parte de esas obligaciones que asume por virtud de los artículos 1.1 y 2, es suficiente para comprometer su responsabilidad. El daño [...], por ende, como eventual elemento de la responsabilidad del Estado, queda desplazado por el hecho ilícito, según los términos de la Convención Americana”¹⁴¹.

Veamos otros conceptos. “La noción de daño o perjuicio en el ámbito de la responsabilidad por violación de los derechos humanos adquiere un contenido diferente. La noción fundamental será la lesión al derecho protegido”¹⁴². “La obligación de reparar encierra en realidad dos aspectos distintos: la reparación del daño, de una parte, y, de otra, el cese de la situación ilícita”¹⁴³. ALONSO GÓMEZ señala que el daño es un “elemento implícito en el concepto de reparación”¹⁴⁴.

La Corte Interamericana en algunas sentencias de reparaciones ha expresado: “Este tribunal ha reiterado el principio de derecho internacional aplicable a esta materia, en el sentido de que toda violación de una obligación internacional que ha producido daño trae consigo el deber de repararlo adecuadamente”¹⁴⁵.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que “el mero hecho de producir un daño no da lugar a responsabilidad jurídica internacional. Esta solo se da cuando el daño resulte de una infracción del derecho internacional”¹⁴⁶.

El daño tiene siempre como destinatario de la violación de los derechos humanos a un ser humano que se denomina presunta víctima, o víctima, o sus familiares.

¿Qué se entiende por *víctimas*? El tratadista THEO VAN BOVEN, dice que *víctimas* “son las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales”¹⁴⁷.

¹⁴¹ AGUIAR, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, ob. cit., págs. 196 y 197.

¹⁴² URIOSTE, ob. cit., pág. 151.

¹⁴³ CARRILLO SALCEDO, ob. cit., pág. 185.

¹⁴⁴ GÓMEZ y otros, ob. cit., pág. 304.

¹⁴⁵ Corte IDH. Caso Durand y Ugarte contra Perú, sent., 3 diciembre 2001, párrafo 24; Caso Barrios Altos contra Perú, sent., 30 noviembre 2001, párrafo 24.

¹⁴⁶ ALFRED VERDROSS, *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1978, pág. 352.

¹⁴⁷ THEO VAN BOVEN, *Informe preliminar sobre “Derecho, restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos”*, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, documento E/CN. 4/Sub.2/1990/10, Naciones Unidas, 26/7/1990.

10. REPARACIÓN, MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES

¿Qué relación tienen las medidas cautelares o provisionales con la reparación? URIOSTE BRAGA responde siguiendo a CANÇADO TRINDADE: “La protección internacional de los derechos humanos surge a partir de la noción de víctima. Luego, cuando el sistema comienza a aplicarse, sus propósitos tuitivos llevan a superar esa noción. Así, los órganos de protección estarán dispuestos a intervenir antes de que se produzca una lesión a los derechos protegidos”¹⁴⁸, o mejor daños irreparables.

En efecto, podrán intervenir, según el caso, la Comisión *solicitando* al Estado que adopte medidas cautelares, o la Corte *ordenándole* medidas provisionales, para evitar *daños irreparables* a los derechos de la persona humana, ante la amenaza de realizarse un hecho internacionalmente ilícito.

“Un hecho ilícito es en sí mismo una perturbación que debe interrumpirse, repararse y, en los peores casos, según las concepciones modernas de la responsabilidad internacional, castigarse”¹⁴⁹. En otras palabras, con la adopción de las medidas podría evitarse la consumación de los hechos, o interrumpir o suspender sus efectos. Como ya anotamos, la Corte Interamericana al resolver sobre las *reparaciones* le ordena al Estado como medidas de restitución: la puesta en libertad de la persona detenida arbitrariamente y juzgada en indebido proceso; reincorporación a actividades laborales; cumplir con la obligación de adecuar la normativa interna (la Constitución Política, las leyes) a la Convención Americana.

Como se examinará oportunamente, las medidas tienen un carácter cautelar en el sentido de preservar una *situación jurídica*; por ejemplo, en el Caso del periódico “La Nación” contra Costa Rica la Corte, por resolución de 23 de mayo de 2001, dispuso “requerir al Estado de Costa Rica que se abstenga de realizar cualquier acción que altere el *statu quo* del asunto hasta tanto presente el informe requerido y el Tribunal pueda deliberar y decidir sobre el mismo”. De esta forma, la Corte preservó la *situación jurídica* mientras —con la aportación de una mayor información—, se decidía acerca de la procedencia de las medidas provisionales, con el fin de proteger el derecho humano a la libertad de expresión del periodista Mauricio Herrera Ulloa, condenado a sanción pecuniaria por el delito de difamación y a ser incluido su nombre en el Registro Judicial de Delincuentes de Costa Rica.

¹⁴⁸ URIOSTE BRAGA, *Control internacional de legalidad*. Jurisprudencia en Derechos Humanos (El contenido de la obligación internacional), pág. 251.

¹⁴⁹ REUTER, *ob. cit.*, pág. 224.

La Corte requirió al Estado, mediante resolución emitida el 7 de septiembre de 2001, la adopción de medidas provisionales a favor del señor Mauricio Herrera Ulloa, que consistieron en: a) la adopción, sin dilación, de cuantas medidas fueran necesarias para dejar sin efectos la inscripción del señor Mauricio Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes; b) la suspensión de la orden de publicar en el periódico “La Nación” el “Por tanto” de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, y c) la suspensión de la orden de establecer una “liga”, en *La Nación Digital*, entre los artículos querellados y la parte dispositiva de esa sentencia.

En la sentencia de fondo, de julio 2 de 2004 la Corte, sobre el particular, expresó: “Es decir, la Corte había ordenado la suspensión de algunos de los efectos de la sentencia de 12 de noviembre de 1999, a la vez que había señalado que «la referida suspensión debía mantenerse hasta que el caso [fuera] resuelto en definitiva por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos». En este sentido, y a la luz de lo establecido en el párrafo anterior, el Tribunal considera que las obligaciones del Estado en el marco de las medidas provisionales ordenadas quedan reemplazadas por las que se ordenan en la presente sentencia, a partir de la fecha de notificación de esta última”¹⁵⁰.

Lo mismo puede afirmarse de la *cesación del comportamiento ilícito*. Por ejemplo, que la autoridad estatal prescinda de discriminar, estigmatizar y perseguir a los hijos de los guerrilleros, paramilitares, etc., por los delitos cometidos por sus padres, en obediencia a unas medidas cautelares solicitadas por la Comisión, a fin de que se suspenda el hecho ilícito. En tratándose del desplazamiento forzado de personas de su tierra natal por acción de grupos armados ilegales, con las medidas podría lograrse la *restitución* de sus derechos, disponiendo la Corte que los desplazados puedan retornar a sus lugares de origen, como sucedió en el Caso de la Comunidad de paz de San José de Apartadó contra Colombia.

11. MODALIDADES DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONALES DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS DE SUS ÓRGANOS

“En el derecho internacional común cuando se habla de la responsabilidad de los Estados por sus órganos competentes se piensa, fundamen-

¹⁵⁰ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa (Periódico “La Nación”) contra Costa Rica, sentencia (de fondo) 2 julio 1994, párrafo 196. Ver *infra* pág. 188.

talmente, en la responsabilidad de los Estados por actos de sus órganos legislativos, administrativos, judiciales o tribunales. De esta manera se habla de responsabilidad del Estado-legislador, del Estado-administración pública y del Estado-juez”¹⁵¹.

“El origen de la responsabilidad internacional del Estado puede residir en cualquier acto u omisión de cualesquiera de los poderes o agentes del Estado (sea del Ejecutivo, o del Legislativo, o del Judicial)”¹⁵².

La Corte, en sentencia de 31 de agosto de 2001, expresó lo siguiente: “Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el derecho internacional de los derechos humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, *independientemente de su jerarquía*, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana”¹⁵³.

En efecto, en la parte orgánica de las Constituciones Políticas en América, se encuentra regulada la separación de los órganos de las ramas del poder público del Estado, y en ejercicio de sus funciones legislativa, administrativa y judicial, suelen ocurrir violaciones o amenazas a los derechos humanos; por tanto, se presentan distintas modalidades de incumplimiento de obligaciones internacionales y, por ende, diversas formas de responsabilidad internacional. Nos ocuparemos a continuación de las más frecuentes.

A) *Responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito derivada de actos del legislativo*

Con este título URIOSTE BRAGA aborda el tema y sostiene: “el hecho que se pretende estudiar es el imputado a un órgano del Estado, en este caso, al poder legislativo. Se trata de casos en los cuales el hecho del Estado apunta al orden jurídico interno, como por lo general ocurre con los actos legislativos. Pese a ello, las repercusiones afectan a las normas de derecho internacional que establecen la obligación”¹⁵⁴.

Podría sostenerse que pasó a la historia constitucional del derecho occidental de origen romanista —en la mayoría de los Estados—, el prin-

¹⁵¹ PIZA y TREJOS, ob. cit., pág. 131.

¹⁵² ANTONIO CANCADO TRINDADE, Voto concurrente a la sentencia “Barrios Altos”, párrafo 8.

¹⁵³ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, sent., 31 agosto 2001, párrafo 154; Cfr. Caso Ivcher Bronstein, cit. *supra* nota 9, párrafo 168; Caso del Tribunal Constitucional, cit. *supra* nota 10, párrafo 109; y Caso Bámaca Velásquez, cit. *supra* nota 47, párrafo 210, entre otras.

¹⁵⁴ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 11.

cipio de la *supremacía del Parlamento* equivalente a soberanía del Parlamento, principio con el que se significaba que la ley era intocable por ser absoluta, como también forma parte de esa historia el aforismo latino *dura lex sed lex*. En el Estado moderno se abrió paso el principio de la *supremacía de la Constitución* que significa que “la Constitución es norma de normas”¹⁵⁵; la Constitución es la normatividad de superior jerarquía a la que está subordinado el orden jurídico infraconstitucional, siendo el Tribunal o Corte Constitucional el máximo intérprete de la Constitución. Esta afirmación categórica también ha comenzado a ser historia, a partir del momento en que el Estado Parte en un tratado o convención internacional que reconoce derechos humanos adquiere obligaciones internacionales *erga omnes* de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio, porque queda sometido a la normatividad internacional, incluida la Constitución. En este orden de ideas, podemos decir que “la Convención Americana de Derechos Humanos es norma de normas” en la Organización de Estados Americanos (OEA) y “la Corte Interamericana se establece como auténtico guardián e intérprete final de la Convención”¹⁵⁶, según palabras del distinguido tratadista mexicano EDUARDO FERRER MAC-GREGOR.

Concluimos con PETER HÄBERLE¹⁵⁷ que “si hasta ahora se hablaba de la «interpretación conforme a la Constitución» de las leyes ordinarias, hoy nos encontramos ante el mandato de la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los derechos humanos”. En otras palabras, el derecho interno debe interpretarse de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

¿Cuándo el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, etc.) es incompatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

Se presentan varias situaciones, según URIOSTE BRAGA: 1) cuando el Estado por medio del órgano legislativo aprueba una ley, o el poder constituyente adopta una nueva norma constitucional, por ejemplo, al expedir una Constitución o reformar la vigente (se trata de *meros hechos*), y esta normatividad es violatoria de normas internacionales que reconocen los derechos humanos; 2) “Hay situaciones en las cuales la responsabilidad no deriva de ningún acto o hecho del Estado, sino precisamente de una omisión. Nos encontramos con estas situaciones en los casos en que existe una obliga-

¹⁵⁵ Const. Pol. de Colombia, art. 4°.

¹⁵⁶ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Ediciones Fundap, 2002, pág. 144.

¹⁵⁷ PETER HÄBERLE, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, pág. 185.

ción internacional de dictar una ley con un determinado contenido, y precisamente el Estado no la dicta. Aquí el hecho generador es la omisión”¹⁵⁸.

En efecto, es posible que el Estado-legislador dicte normas (constitucionales o legales) que violen los derechos humanos (i), o no adopte las medidas legislativas para hacer efectivos tales derechos (ii), o no derogue las normas contrarias a esos derechos (iii).

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, exponemos los lineamientos plasmados en opiniones consultivas y en las sentencias en casos contenciosos, relacionados con el incumplimiento de las obligaciones internacionales y consecuencias que se derivan de la responsabilidad internacional, cuando el Estado dicta normas contrarias a los derechos humanos.

1) *Opinión Consultiva OC-13/93*. En la Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, la Corte expresó:

“27. [...] el hecho de que se trate de «leyes internas» y de que estas hayan sido «*adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución*», nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos.

“28. [...] Tal como lo ha manifestado la Corte, el cumplimiento de un procedimiento constitucional «*no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos*» (La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención, supra 25, párrafo 22).

“29. [...] Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión [...] no le da facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas.

“30. En el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado. Esto puede y debe hacerlo la Comisión a la hora de analizar las comunicaciones y peticiones sometidas a su conocimiento sobre violaciones de derechos humanos y libertades protegidos por la Convención [...].

