

**UNIVERSIDAD DE PALERMO
FACULTAD DE DERECHO**



**ESTRATIFICACION JURIDICA DE LAS RECOMENDACIONES DE LA
COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
-El redireccionamiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana -**

TESIS
Que para obtener el grado de
MASTER EN DERECHO

Presenta por
José Elkin Herrera Novoa

Director de Tesis: Dr. Pablo Mántaras.

Buenos Aires, Argentina
Septiembre de 2012.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
DEDICATORIA.	iv
RESUMEN.	v
0. INTRODUCCIÓN.	1
 <i>Capítulo Primero.</i>	
EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN.	7
1.1. Antecedentes del Sistema Interamericano.	7
1.2. La Novena Conferencia Internacional Americana como hito histórico: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y La Carta de la Organización de Estados Americanos.	13
1.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.	34
1.4. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	37
1.5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.	43
1.6. Sus organismos frente a otros sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos.	47
 <i>Capítulo segundo.</i>	
NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS Y EL CONTROVERTIDO ROL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.	55
2.1. Su origen extra convencional y los problemas de la no universalidad.	55
2.2. Un posible problema de legitimidad de la Comisión para emitir ciertos pronunciamientos.	66
2.3. El activismo de la Comisión. Más allá de las críticas, una loable y necesaria actitud.	78
 <i>Capítulo Tercero</i>	
QUIEBRE DE LA JURISPRUDENCIA? HACIA LA ESTRATIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN -Lapsus calimi o hidalguía discursiva-.	84
3.1. Los extremos de la discusión: a favor y en contra de la obligatoriedad.	84
3.2. El valor interpretativo del principio pro homine.	98
3.3. El asunto en la Jurisprudencia colombiana.	106
3.4. La jurisprudencia argentina en el debate	133

3.5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las recomendaciones de la Comisión— <i>Su estratificación jurídica como interpretación alternativa.</i>	142
3.5.1. El conservadurismo e inconsistencia de su posición.	142
3.5.2. Los alcances de Loayza Tamayo contra Perú (1997) ¿Redireccionamiento de su tradicional discurso?	149
3.5.3. Hacia la estratificación jurídica de las recomendaciones de la Comisión. - <i>Lapsus calimi</i> o hidalguía discursiva.	161
4. CONCLUSIONES.	
Los efectos prácticos de la estratificación jurídica de las recomendaciones como alternativa de interpretación.....	182
BIBLIOGRAFIA.	191
ANEXO 1. LEY 288 DE 1996.	199

*Al Señor Jesucristo, mis padres, mi esposa
e hija, todo mi agradecimiento y mi corazón
por su amor incondicional y constante apoyo.*

RESUMEN

La efectiva protección de los derechos humanos no se asegura con el simple establecimiento de organismos especializados con facultades de promoción y supervisión; hace falta que las interpretaciones referidas a este particular mandato no supongan restricciones que menoscaben su alcance práctico. El ejemplo más vívido de esta realidad lo ofrece el sistema regional de protección, en punto de las recomendaciones que formula la Comisión Interamericana en el marco de procesos por presuntas violaciones a los derechos que comprometen la responsabilidad de los Estados americanos. Pese a existir suficientes elementos para construir un discurso consistente a favor de su obligatoriedad, desde la propia Corte Interamericana se ha asumido una refractaria posición frente a dicha opción hermenéutica. La estratificación jurídica de las recomendaciones es una apuesta por identificar y articular dichos elementos, de modo que puedan servir de base para una interpretación razonable sobre su naturaleza, partiendo de la idea según la cual tales pronunciamientos ostentan un grado de obligatoriedad diferenciado en virtud del informe en que hayan sido formuladas. Se pretende con esto hacer un aporte para el fortalecimiento del sistema y la vigencia de los derechos en el continente.

0. INTRODUCCIÓN

La implementación de las decisiones de la Comisión y la Corte es uno de los temas cruciales para lograr la efectiva protección de los derechos de las personas en la región. La protección internacional queda inconclusa si en efecto no alcanza su objetivo de proteger a las personas porque las decisiones de los órganos de supervisión internacional no son ejecutadas a nivel local.¹

La tarde del 15 de septiembre de 2009, previo a hablar con el Comandante del Ejército Nacional de Colombia, me embargaba un indeseable nerviosismo y expectación, pues le iba a solicitar su autorización para estudiar una maestría en Derechos Humanos en el exterior²; sin saber siquiera que al final de mi cita, con la respuesta afirmativa a mi pedido, mi carrera profesional, y por supuesto el resto de mi vida, sufriría un trascendental cambio. La oportunidad de cursar estudios en la Universidad de Palermo, trajo consigo una redefinición conceptual de tópicos básicos del derecho, plantándome justo en el umbral de un mundo de nuevas y refrescantes ideas.

Precisamente, la estratificación jurídica de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un planteo fruto de dicho proceso interior que me provocó el paso por Palermo. Al interesarme por el asunto, de

¹ KRSTICEVIC, Viviana, “Líneas de trabajo para mejorar la eficacia del sistema”, en “El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, IIDH, San José, Costa Rica, 1998, página. 413.

² En julio de 2005 ingresé al Ejército Nacional de Colombia como Oficial, ostentando en la actualidad el grado de Teniente (2012); periodo en el cual me he desempeñado como asesor jurídico y oficial de derechos humanos en distintas Unidades Militares. Desde mi regreso de la Argentina (julio de 2011) sirvo a mi nación como asesor jurídico de la Jefatura de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ejército Nacional, en la ciudad de Bogotá.

inmediato empezaron a hacerse cada vez más evidentes inquietantes particularidades en la manera en que jueces y doctrinarios asumían la entidad jurídica de dichos pronunciamientos. La indiscutible autoridad de los interlocutores, incorporaba a esa aproximación preliminar una dosis adicional de consternación. Parecía ser que las soluciones que se ofrecían desde cada orilla del debate, adolecían del rigor o la suficiencia necesaria para lograr una construcción argumental satisfactoria.

En efecto, la dialéctica discursiva de los últimos años no ha logrado producir soluciones aceptables que den por clausurado el debate, por lo que en la actualidad aún persiste el disenso sobre cuestiones fundamentales como: ¿es el Sistema Interamericano un mecanismo limitado por la voluntad política de los Estados?; ¿Dónde quedan los derechos de las víctimas si lo anterior es afirmativo?; ¿Todas las decisiones de sus órganos ostentan idéntico valor jurídico?, siendo esto así ¿cómo afecta la soberanía de los Estados Americanos? En medio del debate el concepto de soberanía juega un papel preponderante, sirviendo, lamentablemente, como factor deslegitimador de ciertas decisiones de sus Órganos. El maniqueísmo retórico que gravita en torno a dicha institución, recuerda la advertencia foucaultiana de sus distintos usos en etapas aciagas de la historia de los Estados y sus relaciones con sus pares y asociados.³

³ En el libro “Defender la sociedad” se registra lo discurrido por Foucault en la clase del 14 de enero de 1976; lo interesante es la “denuncia” que hace el filósofo de lo funcional que ha sido la institución de la Soberanía a discursos y fines tan variados en diferentes momentos de la historia de los Estados.

“La teoría jurídico política de la soberanía –la teoría de la que hay que desprenderse si se quiere analizar el poder—data de la Edad Media; data del resurgimiento del derecho romano; se constituyó en torno del problema de la monarquía y el monarca. Y creo que, históricamente, esta teoría de la soberanía –que se la gran trampa en que se corre el riesgo de caer cuando se quiere analizar el poder—desempeñó cuatro papeles.

En primer lugar, se refirió a un mecanismo de poder efectivo que era el de la monarquía feudal. Segundo, sirvió de instrumento y también de justificación para la constitución de las grandes

Sin embargo, lo que más desconcierto provoca, son las consideraciones que al respecto ha expuesto la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintos pronunciamientos (opiniones o fallos), abiertamente contradictorias. Tal cual se intenta patentizar en el desarrollo de esta idea —ojalá con la prolijidad querida— los jueces interamericanos tradicionalmente han asumido una posición conservadora y reverente a la “majestad” de la soberanía estatal, aduciendo razones referidas a la naturaleza propia del procesamiento de peticiones en el Sistema y la interpretación exegética del articulado convencional, derivando de lo cual una desjerarquización de las recomendaciones. Con seguridad, una posición de este tipo no resulta nada conveniente a los fines del Sistema de Protección, especialmente considerando la vinculación diferenciada de los Estados Americanos a éste.

El presente trabajo constituye, entonces, una manera de terciar en tan espinoso debate, presentando una aproximación —sin pretender por lo mismo dar por agotada la discusión—, a uno de estos temas controvertidos: el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta apuesta

monarquías administrativas. A continuación, a partir del siglo XVI y sobre todo del siglo XVII, ya en el momento de las guerras de religión, la teoría de la soberanía fue un arma que circuló tanto en un campo como en el otro, que se utilizó en un sentido o en el otro, ya fuera para limitar o, al contrario, para fortalecer el poder real. La encontramos del lado de los católicos monárquicos o de los protestantes antimonárquicos; del lado de los protestantes monárquicos más o menos liberales; también del lado de los católicos partidarios de regicidio o del cambio de dinastía. Vemos que esta teoría de la soberanía actúa en manos de los aristócratas o de los parlamentarios, del lado de los representantes del poder real o del lado de los últimos señores feudales. En resumen, fue el gran instrumento de la lucha política y teórica alrededor de los sistemas de poder de los siglos XVI y XVII. Por último, en el siglo XVIII volvemos a encontrar esta misma teoría de la soberanía, como reactivación del derecho romano, en Rousseau y sus contemporáneos, en este caso con un cuarto papel: en ese momento se trata de construir, contra las monarquías administrativas, autoritarias o absolutas, un modelo alternativo, el de las democracias parlamentarias. Y ese es el papel que desempeña aún en el momento de la Revolución.”

FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Primera Edición, quinta reimpresión, Fondo de la Cultura, Sección de Obras de Sociología, Buenos Aires, 2010. Pág. 42-43-

argumental tiene origen en la idea de diferenciación escuetamente presentada por Germán Bidart Campos y Susana Albanese en el artículo titulado “*Interpretación del término recomendaciones a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” (1996), para plantear una alternativa de solución diferente a las tradicionalmente debatidas.⁴

Lo que llamaremos a partir del momento “estratificación jurídica de las recomendaciones de la Comisión”, representa entonces una alternativa de interpretación de las consideraciones expuestas por la Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo contra Perú (1997)* -que vino a trastornar la aparente calma conceptual, por decirlo de algún modo, del Tribunal expresada en providencias como la sentencia de *Delgado Caballero y Santana contra Colombia (1995)*—, que supone su valor jurídico distinto en virtud del informe en que son formuladas (Ya sea en el que trata el art. 50 o el 51 CADH). En consecuencia, me propongo sustentar la afirmación, según la cual la entidad jurídica de las recomendaciones de comisionados se caracteriza por una cierta graduación, que supone una escala o estratificación condicionada por el tipo de informe en el cual se encuentran formuladas (esto es, el preliminar y el definitivo).

Dicha aventura epistémica no solo permitirá entender el aparente cambio de rumbo discursivo de la Corte frente al rol de la Comisión en el Sistema, sino además tiene la virtud de aportar elementos con los que sea posible la construcción de un discurso útil a los fines de protección y promoción del Sistema Interamericano –así

⁴ El trabajo atiende a la siguiente formulación: ¿Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos están provistas de obligatoriedad para los Estados de la Organización Americana?; en caso afirmativo, ¿es ésta idéntica en todas las recomendaciones de la Comisión?

como la operatividad de las recomendaciones contenidas en los informes finales de la Comisión—, especialmente en aquellos casos en que se involucran las acciones u omisiones de Estados que aún no han reconocido la competencia de la Corte. Planteado así, no son menores los problemas involucrados, especialmente los referidos a la difícil tensión ante la cual se expone la Corte a la hora de corregir los efectos de una decisión propia, ante el peligro latente de hacer mella en la legitimidad del Sistema Interamericano y la suya propia.

Estructuralmente hablando, el documento se compone de tres capítulos, siendo los dos primeros espacios para la contextualización más o menos rigurosa, que me permitirán exponer en el último la idea de estratificación jurídica de que vengo haciendo referencia, bajo el rótulo “Quiebre de la Jurisprudencia? Hacia la estratificación jurídica de las recomendaciones de la Comisión –*Lapsus calimi* o hidalguía discursiva”. Esta aproximación al estado de la discusión servirá para conocer las complejidades que subyacen a la aplicación de las decisiones del Sistema por parte de los Estados de la región, máxime cuando las Cortes de cierre de las jurisdicciones internas se ven en la incómoda situación de referirse sobre el asunto en sus providencias⁵. Su persistente celo hacia lo que determina un organismo internacional que pueden traer aparejada la mella en la firmeza de las propias, apenas trata de disimularse con el empleo de adjetivos huérfanos de contenido práctico, restándole franqueza a la discusión.

⁵ Los profesores Martín Abregú y Olga Espinoza, comentan a este respecto: “No debe perderse de vista la reacción negativa que los tribunales tienen, en general, ante este tipo de demandas y que se explica por su reconocido conservadurismo y la resistencia a acatar otras fuentes normativas que no sean las del derecho interno”. ABREGU, Martín; ESPINOZA, Olga. *La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Parte*”, ubicado en ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto y CURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local, la experiencia de una década*. Editorial Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 2007. Pág. 208.

En todo caso, pretendo con este esfuerzo que el debate no pierda su vigencia, al incorporándole cuestiones novedosas, estando firmemente convencido que el mayor grado de asimilación de las decisiones de la Comisión solo será posible a partir de un andamiaje argumental conciliador, pero lógicamente sólido. Ello bastará para dar por satisfecha mi primigenia inquietud, continuamente orientada por quien funge como director de esta tesina, el profesor de Palermo Pablo Mántaras, a quien hago público mi agradecimiento y más profunda consideración.

Capítulo Primero.
EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS
ÓRGANOS DE PROTECCIÓN.

1.1. Antecedentes del Sistema Interamericano.

Una característica que distingue al sistema interamericano de otros sistemas de derechos humanos es su capacidad de adaptación en sus cinco décadas de funcionamiento a la situación hemisférica para responder a las necesidades que cada momento histórico demandaba.⁶

Definido por Gordon Connell- Smith, el Sistema Interamericano “comprende ciertos tratados y acuerdos entre los países americanos; numerosas instituciones interamericanas creadas con el fin de promover objetivos comunes y el acatamiento de principios acordados; y una forma de diplomacia multilateral, a través de los cuales los Estados americanos conducen sus relaciones internacionales”⁷. Sus antecedentes más remotos son reconocidos en el Congreso de Panamá de 1826 convocado por Simón Bolívar en Diciembre de 1824, previo a la mítica Batalla de Ayacucho (Perú, nueve de diciembre de 1824).⁸ Desde aquella época, las nacientes Repúblicas

⁶ DULIZTKY, Ariel. “50 años del sistema interamericano de derechos humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios”. Ponencia ofrecida en el seminario conmemorativo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre organizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y celebrada en Bogotá el 28 de mayo de 2008.

⁷ ALICE, Mauricio. El Sistema Jurídico Interamericano. Instituto del Servicio Exterior de la Nación. Colección de Libros del ISEN. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. 2006.

⁸ “...pensando en una unión y coalición de las recientes repúblicas, con la exclusión del Brasil, Estados Unidos y Haití, Bolívar convocó en 1824 a la Gran Colombia, México, Perú, Chile, las Provincias del Río de la Plata y América Central a un Congreso Anfictiónico en Panamá. Este congreso se efectuó entre el 22 de junio y el 15 de julio de 1826 y contó con la presencia de plenipotenciarios de América Central, Colombia, México y Perú, y se suscribió en esa oportunidad, el Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua. A la ausencia de Estados Unidos se sumó la de Brasil, que tampoco fue invitado por Bolívar. Argentina, que según Gordon Connell-Smith era rival de Brasil en sus aspiraciones al liderazgo de los países hispanoamericanos, tampoco participó en ésta y en posteriores

manifestaban claramente su deseo de Confederarse, como lo demuestra la celebración del Pacto de “Unión, Liga y Confederación Perpetua” firmado por Colombia, Chile y México. Según el venezolano Pedro Ortega Díaz “son pactos preparatorios, donde las partes se comprometen a confederarse entre sí y a interponer sus buenos oficios para lograr que lo hagan también los demás Estados de América”⁹.

Si bien no puede afirmarse que desde tan temprano nuestras Repúblicas, muchas de ellas ni siquiera consolidadas para ese entonces, idearon el Sistema que en la actualidad conocemos o que su preocupación inmediata radicara en la protección de los derechos humanos, lo cierto es que se trata de una valiosa manifestación de su voluntad de establecer espacios de diálogo y cooperación regionales, dando origen a un proceso de integración en seno se presentaron importantes aportes al desarrollo del Derecho Internacional Público y Privado.

El objeto del Tratado –refiriéndose al Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua suscrito por los asistentes al Congreso de Panamá del 26—era la defensa de la soberanía y la independencia de los Estados frente a cualquier intento de dominación extranjera. Asimismo, preveía el arreglo pacífico de las controversias, sancionando con expulsión de la Confederación a los que violaran la obligación de apelar a la solución pacífica antes de recurrir a las armas; los buenos oficios y la mediación, así como la conciliación previa. De igual modo, defendía la integridad territorial de los miembros de la Confederación. La Confederación de Estados contemplaba una Asamblea General, que sería el órgano principal y en el cual estarían representados todos los Estados confederados en un plano de igualdad jurídica y con amplios poderes para concluir tratados y contribuir al mantenimiento de la paz y

reuniones en función de su oposición a ligas internacionales más estrechas en el Continente” ALICE, Mauricio. Obra citada. Págs 31 y 32.

⁹ ORTEGA DIAZ, Pedro. El Congreso de Panamá y la Unidad Latinoamericana. Impreso en la República Bolivariana de Venezuela, junio de 2006. www.alternativabolivariana.org/pdf/unidad_latinoamericana.pdf

la solución amistosa de los diferendos que pudieren surgir, recomendando para tal efecto la conciliación y la mediación.¹⁰

Como una importante nota de color a efectos del debate que presentaré en el segundo y tercer capítulo de mi trabajo, es de aclarar que Estados Unidos efectivamente fue invitado a participar en dicho Congreso, a lo que no se accedió, según algunos autores, por la diferencia de intereses de ese país y el proyecto bolivariano para América Latina. Sin embargo esto no es lo más interesante, sino el motivo que adujo el presidente norteamericano John Quincy Adams ante la Cámara de representantes de su país: el carácter meramente consultivo de la Asamblea. Hasta entonces se pueden remontar discusiones sobre la obligatoriedad o no de decisiones de los organismos regionales; en ese caso de la Asamblea General de la Confederación, en la actualidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De ahí la importancia de referirlo; máxime cuando a finales de ese mismo siglo, en 1890, empieza a consolidarse lo que estudiosos como Corrales y Feinberg – mentados por Mauricio Alice en la obra citada—denominan como un “proceso de formación de regímenes de Cooperación”.¹¹ En ese año se celebró, en Washington

¹⁰ Alice, Mauricio. Obra citada. Pág. 32

¹¹ Mauricio Alice, en su obra “El sistema jurídico interamericano” destaca tres periodos notables de la vida comunal de nuestra región: EL HISPANOAMERICANISMO, EL PANAMERICANISMO y finalmente, EL INTERAMERICANISMO. El primero, que abarca desde el Congreso de Panamá de 1926 hasta la Primera Conferencia Internacional Americana de 1890, surgió con la necesidad de conformar un bloque de Repúblicas que cooperaran entre sí en contra de las latentes amenazas de dominación extranjera. El panamericanismo, comprende el periodo entre la Conferencia de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas (1890) hasta 1948, fecha de suscripción de la Carta de Bogotá o de la Organización de los Estados Americanos. Autores como Gordon Connell-Smith, aseguran que este movimiento fue impulsado por los Estados Unidos desde 1880 motivado por su intención de canalizar su elevada producción hacia América Latina, desplazando los intereses e inversiones europeas cada vez más arraigadas en la región, y la urgencia de establecer mecanismos de pacificación (guerra del Paraguay y del Pacífico) y estabilización que no justificaran la intervención europea en la región, lo

D.C., la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, que sentó las bases para lo que más adelante se conocería como la Organización de Estados Americanos (OEA)¹².