“35. Una norma interna puede resultar violatoria de la Convención por ser irrazonable o porque no resulte ‘conforme’ con ella y, por supuesto, una

¹⁵⁸ Cfr. URIOSTE BRAGA, ob. cit., págs. 11 a 14.

ley contraria a las obligaciones de un Estado derivadas de la Convención no puede ser estimada ‘razonable’ ni ‘conveniente’ ”¹⁵⁹.

Esta jurisprudencia nos permite concluir que, en cuanto a la expedición y validez de las leyes, se presentan diversas situaciones: que la ley sea aprobada por el Congreso (o parlamento, o asamblea legislativa), con el cumplimiento pleno de las formalidades del procedimiento constitucional —supremacía formal— y de conformidad con la sustancia regulada por la Constitución —supremacía material—; en estos términos y según el derecho constitucional, dicha ley estaría amparada por el principio de “presunción de constitucionalidad de la ley” y, por consiguiente, estaría revestida de validez, pero distinto será el caso cuando la ley sea manifiestamente incompatible con la Convención Americana, aunque internamente sea considerada constitucional. Esta valoración no exime al Estado del cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de este tratado internacional. Dicho de otra forma: la ley es compatible con la Constitución mas incompatible con la Convención Americana; de todas formas existe violación a los derechos humanos. Veamos:

2) *Opinión Consultiva OC-14/94*. En otra oportunidad la Corte Interamericana expresó lo siguiente:

“22. [...] En los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Parte y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como *simples hechos* o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados solo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o *jerarquía* que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado [...].

“28. [...] De manera que, si la Comisión considera que la reforma de la Constitución peruana puede representar una violación manifiesta de las obligaciones de ese Estado frente a la Convención, puede utilizar esa circunstancia como fundamento de una solicitud de opinión que tenga carácter general [...].

“33. Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención [...].

¹⁵⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva O.C.-13/93, ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50, 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

”36. [...], la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades [...].

”38. Para el caso en que un Estado emitiera una ley contraria a la Convención, esta Corte ha dicho:

”«[q]ue la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que este ha asumido al ratificarla o adherir a ella... (*Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra* 37, parte resolutive 1)».

”39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación puede ser hecha por la Comisión directamente al Estado [...].

”41. Es conveniente señalar, en primer lugar, que una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará ‘leyes de aplicación inmediata’ en el curso de esta opinión.

”42. En el caso que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es una mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, *per se*, violación de los derechos humanos.

”43. En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza.

”44. Cuando se trate de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se

consumen la Convención contempla los mecanismos de las *medidas provisionales* (art. 63.2 de la Convención, art. 29 del Reglamento de la Comisión) [...].

"48. Si el caso llegare a la Corte después de seguido el procedimiento indicado en los artículos pertinentes, ella tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado y, en caso afirmativo, que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se pague una indemnización [...].

"49. [...] No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos.

"Por las razones expuestas, la Corte decide:

"1. Que la *expedición* de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o al adherir a la Convención, *constituye una violación de esta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado*".

"2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional del Estado [...]"¹⁶⁰ (cursivas fuera del texto).

Como conclusión de lo anterior podemos afirmar que se presentan dos hipótesis de expedición de leyes incompatibles con la Convención Americana: en la primera, se trata de ley que no es de aplicación inmediata; por tanto, no representa, *per se*, violación. En el caso de una ley de aplicación inmediata, hay violación de los derechos humanos por el solo hecho de su *expedición*, y si por su *aplicación* se lesionan los derechos humanos de una persona determinada (presunta víctima), *consecuentemente* se genera responsabilidad internacional del Estado.

Destacamos finalmente la procedibilidad de las medidas provisionales o medidas cautelares, según el caso, cuando se trate de normas que sola-

¹⁶⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 diciembre 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1° y 2°).

mente violan manifiestamente los derechos humanos cuando se expidan ; para el caso podríamos traer a colación el ejemplo que ofrece JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: una ley que autoriza expropiar bienes sin indemnización, por sí misma, ha afectado la posibilidad de venta de los bienes a aquellos seres humanos que se hallen en la hipótesis que contempla la ley; consideramos que procedería la solicitud de medidas cautelares por la Comisión frente al Estado, antes de la aplicación de dicha ley, a fin de evitar la consumación de las violaciones y, por ende, los daños irreparables.

3) *Caso “La última tentación de Cristo” contra Chile*. Una sentencia de la Corte Interamericana le ordenó al Estado chileno modificar su ordenamiento jurídico interno (reformular la Constitución y la legislación), a fin de hacerlo compatible con las obligaciones internacionales (en el derecho constitucional se denomina límites heterónomos impuestos por la preceptiva internacional al poder constituyente)¹⁶¹. Es el Caso de “La última tentación de Cristo” contra Chile, porque una disposición sobre censura previa (art. 19, num. 12) de la Constitución era incompatible con la libertad de expresión de la Convención Americana (art. 13)¹⁶².

Los hechos son los siguientes: la Corte Interamericana concluyó que la responsabilidad internacional del Estado chileno “se generó en virtud de que el artículo 19 numeral 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial”¹⁶³.

Lo anterior significa que eran incompatibles con el artículo 13 de la Convención, el artículo 19 numeral 12 de la Constitución, un decreto ley, un decreto reglamentario (acto administrativo) y las sentencias judiciales (incluida la de la Corte Suprema de Justicia) que se fundamentaron en la anterior preceptiva normativa. El conjunto de decisiones estatales configuró el hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado, que se tradujo en incumplimiento de obligaciones internacionales y, por ende, en violaciones a los derechos humanos y, consecuentemente, en responsabilidad internacional.

Debemos resaltar que el decreto-ley y el decreto reglamentario se expidieron por el Ejecutivo de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, lo que significa, en principio, que se presumían de constitucionalidad y de lega-

¹⁶¹ JORGE REINALDO A. VANOSI, *Teoría constitucional*, t. 1, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1995, págs. 178 y 179.

¹⁶² Caso “La última tentación de Cristo” contra Chile, sent., 5 febrero 2001, párrafo 72.

¹⁶³ *Idem, ibidem*.

lidad, en el orden interno, o sea que constitucionalmente se estableció “un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”. Un decreto ley facultó al Consejo de Calificación Cinematográfica para efectuar la calificación de las películas. Este decreto fue reglamentado por otro decreto. El Consejo rechazó la exhibición de la película por medio de una resolución, pero en otra decisión administrativa se autorizó su presentación para espectadores mayores de 18 años. Unos ciudadanos, en nombre propio, de la Iglesia Católica y de Jesucristo, promovieron un *recurso de protección* para la salvaguarda de los derechos fundamentales, y en sentencia judicial se dejó sin efecto la segunda resolución administrativa (quedando vigente la prohibición de la exhibición de la película), y resuelto desfavorablemente un recurso de apelación, la Corte Suprema de Justicia de Chile confirmó la sentencia apelada. En conclusión, se negó la exhibición cinematográfica, con una sentencia judicial que quedó ejecutoriada y, por consiguiente, amparada por la “cosa juzgada”, pero que era violatoria de los derechos humanos.

Para las autoridades chilenas la expedición de las normas y las sentencias proferidas eran acordes con la Constitución, pero ignoraron la Convención Americana que reconocía la libertad de expresión y, por ende, todos esos actos le eran incompatibles.

4) *Caso “Barrios Altos” contra Perú*. En este Caso se trataba de una ley de amnistía que exoneraba de responsabilidad a militares, policías y civiles que hubieren cometido, entre 1980 y 1995 violaciones a los derechos humanos. Los hechos son los siguientes: el 3 de noviembre de 1991, en las horas de la noche, miembros del ejército peruano fuertemente armados y cubiertos con pasamontañas irrumpieron en un inmueble, ubicado en Barrios Altos de la ciudad de Lima, y asesinaron alevemente a quince personas indefensas e hirieron a otras cuatro. El Senado designó una comisión investigadora de los hechos, pero el 5 de abril de 1992 mediante el autogolpe Fujimori citó a nuevas elecciones y el nuevo Congreso expidió la mencionada ley, mientras los jueces investigaban los hechos, lo que condujo al archivo de las investigaciones, con lo que ese eludía la responsabilidad penal de los militares.

En la sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001, la Corte expresó lo siguiente entre sus consideraciones:

“41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las de-

sapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

"43. [...] Es por ello que los Estados Parte en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8º y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención [...].

"44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú".

En la parte resolutive de la sentencia la Corte declaró la responsabilidad del Estado por la expedición y aplicación de las leyes de amnistía, por cuanto eran incompatibles con la Convención y, por consiguiente, *declaró además que dichas leyes "carecen de efectos jurídicos"*. En consecuencia, se ordenó investigar de nuevo los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos.

En la sentencia de interpretación de 3 de septiembre de 2001 (pár. 18), la Corte Interamericana expresó claramente que "La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte en la Convención *constituye per se una violación de esta y genera responsabilidad internacional del Estado*. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía, lo resuelto en la sentencia de fondo *tiene efectos generales*"¹⁶⁴.

CANÇADO TRINDADE profundiza el tema, en los siguientes términos: "5. Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (...). Son más bien la fuente (*fons et origo*) de un acto ilícito internacional: a partir de su propia adopción (*tempus commisi delicti*), e independientemente de su aplicación posterior, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Su vigencia crea *per se* una situación que afecta de forma continuada derechos inderogables, que pertenecen, al dominio del *jus cogens*, como son el derecho a la vida y a la integridad personal"¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú, interpretación de la sentencia de fondo, 3 septiembre 2001.

¹⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, *Voto concurrente en el Caso "Barrios Altos"*.

“En consecuencia, en virtud de la sentencia de la Corte Interamericana se establece una clara limitación a cualquier gobierno para establecer medidas que consoliden una situación de impunidad”¹⁶⁶.

En concreto, dichas leyes “carecen de efectos jurídicos” por ser manifiestamente contrarias a las obligaciones internacionales y, por ende, constituyen una violación de los tratados del que emergen estos compromisos para el Estado (legislador, ejecutivo, judicial) y, en consecuencia, los jueces tienen la obligación de inaplicar estas leyes, en el caso concreto, en ejercicio del control de constitucionalidad por vía de excepción, porque resultan violatorias del *Bloque de Constitucionalidad* (en el cual están integrados los tratados de derechos humanos). Todo con el objeto de iniciar las investigaciones penales y sancionar a los autores —agentes del Estado y/o particulares— de los hechos, purgando la impunidad.

5) Caso “*Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*” contra Trinidad y Tobago. Los hechos son los siguientes: las personas mencionadas fueron juzgadas y sentenciadas por homicidio intencional con fundamento en la “Ley de delitos contra la persona” de 1925 y que, además, fueron condenadas a morir en la horca. A pesar de que uno de los condenados se encontraba amparado con *medidas provisionales* ordenadas por la Corte, el Estado hizo efectiva la sentencia condenatoria y lo ejecutó, mientras su caso estaba pendiente ante el sistema interamericano.

En el presente Caso se presentaron incompatibilidades de la Constitución de Trinidad y Tobago, con la precitada ley, así como también normas carcelarias con la Convención Americana.

En la sentencia de fondo de 21 de junio de 2002, en sus consideraciones, la Corte expresó lo siguiente:

“116. La Corte estima que aun cuando no se ha ejecutado a 31 de las presuntas víctimas en este caso, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención, en virtud de que la sola existencia de la *Ley de los delitos contra la persona* es *per se* violatoria de esa disposición convencional”.

“211. La Corte ha observado que la forma como se encuentra penalizado el delito de homicidio intencional en la *Ley de Delitos contra la Persona*, es de por sí violatoria de la Convención Americana.

¹⁶⁶ SAMUEL B. ABAD YUPANQUI, “Autoamnistías vs. Derechos Humanos. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Defensoría del Pueblo en la lucha contra la impunidad”, en la obra colectiva *Defensa de la Constitución, garantismo y controles*, Buenos Aires, Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos, Ediar, 2003, pág. 187.

”212. Esta constatación conduce a la Corte a considerar que el Estado de Trinidad y Tobago debe abstenerse de aplicar la ley mencionada y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla, adecuándola a la Convención Americana [...], de manera que se garantice el respeto y el goce de los derechos a la vida, a la integridad personal, al debido proceso legal y a las garantías judiciales [...]. Entre las respectivas modificaciones de la legislación debe quedar incluida la referente a la introducción de diversas categorías (tipos penales) de homicidio intencional [...], y se debe establecer una gradación de los niveles de severidad de la pena [...].”

”217. Por último, la Corte considera pertinente y necesario ordenar al Estado que ajuste las condiciones del sistema carcelario a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia”.

En la parte resolutive de esta sentencia y a título de reparaciones la Corte ordenó:

“8. Que el Estado debe abstenerse de aplicar la *Ley de Delitos contra la Persona* de 1925 y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla adecuándola a las normas internacionales de protección de los derechos humanos [...].”

En cuanto a la incompatibilidad de la Constitución Política con la Convención Americana, la Corte analizó previamente la ineffectividad del control de constitucionalidad de las leyes, a fin de determinar aquella. Examinemos:

“149. Con respecto al derecho a un recurso efectivo, la Corte considera que en este caso resulta evidente [...] que en Trinidad y Tobago es técnicamente compleja y de difícil acceso la interposición de acciones constitucionales sin la asistencia de un abogado, y que no se dispone en la práctica trinitaria de la posibilidad de presentar acciones constitucionales de manera efectiva”.

“150. Sobre el particular, la Corte ha reiterado que no basta con que se prevea la existencia de recursos, si estos no resultan *efectivos* para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención [...].”

“152. [...] b. Igualmente, este tribunal estima [...] que [...] no se encuentra a la disposición de los inculpados de homicidio intencional, la asistencia legal adecuada para que presenten acciones constitucionales de manera efectiva [...].

”c. La Corte llama la atención sobre el hecho de que la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de esta, puede ser objeto de impugnación constitucional [...]. La *Ley de Delitos contra*

la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su impugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales”.

Es decir, la misma Constitución Política impide el ejercicio de acciones constitucionales contra las leyes que la violen, es decir, no se facilita el acceso a la jurisdicción constitucional, porque el control de constitucionalidad de las leyes es ineficaz. Ello produce violación a los derechos humanos de acceso a la justicia constitucional y, por ende, al debido proceso.

Con fundamento en las decisiones citadas, podemos afirmar que en el sistema interamericano de derechos humanos, la jurisprudencia ha construido un sólido, completo, integral y efectivo *control internacional de normatividad*¹⁶⁷ sobre el derecho interno (Constitución, leyes, actos administrativos, etc.) de los Estados, siendo la Corte y la Comisión competentes para conocer de las violaciones a las obligaciones *generales* y *específicas* que se derivan de la Convención a cargo de los Estados Parte, cuando éstos expidan internamente normas manifiestamente contrarias a dichas obligaciones y, por ende, incompatibles con la Convención, lo que genera responsabilidad del Estado, por lesiones individuales. Por lo tanto, estos órganos de control, en especial la Corte, podrá declarar la incompatibilidad de las normas internas, a fin de que en el Estado no se apliquen. Al respecto, la Corte expresa: “56. En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado [...]”¹⁶⁸.

B) *Responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito derivado de actos del ejecutivo*

“También el Estado es responsable por los actos ilícitos de los órganos administrativos del poder ejecutivo hacia abajo [...] da lo mismo que sea un jefe de Estado o del gobierno, un ministro, un funcionario diplomático, que un policía, un funcionario de aduanas o un soldado”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ “Control de constitucionalidad transnacional”, denominado por JUAN CARLOS HITTERS, “El proceso supranacional (el derecho procesal supranacional)”, en la obra *Libet amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. II, San José de Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 893.

¹⁶⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 diciembre 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, párrafo 56.

¹⁶⁹ PIZA y TREJOS, *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, ob. cit., págs. 142-143.

La denominación, como figura en el título, corresponde a los internacionalistas; nosotros preferimos llamar —por ser más amplia— esta modalidad de responsabilidad internacional, como responsabilidad derivada de las acciones u omisiones de la *administración*, entendida esta como el conjunto de autoridades, órganos, corporaciones públicas y servidores públicos que ejercen *funciones administrativas* por mandato de la Constitución y la ley y que, por consiguiente, producen actos y hechos administrativos.

En el Estado de Derecho las funciones están divididas y separadas en legislativa, *administrativa* y judicial, asignadas respectivamente al Congreso (o Asamblea Legislativa), la administración y a los jueces. Las *funciones administrativas* están sometidas al *principio de legalidad*, “considerado en sentido estricto, es decir, los órganos de las ramas del poder público sometidos a la ley formalmente expedida por el legislador ordinario (el Congreso), por consiguiente, la actividad de la administración está sujeta a la ley”¹⁷⁰. Según la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, “el principio de legalidad es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y tiene como corolario la llamada *reserva de ley*, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales *solo* pueden ser restringidos por ley”¹⁷¹. Además, el principio de legalidad “está vinculado inseparablemente al *principio de legitimidad* que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías”¹⁷², en la expedición de la ley. El *representante* del pueblo soberano, en un régimen democrático es el Congreso. “La palabra *leyes* en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados Parte para la formación de las leyes”¹⁷³. Son estos los principios esenciales que estructuran el Estado Democrático de Derecho, entre otros.

En otras palabras, es lo que el tratadista de derecho administrativo OTTO MAYER denominó “la supremacía de la ley sobre la Administración”¹⁷⁴. En-

¹⁷⁰ Cfr. ERNESTO REY CANTOR, “Principio de legalidad y derechos humanos”, en la obra colectiva *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 2002, pág. 53.

¹⁷¹ Corte IDH en Opinión Consultiva OC-6/86, 4 mayo 1986, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafos 23 y 24.

¹⁷² Cfr. párrafo 32.

¹⁷³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, ob. cit.

¹⁷⁴ OTTO MAYER, *Derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1982, pág. 72.

tiéndase “ley” como *fuentes* del derecho administrativo, sin olvidarse que otra de las *fuentes* es la jurisprudencia.

Recordemos que nos estamos refiriendo a derechos humanos. La mayoría de las Constituciones occidentales establece el sistema de incorporación en el ordenamiento jurídico de los tratados y convenciones internacionales que reconocen los Derechos Humanos, *por medio de ley* formalmente expedida por el órgano legislativo ordinario. ¿Por qué son responsables internacionalmente los Estados Parte por hechos internacionalmente ilícitos originados por la actividad de la administración? Porque estos hechos generan violaciones a los instrumentos internacionales. Veamos cómo actúa la administración.

Es común en los Estados de América que los gobiernos (en su papel de administración), expidan actos administrativos (decretos reglamentarios, resoluciones, circulares, órdenes, etc.), en ejercicio de funciones administrativas violando, además de los *principios* mencionados, los derechos humanos; por ejemplo, se dictan decretos reglamentarios, asignando competencias a la fuerza pública (militares, policía, organismos de seguridad) y regulando procedimientos sancionatorios (*ius puniendi*), para privar de la libertad a las personas, realizar allanamientos a los inmuebles, incautar bienes muebles, dinero, documentos, etc., violándose los artículos 7.1 (El derecho a la libertad personal), artículo 9 (Principio de legalidad) y 11.2 (Protección de la honra y de la dignidad) de la Convención Americana, que en su orden expresan lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”, “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable [...]”, y “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio [...]”.

Veamos un caso real. Para la realización de un referendo constitucional aprobatorio, el Consejo Nacional Electoral Colombiano expidió un acto administrativo (resolución), ordenando a los escrutadores de la votación excluir de la contabilización del umbral de participación a aquellos sufragantes que válidamente concurrieron a las urnas, pero que no marcaron con un “Sí” o un “No” las preguntas propuestas. En efecto, fue una suspensión de los derechos políticos en contravención del artículo 23 de la Convención Americana que reconoce estos derechos a “toda persona” sin discriminaciones, situación que por lo demás contribuyó al fracaso del referendo.

En los anteriores ejemplos se trata de actos administrativos (supuestamente amparados por la “presunción de legalidad”), incompatibles con la Convención Americana a partir de su expedición, independientemente que por su aplicación a personas determinadas causen violaciones a sus

derechos humanos y, por lo tanto, generen responsabilidad internacional del Estado, por ser hechos internacionalmente ilícitos originados por la actividad administrativa.

AGUSTÍN GORDILLO¹⁷⁵ menciona los tratados y convenciones internacionales que reconocen los Derechos Humanos entre las fuentes supranacionales del Derecho Administrativo, y sostiene que “en materia de derechos humanos en general tenemos un orden jurídico supranacional y supraconstitucional que cumplir, operativo, directa e inmediatamente aplicable también en el orden interno y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado”¹⁷⁶. Por consiguiente, los derechos humanos vinculan a todos los órganos del Estado, entre ellos a la *administración*, porque “el derecho interno deberá ceder ante el derecho supranacional: corresponderá a los jueces locales aplicar dicho derecho supranacional de manera inmediata operativa y en base a la jurisprudencia e interpretación internacional, so pena de ver su propia conducta antijurídica denunciada o invalidada ante jurisdicciones supranacionales”¹⁷⁷. Ello nos permite considerar que los jueces administrativos, en ejercicio del control jurisdiccional de legalidad de los actos administrativos, tendrán la obligación de examinar si la administración aplicó tales instrumentos internacionales, previamente a su expedición, respetando el debido proceso administrativo, regulado por el artículo 8° de la Convención Americana.

Lo anterior nos permite sostener que los actos administrativos se profieren acorde con el *principio de legalidad* y están amparados por la *presunción de legalidad, siempre y cuando que se expidan de conformidad* con los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos ratificados por el Estado y que, por lo tanto, integran el ordenamiento jurídico. En otros términos, que los actos administrativos se dicten de conformidad con las leyes que incorporan en el derecho interno estos instrumentos internacionales, porque estos forman, como se expresó, el denominado *bloque de constitucionalidad*. De lo contrario, podría suceder que se expidan actos administrativos manifiestamente violatorios de los derechos humanos y, por consiguiente, surgirían al mundo jurídico con el vicio de ilegalidad; “si el vicio es claro y evidente, no podría ‘presumirse’ que el acto

¹⁷⁵ Cfr. AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., t. I, Parte general. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997, pág. VI-1.

¹⁷⁶ AGUSTÍN GORDILLO, *Derechos Humanos*, 4ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, págs. III-2 y 3.

¹⁷⁷ GORDILLO, Parte General, ob. cit., pág. VI-20.

es —a pesar de ese vicio manifiesto— «válido»¹⁷⁸. En esta hipótesis, consideramos que la autoridad pública competente (administrativa, judicial o de otro orden), está en la *obligación* de inaplicar, en el caso concreto, tal acto administrativo, a fin de no agravar las violaciones a los derechos humanos y, por consiguiente, la responsabilidad internacional del Estado, por hechos internacionalmente ilícitos que puedan derivarse de la acción u omisión de la administración. Ello con fundamento en el control de legalidad por vía de excepción.

C) *Responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito derivado de actos judiciales*

Al respecto, el destacado internacionalista ALFRED VERDROSS, explica lo siguiente:

“Todo Estado es responsable de los actos de sus tribunales opuestos al DI, sin que modifique este principio la independencia que los tribunales suelen tener en el derecho interno, puesto que también ellos son órganos de la comunidad estatal [...]”.

“Tendremos un acto ilícito internacional realizado por tribunales, sobre todo, cuando estos infrinjan el DI, infringiendo [*sic*], al propio tiempo, el derecho interno: si, por ejemplo, no aplican o aplican mal un tratado internacional debidamente promulgado, o infringen una costumbre internacional reconocida también en el orden interno”¹⁷⁹.

Examinemos a continuación las razones por las cuales las Cortes Supremas o Tribunales internos no dicen “la última palabra”.

1) *Las Cortes Supremas de Justicia no dicen “la última palabra”*. Las sentencias proferidas por las Altas Cortes —Cortes de Casación, Corte o Tribunal Constitucional, Cortes Marciales o Castrenses, Consejo de Estado o Tribunal Disciplinario—, en única o última instancia, eventualmente podrán violar derechos humanos y generar responsabilidad internacional del Estado; por consiguiente, estos órganos no dicen “la última palabra”. Sobre el particular, el presidente de la Corte Interamericana, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, sostiene lo siguiente:

“[...] a propósito de las sentencias nacionales de última instancia que resulten violatorias de derechos humanos en la Convención Americana, tema que se proyecta sobre una materia relevante: no solo la exclusividad

¹⁷⁸ AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, *El Acto Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, pág. V-5.

¹⁷⁹ VERDROSS, ob. cit., pág. 47.

de la jurisdicción doméstica, sino la ‘santidad de la cosa juzgada’, que establece —se dice— la ‘verdad legal’, una preclusión categórica, que no acepta reaperturas o nuevas consideraciones y en la que se vuelca o se muestra uno de los signos de mayor y eficaz imperio del Estado, a través del poder que ‘dice la última palabra’ [...]. En el sistema europeo se ha considerado conveniente alentar la reapertura de casos concluidos en el plano nacional para aplicar en ellos —por la jurisdicción doméstica— los criterios sostenidos por la Corte Europea de Derechos Humanos.

”Desde luego, la exigencia de agotamiento de los medios procesales internos, como condición para el posterior acceso a la tutela internacional, supone la existencia de una resolución doméstica —normalmente jurisdiccional— de única o última instancia, que no corrige la violación o acaso la «legítima» o confirma. Así, es posible que se plantee ante la Corte Interamericana —como en efecto ha sucedido— la existencia de una resolución judicial violatoria del Pacto de San José [...].

”Finalmente, el procedimiento —o más aún: el proceso— ante la CIDH no es apenas una etapa más del desarrollo ante instancias domésticas. Es un proceso diferente, con diversos sujetos procesales y, sobre todo, diferente litigio: el que se ventila ante la Corte tiene que ver con la conformidad o compatibilidad de un acto con la Convención Americana, cosa que no es materia de la contienda doméstica (generalmente).

”Lo que hace la CIDH es revisar la ‘internacionalidad’ o ‘juridicidad’ del acto combatido, como lo hace un juez nacional al que se pide cotejar este con las previsiones de la Constitución local. La Corte Interamericana no sustituye al órgano judicial doméstico, ni hace investigaciones [...]. Solamente revisa y establece la conformidad del acto impugnado con la Convención Americana, que constituye el marco jurídico para las actuaciones de ese tribunal internacional”¹⁸⁰.