Esto último ocurrió el treinta de abril de 1948, en la capital colombiana, en donde los veintiún participantes en la Novena Conferencia Internacional Americana suscribieron la Carta de la OEA. Este hecho marcó un hito en la vida comunal de nuestros pueblos, toda vez que afirmaron expresamente su compromiso con objetivos comunes, a partir del respeto de la soberanía nacional. Esta misma fue la ocasión para la firma de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que pasó a la historia como el primer documento oficial en que una comunidad de naciones declaraban los principios de los Derechos Humanos (El 10 de diciembre de ese año firmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos a instancias de la ONU).¹³

La creación de este nuevo organismo, mediante la suscripción de tan importante instrumento jurídico –autorizada por el artículo 52 de la Carta de Naciones Unidas¹⁴--, estuvo alentada por la angustia que provocó en la comunidad internacional

cual indudablemente representaba un riesgo para el crecimiento económico e influencia política de los Estados Unidos. Finalmente, el Interamericanismo, abarca desde 1948 hasta nuestros días.

¹² En 1890 se crea la Agencia Comercial, que convirtió en la Unión Panamericana en 1910.

¹³ Ver <http://www.hrea.net/learn/guides/OEA.html>

¹⁴ Capítulo VIII. Acuerdos Regionales

Artículo 52: 1. Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.

las terribles violaciones a los derechos humanos perpetradas antes y durante la Segunda Guerra Mundial. Se evidenció entonces, en el caso particular del continente americano, una necesidad urgente de establecer mecanismos idóneos que permitieran promocionar y defender ciertas prerrogativas fundamentales del hombre, de manera que se evitara eficazmente la repetición de hechos tan gravosos para la existencia misma de la Humanidad. El nuevo rol de los Derechos Humanos había adquirido forma; al menos ese es dictamen de la academia:

(...)finalizada la confrontación en 1945, los derechos humanos pasaron a integrar las exigencias más elementales de la convivencia en la sociedad internacional, y de ahí que el respeto de los mismos sea una aspiración fundamental del Derecho Internacional contemporáneo, hasta el punto de que se entiende hoy comúnmente que las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos del hombre forman parte en sus aspectos básicos y esenciales —no, por tanto, en todos—del *ius cogens* internacional.¹⁵

Finalizada la Segunda guerra Mundial, uno de los acontecimientos más relevantes vinculado con el ejercicio y la vigencia de los derechos humanos ha sido la creación de sistemas de control internacionales, como se afirmó en las palabras introductorias. A lo largo de ese medio siglo de referencia y en el marco de las instituciones internacionales, ya universal, ya regionales, se han elaborado declaraciones tanto generales cuanto específicas, tratados, protocolos facultativos, adicionales o de enmienda, se han creado órganos de control internacionales, incluyendo judiciales.¹⁶

Tres años antes de ese encuentro con la historia, en 1945, en el marco de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de La Paz celebrada en Ciudad de México, se había propuesto la renovación del Sistema Panamericano de integración, que hasta ese entonces “funcionaba” sin siquiera una Carta

¹⁵ PASTOR RIDRUEJO, José A. Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales. Sexta Edición. Editorial Tecnos S.A. España, 1998. Pág. 83

¹⁶ ALBANESE, Susana. Derechos Humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas. Tomo I. Editorial Belgrano. Buenos Aires, Argentina 1997. Pág. 23

Constitucional propia. De esta Conferencia surge el encargo al Consejo Directivo de la Unión Panamericana de redactar un proyecto con el que se mejoraría y reforzaría dicho Sistema, fundamentalmente en el que los Estados Partes se comprometerían a reconocer y acatar el Derecho Internacional como hoja de ruta de su conducta y con base en el cual se resolverían sus controversias.

Pese a que en su texto se expresaba claramente el propósito de defender los Derechos Humanos, lo cierto es que la Carta de la OEA no instituyó ningún sistema de protección como el que conocemos en la actualidad. Pero sin lugar a dudas, esta primera manifestación de voluntad encaminada a la protección y promoción de los Derechos Humanos, sirvió para que nueve años después, en 1959, se estableciera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) – Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores-, de lo cual nos ocuparemos más adelante con mayor detalle.

La Carta proclama y reafirma los “derechos fundamentales de los individuos, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” como uno de sus principios; sin embargo, no define estos derechos, ni proporciona algún mecanismo explícito para la promoción y protección de los derechos humanos.¹⁷

¹⁷ NOWAK, Manfred. Introducción al régimen internacional de los derechos humanos. Primera Edición. Departamento de Publicaciones de la Universidad de Buenos Aires, 2009. Pág. 249.

1.2. La Novena Conferencia Internacional Americana como hito histórico: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y La Carta de la Organización de Estados Americanos.

En la evolución progresiva del derecho de los derechos humanos han tenido un destacado papel las cartas constitutivas de las organizaciones internacionales. (...) Del mismo modo subrayan la importancia señalada la carta de la Organización de los Estados Americanos y sus reformas, la del Consejo de Europa y la de la Unidad Africana.¹⁸

Del treinta de marzo al dos de mayo de 1948, se dieron cita en Bogotá, Colombia, representantes de veintiún repúblicas hemisféricas con el fin de participar en la Novena Conferencia Internacional Americana. Aunque a lo lejos se afirma que el evento marcó la historia de la integración americana, pocos recuerdan que el destino y la agitación política del país anfitrión —en ese momento bajo la presidencia del doctor Laureano Gómez— haría de sus participantes los flamantes testigos del acontecimiento más importante de su vida como república: El asesinato de Jorge Eliecer Gaitán. La muerte del caudillo liberal la tarde del nueve de abril de ese año, no solo provocó el tristemente popular “bogotazo”, sino se convertiría en el inicio de una confrontación armada interna que hasta el presente no ha podido superarse.

A pesar que la mención de este hecho histórico de la vida política particular colombiana no pareciera representar mayor importancia para el comentario acerca de los instrumentos jurídicos suscriptos durante la Conferencia, no es poca cosa hacerlo para subrayar la paradoja que envuelve al compromiso asumido por la región en medio de la gravísima coyuntura social provocada por dicho magnicidio. Pues bien,

¹⁸ ALBANESE, Susana. Derechos Humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas. Tomo I. Editorial Belgrano. Buenos Aires, Argentina 1997. Pág. 24

no deja de ser paradójico, o por lo menos “sugestivo”, que la primera Declaración Oficial de un número importante de Estados a favor del reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, luego de la segunda guerra, se produjera simultáneamente con “el hecho” desencadenador del conflicto armado no internacional más sangriento y añejo que el mundo conozca, caracterizado precisamente por el desborde de las reglas de la guerra y el avasallamiento de los mínimos humanitarios. Lo indiscutiblemente curioso, es que este compromiso manifiesto de las repúblicas americanas en favor de la dignidad y los derechos del individuo, en lo sucesivo tendría que lidiar con los vejámenes derivados de confrontaciones armadas de este tipo, marcando un nuevo ciclo de inhumanidades alrededor del globo y un duro reto para el Sistema que vendría luego¹⁹.

Ahora bien, reencauzando nuestro estudio, con la suscripción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), se inicia un nuevo estadio del proceso de formación del sistema de cooperación regional: el Interamericanismo.

¹⁹ CICR. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) 01-11-1998.

“En el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, fueron cada vez más frecuentes los conflictos armados de carácter no internacional, superando, con mucho, el número de conflictos internacionales tradicionales, propios de épocas anteriores. La aprobación por parte de la comunidad internacional del Protocolo adicional II respondía a la necesidad de desarrollar y complementar la reglamentación mínima existente en relación a este tipo de conflictos, a saber el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.”
http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/950B5D7D9CEA18B2C1256E2100501C7D?OpenDocument&Style=Custo_Final.3&View=defaultBody4

A pesar de las diferencias sustanciales que puedan advertirse entre el panamericanismo y el Interamericanismo²⁰, es posible afirmar sin temor a equívocos que los acuerdos alcanzados en desarrollo de aquel constituyeron las bases fundamentales del instrumento internacional que le dio vida a éste. La declaración de principios de la Carta no hace más que reafirmar las manifestaciones de voluntad de los Estados de la región con ocasión de las conferencias celebradas con anterioridad. Se destacan, entre otras:

- La PRIMERA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, Washington 1889-1890, por representar el antecedente indiscutido de la OEA;
- - La TERCERA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, Río de Janeiro, julio-agosto de 1906, por su contribución al desarrollo del derecho internacional público y privado, gracias al establecimiento de una Junta Internacional de Jurisconsultos, a la que se le encargó la confección de dos códigos y una Convención que regulara las reclamaciones pecuniarias.
- - La SEXTA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, La Habana, enero-febrero de 1928, en el marco de la cual la Junta de Jurisconsultos presentó importantes proyectos para su aprobación tales como: el Código de Derecho Internacional Privado, y una Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados

²⁰ El profesor chileno Uldarico Figueroa Plá, en su obra titulada "organismos internacionales", de editorial Jurídica de Chile, (pág. 466) explica de modo muy claro al panamericanismo en su transición hacia el interamericanismo, del que nos ocuparemos en este apartado, en los siguientes términos:

"El término panamericanismo tiene una acepción de unidad, de un todo. Después de años de intervención militar norteamericana en el continente, de desconocimiento de principios tan caros a la América Latina como el de la no-intervención (entendida originalmente como la no-intervención de Estados Unidos en los asuntos latinoamericanos), se hacía necesario precisar y caracterizar el estado de la relación hemisférica. El término interamericanismo refleja de hecho la situación existente. Constata solamente un hecho geográfico: una relación `entre las Américas´ , y sin ponderar ni adjetivar esa relación".

en caso de luchas civiles, entre otros. En desarrollo de la misma conferencia se estableció la CIM –Comisión Interamericana de Mujeres.