En su oportunidad nos referiremos a los alcances de la cosa juzgada en la jurisdicción internacional. Por lo pronto, nos ocuparemos de exponer históricamente la evolución de la responsabilidad internacional del Estado por actos producidos por los órganos judiciales.

2) *Denegación de justicia y desafío de justicia en el derecho internacional general.* FRANCISCO VILLAGRÁN KRAMER¹⁸¹ cita a HUGO GROCIO, quien

¹⁸⁰ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002, págs. 110-113.

¹⁸¹ FRANCISCO VILLAGRÁN KRAMER, “Responsabilidad internacional del Estado por denegación y desafío de justicia y violación de garantías judiciales”, en la obra colectiva *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, ob. cit., pág. 575.

diferenciaba estas instituciones que generaban responsabilidad internacional del Estado, según el derecho internacional general, en su célebre obra *De iure Belli ac Pacis*:

Denegación de justicia. Se presenta “cuando un fallo no puede obtenerse dentro de un tiempo razonable”.

Desafío de justicia. “Cuando en un caso muy evidente el fallo se ha dictado en forma manifiestamente contraria a derecho”.

Explica VILLAGRÁN KRAMER “que según la jurisprudencia internacional la denegación de justicia giraba, básicamente, en torno a aspectos de forma y fondo de los procesos judiciales. Principalmente, si la persona afectada había o no disfrutado del derecho [...] al debido proceso”¹⁸².

En el desafío de justicia, también denominado *injusticia manifiesta* o injusticia patente, la jurisprudencia se inclinó por aceptar, como principal, la violación de obligaciones internacionales cometidas por los más altos tribunales jurisdiccionales del Estado al incurrir en *errores graves de hecho y de derecho*. El fondo de lo fallado y no la forma podría decirse que caracterizaron en esa época, el desafío de justicia.

En la conferencia sobre la codificación del derecho internacional de La Haya, de 1930, se precisó lo siguiente: “La restricción o negativa a que un extranjero tuviere acceso a los tribunales a fin de hacer valer sus derechos o, bien, la demora no razonable en dictar un fallo se convirtieron en indicadores para establecer si existía o no *denegación de justicia*. El contenido manifiestamente injusto, notoriamente contrario a derecho, implicaba que un fallo se había producido con manifiesta o patente injusticia, en otros términos *desafío de justicia*”¹⁸³.

Al respecto, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA sostiene que podrían surgir tres diferentes tipos de decisiones judiciales, así: “La primera, es una sentencia de un tribunal interno que sea manifiestamente incompatible con una regla de derecho internacional. La segunda, es el caso conocido tradicionalmente como ‘denegación de justicia’ y la tercera se produce cuando en ciertos casos excepcionales y bajo circunstancias claramente definidas, un Estado es responsable por una decisión judicial contraria al derecho interno”¹⁸⁴.

A su vez, “existe denegación de justicia únicamente cuando un extranjero no ha tenido acceso a los tribunales a los efectos de hacer valer sus derechos o cuando ha ocurrido una demora indebida e inexcusable en dictar

¹⁸² VILLAGRÁN KRAMER, ob. cit., pág. 577.

¹⁸³ *Ibidem*, pág. 578.

¹⁸⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, ob. cit., pág. 331.

sentencia: en otras palabras, cuando ha habido una falta de ejercicio de jurisdicción. En todos los otros casos en que un tribunal local ha dictado sentencia desfavorable a las pretensiones de un extranjero puede haber «*injustice rendue*» pero no *ex hipótesis* «*justice deniéé*»¹⁸⁵.

Concluye VILLAGRÁN KRAMER¹⁸⁶ que la responsabilidad conforme al derecho internacional general se reduce a la violación de dichas reglas y principios, y luego agrega que las Convenciones europea y americana de derechos humanos y el pacto internacional de derechos civiles y políticos dejaron de lado la precitada terminología (denegación y desafío de justicia), para reconocer como derechos humanos el *derecho de todas las personas a la justicia* y la obligación internacional del Estado de garantizarlo. La denominación moderna es la de *garantías judiciales* (art. 8º) y *protección judicial* (art. 25), en la Convención Americana, y en el Pacto Internacional sin esta denominación se reconoció el desafío de justicia en el artículo 14, numeral 6. Sin embargo, la Corte Interamericana¹⁸⁷ considera que en los casos de retardo injustificado en producir la sentencia se configura un cuadro de *Denegación de Justicia*¹⁸⁸. En otras palabras, se trata del *plazo razonable*, uno de los elementos de las garantías judiciales (debido proceso, art. 8º de la Convención Americana).

Por lo tanto, las violaciones a las obligaciones internacionales específicas que se derivan de los artículos 8º y 25 de la Convención constituyen hechos internacionalmente ilícitos del poder judicial y, por ende, generan responsabilidad internacional y, consecuentemente, la reparación; ¿pero cuáles serían las formas de reparación? La jurisprudencia de la Corte Interamericana es revolucionaria, en casos contenciosos, en relación con este tipo de violaciones^{188 bis} y reparaciones. ¿Qué sucede con las decisiones judiciales que formalmente no son sentencias, sino por ejemplo autos que rechazan el acceso a la jurisdicción interna de seres humanos que concurren ante el juez o tribunal competente, pidiendo la protección de sus derechos por violaciones generadas por autoridades del mismo Estado? En principio, se presenta una violación a los derechos a ser oído, al acceso a la justicia, a la igualdad procesal y, por ende, al debido proceso que comprende

¹⁸⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, ob. cit., pág. 333.

¹⁸⁶ Cft. VILLAGRÁN KRAMER, ob. cit., págs. 581-583.

¹⁸⁷ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) contra Panamá, competencia, sent., 28 noviembre 2003, párrafo 77.

¹⁸⁸ Ver los Casos “Cinco Pensionistas”, *supra* nota 32, párr. 126; Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, *supra* nota 39, párr. 150; y Caso Las Palmeras, *supra* nota 46, párr. 58.

^{188 bis} Ver *infra* págs. 118 a 125.

los anteriores; entonces procedería la *protección judicial* (o amparo constitucional) de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, y ante la negativa del juez constitucional de garantizar estos derechos, el accionante frustrado se convertirá en presunta víctima de violaciones a los derechos humanos —garantías judiciales y protección judicial—, reconocidos por los artículos 8° y 25 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte Interamericana, expresa: “50. Esta disposición [se refiere al art. 8.1] de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos.

”[...]

”52. El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que este establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”¹⁸⁹.

En otras palabras, ante la denegación del acceso a la jurisdicción interna, el derecho internacional de los derechos humanos legitima a la presunta víctima para acceder a la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por la responsabilidad internacional originada por hechos internacionalmente ilícitos (providencias judiciales de derecho interno).

Una persona o un grupo de personas a las que sistemáticamente se le obstruye el acceso a la jurisdicción interna, ¿deberá cumplir con la formalidad prevista por el artículo 46, numeral 1 de la Convención que exige “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna”, para acceder a la jurisdicción internacional? Entre las excepciones a esta formalidad que menciona el numeral 2 del artículo 46, se encuentra la siguiente: “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”.

En una situación como la planteada hipotéticamente, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA aboga por el lesionado y sostiene que “[...] no cabría pretender que agote los recursos judiciales internos ante los propios tribunales que han incurrido en denegación de justicia en su perjuicio”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Corte IDH, Caso Cantos contra Argentina, sent. (de fondo), 28 noviembre 2002, párrafos 50 y 51.

¹⁹⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, ob. cit., pág. 334.

De lo anterior inferimos que en las siguientes hipótesis podría darse la responsabilidad internacional por el hecho internacionalmente ilícito (actos judiciales): violación simultánea del derecho interno y del derecho internacional de los derechos humanos (i), o sin violar el derecho interno es violado el derecho internacional de los derechos humanos (ii), y por la no aplicación de la preceptiva internacional (iii).

Parafraseando a PIZA y TREJOS concluimos que las “cortes supremas no son supremas” y, por consiguiente, no dicen “la última palabra”; máxima extensiva a los Tribunales o Cortes Constitucionales y Consejos de Estado, “*puesto que en estos asuntos ningún Estado puede sostener que la opinión de sus tribunales es definitiva*”¹⁹¹, según el ex juez de la Corte Internacional de Justicia EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA.

Luego de esta sucinta exposición, procedemos a examinar la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos.

3) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Hemos seleccionado los casos más importantes, que han marcado un hito en el desarrollo y evolución del derecho internacional, advirtiendo que en la mayoría se produjeron violaciones a las *garantías judiciales*, lo que nos permite afirmar que el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en la actuación de los órganos judiciales que engendran violaciones al debido proceso, considerado como uno de los derechos humanos que legitiman el Estado de derecho cuando se respeta y garantiza su libre y pleno ejercicio.

a) *Caso María Elena Loayza Tamayo contra Perú*. En este caso¹⁹², la Corte, en sentencia de fondo de 17 de septiembre de 1997, expresó:

“66. [...], la Corte considera que «4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos».

¹⁹¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, ob. cit., pág. 331.

¹⁹² *Hechos*: María Elena Loayza fue privada ilegalmente de la libertad, el 6 de febrero de 1993, por agentes policiales que no presentaron orden judicial de arresto, basados en una acusación de alias “Mirtha” como colaboradora del grupo subversivo “Sendero Luminoso”, y fue sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, violándose además las garantías judiciales, al someterla a doble enjuiciamiento con base en los mismos hechos (*non bis in idem*), por cuanto se le juzgó en varias instancias judiciales en el fuero militar por el delito de traición a la patria y, finalmente, se le absolvió. Sin embargo, continuó privada de la libertad y se ordenó remitir el expediente al fuero común, juzgándosele en distintas instancias por los mismos hechos y por el delito de terrorismo, siendo condenada a la pena de veinte años; contra esta sentencia se interpuso el recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, que se declaró sin lugar el 6 de octubre de 1995. En firme esta sentencia, la señora María Elena Loayza comenzó a cumplir la pena de veinte años.

”Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos.

” [...]

”76. La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no solo en razón del sentido técnico de la palabra ‘absolución’, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

”77. De lo anterior *la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana*”.

En el acápite de las *reparaciones* y luego de transcribir el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte hace la siguiente consideración:

”84. Como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención, y especialmente de la prohibición de doble enjuiciamiento, en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo y, por aplicación del artículo anteriormente transcrito, la Corte considera que el Estado del Perú debe, de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno, ordenar la libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable”.

En efecto, en la parte resolutive dispuso lo siguiente: “5. Que ordena que el Estado del Perú ponga en libertad a María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable”.

Como se observa, la Corte restableció a la víctima en sus derechos humanos, no obstante que supuestamente había “cosa juzgada”, pero en el poder judicial interno. Con el siguiente Caso la Corte dio un gran paso innovador y revolucionario.

b) *Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú*. La Corte Interamericana¹⁹³, sentencia de fondo de 30 de mayo de 1999, expresó en sus considerandos:

¹⁹³ *Hechos*: los ciudadanos chilenos Jaime Francisco Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Saez y otros, fueron detenidos el 14 de octubre de 1993 y condenados a cadena perpetua por un tribunal militar sin rostro, por el delito de traición a la patria, mediante sentencia ejecutoriada, violándoseles el derecho a la nacionalidad, porque Perú no era su patria.

“218. Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquéllos. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. *Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos.* La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en este cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada.

“219. Si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, *la sentencia no subsistirá.* Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a derecho. Es bien conocida la figura de la reposición del procedimiento, que acarrea la invalidación de diversos actos y la repetición de las actuaciones a partir de aquélla en que se cometió la violación que determina dicha invalidación. Esto implica, en su caso, que se dicte nueva sentencia. *La validez del proceso es condición de la validez de la sentencia.*

”[...]

“221. [...] En efecto, el proceso se siguió ante un órgano jurisdiccional que no puede ser considerado ‘juez natural’ para hechos e inculpados como los que ahora nos ocupan; en ese procesamiento actuaron jueces y fiscales ‘sin rostro’; los inculpados no dispusieron de un defensor de su elección desde el momento de la detención, y los defensores que finalmente les asistieron no contaron con la posibilidad de entrevistarse a solas con sus defensos, conocer oportunamente el expediente, aportar pruebas de descargo, contradecir las de cargo y preparar adecuadamente los alegatos. Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del ‘debido proceso’, que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención. Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo —en un plazo razonable— un nuevo enjuizamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante

el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpaos”.

En la parte resolutive de la sentencia la Corte ordenó: “Declara la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi y otros y ordena que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal”.

Lo anterior equivale en el derecho procesal general a la *nulidad procesal* del proceso, incluida la sentencia, es decir, la nulidad de la totalidad del proceso.

c) *Caso Cesti Hurtado contra Perú*¹⁹⁴. En la sentencia de fondo de 29 de septiembre de 1999, la Corte expresó en sus consideraciones lo siguiente: “194. [...] La Corte considera que el proceso seguido ante el fuero militar en contra del señor Cesti Hurtado se llevó a cabo en forma irregular. La Corte ya declaró, en esta misma sentencia, que el juicio al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1. de la Convención (*supra* 151). Con base en lo dicho, la Corte considera que el juicio seguido contra el señor Cesti Hurtado en el fuero militar es incompatible con la Convención, por lo que estima procedente ordenar al Estado anular tal proceso, así como todos los efectos que de él se derivan”.

En la parte resolutive de esta sentencia la Corte dispuso: “8. Declarar que el juicio seguido contra el señor Cesti Hurtado en el fuero militar es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ordenar al Estado anular tal proceso, así como todos los efectos que de él se derivan”.

En sentencia (interpretación de la sentencia de fondo) de 29 de enero de 2000, la Corte precisó el alcance de las consecuencias de la anulación de un proceso, así:

“21. En el punto resolutive 8 de la sentencia de fondo la Corte ordenó al Estado ‘anular tal proceso, así como también todos los efectos que de él se derivan’. Este tribunal observa que la anulación de un proceso implica

¹⁹⁴ *Hechos*: a partir de noviembre de 1996, se inició un proceso ante el fuero militar contra el señor Gustavo Adolfo Cesti Hurtado (ex capitán del ejército peruano), siendo privado de la libertad, no obstante existir pronunciamiento definitivo en un proceso de *habeas corpus*, porque la justicia militar era incompetente para conocer de los hechos; por consiguiente, se ordenó su separación del proceso militar, a fin de garantizarle su libertad personal, lo cual no se cumplió por su posterior detención y condena a siete años de prisión. También se le embargaron los bienes.

la invalidación de todas las consecuencias jurídicas de este. Tal es el caso de los embargos decretados sobre los bienes del señor Cesti Hurtado”.

En este Caso, a diferencia del Caso Castillo Petruzzi, la Corte ordenó al Estado que declarara la nulidad procesal.

d) *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros contra Trinidad y Tobago*. En la sentencia de fondo de 21 de junio de 2002, expresó la Corte:

“146. Por otra parte, esta Corte ha establecido en la Opinión Consultiva OC-16/99 que «para que exista *debido proceso legal* es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables».

”[...]

“152. a. El derecho interno de Trinidad y Tobago no establece el derecho a un juicio pronto o dentro de un plazo razonable y, por lo tanto, no se ajusta a lo establecido en la Convención.

”[...]

“214. En coherencia con lo señalado, estima la Corte que el Estado debe tramitar de nuevo los procedimientos penales correspondientes a los delitos que se imputan a las víctimas del presente Caso, aplicando en los nuevos juicios de Haniff Hilaire, George Constantine [...], la legislación penal que resulte de las reformas a las que se acaba de hacer referencia”.

En la parte resolutive, la Corte dispuso lo siguiente:

“9. Que el Estado debe tramitar de nuevo, aplicando la legislación penal que resulte de las reformas a la *Ley de Delitos contra la Persona*, los procedimientos penales correspondientes a los delitos que se imputan a Haniff Hilaire, George Constantine [...]”.

Se diferencia de los dos Casos anteriores (Castillo Petruzzi y Cesti Hurtado), que la Corte ni declaró la nulidad procesal del proceso, ni le ordenó al Estado que la declarara, simplemente se dispuso que se tramitara nuevamente el proceso penal, aplicando la legislación penal que el Estado debía expedir previamente.

e) *Caso Cantos contra Argentina*¹⁹⁵. Sin perjuicio de que volvamos más adelante sobre este caso, mencionamos aquí el Caso Cantos contra

¹⁹⁵ *Hechos*: el señor José García Cantos era dueño de un importante grupo empresarial (nueve empresas). La Dirección General de Rentas de la Provincia realizó una serie de allanamientos a las dependencias administrativas de las empresas por la presunta “infracción de sellos”, y se secuestró, sin inventariar, la totalidad de la documentación contable, libros, registros de comercio, comprobantes y recibos de pago con terceros y firmas proveedoras, numerosos títulos valores y acciones mercantiles. El señor Cantos

Argentina. En sentencia de fondo de 28 de noviembre de 2002, la Corte hizo el siguiente análisis:

“63. En cuanto a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictada el 7 de septiembre de 1996, resulta difícil establecer que constituya *per se* una infracción a la Convención. Esto ocurriría solo si dicha sentencia fuera en sí misma arbitraria. En general, puede decirse que la sentencia puede ser la derivación razonada del derecho vigente, según las circunstancias de hechos obrantes en la causa. Pero no bastaría que una decisión judicial dejara de ajustarse a esta regla para que pudiera ser tachada de arbitraria. Una sentencia arbitraria tendría las formas de una sentencia judicial, pero presentaría vicios de tal gravedad que la desclasificarían como acto jurisdiccional. [...]”¹⁹⁶.

En la misma sentencia, a título de reparación, la Corte ordenó al Estado “levantar los embargos que hayan sido decretados sobre los bienes del señor José María Cantos”, lo que conlleva implícitamente dejar sin efectos jurídicos la providencia judicial por la cual se decretaron tales embargos.

En el presente capítulo se ampliará el tema de la sentencia arbitraria al tratar la denominada “cuarta instancia”.

f) *Caso del periódico “La Nación” (Herrera Ulloa) contra Costa Rica*¹⁹⁷. La Corte, en sentencia de fondo de 2 de julio de 2004, consideró lo siguiente:

interpuso los recursos y las acciones judiciales respectivas; por tal motivo fue objeto de sistemáticas persecuciones y hostigamientos por parte de agentes del Estado; fue detenido e incomunicado en más de 30 ocasiones por agentes policiales, sus hijos menores de edad también fueron detenidos; incluso la residencia de la familia tuvo apostados agentes de policía de manera permanente para impedir la entrada o salida de cualquier persona. El señor Cantos fue sujeto de 17 investigaciones penales por distintos delitos; finalmente fue sobreseído en todos los casos; pero la Corte Suprema de Justicia por una demanda interpuesta contra el Estado argentino lo condenó al pago de las costas procesales que ascendieron a US\$110.000.000,00.

¹⁹⁶ Corte IDH, Caso Cantos contra Argentina, sent., (de fondo), 28 noviembre 2002, párrafo 63.

¹⁹⁷ *Hechos*: durante varios días del año de 1995 se publicaron en el periódico “La Nación” diversos artículos escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa, cuyo contenido supuestamente consistía en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita belga que atribuían al diplomático Felix Przedborski, representante *ad honorem* de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria, la comisión de hechos ilícitos graves. Por estos hechos un tribunal penal, en sentencia de 12 de noviembre de 1999, condenó al señor Herrera Ulloa como responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, por lo que se le impuso una pena

“195. La Corte ha determinado que la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal de Primer Circuito Judicial de San José que condenó penalmente al señor Mauricio Herrera Ulloa, conllevó una violación a su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión [...], por lo cual el Estado debe dejar sin efecto dicha sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que esta tiene respecto de terceros. Los efectos de la referida sentencia son: 1) declaración del señor Mauricio Herrera Ulloa como autor de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación; 2) la imposición al señor Mauricio Herrera Ulloa de la pena de 40 días multa por cada delito [...]; 3) la condena civil resarcitoria contra el señor Mauricio Herrera Ulloa y el periódico ‘La Nación’, representado por el señor Fernán Vargas Rohrmoser, en carácter de responsables civiles solidarios, [...]; 4) la orden de que el señor Mauricio Herrera Ulloa publique el ‘Por Tanto’ de la sentencia en el periódico ‘La Nación’ [...]; 5) la orden de que el periódico ‘La Nación’ retire el ‘enlace’ existente en *La Nación Digital*, que se encuentra en Internet [...]; 6) la orden de que el periódico ‘La Nación’ establezca una ‘liga’ en *La Nación Digital* entre los artículos querellados y la parte dispositiva de la sentencia; 7) la condena al señor Mauricio Herrera Ulloa y al periódico ‘La Nación’, representado por el señor Fernán Vargas Rohrmoser, al pago de las costas procesales [...]; y 8) la inscripción del señor Mauricio Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes. La Corte estima que el Estado debe tomar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para dejar sin efecto alguno la sentencia de 12 de noviembre de 1999”.

Y en la parte resolutive de la sentencia, se dispuso:

“4. Que el Estado debe dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal de Primer Circuito Judicial de San José, en los términos señalados en los párrafos 195 y 204 de la presente sentencia”^{197 bis}.

Se diferencia de los Casos anteriores (Castillo Petruzzi y Cesti Hurtado), que la Corte no declaró la nulidad procesal del proceso, ni le ordenó

pecuniaria y, además, se le ordenó que publicara el “Por Tanto” de la sentencia en el periódico “La Nación”, así como también se le condenó a dicho periódico al pago de una indemnización y costas procesales, y a que retirara el “enlace” existente en *La Nación Digital*, que se encontraba en Internet, entre el apellido Przedborski y los artículos querellados, y que estableciera una “liga” en *La Nación Digital*, entre dichos artículos y la parte resolutive de la sentencia. Como efecto derivado de dicha sentencia penal, la ley costarricense exige que se anote la sentencia condenatoria contra el señor Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes.

^{197 bis} Véase Caso Cantoral Benavides contra Perú, sent. (de reparaciones), de 3 diciembre 2001, párrafo 99, num. 4, *ibidem*.

al Estado que la declarara, simplemente dispuso que dejara sin efecto la sentencia condenatoria, lo que equivale en la práctica a declarar la nulidad procesal de la sentencia, quedando inconcluso el proceso, según nuestra apreciación.

g) *Caso 19 comerciantes contra Colombia*¹⁹⁸. En este Caso, en sentencia de julio 5 de 2004, la Corte Interamericana consideró que “Colombia debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieren resultar de la investigación de los hechos. Es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos”. En el punto 5 de la parte resolutive, la Corte condenó a que “el Estado debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos del presente caso [...]”¹⁹⁹.

Lo anterior significa que al Estado colombiano se le impone la obligación internacional de iniciar *nuevamente* el proceso penal contra los militares, ante su juez natural, esto es, la jurisdicción penal ordinaria, en atención a que las sentencias de la justicia penal militar, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, son hechos internacionalmente ilícitos, violatorios del debido proceso, reconocido como derecho humano por el artículo 8.1 de la Convención Americana, lo que significa que las sentencias del fuero militar no hacen tránsito a cosa juzgada absoluta porque, como lo explicó la Corte y los tratadistas citados, este tipo de decisiones estatales no podrán ser garante de la impunidad.

4) *La efectividad de las sentencias depende de su ejecución*. Un problema arraigado en el poder judicial en América es el de la imposibilidad de la ejecución de una sentencia favorable a las pretensiones del demandante, porque la parte demandada —un particular— que debe cumplir con las órdenes emanadas de la parte resolutive de la sentencia definitiva lo impi-

¹⁹⁸ *Hechos*: un grupo paramilitar con la complicidad de algunos miembros de la fuerza pública detuvieron, desaparecieron, torturaron y ejecutaron, en el mes de octubre de 1987, a 19 comerciantes. Por estos delitos la jurisdicción penal ordinaria inició investigación contra los particulares y los militares, pero un juez penal militar provocó una colisión positiva de competencia, la que judicialmente fue resuelta erróneamente a su favor, abriendo el camino a la impunidad, porque los militares fueron absueltos en sentencias de primera y segunda instancia, violando el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso.

¹⁹⁹ Corte IDH. Caso 19 comerciantes contra Colombia, sent., (de fondo), 5 julio 2004, párrafo 263.

de (i), o un órgano del Estado no cumple o impide el cumplimiento de dichas órdenes (ii), o cumple parcialmente (iii). En efecto, se presentan distintas situaciones, como por ejemplo: el particular vencido en un proceso civil dificulta la ejecución de la sentencia favorable al demandante, o lo que es peor, un órgano del Estado es el autor de este hecho; piénsese en un fallo de casación en materia laboral producido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual el trabajador tiene el derecho a su pensión o jubilación, pero la demanda de casación adolece de técnica jurídica. En conclusión, el último fallo es desfavorable. Esta persona afectada en sus derechos constitucionales fundamentales, entre otros el debido proceso, promueve un amparo constitucional (acción de tutela, en Colombia) contra esta sentencia. Después de surtidas las instancias correspondientes, la Corte Constitucional accede al amparo y ordena a la Corte Suprema que desestime su sentencia violatoria de la Constitución y dicte la decisión de conformidad con esta, pero se niega a cumplir el fallo del juez constitucional. ¿Será lícito que el Estado Parte en la Convención Americana patrocine o tolere la rivalidad entre dos órganos del Poder Judicial y se desproteja al titular de sus derechos humanos?

Examinemos la doctrina y la jurisprudencia internacional, a fin de responder la pregunta y hallar una solución jurídica.

AUGUSTO MORELLO se pregunta lo siguiente: “Si el resultado programado en la condena judicial firme o pasada en autoridad de cosa juzgada se deja de cumplir ¿no se lesiona también *frontalmente* la *garantía* de la defensa, tan celosamente preservada en el tramo de conocimientos y durante la secuela del litigio hasta el dictado de aquélla y su fase de control o recursos?”

”[...] Nos parece que ello es un requisito insoslayable —condición *sine qua non*— para que se concrete a pleno el proceso justo en su momento cenital, que no es otro que el del cumplimiento de lo establecido por la jurisdicción en el caso juzgado.

”[...] El respeto y acatamiento en la forma más razonable de la condena (es decir directa, con menos consumo de actividad, tiempo y costos) es pieza clave del proceso judicial (de su utilidad y efectividad) y factor decisivo no solo del valor justicia (alcanzado con el fallo pero todavía no en la realidad) sino, básicamente, de la paz social, de la *convivencia pacífica* que obviamente está involucrada en el uso del servicio de justicia.