La preocupación fundamental de los Estados americanos en esta nueva etapa del proceso ha sido, indiscutiblemente, la promoción de los Derechos Humanos y la consolidación de la democracia como escenario ideal para su ejercicio efectivo, en referencia de lo cual se celebraron las subsiguientes conferencias ordinarias y extraordinarias.²¹ La importancia de lo que se ha conocido como “paradigma democrático” en el marco del sistema interamericano es expresamente reconocido en el Preámbulo y la misma declaración de principios de la Carta²²:

Preámbulo. “Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”

Art. 3 (d) “La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”

²¹Por ejemplo la DÉCIMA CONFERENCIA INTERAMERICANA, celebrada en Caracas (1954), abogó por el sufragio universal y el fortalecimiento de la democracia en los Estados del Hemisferio. Asimismo, la SEGUNDA CONFERENCIA INTERAMERICANA EXTRAORDINARIA, celebrada en Río de Janeiro (1965) tuvo como propósito el fortalecimiento del sistema interamericano.”

²² El mismo propósito ha sido reafirmado en declaraciones más recientes, como la de la Ciudad de Quebec, en el marco de la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en Canadá del veinte al veintidós de abril de 2001, mediante la conocida CLAUSULA DEMOCRÁTICA (Párrafo 7º):

“...El mantenimiento y fortalecimiento del Estado de derecho y el respeto estricto al sistema democrático son, al mismo tiempo, un propósito y un compromiso compartido, así como una condición esencial de nuestra presencia en ésta y en futuras cumbres. En consecuencia, cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del Gobierno de dicho Estado en el proceso de cumbres de las Américas...”

Todo ello teniendo por valor fundamental la soberanía de los Estados signatarios (Principio de igualdad de los Estados) y su derecho a administrar sus asuntos internos autónomamente (Principio de No Intervención), como es declarado en sus artículos 1 y 2:

Art. 1º. Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional.

La organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción de los Estados miembros.

Art. 2º. La organización de los Estados Americanos, para realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, establece los siguientes propósitos esenciales:

a)...

b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención.

Precisamente, el reconocimiento expreso de la importancia de estos dos principios, reminiscencias del Derecho Internacional Clásico en el que las relaciones entre los Estados se regían por la simple yuxtaposición y el relativismo jurídico absoluto, explica en mucho el éxito del organismo para integrar la casi totalidad de los Estados americanos, así como los problemas de operatividad efectiva de los mecanismos de protección de los derechos humanos que se han establecido en el propia Carta y, posteriormente, en la Convención Americana. Los más representativos

casos son los de Estados Unidos y Canadá, según lo comentaremos luego. Vale la pena reseñar las prevenciones del internacionalista español José Pastor:

En todo caso, esta concepción del Derecho Internacional Contemporáneo se nos presenta fundamentalmente como una tendencia o aspiración, aunque, como acabamos de comprobar, no deja de tener manifestaciones ciertas en la realidad. Porque hay que registrar el hecho insoslayable de que, al persistir básicamente los esquemas de una sociedad internacional de yuxtaposición, en el orden mundial de nuestros días perviven manifestaciones muy importantes del Derecho Internacional Clásico. Más aún: en cuestiones especialmente sensibles en que pugnan los intereses de los Estados industrializados y de los Estados en desarrollo, los primeros tienen —sic— a hacer perdurar los patrones de Derecho Internacional Clásico, mientras que los segundos querrían implantar principios y soluciones del Derecho Internacional contemporáneo²³. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Sobre el mismo asunto discutiremos con más frecuencia en lo sucesivo; por ahora estas primeras advertencias servirán de referencia para presentar del modo más prolijo posible, las cuestiones problemáticas que preceden el debate en que nos embarcaremos al presentar la presente tesis.

En cuanto a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, importa mencionar la estructura sobre la cual descansa el organismo regional, en aras de ir aproximándonos a cuestiones problemáticas tales como: la legitimidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para pronunciarse a favor de la protección de los derechos humanos en determinados casos, como los que involucran la responsabilidad de Estados que no han reconocido la competencia de la Corte Interamericana. Así pues, la Carta del 48 constituyó los siguientes órganos:

²³ PASTOR RIDRUEJO, José A. Obra citada, pág. 87.

Una ASAMBLEA GENERAL como su órgano supremo—regida por lo establecido en los artículos 54 a 60 de la Carta— en el seno de la cual se definen su actividad y políticas generales, por vía de la deliberación de sus miembros, quienes tienen derecho a un voto.

La REUNION DE CONSULTA DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES —reglada por los artículos 61 a 69 ídem—que funge como órgano de consulta y deliberante de los problemas urgentes que incumban a los Estados miembros.

LOS CONSEJOS DE LA ORGANIZACIÓN —regidos por los artículos 70 a 79 ídem—que dependen de la Asamblea General. Estos consejos son competentes para conocer los asuntos que les asigna exclusivamente la Carta, los encomendados por la Asamblea General y la Reunión de Consulta de Ministros de relaciones Exteriores. El artículo 70 de la Carta alude al Consejo Permanente de la Organización y el Consejo Interamericano para el desarrollo Integral —establecido por el Protocolo de Managua—.

LA SECRETARÍA GENERAL —regida por lo dispuesto en los artículos 107 a 121 ídem—que cumple el rol de órgano central, permanente y ejecutor de las políticas y programas de la OEA.

Cuenta además con unos ORGANOS ESPECIALIZADOS —Artículos 124 a 130 ídem—como la Organización Panamericana de la Salud (1902), la Comisión Interamericana de Mujeres (1928), el Instituto Interamericano del Niño (1927), el Instituto Panamericano de Geografía e Historia (1928), el Instituto Indigenista

Interamericano (1940) y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (1942).

En materia jurídica, los artículos 99 a 106 de la Carta establecen dos organismos, uno de los cuales será objeto de nuestro estudio: EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (CJI) y LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). El primero tiene como finalidad “servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de unificar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente” (Art. 99 Carta de la OEA); en tanto que la segunda, “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia” (Art. 106 Ídem). De la creación, composición y funcionalidad de la Comisión Interamericana nos ocuparemos detenidamente más adelante, dada la necesidad de precisar cuestiones de capital importancia relacionadas con su competencia y legitimidad, así como el rol cumplido previa y posteriormente a la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

A la fecha, la Carta ha sido reformada en cuatro ocasiones, debido a la necesidad de adecuar las instituciones de la Organización a los retos que suponían los peligros al sistema democrático de sus miembros, y a la dinámica que ha adquirido la protección de los derechos humanos, especialmente tras la venida a bajo de la bipolaridad política y económica de la guerra fría; el evento histórico repercutió ostensiblemente en la agenda interamericana, de modo concreto en la promoción y

protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Estas reformas son, de manera bastante sucinta:

- a. La recomposición estructural de la Organización, implementada en desarrollo de la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Buenos Aires el 27 de febrero de 1967 (Protocolo de Buenos Aires/67). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos pasó a convertirse en un órgano principal de la OEA.
- b. En 1985, se suscribe el Protocolo de Cartagena, en virtud del cual se efectúan reformas de carácter administrativo, como la redistribución de funciones entre algunos de sus principales órganos, a fin de permitir mayor eficacia a la labor de la Organización. Otro cambio relevante constituyó la eliminación del derecho a veto que había establecido el Protocolo de Buenos Aires.
- c. El Protocolo de Washington de 1992, trajo consigo una importante reforma encaminada a desalentar las medidas de fuerza que erosionen el sistema democrático de los Estados parte. Se incorporó el artículo 9º que establece la suspensión de la participación de aquel Estado en que su gobierno ha sido derrocado por vía de la fuerza²⁴. De otro lado, en relación con la protección de

²⁴ Artículo 9. Un Miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado.

a) La facultad de suspensión solamente será ejercida cuando hayan sido infructuosas las gestiones diplomáticas que la Organización hubiera emprendido con el objeto de propiciar el restablecimiento de la democracia representativa en el Estado Miembro afectado.

b) La decisión sobre la suspensión deberá ser adoptada en un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros.

c) La suspensión entrará en vigor inmediatamente después de su aprobación por la Asamblea General.

los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se destaca el propósito de la Organización sobre la erradicación de la pobreza en el continente y la búsqueda de las condiciones necesarias para asegurar al individuo su desarrollo integral y digno.

- d. El Protocolo de Managua de 1993, que crea el Consejo Interamericano para el desarrollo integral (CIDI) y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura (CIECC).

Las últimas reformas, como lo advertimos, ponen de manifiesto una nueva preocupación del sistema interamericano: la desigualdad estructural, lo cual implica la promoción y defensa de los DESC. El experto argentino en estos temas, Víctor Abramovich comenta a este respecto:

2. Cambio de roles en nuevos escenarios políticos.

Es indudable que el rol de los órganos del sistema, tanto de la Comisión como de la Corte, ha variado a la luz del cambio de los escenarios políticos en el Continente Americano.

En sus inicios el SIDH debió enfrentar violaciones masivas y sistemáticas cometidas bajo sistemas de terrorismo de estado, o en el marco de violentos conflictos armados internos. Su rol fue, en síntesis, el de un último recurso de justicia para las víctimas de esas violaciones, que no podían acudir a sistemas de justicia interno devastados o manipulados. En esos tiempos iniciales de asfixia política al interior de los Estados nacionales, los Informes sobre países de la Comisión sirvieron para documentar situaciones con rigor técnico, y para legitimar las denuncias

d) La Organización procurará, no obstante la medida de suspensión, emprender nuevas gestiones diplomáticas tendientes a coadyuvar al restablecimiento de la democracia representativa en el Estado Miembro afectado.

e) El Miembro que hubiere sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones con la Organización.

f) La Asamblea General podrá levantar la suspensión por decisión adoptada con la aprobación de dos tercios de los Estados Miembros.

g) Las atribuciones a que se refiere este artículo se ejercerán de conformidad con la presente Carta.

de las víctimas y sus organizaciones y exponer y desgastar la imagen de los dictadores en la esfera local e internacional.

Luego, durante las transiciones post-dictatoriales en la década del 80 y principios de la década del 90, el SIDH tuvo ya un sentido más amplio, pues procuró acompañar los procesos políticos dirigidos al tratamiento del pasado autoritario y sus secuelas en las instituciones democráticas. En este período el SIDH comenzó a delinear los principios medulares acerca del derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación ante graves violaciones, masivas y sistemáticas, de derechos humanos. Fijó los límites de las leyes de amnistía. Sentó las bases para la protección estricta de la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa. Invalidó los tribunales militares para juzgar civiles y casos de derechos humanos, limitando un espacio de acción de las fuerzas militares que eran todavía actores de veto en las transiciones y procuraban impunidad por los crímenes del pasado. Protegió el habeas corpus, las garantías procesales y el orden constitucional democrático y la división de poderes estatales, ante la posibilidad todavía latente en la época de regresiones autoritarias y de abusos de los estados de excepción. Interpretó el alcance de las limitaciones que impone la Convención a la aplicación de la pena de muerte, invalidando la pena de muerte a menores de edad y enfermos mentales, la aplicación de pena de muerte como sanción única frente a un crimen, y fijando estándares estrictos de debido proceso, como garantía para limitar la arbitrariedad de los tribunales en la aplicación de la pena capital. Abordó además temas sociales que expresaban rezagos discriminatorios en la región, por ejemplo al afirmar la igualdad ante la ley de las mujeres en sus derechos familiares y matrimoniales, y los derechos hereditarios de los hijos nacidos fuera del matrimonio que los códigos civiles americanos consideraban todavía como “ilegítimos”.

Durante la década del 90 además enfrentó con firmeza regímenes de terrorismo de estado, como el régimen peruano de Alberto Fujimori, documentando y denunciando como lo había hecho en Sudamérica en los 70, prácticas sistemáticas de desapariciones y torturas y la impunidad que apañaba esos crímenes de estado. También fue un actor relevante en el seguimiento de las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas en el marco del conflicto armado interno en Colombia.

El actual escenario regional es sin duda más complejo.

Por lo demás, un aspecto prioritario de la agenda del SIDH en esta etapa lo ocupan nuevas demandas de igualdad de grupos y colectivos, que se proyectan sobre muchos de los asuntos institucionales que antes mencionamos, pues abarcan situaciones de sectores excluidos que ven

afectados sus derechos de participación y expresión, sufren patrones de violencia institucional o social, u obstáculos en el acceso a la esfera pública, al sistema político, o a la protección social o judicial.²⁵

En la actualidad, 35 son los miembros de la Organización, incluida Cuba (La resolución AG/RES. 2438 XXXIX-O/09 del tres de junio de 2009, firmada por los Ministros de Relaciones Exteriores de las Américas, dejó sin efectos un instrumento similar de 1962 por medio del cual se había excluido a este Estado cubano de la OEA.)²⁶

De otro lado, en lo que respecta a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, nos enfocaremos en su naturaleza jurídica, su relación con la Carta de la Organización y el rol que cumple como fuente primigenia, y al tiempo complementaria, de obligaciones para los Estados de la Región.

En términos llanos y simples, la Declaración, como su nombre lo indica, constituye una manifestación expresa de los Estados americanos encaminada a reconocer la universalidad e intangibilidad de ciertas prerrogativas fundamentales de las personas. Ello implicaba, además, el reconocimiento de la titularidad de las mismas por su sola naturaleza humana.

²⁵ ABRAMOVICH, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”. Sur Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 6, nº 11:2009. Disponible aquí: <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/11/02.pdf>

²⁶ El listado de miembros lo completan: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela.

DECLARACION AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

CONSIDERANDO. (...) Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana;

Aunque sea un tanto difícil establecer la real importancia de una manifestación de este tipo a medio siglo de su promulgación, de considerarse el contexto histórico y las características del Derecho Internacional Público de esa época —en la que el Estado era el “sujeto” y el individuo el mero “objeto” de este—, podremos hallar razón a los académicos que la catalogan como un punto de quiebre en la concepción de los Derechos Humanos. Uno de ellos, el catedrático argentino Fabián Omar Salvioli, director del Instituto de derechos Humanos de la Universidad de La Plata, en su artículo *“El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección Internacional de los derechos Humanos”* lo subraya así:

La afirmación de la Resolución XXX de la IX Conferencia Americana posee un alto valor: al ser los derechos humanos atributos inherentes a la persona, le pertenecen a ésta más allá de cuáles sean sus conductas. Es decir, los derechos humanos son una valla que ningún estado puede atravesar en ninguna circunstancia, por excepcional que esta sea; igualmente, el régimen político o religioso que domine en un Estado tampoco puede ser óbice al disfrute pleno de los derechos humanos para todas las personas.²⁷

²⁷ SALVIOLI, Fabián Omar. “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección Internacional de los derechos Humanos”. Artículo publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, presentado en el seminario EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI, celebrado en San José de Costa Rica, el 23 de Noviembre de 1999. Pág. 683. Obra que hace parte de la biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ubicado en el sitio: www.juridicas.unam.mx

El mismo especialista, resalta el papel orientador que cumple la Declaración Americana con relación al resto de los instrumentos internacionales que sucesivamente fueron apareciendo al interior del Sistema Interamericano:

Los instrumentos que se adopten en el futuro, como excepción de la opinión de la comunidad internacional, deben seguir el ejemplo de la Declaración Americana, reafirmando a los derechos humanos como inherentes a todas y cada una de las personas que habitan en el mundo...

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ha sido el paso inicial dentro de la Organización de los Estados Americanos para el desarrollo progresivo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Por su prelación temporaria, también ayudó en algunos debates para la adopción de ciertas normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas.

La Declaración americana ha inspirado a los instrumentos jurídicos posteriores del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como reconocen los preámbulos de los mismos al hacer referencia expresa a aquella.

También, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ha permitido a los Estados acordar cuáles eran los derechos a que hacía referencia la Carta de la OEA, y ha servido como base jurídica de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus diferentes funciones de protección dentro de los mecanismos del sistema.

28

Con todo, más allá de su valor orientador señalado, no es menor el hecho de que la Declaración, formalmente hablando, no constituya más que eso; esto es, no ostente la calidad de Tratado en estricto sentido, como si la Carta de la Organización. Asimismo, en camino de negarle valor como fuente de obligaciones para los Estados americanos, resulta relevante que no integre formalmente el texto instrumento

²⁸ SALVIOLI, Fabián Omar. Obra citada, página 690. Obra que hace parte de la biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ubicado en el sitio: www.juridicas.unam.mx

constitutivo y que la intención de los Estados que la apoyaron lejos estaba de constituirla como fuente de obligaciones. Recurrentemente el gobierno de los Estados Unidos ha expuesto este argumento, incluso a instancias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

12. El Gobierno de los Estados Unidos de América opinó que

(1) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre representa una noble enunciación de las aspiraciones de los Estados Americanos en cuanto a los derechos humanos.

Sin embargo, a diferencia de la Convención Americana, no fue redactada como un instrumento jurídico y carece de la precisión necesaria para resolver complejas dudas legales. Su valor normativo estriba en ser una declaración de principios básicos de carácter moral y de carácter político y en ser la base para velar por el cumplimiento general de los derechos humanos por parte de los Estados Miembros; no en ser un conjunto de obligaciones vinculantes.

Los Estados Unidos reconocen las buenas intenciones de aquellos que intentan transformar la Declaración Americana de un enunciado de principios en un instrumento jurídico vinculante. Pero las buenas intenciones no crean derecho. Debilitaría seriamente el proceso internacional de creación del derecho --por el cual los Estados soberanos voluntariamente asumen específicas obligaciones legales-- el imponer obligaciones legales a los Estados a través de un proceso de “reinterpretación” o “inferencia” de un enunciado de principios no obligatorios (traducción no oficial hecha por la Secretaría de la Corte).²⁹

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-10/89. En contraste, planteos como el del Gobierno peruano afirmaban lo contrario:

“que si bien antes de entrar en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración podría ser tenida como instrumento sin mayores consecuencias jurídicas, la Convención Americana al conferirle un carácter especial en virtud de su artículo 29, que prohíbe toda interpretación que conduzca a “excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, se ha dado a la citada Declaración una jerarquía similar a la que tiene la propia Convención para los Estados Partes, contribuyendo con ello a la promoción de los Derechos Humanos en nuestro Continente.”

Por el contrario, quienes reconocen a la Declaración Americana más que su simple valor moral, arguyen que hay razones para considerarla más que una manifestación de “buenas intenciones”. El profesor Salvioli es uno de los que se adscribe a esta tesis. En el artículo que venimos examinando unas líneas atrás, nos ofrece argumentos de variado color y fuerza, que hacen agua la interpretación más conservadora de la naturaleza jurídica de la Declaración.

Para este especialista, el derecho internacional contemporáneo admite excepcionales casos en que, por vía de la interpretación integral de un determinado sistema jurídico, se le pueda asignar a un instrumento normativo o declarativo un valor jurídico distinto al expresado por sus firmantes; para ello se apoya en lo considerado por la Corte Internacional de Justicia en relación con “las consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de África del Sur en Namibia – Sudoeste africano—pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad”: *“...un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar...”*. En ese orden de ideas, el examen de la naturaleza jurídica de la Declaración Americana no puede dejar de valorar la dinámica de la producción normativa seguida a su promulgación, ni mucho menos la de la práctica procedimental de los órganos de protección del Sistema. Lo primero, alude y resalta la recurrente alusión que hacen los instrumentos jurídicos sobrevinientes a 1948 de los postulados de la Declaración, como fue advertido antes, cuando comentamos su valor orientador e inspirador³⁰.

³⁰ En términos de Salvioli: “es evidente que los redactores de la Convención han tenido cuidado en poner un límite a la interpretación de la Convención Americana, cuando esta excluya o limite el efecto

Los alcances de estas consideraciones buscar ser aún más pretensiosos, al indicar que la fuerza obligatoria de la Declaración deviene de su incorporación a la Carta de la Organización de Estados Americanos, derivada de la técnica normativa y práctica procedimental sobrevinientes, muy a pesar de la ausencia del consentimiento expreso de sus firmantes.