”[...] Lo que es imperioso remover, a no ser que olvidemos que lo decisivo en el proceso judicial es la justicia, pero sin detenernos en el marco teórico de la sentencia que es en donde el derecho adquiere su conformación *final*, dice sus últimas palabras, porque cobra luminosidad solo y

cuando la misma es *cumplida*²⁰⁰. Como colofón el procesalista argentino expresa “que la misión de hacer justicia y su finalidad última no es solo resolver eficazmente los conflictos, sino, además, *garantizar* que lo que ordena la condena, *sustancialmente* se hace cierto en forma acorde con la garantía de la defensa, *de la que es componente relevante*”²⁰¹. Además, concluye el autor que se viola el derecho a la tutela judicial efectiva, en nuestro concepto el debido proceso, porque se ha presentado una omisión en la fase de la ejecución de la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda.

Al respecto, la Corte Interamericana ha sentado la siguiente jurisprudencia:

“73. La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento.

”74. El cumplimiento de las sentencias está fuertemente ligado al derecho de acceso a la justicia, el cual se encuentra consagrado en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana.

”[...]

”76. El artículo 25 de la Convención dispone que:

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

”2. Los Estados Parte se comprometen:

”[...]

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

”77. La Corte ha establecido que no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben tener efectividad, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la

²⁰⁰ AUGUSTO MORELLO, “El cumplimiento de la sentencia como manifestación efectiva del proceso justo”, en la obra colectiva *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, págs. 1117 a 1121.

²⁰¹ MORELLO, *ob. cit.*, pág. 1121.

Convención. Al respecto, este Tribunal ha señalado que “[...] no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión.

”78. «[L]a salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos», protección esta que debe ser real y *efectiva*.

”79. Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. Sin embargo, la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas.

”80. En este sentido, la Corte Interamericana ha declarado la violación del artículo 25 de la Convención en el caso «*Cinco Pensionistas*» vs. *Perú*, al señalar que el Estado demandado durante un largo período de tiempo no ejecutó las sentencias emitidas por los tribunales internos.

”[...]

”82. A la luz de lo anterior, este Tribunal estima que, para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en la cual se declare derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido este en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho”²⁰².

²⁰² Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) contra Panamá, competencia, sent., 28 noviembre 2003.

Con fundamento en la jurisprudencia internacional, el Caso del pensionista “frustrado” propuesto como ejemplo, tiene las siguientes repercusiones jurídicas internacionales. La última decisión de la Corte de casación laboral se considera un *hecho internacionalmente ilícito* atribuible al Estado-juez, por violación de una norma internacional, concretamente el citado artículo 25, literal c) de la Convención Americana que estableció la obligación internacional al Estado Parte de “*garantizar el cumplimiento [...] de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso*”, lo cual genera responsabilidad internacional y, por ende, reparación que el Estado podría resolver internamente, concediendo —el juez constitucional—, el amparo constitucional promovido por segunda vez reconociendo el derecho a la pensión. De lo contrario podría la Corte Interamericana dispensarla dictando la sentencia disponiendo que se garantice al lesionado en el goce de su derecho conculcado, esto es, reconociéndole el derecho a la pensión, por violación además al debido proceso.

5) *La fórmula de la “Cuarta instancia”*. Además del anterior aporte que hace la jurisprudencia, el órgano internacional de protección ha desarrollado la denominada *fórmula de la cuarta instancia*. Según la Comisión Interamericana:

“La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que [se] haya cometido una violación de la Convención.

”51. La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando esta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado en la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados Parte de la Convención, pero no puede hacer las veces de tribunal de alzada para examinar supuestos *errores de derecho o de hecho*²⁰³ en que puedan haber incurrido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia [...].

”61. La Comisión está plenamente facultada para fallar con respecto a supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales internos que

²⁰³ Corresponde al denominado “*Desafío de Justicia*”. Nota de los autores.

den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención”²⁰⁴ (cursivas fuera del texto).

Al respecto, DIEGO RODRÍGUEZ-PINZÓN, advierte lo siguiente: “Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. Por lo tanto, para superar el *test* requerido por la Comisión, un peticionario tendría que probar que existe una manifiesta arbitrariedad que viola un derecho protegido por la Convención en los procesos judiciales internos.

”Desde un punto de vista exclusivamente legal, la fórmula de la cuarta instancia simplemente reconoce que si agentes del Estado en el poder judicial actúan de manera tal que violan la Convención, la Comisión examinará el caso y declarará su eventual responsabilidad internacional”²⁰⁵.

Se infiere de lo anterior que debe tratarse de una sentencia arbitraria para que el caso sea admisible, esto es, manifiestamente violatoria del debido proceso, porque al alegar *errores de derecho o de hecho* en la sentencia, no existiría *violación* del debido proceso, porque de ser procedente esta alegación la Comisión se convertiría en una cuarta instancia (una Corte internacional de casación), competencia que no le asignó la Convención Americana. Recuérdese que el *Desafío de Justicia* fue excluido de la codificación de las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos, excepto su inclusión en los términos precisos del artículo 14, numeral 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el Caso de Clifton Wright, la Comisión elaboró la “fórmula de la cuarta instancia”. Otro importante caso es el de Carlos García Saccone contra Argentina, Informe número 8 de 2 de marzo de 1998.

6) *Caso Lori Berinson contra Perú*²⁰⁶ y la validez de las pruebas en el orden interno. La Corte Interamericana, en sentencia de fondo de 25 de

²⁰⁴ Comisión IDH. Caso Marzioni contra Argentina. Informe 39/96, 15 octubre 1996, pág. 8.

²⁰⁵ DIEGO RODRÍGUEZ-PINZÓN, “Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Revista *Argentina de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Edit. Ad-hoc, año 1, núm. 0, 2001, pág. 266.

²⁰⁶ *Hechos*: Lori Berinson fue detenida el 30 de noviembre de 1995, para ser juzgada por un tribunal militar “sin rostro”, por su participación en actividades subversivas, aplicando el decreto ley 25.475, el cual impedía el derecho a interrogar los testigos de cargo; prohibía el interrogatorio de agentes de la policía y del ejército que participaron en las diligencias de investigación; la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declaró la presunta víctima, hizo que aquél no pudiera controvertir las pruebas practicadas y asentadas en el atestado policial; durante su detención fue sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. El 12 de marzo de 1996 fue condenada a

noviembre de 2004, precisó el alcance de su competencia en relación con el examen de los procesos y la valoración del acervo probatorio del orden interno, con el objeto de establecer su incompatibilidad con la Convención Americana, en la siguiente forma:

“133. El Tribunal ha establecido que «(el) esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos»²⁰⁷, para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. A la luz de lo anterior, se deben considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación. La función del tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención»²⁰⁸.

“134. Dadas las especificidades del caso y la naturaleza de las supuestas infracciones alegadas por la Comisión y los representantes de la presunta víctima, así como los argumentos presentados por el Estado, la Corte procederá a efectuar un examen en su conjunto de las actuaciones judiciales internas llevadas a cabo en el juicio penal militar, así como en el fuero penal ordinario, para establecer si dichas actuaciones se adecuaron a las estipulaciones del artículo 8 de la Convención [...].

“174. Al analizar, su integridad, el proceso seguido en el fuero ordinario, se aprecia que en este fueron presentados elementos de prueba provenientes del juicio militar, así como elementos de prueba recabados directamente ante la jurisdicción ordinaria. *La Corte considera que las pruebas del primer grupo son inadmisibles, tomando en cuenta las circunstancias en que se produjeron.* Al mismo tiempo este tribunal advierte que existe, como se ha dicho y acreditado, material probatorio aportado en el curso del

cadena perpetua, por el delito de traición a la patria. Como resultado de la interposición de un recurso de “revisión extraordinario de sentencia ejecutoriada”, el 18 de agosto de 2000, el Consejo Supremo de Justicia Militar *anuló* la sentencia condenatoria, por cuanto se consideró que la competencia correspondía a la jurisdicción ordinaria. En efecto, el 28 de agosto de 2000, se inició un nuevo proceso ante esta jurisdicción y culminó con sentencia condenatoria de fecha 30 de junio de 2001, por el delito de colaboración con el terrorismo, a una pena de 20 años de prisión; la sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Perú el 13 de febrero de 2002.

²⁰⁷ Cfr. Caso Herrera Ulloa, *supra* nota 4, párr. 146; Caso Myrna Mack Chang, *supra* nota 234, párr. 200, y Caso Juan Humberto Sánchez, *supra* nota 210, párr. 120.

²⁰⁸ Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez, *supra* nota 210, párr. 120; Caso Bámaca Velásquez, *supra* nota 210, párr. 189, y Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros). Sent., 19 noviembre 1999.

proceso ordinario, conducente a establecer los hechos materia del juicio y la sentencia correspondiente. Desde luego, la Corte no se pronuncia acerca de la eficacia de dichas pruebas en el caso concreto, asunto que corresponde a la jurisdicción interna [...].

”179. [...] La Corte Interamericana no se pronunciará sobre la elección de dicho sistema de apreciación de la prueba [...].

”232. Es evidente que el proceso seguido en el fuero militar en contra de la señora Lori Berinson fue llevado a cabo con base en una legislación incompatible con la Convención Americana, violando así el derecho al debido proceso consagrado en la misma”²⁰⁹ (cursivas fuera del texto).

Sea lo primero advertir, que la Corte Interamericana realizó un doble examen, así: en primer lugar, de la legislación interna de emergencia, los Decretos Ley Nos. 25.659 sobre el delito de terrorismo y el 25.475 de procedimiento, y el código de procedimiento penal y, en segundo lugar, los expedientes adelantados en la jurisdicción militar y en la jurisdicción ordinaria con el objeto de establecer las violaciones a los derechos humanos, en especial al debido proceso, materia del presente tema.

Se destaca de los considerandos de la sentencia la invalidez de las pruebas practicadas en el proceso adelantado en la jurisdicción militar lo que, en otros términos, se denomina “prueba ilícita”. Sin embargo, la Corte deja de presente que en esta materia su competencia se circunscribe a verificar la forma como se han practicado las pruebas dentro del proceso, pero no se ocupa del estudio del *sistema de la valoración de las pruebas*, por cuanto es asunto que corresponde a los jueces internos, según su legislación procesal. En síntesis, la Corte concluyó que a la presunta víctima, ante la justicia ordinaria, no se le violó el derecho a las garantías judiciales, entre otras, el principio del *non bis in ídem*, porque el proceso militar no concluyó con “sentencia absolutoria y en firme”, sino con nulidad de sentencia y, además, se practicaron innumerables pruebas que fueron controvertidas por la defensa, y que condujeron a establecer la responsabilidad penal de dicha persona. En conclusión, “152. [...] durante la realización del proceso ordinario, se respetó el derecho de la presunta víctima a ser oída por el juez natural tanto en primera como en segunda instancia”. No obstante, en la parte resolutive de la sentencia, la Corte ordenó al Estado “adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana”. Se refirió la Corte al Decreto 25.475, el que impidió controvertir la prueba en el fuero militar.

²⁰⁹ Corte IDH. Caso Lori Berinson Mejía contra Perú, sent., (de fondo) 25 noviembre 2004, párrafos 133, 134 y 174.

Evacuado el análisis de los célebres Casos resueltos por la Corte Interamericana, surgen las siguientes preguntas: ¿Cuáles serían los alcances jurídicos de la cosa juzgada? ¿Cuál sería el alcance de la soberanía del Estado? Consideramos que estas instituciones han sufrido profundas transformaciones a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

7) *¿Cosa juzgada absoluta?* La jurisprudencia de la Corte Interamericana, que hemos transcrito en las páginas que anteceden, nos conduce inexorablemente a referirnos a la *inmutabilidad* de las sentencias definitivas que dictan las cortes o tribunales en última o única instancia, y que hacen tránsito a cosa juzgada en el derecho interno: ¿subsistirá esa sentencia, y estará revestida de validez, cuando el caso sea fallado por la Corte Internacional, por violaciones a la Convención Americana?

Para resolver este gran interrogante el análisis se divide en dos partes: en primer lugar, el estudio estrictamente jurídico y, en segundo lugar, el análisis axiológico: los valores *seguridad* y *justicia* puestos en una balanza.

“La jurisdicción supraestatal se reconoce y consiente para ‘algo’: para cumplir lo que de ella resulta obligatorio [...], el deber internacional prevalece sobre cualquier argumento favorable a la cosa juzgada o a la seguridad jurídica”²¹⁰.

Debemos examinar, así sea brevemente, el concepto de cosa juzgada y sus elementos, en el derecho procesal general, que se aplica en la función jurisdiccional interna; luego analizaremos esos elementos en el *derecho procesal internacional de los derechos humanos*.

Según ENRIQUE VÉSCOVI, “el ejercicio de la función jurisdiccional que tiene por fin decir el derecho en el caso concreto mediante una declaración judicial que constituya la regla obligatoria con carácter definitivo e inmodificable, se realiza por medio del proceso. Esa declaración la efectúa el juez, luego de una serie de actos que constituyen dicho proceso, en lo que se denomina sentencia. Que es el acto final de todo proceso. Y esa inmutabilidad de la sentencia es una cualidad de ella que se conoce con el nombre de cosa juzgada”²¹¹.