...la declaración Americana ha devenido en instrumento obligatorio para los estados miembros de la OEA, y que dicho argumento puede sostenerse desde dos puntos de vista: por un lado, ha quedado incorporada a la Carta de la OEA, y por el otro, reúne todas las características señaladas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para ser considerada una práctica consuetudinaria.³¹

Idéntico argumento, que reconoce la naturaleza consuetudinaria de la Declaración, ha sido afirmado expresamente por gobiernos de la región: “ii) La naturaleza jurídica de la Declaración es la de un instrumento multilateral vinculante que enuncia, define y concreta, principios fundamentales reconocidos por los Estados Americanos y que cristaliza normas de derecho consuetudinario generalmente aceptadas por dichos Estados.”³²

que pueda producir la Declaración desde la perspectiva del principio pro homine. Este límite no puede sino obedecer a la obligatoriedad jurídica de la Declaración, que poseía al nacimiento del pacto de San José, un status legal diferente al que le fuera otorgado por sus creadores en 1948.”

³¹ SALVIOLI, Fabián Omar. Obra citada, página 692.

³² Gobierno de la República Oriental del Uruguay, OC-10/89.

Sin embargo, un detalle aparentemente trivial, pero con valor simbólico no menor a nuestro juicio, en el sitio web de la Organización de Estados Americanos, no se enlista la Declaración como uno de sus documentos rectores.³³

La segunda línea de esta posición argumentativa a favor del carácter vinculante de la Declaración Americana, de la que hemos tomado por guía la magistral opinión del Salvioli, es mucho más persuasiva y, por tanto, menos controversial. Parte por destacar la recurrente utilización de los órganos de protección del Sistema, la Comisión y la Corte, de la Declaración como fuente de obligaciones para todos los Estados Americanos. Veamos brevemente uno y otro caso:

Los artículos 1º y 20 del Estatuto de la Comisión establecer la Declaración como un instrumento de aplicación e interpretación obligada para los Estados miembros de la Organización, con independencia de la ratificación o no de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Subsistema convencional y Subsistema Convencional, de protección interamericana de Derechos Humanos)³⁴. Ello justifica su empleo como fuente autónoma de obligaciones para los Estados cuando expide sus informes anuales y particulares. De igual modo, más expreso aún, el informe No.3/87, que corresponde al caso 9647 contra los Estados Unidos, en el

³³ La consulta del sitio http://www.oas.org/es/centro_informacion/default.asp fue efectuada el 18 de junio de 2011.

³⁴ "Sobre la base de las escasas disposiciones de la Carta de la O.E.A. y de la actividad de la Comisión Interamericana se ha estructurado un auténtico sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el que, junto a un proceso codificador tendente a la definición del estándar mínimo de protección, se ha desarrollado un complejo modelo de protección de los derechos humanos en el que caben distinguir dos grandes categorías de mecanismos, a saber: los mecanismos convencionales aplicables a los Estados partes en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los mecanismos extraconvencionales aplicables a todos los Estados miembros de la O.E.A." DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. Instituciones de derecho internacional público. Decimosexta Edición. Editorial Tecnos. Impreso en Madrid, España en 2007. Pág. 693.

que la Comisión Interamericana resolvió una solicitud individual con ocasión de la imposición de la pena capital a dos reos (James Terry Roach y Jay Pinkerton), por conductas punibles cometidas cuando aún eran menores de edad, el organismo sentó su posición al respecto, al declarar la responsabilidad de los Estados Unidos – Miembro de la OEA que no es parte de la Convención Americana—con base en el artículo primero de la Declaración. El instrumento le ha servido de fuente para establecer la responsabilidad de otros Estados que no han ratificado la Convención Americana, como el caso 10.675 de víctimas del barco remolcador “13 de marzo” contra Cuba. Esta es su conclusión sobre las consecuencias del aludido caso contra los Estados Unidos:

Puede afirmarse entonces que en las líneas protectivas de actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informes sobre países, comunicaciones individuales, estudios especiales) la Declaración Americana de Derechos Humanos es un instrumento legal de uso constante para determinar si los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos cumplen sus obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos.³⁵

Así, la comisión Interamericana ha considerado que, como consecuencia de los artículos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, las disposiciones de otros instrumentos de la OEA sobre Derechos Humanos adquirieron fuerza obligatoria, y ellos son: la Declaración Americana, el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³⁶

³⁵ SALVIOLI, Fabián Omar. Obra citada, página 688.

³⁶ SALVIOLI, Fabián. “Derechos, acceso y rol de las víctimas”, en: El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Editado por el Instituto interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1997. Pág. 13. Ensayo ubicado en: www.derechoshumanos.unlp.edu.ar

En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Salvioli destaca acertadamente las consideraciones expuestas en la Opinión Consultiva No. 10/89, ya referida. Lo importante de esta opinión consultiva, aunado a lo concluido tajantemente por la Corte sobre el valor jurídico obligatorio de la Declaración, es el debate argumentativo en que participó, además de Colombia, Perú, Uruguay, Venezuela, Costa Rica y los Estados Unidos de Norteamérica (que paradójicamente no ha reconocido su competencia); curiosa es la ausencia de la Comisión, muy a pesar de representar un importante debate que involucraba indirectamente la legitimidad de sus actividades de promoción y protección respecto de todos los miembros de la Organización.³⁷ Siendo consciente la Corte que se aprestaba a involucrarse en una complicada y espinosa discusión, estimó sin vacilación alguna que:

33. Si se busca definir el sentido de la palabra “tratado”, tal como la emplea el artículo 64.1, es suficiente por lo pronto decir que “tratado” es, al menos, un instrumento internacional de aquéllos que están gobernados por las dos Convenciones de Viena. Si el término incluye otros instrumentos internacionales de carácter convencional, cuya existencia, por otra parte, reconocen las mismas Convenciones (art. 3, Convención de Viena de 1969; art. 3, Convención de Viena de 1986), no es necesario decidirlo ahora. Lo que es claro, sin embargo, es que la Declaración no es un tratado en el sentido de las Convenciones de Viena porque no fue adoptada como tal, y en consecuencia, no lo es tampoco en el del artículo 64.1.

34. La Declaración Americana, en efecto, fue adoptada por la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948) en virtud de una resolución tomada por la propia Conferencia. No fue concebida ni

³⁷ OC-10/89 “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”), no obstante haber sido notificada debidamente, no compareció. Como la Corte no recibió tampoco observaciones escritas de la Comisión, tendrá que resolver la presente solicitud sin el valioso aporte de la misma.

10. Mediante comunicación de 3 de agosto de 1988, el Gobierno de los Estados Unidos de América respondió preguntas formuladas por la Corte durante la audiencia pública del 20 de julio de 1988 e hizo comentarios adicionales sobre la consulta. El 3 de julio de 1989, presentó observaciones complementarias.”

redactada para que tuviera la forma de un tratado. La resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (Chapultepec, 1945), había estimado que para lograr la protección internacional de los derechos humanos, éstos deberían estar enumerados y precisados “en una Declaración adoptada en forma de Convención por los Estados”. En el posterior proceso de elaboración del proyecto de Declaración en el Comité Jurídico Interamericano y luego en la Novena Conferencia, este enfoque inicial se abandonó y la Declaración se adoptó como tal, no previéndose ningún procedimiento para que pudiese pasar a ser un tratado (Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 1953, vol. I, págs. 235-236).

35. El hecho de que la Declaración no será un tratado no significa necesariamente que deba llegarse a la conclusión de que la Corte no puede emitir una opinión consultiva que contenga interpretaciones de la Declaración Americana.

43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

44. Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos.

45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

46. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento

principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.

47. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto. (Resaltado fuera de texto)

Así se concluye sin objeción posible que la Declaración Americana y la Carta de la OEA están amalgamadas, de modo tal que las obligaciones establecidas en ésta no pueden comprenderse adecuadamente sin lo proclamado en aquella. Adquiere, pues, la Declaración idéntico valor vinculante que el Tratado al que se integra.

Habiéndonos visto obligados a precisar lo anterior con mucho más detalle que el insinuado por los objetivos del trabajo, continuaremos este análisis introductorio sobre las generalidades del Sistema Interamericano de Protección de modo más sucinto, no sin antes reafirmar la importancia de lo aclarado previamente con miras a comprender el funcionamiento del mismo.

1.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Constituye el Tratado básico del actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos; firmada en Costa Rica el veintidós de noviembre de 1969 —en desarrollo de la Conferencia Especializada de Derechos Humanos—, entrando en vigor el dieciocho de julio de 1978 con la undécima ratificación. En la actualidad 24 de los 34 Estados miembros de la OEA la han ratificado. Entre las notables ausencias: Estados Unidos y Canadá.

Estructuralmente hablando, la Convención se asemeja en mucho en cualquier Constitución Política de nuestro tiempo; consta de un preámbulo en el que se reafirma la valor fundamental del individuo y la necesidad imperiosa de implementar mecanismos de protección internacional de sus derechos, libertades y garantías; una Primera Parte sustantiva, en la que se establecen los principios básicos del instrumentos, se instituyen los deberes de los Estados frente a los derechos que enlista y define en esa misma parte. De resaltar, el deber bidimensional de los signatarios: por un lado, el respeto de los derechos, libertades y garantías reconocidas como dignas de protección (art. 1º), en tanto que asumen el compromiso de promover su operatividad mediante la adopción de medidas legislativas y administrativas que sean necesarias (Art.2º).

Otro aspecto importante a subrayar, constituye la diferente manera en que son definidos los llamados derechos de primera y segunda generación, lo cual no deja de estar marcado por las tendencias políticas de los signatarios y los acontecimientos de la época de suscripción de la Convención³⁸. En efecto, mientras el Tratado destina veintitrés artículos para conceptualizar los Derechos civiles y políticos (Capítulo II),

³⁸ NOWAK, Manfred. Introducción al régimen internacional de los derechos humanos. Primera Edición. Departamento de Publicaciones de la Universidad de Buenos Aires, 2009. Páginas 43 y 44: "En el año 1970, Karel Vasak, experto en derechos humanos de la República Checa, creó la expresión 'generaciones de derechos humanos' para describir este proceso intermitente. No debe inferir que cada generación venidera será reemplazada por la anterior, sino que se utiliza frecuentemente para ilustrar el debate sobre la ideología de los derechos humanos durante la Guerra Fría. (...) Los Estados en el oeste destacaban —y algunos siguen convencidos de ello al día de hoy— que los derechos civiles y políticos de la primera generación, es decir, los derechos liberales de no interferencia y los derechos de participación democrática inherentes al concepto clásico de derechos humanos, son los únicos derechos humanos reales en el sentido de derechos individuales que pueden ser ejecutados contra el Estado. este punto de vista restringido se refleja en las constituciones occidentales, así como en la teoría constitucional liberal de los derechos fundamentales y en la jurisprudencia de muchos tribunales de Europa, los Estados Unidos y otros países. (...) la concepción socialista de la segunda generación es igualmente estrecha al sostener que los derechos civiles y políticos sólo ayudarían y animarían los intereses capitalistas de separar el Estado de la Sociedad. Por consiguiente, los únicos derechos humanos reales serían aquellos basados en la armonización de los intereses individuales y colectivos en las sociedades capitalistas, en otras palabras, los derechos económicos, sociales y culturales..."

en relación con los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) solo emplea un artículo, estableciendo una técnica distinta que lo caracteriza más que una imposición de deberes positivos de los Estados, como una distensionada invitación a proveer mejores condiciones de ejercicio de los derechos “en la medida de los recursos disponibles”. Ello sin contar que el artículo, el 26 CADH, no hace ninguna descripción de derechos³⁹.

Comparativamente hablando, en la Convención Americana figuran ocho derechos adicionales a los descritos en la Convención Europea:

- Reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano (Art. 3);
- Indemnización por error en la justicia (Art. 10);
- Derecho de rectificación y respuesta (Art. 14);
- Derecho al nombre (Art. 18);
- Los relativos al niño (Art. 19);
- Derecho a la nacionalidad (Art. 20);
- Derecho de asilo (Art. 22 Numeral 7°);
- Igualdad ante la ley (Art. 24).

En 1988 y 1990, fueron firmados dos Protocolos adicionales: el Protocolo de San Salvador sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Protocolo de

³⁹ CADH- CAPITULO III. DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Asunción para la Abolición de la pena de muerte, respectivamente⁴⁰. La profesora Albanese destaca la incorporación de otros más: “la Convención Interamericana sobre desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”⁴¹

La segunda parte de la Convención instituye los medios de protección y en adelante el procedimiento para ponerlos en marcha, de los cuales nos ocuparemos en los dos puntos siguientes: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.4. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Tal cual lo hemos advertido al paso hasta aquí, la Comisión Interamericana constituye, por mandato del artículo 33 de la Convención Americana, uno de los organismos de protección principales del Sistema Interamericano. Sin embargo, su nacimiento a la vida jurídica se remonta unos años atrás a la suscripción de dicho Tratado.

⁴⁰ Este progresivo proceso normativo está fundado en la facultad contemplada en el artículo 77 CADH: Artículo 77.

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.
2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

⁴¹ ALBANESE, Susana. Obra citada. Pág. 42.

En efecto, en principio, fue mediante la Resolución VIII dictada en el marco de la Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de Estados Americanos, celebrada entre el doce y el dieciocho de agosto de 1959 en Santiago de Chile, que se empezó a dar forma al Sistema que hoy conocemos. Si bien en la parte II de la citada Resolución se estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como vigía y promotor de los Derechos reconocidos en la Declaración y la Carta de la Organización, de paso sentó las bases para la futura creación de un Tribunal regional y la suscripción de una Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la manera de la europea (1950).

El Estatuto de la Comisión fue expedido al siguiente año por el Consejo de la Organización (25 mayo de 1960), reconociéndole importantes pero limitadas funciones de promoción y protección (Art. 9 y 10). Para el profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio, la mayor robustez que trajo aparejada preponderancia de la labor encomendada a la Comisión obedece en gran parte a la osadía, el compromiso y la valentía de los propios comisionados, y no necesariamente a la amplitud normativa de estos primeros instrumentos constitutivos:

...la mencionada Comisión sólo estaba facultada para estimular la conciencia de los derechos humanos, formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, preparar estudios o informes, solicitar informaciones de los propios gobiernos y servir de cuerpo consultivo de la mencionada Organización.

15. Debido a que las disposiciones del primer estatuto carecían de precisión, los miembros de la Comisión pudieron actuar ampliando en la práctica y de manera paulatina estas atribuciones primitivas, en tal forma que, con una combinación equilibrada de prudencia y valentía, lograron la aceptación, primero tácita y posteriormente de manera expresa, de los órganos directivos de la OEA, por lo que pasó de un simple función de

promoción a la defensa activa de los derechos humanos, a través de la aceptación e investigación de quejas presentadas por individuos y por grupos no gubernamentales.⁴²

El activismo de los comisionados vio obtuvo sus réditos con el reconocimiento de la importancia del rol cumplido por la Comisión. Expresamente, en el Acta final de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Punta del Este, Uruguay (1962), se catalogó como insuficientes las atribuciones y funciones atribuidas al organismo en el Estatuto del sesenta, por lo que se encargó al Consejo de la Organización su reforma.⁴³ En 1965, durante la segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro, los Estados de la Organización resolvieron concretar dicha reforma tendiente a reconocerle mayores atribuciones y facultades en aras de efectivizar su labor. Se destaca dentro de este nuevo abanico de atribuciones, la formulación de recomendaciones a los Estados de modo particular y la presentación de los informes anuales sobre el estado y progreso de los objetivos trazados en la Declaración y la Carta de 1948 (“para que examine las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible, para que se dirija al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y para que les formule recomendaciones, cuando lo considere apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales”). Esto allanó el camino para la reforma del Estatuto por parte de la Comisión en abril de 1966, en el que institucionalizaron formalmente estas dos

⁴² FIX-ZAMUDIO, Héctor. Sistema americano de Protección de los Derechos Humanos. Pág. 55. Documento disponible en formato PDF en www.bibliojuridica.org/libros/4/1740/6.pdf (Sitio consultado 22/06/2011)

⁴³ Ver Doc. OEA/Ser.C/11.8.

importantes atribuciones⁴⁴. Este hito será nuevamente abordado más adelante, habida cuenta de su relevancia en la cuestión central del presente estudio.

En 1967 el Protocolo de Buenos Aires introdujo la reforma a la Carta en la que estableció a la Comisión como un órgano principal de la Organización (Actual artículo 106) en cargo de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. Dicho protocolo entró en vigor tres años después.⁴⁵

Con la suscripción de la Convención Americana en 1969, se terminó por estructurar el Sistema de Protección Interamericano con gran preponderancia de la actividad cuasi-judicial de la Comisión, la cual siguió representando como el instrumento de protección principal con relación a los Estados que no han ratificado la Convención. En efecto, mediante la Resolución CP/RES.253 (343/78) que trató sobre la “Transición entre la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, el Consejo Permanente de la Organización dispuso expresamente que los procedimientos establecidos por la práctica de la Comisión y los que se instituían por

⁴⁴ Ver OEA/Ser.L/V/II.14, doc. 35, de la CIDH calendado treinta de junio de 1966.

⁴⁵ El profesor Pastor Ridruejo, en la página 247 de su obra citada antes, comenta lo siguiente respecto de las funciones y el papel de la Comisión: “La Comisión existía en la Organización de Estados Americanos antes de la entrada en vigor de la convención en tanto que órgano de promoción y verificación de los derechos humanos en el continente, función esta última de mayor interés y que sigue desempeñando en la actualidad mediante la redacción de informes anuales sobre la situación general de los derechos humanos en determinados Estados. Se trata de un control de tipo político, similar en sus grandes líneas al que despliega la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas cuando “moviliza la vergüenza” respecto de ciertos países a través de los procedimientos públicos especiales.”

cuenta de la adopción de la Convención Americana coexistirían. De este modo quedó regulado en el Estatuto del 79⁴⁶.

El desdoblamiento del rol de la Comisión en lo que respecta a estos Estados de la OEA, esto es lo que no han ratificado la Convención, y los signatarios de la Convención –que atrás denominamos Subsistema extraconvencional y Subsistema

⁴⁶ Estatuto de la Comisión. (Aprobado mediante la Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979):

Artículo 19. En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes:

- a. diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;
- b. comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;
- c. solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;
- d. consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;
- e. someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y
- f. someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 20. En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes:

- a. prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- b. examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales;
- c. verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados.

convencional⁴⁷— es claramente presentado por el profesor Manfred Nowak en las páginas 248 y 249 de su obra ya referida:

El sistema americano es impulsado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...) se encuentra investida de competencia con relación a los 35 Estados miembro, según lo expresado en la Carta de la OEA, y su contenido se basa en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948 (adoptada antes que la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre del mismo año). Además, también actúa como un órgano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que entró en vigor en 1978 y que es actualmente para 24 Estados parte de América Latina y el Caribe. (...) Las denuncias contra Estados miembro de la OEA, que no son Estado parte de la CADH, v.g. los Estados Unidos sólo podrán ser presentadas de acuerdo a la Carta de la OEA. El sistema de peticiones introducido en 1965 originalmente se refería sólo a los derechos civiles y políticos. Fue expandido en 1979 y, en la actualidad, comprende todos los derechos humanos expresados en la Declaración Americana de 1948, incluyendo derechos económicos, sociales y culturales.