Son elementos de la cosa juzgada los siguientes: “el elemento subjetivo comprende las partes entre quienes se surtió el proceso, esto es, el de-

²¹⁰ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, nueva edición ampliada y actualizada a 2002-2003, t. II-A, Buenos Aires, Ediar, 2003, pág. 398.

²¹¹ ENRIQUE VÉSCOVI, *Teoría general del proceso*, 2ª. ed. actualizada, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. 6.

mandante y el demandado. El elemento objetivo contempla el *petitum* o pretensión —denominado objeto— y a los hechos que la sustentan o en que se apoya —llamado causa—²¹².

“En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna”²¹³.

OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI, explica así el alcance de estos elementos para determinar que no existe identidad: “La conexidad viene dada en la *materia*, es cierto, pero el juzgamiento que desarrolla la Corte transnacional refiere exclusivamente a la interpretación y aplicación de los preceptos de la Convención, sin inmiscuirse con la tésis dada a los derechos locales aplicados, aunque los compare para conciliarlos, con el fundamento pensado para los derechos humanos.

”También desaparece en el *nuevo* proceso la calidad procesal de partes obtenida en el curso de la *litis* anterior, toda vez que la figura actual es el denunciante y el eventual condenado será el Estado miembro, sobre el cual recaerá la decisión, aun cuando él no haya sido el responsable directo de la violación”²¹⁴.

En el proceso internacional no es viable, desde el punto de vista procesal, alegar la cosa juzgada, porque las *partes* son distintas. Ante la Comisión, la petición (o denuncia) la podrá presentar *cualquier persona* y no necesariamente la presunta víctima de las violaciones a los derechos humanos, en contra del Estado, mientras que ante la Corte el demandante será la Comisión y el Estado, el demandado.

En cuanto al objeto (o sea, la *materia*), la Corte examinará si ha existido incumplimiento de las obligaciones internacionales y, por consiguiente, establecerá la responsabilidad internacional del Estado, por dichas violaciones, en ejercicio de la competencia contenciosa que tiene por finalidad “la interpretación o aplicación de la Convención Americana” (art. 42.1), siendo esta la *materia* (u objeto) del proceso internacional, lo que implica que no se aplicará el derecho interno (Constitución, leyes, actos administrativos, etc.) que el Estado-juez aplicó para dictar la sentencia. Esta de por sí es otra *materia*, la cual no podrá invocar el Estado ante la Corte Interamericana, con el objeto de justificar el incumplimiento de las obligaciones

²¹² JAIME AZULA CAMACHO, *Manual de derecho procesal*, t. 1, Teoría general del proceso, 7ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2000, pág. 341.

²¹³ Corte IDH. Caso Cesti Hurtado contra Perú, sent., (excepciones preliminares), 26 enero 1999, párrafo 47.

²¹⁴ OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI, *Introducción al nuevo derecho procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1988, pág. 246.

internacionales (*pacta sunt servanda*). Sobre el particular la Corte ha expresado: “Según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”²¹⁵.

Tampoco existe identidad en cuanto a los *hechos*. Los que se debaten en la litis interna generalmente son diferentes a los *hechos* materia del proceso internacional. En la jurisprudencia que acabamos de citar, se pone de presente que se ha violado el debido proceso, por los siguientes actos procesales: se aplicaron leyes incompatibles con la Convención; las personas fueron detenidas arbitrariamente y aisladas e incomunicadas; se les juzgó ante el fuero militar cuando el fuero civil era su juez natural, obligándolos a auto-incriminarse sin contar con una oportuna defensa técnica, etc. Este conjunto de violaciones a las obligaciones internacionales constituyen un *hecho internacionalmente ilícito*, así en el derecho interno hayan sido calificados como lícitos por el poder judicial. Esto es, que durante el desarrollo del proceso interno se gestaron actos procesales inválidos, que generan un proceso indebido contrario a los fines de la justicia, el cual terminó con una sentencia injusta.

En conclusión, el debate en la Corte Interamericana es exclusivamente de derecho internacional, y está regulado por reglas procesales diferentes a los códigos de procedimiento internos. Por ello, la Corte ha enfatizado que “la naturaleza del proceso ante un tribunal de derechos humanos hace que las partes no puedan separarse de determinadas reglas procesales, pues las mismas tienen el carácter de orden público procesal”²¹⁶.

Sobre el particular, la Corte explica lo siguiente:

“En el presente caso, el aspecto *sustancial* de la controversia ante la Corte no es si la supuesta víctima violó la ley peruana (ya sea esta la ordinaria o la militar), sino si el Perú ha violado las obligaciones internacionales”²¹⁷ (cursiva fuera del texto).

Se concluye de lo anterior que “solo cuando esos elementos (subjetivo y objetivo) en su totalidad se vuelven a presentar en un segundo proceso obra la cosa juzgada”²¹⁸. Por lo anterior, no prosperan las defensas del Estado en los procesos seguidos en la Corte, en que se opuso la cosa juzgada.

²¹⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, párrafo 35.

²¹⁶ Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria contra Argentina, sent., 2 febrero 1996.

²¹⁷ Corte IDH, Caso Cesti Hurtado, ob. cit., párrafo 47.

²¹⁸ AZULA CAMACHO, ob. cit., pág. 341.

Desde el punto de vista axiológico, ¿predominará la seguridad jurídica que emerge de la cosa juzgada o la justicia? JUAN CARLOS HITTERS, sostiene lo siguiente: “Resulta innegable que el rango axiológico de la seguridad es inferior al de otros valores jurídicos, tales como la justicia, que a no dudarlo viene a ser el más elevado de toda la escala estimativa. GELSI BIDART, enfatizando la dimensión de la cuestión, [dice] que en estos momentos «como época de profundas modificaciones se produce una búsqueda a fondo de soluciones de justicia realmente universales; importa más, puede decirse, la justicia que la seguridad, en una época evidentemente, inestable, insegura»”²¹⁹.

En conclusión, si un proceso se desenvuelve indebidamente, es lógico que finalice definitivamente con una sentencia insubsistente incluido el proceso mismo, generándose así el *hecho internacionalmente ilícito*, excluyente de la inmutabilidad de esa decisión final para que haga tránsito a cosa juzgada. Por ello, la Corte Interamericana es competente para establecer la responsabilidad internacional del Estado originada por dicha ilicitud judicial: *¡No es legítimo edificar la seguridad jurídica sobre un proceso injusto!* De ahí que las Altas Cortes de los Estados “no dicen la última palabra”. Esos Estados crearon aquella Corte para que imparta *justicia*.

8) *¿Se ha erosionado la soberanía absoluta del Estado?* En el clásico concepto de la soberanía absoluta²²⁰ “los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no ingerencia. El Estado soberano no podía admitir competidores. Estaba excluida la posibilidad de un mandato sobre los Estados dimanante de una autoridad superior a cuya voluntad tuvieran estos que someterse a un gobierno supranacional o incluso mundial”²²¹. “El Estado soberano era para sus súbditos una jaula de hierro, desde la que aquellos no podían comunicarse jurídicamente con el exterior más que a través de muy estrechos barrotes”²²². Por lo tanto, solo los Esta-

²¹⁹ JUAN CARLOS HITTERS, *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata (Arg.), Librería Editora Platense, 1977, pág. 166.

²²⁰ En el Estado moderno, la soberanía la definió JEAN BODINO “como el poder absoluto y perpetuo en una República, como el poder supremo sobre súbditos y ciudadanos, sin restricciones legales”. En el Estado contemporáneo, la soberanía es considerada como un poder de derecho, originario y supremo; de derecho como aquella facultad de crear normas de derecho y supremo, porque en el ejercicio del poder el Estado no aparece subordinado a nadie (LAFERRIÈRE, VEDEL, VIDAL PERDOMO), lo que quiere decir que el Estado-legislador no está sometido a otro poder, porque es soberano.

²²¹ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, Edit. Trotta, 2003, págs. 10 y 11.

²²² NICOLAS POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, París, 1927, págs. 91-92, citado por CARRILLO SALCEDO.

dos eran sujetos de derecho internacional y, por consiguiente, titulares de derechos. Esa visión clásica de la soberanía se ha transformado, según el internacionalista JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, por la proclamación de la dignidad de la persona humana y el reconocimiento de los derechos humanos que le son inherentes en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los desarrollos normativos que han tenido lugar posteriormente²²³, contribuyendo de esta forma al nacimiento de una nueva disciplina, el *derecho internacional de los derechos humanos*, que se ha consolidado progresivamente en diferentes dimensiones: reconocimiento, promoción, defensa y protección internacionales. El reconocimiento supone el respeto y garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, en gran parte inderogables. “De este modo, los derechos humanos han permitido dar una nueva dimensión a los *principios generales* del derecho internacional, que han contribuido a la consolidación de las nociones de *ius cogens* y de obligaciones internacionales *erga omnes* en el derecho internacional contemporáneo”²²⁴; obligaciones *erga omnes* que contraen soberanamente los Estados que ratificaron los tratados que reconocen los derechos humanos. No obstante, “el consentimiento de los Estados no tiene un papel tan decisivo, ya que existen obligaciones que les vinculan jurídicamente al margen de su voluntad, e incluso contra su voluntad; porque existen principios y reglas de rango superior, de *ius cogens*, que por ello no pueden ser modificadas por la voluntad unilateral de los Estados”²²⁵, so pretexto de que son Estados soberanos. En otras palabras, los Estados están sometidos (su Constitución, leyes, actos administrativos, sentencias judiciales, etc.) a un conjunto de normas superiores que provienen *de afuera*, esto es, las normas internacionales que reconocen los derechos humanos que se incorporan en el derecho interno prevaleciendo jerárquicamente, siendo la persona humana su titular y convirtiéndose en sujeto de derecho internacional ante la jurisdicción internacional cuando el Estado soberano le ha violado sus derechos.

El internacionalista HEBBER ARBUET-VIGNALI, explica la transformación de la soberanía en la siguiente forma:

“El problema de la protección de los derechos humanos [...], ha dejado de ser una cuestión de jurisdicción doméstica de cada Estado para re-

²²³ Cfr. JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional*, Madrid, Edit. Tecnos, 2001, pág. 14. “Persona humana, soberanía de los Estados y orden internacional” en *El derecho internacional en los albores del siglo XXI*, Madrid, Edit. Trotta, 2002, pág. 76.

²²⁴ CARRILLO SALCEDO, ob. cit., págs. 141 y 179.

²²⁵ Idem, ob. cit., pág. 181.

resolver discrecionalmente por sí mismo, para transformarse en un problema internacional, que debe encararse en común y bajo las reglas del derecho internacional público. [...] la práctica de proteger internacionalmente estos derechos fundamentales no responde a causas ajenas a la voluntad de los protagonistas en las relaciones internacionales, sino que resulta de la existencia de acuerdos e instituciones creadas por decisiones de la voluntad soberana de los Estados. [...] Las relaciones internacionales, la política internacional y las normas jurídicas que las regulan continúan desarrollándose sobre la base del atributo de la soberanía, propio de los Estados independientes. [...] El atributo de la soberanía que determina, por definición, la ausencia de poder material que subordine a quienes lo poseen, exige, también por definición, que los soberanos, cuando deciden interrelacionarse se sometan a reglas jurídicas pertenecientes a un sistema especial de coordinación, el derecho internacional público, que no ofende su soberanía, pero al que no pueden desconocer sin violar las normas y romper el sistema y que les obliga en forma absoluta. Actualmente los Estados han adoptado decisiones soberanas en el sentido de crear normas de derecho internacional público que les obligan a respetar los derechos fundamentales de la persona humana en el ámbito interno de su soberanía territorial; estas obligaciones, que contraen libremente, les ligan en forma absoluta, sin dejarles posibilidad de desconocerlas mientras están en vigor y no sean jurídicamente derogadas por otras normas del sistema”²²⁶.

Acerca de la diezmada soberanía, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sostenido lo siguiente: “[...] la Corte debe recordar que el Perú suscribió y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, aceptó las obligaciones convencionales consagradas en esta en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. No sobra decir que el Perú, al igual que los demás Estados Parte en la Convención, aceptó esta precisamente en el ejercicio de su soberanía”²²⁷.

En otras palabras, el Estado actúa en el ámbito de las relaciones internacionales como *Estado soberano* y como *Estado de derecho*, a fin de obligarse internacionalmente.

²²⁶ HEBBERT ARBUET-VIGNALI, “Naturaleza y extensión de la protección internacional de los derechos humanos y sus vinculaciones con la soberanía”, en la obra colectiva en homenaje a Héctor Gros Espiell, *Persona humana y derecho internacional*, t. 1, Bruselas, Bruylant, Bruxelles, 1997, págs. 28, 29 y 30.

²²⁷ Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú, sent., (excepciones preliminares), 4 septiembre 1998, párrafo 101.

En efecto, el *Estado soberano* manifiesta su consentimiento al contraer las obligaciones que nacen del tratado internacional, suscrito y ratificado por su voluntad; obligaciones que deben cumplirse de buena fe (*bona fide*) y sin oponer las normas internas (constitucionales, legales, administrativas, etc.) para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales (*pacta sunt servanda*), porque “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas”²²⁸. Los tratados se celebran para ser cumplidos. “Una vez contraídas estas últimas [las obligaciones internacionales], los Estados ya no pueden invocar la soberanía —en todo caso inadecuada, en su acepción absoluta, en el plano de las relaciones internacionales— como elemento de *interpretación* de los tratados, en que se tornaron partes”²²⁹.

“El *Estado de derecho* significa que el poder del Estado debe estar sometido al derecho: al derecho interno (la Constitución, la ley, etc.) y al derecho internacional, específicamente el que reconoce los derechos humanos, o sea, el derecho internacional de los derechos humanos”²³⁰.

En conclusión, en la actualidad el Estado (legislador, administración y judicial) debe resignarse a aceptar las limitaciones a la soberanía, por las obligaciones internacionales que continuamente viene adquiriendo en su condición de soberano, porque en la incorporación de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos en el derecho interno (por medio de ley), y en su ratificación, participan libremente en ejercicio de sus competencias constitucionales, el Congreso y el Gobierno. De este modo expresan su voluntad soberana ante la comunidad internacional y los organismos y órganos internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, el Estado no solo está sometido por obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana, sino también por las obligaciones que provienen de las decisiones de la Corte Interamericana. Al respecto, la Corte Interamericana en el Caso Liliana Ortega y otras contra Venezuela, en resolución de 4 mayo de 2004, de medidas provisionales, consideró lo siguiente:

“7. Que la *obligación* de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacio-

²²⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, arts. 26 y 27.

²²⁹ ANTONIO CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 25.

²³⁰ ERNESTO REY CANTOR, *El victorioso referendo indefenso. Violación a los derechos humanos políticos*, Bogotá, ERC, 2004, pág. 173.

nal, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida”²³¹.

En conclusión, “[...] el derecho internacional ha penetrado progresivamente en el corazón mismo de la soberanía, es decir, en las relaciones entre el Estado y las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluidos sus nacionales, con lo que el rostro de la soberanía queda remodelado y transformado”²³².

De esta forma hemos estudiado brevemente las obligaciones internacionales que emergen de la Convención Americana. Su incumplimiento por hechos internacionalmente ilícitos atribuibles al Estado, por violaciones a los derechos humanos —reconocidos en normas jurídicas contenidas en este tratado—, generan responsabilidad internacional; pero aún no hemos estudiado cuál es la naturaleza jurídica de dichas normas internacionales.

12. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES AUTOEJECUTIVAS (“SELF-EXECUTING”)

Los tratados o convenciones internacionales, ratificados por el Estado, que reconocen los derechos humanos contienen normas que se incorporan automáticamente en el derecho interno, y son de aplicación inmediata y exigibles ante el juez por el titular del derecho, desde el momento en que el tratado entró en vigor.

“Ese concepto es el de las normas internacionales auto-ejecutivas o ejecutables por sí mismas (*self-executing*), un concepto que también desempeña una función clave en caso de conflicto de normas, ya que el conflicto solo puede producirse si la norma de derecho internacional tiene auto-ejecutividad.

²³¹ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros. Competencia, sent., 28 noviembre 2003, párrafo 61; Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la sentencia sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones (art. 67, Convención Americana), sent., de 26 noviembre 2003, párrafo 60, y Caso Bulacio, sent., 18 septiembre 2003, párrafo 117.

²³² CARRILLO SALCEDO, “Persona humana, soberanía de los Estados y orden internacional”, en la obra colectiva *El derecho internacional en los albores del siglo XXI*, ob. cit., pág. 84.

”[...] La estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (*self-executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad.

”[...] Se requieren dos condiciones para que una norma sea auto-ejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes.

”La existencia en un tratado de una disposición ejecutable por sí misma (*self-executing*) depende fundamentalmente de la intención de las Partes Contratantes. Tal norma existe cuando las Partes han tenido la intención de conceder un derecho definido y exigible al individuo que solicita ante el juez la aplicación de esa norma en su favor. Como ha dicho la Corte Permanente de Justicia Internacional «no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las Partes Contratantes, puede ser la adopción por las Partes de algunas reglas definidas que creen derechos y obligaciones para individuos y susceptibles de ser ejecutadas por los tribunales nacionales»²³³.

Siguiendo al internacionalista JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, las normas internacionales que reconocen los derechos humanos se clasifican y definen en la siguiente forma:

A) Normas autoejecutables (*self-executing*)

Son aquellas normas de incorporación automática, aplicación inmediata y directa, y exigible por la persona humana ante la autoridad pública, a fin de que las aplique el Estado que ratificó el tratado.

“En estos países, las disposiciones autoejecutables de un tratado debidamente ratificado tienen el carácter de ley nacional directamente aplicable y, como tal, derogan cualquier ley previa que está en conflicto con ella”²³⁴.

²³³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno*, ob. cit., págs. 33 y ss.

²³⁴ BUERGENTHAL., ob. cit., pág. 88.

En fin, “la norma tiene el carácter de ley nacional directamente aplicable”. Se trata de la ley por la cual se aprobó el tratado.

GERMÁN J. BIDART CAMPOS destaca como normas auto-ejecutivas, en la Convención Americana, las contenidas en los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 12, 13, 15, 16, 17 (con excepción de los acápites 4 y 5), 20, 21, 22, 24 y 25. Con este calificativo también considera los artículos 10, 14, 18, 19, 23 y 26, que por su redacción podría discutirse que no son auto-ejecutables, porque utilizan la fórmula “conforme a la ley”, o “en las condiciones que establezca la ley”²³⁵.

Por ejemplo, las garantías judiciales (debido proceso) con todos los elementos que la integran son de aplicación inmediata, y exigibles en toda actuación, proceso, procedimiento administrativo o judicial, como también la protección judicial (arts. 8º y 25, Convención Americana). En la hipótesis de que la autoridad nacional viole o amenace alguno de los derechos humanos caracterizados por su autoejecutabilidad, la presunta víctima podrá formular medidas cautelares a la Comisión Interamericana, para que esta solicite al Estado su aplicación inmediata, siempre que se reúnan los requisitos de gravedad, urgencia y para evitar daños irreparables a la presunta víctima, porque estos derechos son *justiciables* internacionalmente.

B) Normas no autoejecutables

Son aquellas que para su aplicación y exigibilidad requieren de disposiciones legales complementarias o de medidas de otro carácter. En consecuencia, el Estado adquirió la obligación “de dictar, tan pronto como el tratado entró en vigor, la legislación complementaria que permita su ejecución”²³⁶. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA cita como ejemplos los artículos 13(5), 17(4), 17(5), 19, 21(3) y 26 de la Convención Americana.

En términos similares anota BUERGENTHAL que “las disposiciones que no tienen aquel carácter (*self-executing*) requieren de medidas legislativas para hacer efectivos los derechos en los tribunales nacionales”²³⁷, por ejemplo, el Estado debe dictar la ley que prohíba la propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso (art. 13 [5]); el artículo 17(4) preceptúa que “los Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el ma-

²³⁵ GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1993, pág. 410.

²³⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, ob. cit., págs. 31-45.

²³⁷ BUERGENTHAL, ob. cit., pág. 88.

rimonio y en caso de disolución del mismo [...]”, se entenderá que por *ley* se tomarán las medidas apropiadas. El numeral 5 del mismo artículo 17, expresa: “La *ley* debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. En consecuencia, se debe dictar la ley para hacer efectivo el derecho ante los jueces internos.

Adicionalmente a lo anterior, CANÇADO TRINDADE considera: “La anteriormente mencionada incorporación de la normativa sustantiva de la Convención Americana al derecho interno de los Estados Parte en nada se ve afectada por el *principio de la subsidiariedad* de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Ambos coexisten en armonía, por cuanto aquella incorporación actúa en el plano sustantivo (o sea, de los derechos protegidos), mientras que el principio de la subsidiariedad se aplica específicamente a los mecanismos y procedimientos de protección internacional, o sea, en el plano procesal”²³⁸. En otras palabras, las normas que reconocen los derechos humanos son principales en el orden interno de los Estados, no son subsidiarias de las que reconocen los derechos constitucionales fundamentales, porque consideradas como un *todo* estructuran el denominado *bloque de constitucionalidad*.

Debemos aclarar que no todas las normas de contenido procesal de la Convención Americana se aplican autoejecutivamente en el derecho interno, porque las que reconocen los *derechos humanos procesales* son normas de aplicación directa e inmediata (*self-executing*), por las autoridades nacionales: el *derecho a la libertad personal* (art. 7º), las *garantías judiciales* (art. 8º), *principio de legalidad y de retroactividad* (art. 9º) y la *protección judicial* (art. 25) de la Convención Americana, pero las normas que establecen los órganos internacionales de protección (Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos), con los procedimientos que se deben seguir ante estos organismos son normas no autoejecutables en el derecho interno, porque, como se dijo anteriormente, son subsidiarias, o como lo expresó la Corte en el Caso Velásquez Rodríguez, son *coadyuvantes o complementarias* de la jurisdicción interna de los Estados. Estas son normas aplicables en la jurisdicción internacional, pero sus decisiones (resoluciones y sentencias de la Corte) son de aplicación inmediata en el Estado. Sobre el particular la Corte Interamericana, en el Caso Liliana Ortega y otras contra Venezuela —citado anteriormente—, expresó:

²³⁸ CANÇADO TRINDADE, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” (1948-2002), en la obra colectiva *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, ob. cit., pág. 588.

“12. Que los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos²³⁹. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de los derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales²⁴⁰, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones *deben ser interpretadas* y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos”.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las normas de la Convención Americana que estableció las *medidas provisionales* (art. 63.2)? ¿cuál sería la naturaleza del artículo 25 del Reglamento de la Comisión que consagró las *medidas cautelares*?

- *Medidas provisionales*. En primer lugar, son normas procesales contenidas en un tratado internacional; en segundo lugar, si bien están incorporadas por ley al derecho interno, no son aplicables directamente por las autoridades nacionales, porque la competencia está radicada en el órgano de protección internacional para su adopción: la Corte Interamericana. Sin embargo, este órgano *decreta* las medidas provisionales y el Estado las debe cumplir inmediatamente en el orden jurídico interno.

- *Medidas cautelares*. También son normas procesales, pero están contenidas en el Reglamento que expide la Comisión, y esta, al resolver favorablemente su pedido, *solicita* al Estado que las decrete.

Unas y otras medidas son de diferente contenido y tienen distinto alcance y efectos jurídicos vinculantes para los Estados, aspectos que estudiaremos en el siguiente capítulo.

13. CONCLUSIONES

Como conclusiones de lo expuesto en este capítulo tenemos:

a) Los tratados y convenios internacionales de derechos humanos comprenden un conjunto de normas jurídicas que *reconocen* estos derechos.

²³⁹ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, párrafo 66; Caso del Tribunal Constitucional. Competencia, párrafo 36; y Caso Ivcher Broinstein. Competencia, párrafo 37. asimismo, cfr. *Inter alia*, Caso Bulacio, párrafo 142; Caso “Cinco pensionistas”, sent., 28 febrero 2003, párrafo 164, y Caso Cantos, sent., 28 noviembre 2002, párrafo 59.

²⁴⁰ Véase *Klass and other v. Germany (Merits) Judgement of 6 september 1978*, ECHR, Series A No. 28, parr. 34; y *Permanent Court of Arbitration, Dutch-Portuguese Boundaries on the Island of Timor Arbitral Award of June 25, 1914*, *The American Journal of International Law*, volume 8 1915, págs. 250, 266.

b) La ratificación de estos tratados internacionales por los Estados, genera a su cargo obligaciones internacionales generales y especiales (*erga omnes*).

c) El contenido intrínseco de las normas internacionales consiste en el *reconocimiento* de derechos de la persona humana.

d) Las normas que reconocen los derechos humanos son de aplicación inmediata y directa, y exigibles por la persona humana ante los jueces o tribunales internos, la administración y el legislador (*self-executing*).

e) El incumplimiento de las obligaciones internacionales supone la *violación* de las normas jurídicas que las genera.

f) Del incumplimiento de las obligaciones internacionales se deriva un *hecho internacionalmente ilícito* (por acción u omisión), atribuible directa o indirectamente al Estado y, consecuentemente, produce *responsabilidad internacional del Estado*.

g) La irresponsabilidad de los Estados Parte se produce por la violación de los citados instrumentos internacionales y, por ende, genera la violación de los derechos humanos que tales normas jurídicas reconocen.

h) La violación de los derechos humanos produce un *daño* y, en consecuencia, obliga a los Estados a su *reparación*: restitución, cesación del comportamiento ilícito, satisfacción, indemnización y las seguridades o garantías de no repetición del hecho ilícito.

i) Mientras se produce la decisión final (sentencia) que ordenaría la reparación, las medidas cautelares y las medidas provisionales que adoptarían la Comisión y la Corte Interamericanas, respectivamente, “tienen como objetivo principal evitar que la violación se consuma o, en su caso, que continúen produciéndose hasta tanto haya concluido el trámite del caso”²⁴¹.

²⁴¹ Corte IDH. Resolución de 21 mayo 2001, solicitud de medidas provisionales, Caso del periódico *La Nación* contra Costa Rica.