En ese orden de ideas, la competencia de la Comisión, a diferencia de la Corte Interamericana, abarca la totalidad de los Estados que integran la Organización, ya sea con fundamento en las prescripciones de la Carta de la OEA y la Declaración Americana de 1948 —para los NO signatarios de la CADH—, y además en lo establecido en la Convención Americana. Respecto de los Estados que ratificaron ésta, la competencia de la Comisión es automática —otra gran diferencia con la Corte— y su contenido se integra a aquellos dos instrumentos del 48 que siguen

⁴⁷ El Estatuto de la CIDH vigente en la actualidad da cuenta de sus atribuciones diferenciadas respecto de los Estados que son parte de la Convención Americana y los que no lo son (Art. 18, 19 y 20). Por autoridad de la Convención Americana y este Estatuto, aprobó su propio Reglamento (2000), vigente desde el primero de mayo de 2001; su Título II instituye el procedimiento aplicable a los dos conjuntos de Estados.

siendo fuentes de obligaciones de modo concurrente. En relación con sus funciones tendremos oportunidad de analizarlas con mayor detalle en el capítulo II de este trabajo.

1.5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pese a que mediante la Resolución XXXI (Adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana, 1948) que trató sobre la “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre” los Estados americanos de manera expresa manifestaron la necesidad de establecer un Tribunal que garantizara efectivamente la protección de los Derechos Humanos, lamentablemente no se logró tal aspiración.

Más tarde (en 1959), como dijimos atrás, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la proyección de un órgano jurisdiccional. Fue así como la Segunda parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, finalmente lo instituyó; de esta manera quedó integrado completamente el Sistema vigente hasta nuestros días, caracterizado por ciertos aspectos que reseñamos a continuación:

- Se trata de un órgano eminentemente judicial⁴⁸.
- No constituye, en estricto sentido, un órgano principal de la Organización de Estados Americanos, como la Comisión.

⁴⁸ El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aprobado por la Asamblea General de la OEA (Resolución No. 448) lo define en los siguientes términos: “Institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Art. 1º)

- Cumple una doble función: Consultiva y jurisdiccional. (Art. 2º Estatuto)
- El artículo 64 Convencional prevé que cualquier Estado miembro de la OEA puede presentar consultas a la Corte sobre la interpretación de la Convención Americana o cualquier otro instrumento sobre la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano, así como la compatibilidad o no del ordenamiento jurídico de cualquiera de estos Estados con la normativa sobre protección de estos derechos⁴⁹. En ejercicio de esta facultad, la Corte ha expedido veintiuna opiniones consultivas (1982-2009). Se trata pues de una amplísima facultad cuyas únicas limitaciones fueron descritas por la misma Corte en la OC-01/82 (“Otros Tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte / Solicitada por el Estado peruano):

31. De las anteriores consideraciones puede concluirse, por una parte, que un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano. Por otra parte, que un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Por último, la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motiva.

⁴⁹ Artículo 64 CADH. 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

- En cuanto a la función jurisdiccional, la Corte solo puede ejercerla previo el reconocimiento expreso de su competencia por parte del Estado contra el que se pretende accionar, mediante una declaración expresa ante la Secretaría de la OEA ya sea genérica e incondicional, limitada en el tiempo o para un específico caso,. Esto evidencia una particularidad del Sistema Interamericano: la competencia de la Corte no es fenómeno automático derivado de la Convención Americana.⁵⁰

Esta doble función del Tribunal americano, especialmente en lo que respecta a la competencia para responder inquietudes interpretativas de Estados no partes de la Convención, es explicado en la tercera de sus Opiniones Consultivas:

21. En materia contenciosa el ejercicio de la competencia de la Corte depende normalmente de una cuestión previa y fundamental, como es el consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción. Si ese consentimiento ha sido otorgado, los Estados que participan en el proceso toman técnicamente el carácter de partes en el mismo y se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, mientras no exista tal consentimiento, la jurisdicción de la Corte no podrá ejercerse, de modo que carece de sentido examinar los asuntos de fondo que determinan la controversia sin antes haber establecido si las partes involucradas han aceptado o no su jurisdicción.

22. Ninguna de estas consideraciones está presente en los procedimientos consultivos. No hay partes pues no hay demandados ni actores; ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, ya que el procedimiento no los contempla, ninguna sanción judicial está prevista ni

⁵⁰ Artículo 62. CADH. 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

puede ser decretada. A lo único que el procedimiento está destinado es a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.⁵¹

- Finalmente, a una lógica distinta atiende el retiro de la Competencia jurisdiccional de la Corte. En un controvertido caso la Corte tuvo que resolver la cuestión de la renuncia de la competencia jurisdiccional por parte de un Estado americano, afirmando que ello solo se puede lograr denunciando el Tratado como un todo, sin perjuicio de continuar conociendo los casos puestos en conocimiento del Sistema antes de una declaración en ese sentido (Caso Ivcher Brostein vs. Perú, sentencia 24 de septiembre de 1999 –competencia—párrafos 39 y 40)⁵².

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-03/83, sobre las restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 CADH) solicitada por la CIDH.

⁵² 39. La Convención Americana estipula, en su artículo 62.1, que todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declarar “que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”. No existe en la Convención norma alguna que expresamente faculte a los Estados Partes a retirar su declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte, y tampoco el instrumento de aceptación por el Perú de la competencia de la Corte, de fecha 21 de enero de 1981, prevé tal posibilidad.

40. Una interpretación de la Convención Americana “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, lleva a esta Corte a considerar que un Estado Parte en la Convención Americana sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado. En las circunstancias del presente caso, la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo (cfr. infra 46, 50); si esto ocurriera, dicha denuncia sólo produciría efectos conforme al artículo 78, el cual establece un preaviso de un año.

1.6. Sus organismos frente a otros sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos.

No son pocas las ocasiones en que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es comparado con otros sistemas regionales, especialmente el europeo. En este acápite describiremos las principales características del Sistema Africano y el Europeo, de manera que podamos tener una mejor comprensión del nuestro; para ello recurriremos al magistral trabajo de Manfred Nowak, recurrentemente citado antes.

- El Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos

La Organización para la Unidad Africana –OUA— nacida el año 1963 tuvo como objetivo fundamental la autonomía política en respuesta al racismo, el colonialismo y el apartheid; fincado en un mayor grado de integración y solidaridad entre los Estados y los pueblos de ese continente. En sentido estricto, entonces, los derechos humanos no ocupan un lugar preponderante en su agenda hemisférica, incluso en la actualidad bajo la égida de la Unión Africana –UA—.

Conforme el artículo 2º de la Carta de la OUA, son propósitos de esta Organización: *“promover la unidad y la solidaridad de los estados africanos, la defensa de la soberanía, la integridad territorial e independencia de sus miembros, abolición de todas las formas de colonialismo en África”*. En su articulado no se hace mención expresa al término derechos humanos.

Pero este descuido pareciera explicarse con la ingenua creencia de los Estados africanos de que la superación del colonialismo y sus prácticas discriminatorias traería aparejada la protección de los Derechos individuales; al menos eso afirma Manfred Nowak:

...en aquellos días, quienes tomaban las decisiones políticas en África estaban bastante preocupados por lograr que se les garantizara a sus pueblos el derecho a la libre determinación de las potencias coloniales europeas, por lo que no se inclinaban por entender a este derecho más allá de la independencia política. (...) tampoco otorgaron a las personas africanas derechos individuales algunos, que los organismos regionales de monitoreo hubieran podido hacer cumplir.

En cambio, parecían ser de la opinión de que al abolir el colonialismo y el apartheid, automáticamente garantizarían también los derechos humanos individuales.⁵³

A consecuencia de las posteriores violaciones masivas y sistemática de los derechos humanos, se hizo imperiosa la adopción de un instrumento regional que sirviera de piso para su defensa. Así nace en 1981 la Carta Africana de los Derechos Humanos, que ha sido ratificada por todos los Estados miembros de la OUA. Con todo, como bien advierte el profesor Nowak, este nuevo estado de cosas jurídico y político no terminó por remover definitivamente la preponderancia de los intereses del Estado por sobre los derechos de los individuos. Precisamente, la descripción de deberes ciudadanos contenidos en la Carta Africana, contempla el de no comprometer la seguridad estatal ni atender contra la integridad de su país. El artículo 27, párrafo 2º establece como restricción al ejercicio de los derechos “la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común”. Se trata pues de una cláusula sumamente restrictiva dada su ambigüedad; ello permite

⁵³ NOWAK, Manfred. Obra citada. Página 264.

interpretaciones arbitrarias y lesivas a los derechos y libertades por parte de los Estados africanos.

El Sistema cuenta con una Comisión Africana, establecida por el artículo 30 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, como organismo de monitoreo al estilo de la Interamericana, cuya actividad se encauza por tres tipos de procedimientos obligatorios: informes particulares por Estados, demandas individuales y demandas entre Estados. Sus funciones son descriptas en el artículo 45 de la Carta Africana: i) La promoción de los derechos humanos y de los pueblos africanos; ii) La protección de los referidos derechos mediante los procedimientos de informes particulares y demandas individuales; iii) La interpretación de la Carta Africana; y, iv) Todas aquellas tareas o encargos dispuestos por la Asamblea de los Jefes de Estado y de Gobierno (máximo órgano político de la OUA).

La presentación de casos ante la Comisión (Comunicaciones del artículo 55) puede efectuarla organizaciones no gubernamentales o individuos particulares; lo cual representa un importante avance en el logro de sus funciones de protección. Con todo, las comunicaciones deben advertir que la(s) violación(es) hacen parte de una política o un patrón criminal sistemático, so pena de ser desestimada aún con posterior a su admisión (art. 58 numeral 1). Los casos en que ello se logre constatar serán puestos a consideración de la Asamblea de los Jefes de Estado y de Gobierno, organismo que puede requerir de la Comisión el estudio de la situación, tras el cual debe presentar un informe de novedades con la formulación de las recomendaciones pertinentes (Art. 58 numeral 2). Este proceso de verificación y diagnóstico de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos es secreto; incluso, el informe que resultare

tiene el carácter de confidencial, pudiendo hacerse público por decisión de la misma Asamblea (Art. 59 párrafo 2º).

Sin mucho esfuerzo puede concluirse en que el ejercicio práctico del Sistema Africano está fuertemente limitado no solo por la concepción restrictiva de los derechos de las personas y la precaria efectividad del rol de las víctimas, sino por la tímida atribución de la Comisión para instituirse como un órgano independiente de promoción y defensa de aquellos. Aunado a ello, resulta excesivamente riguroso el estándar o el umbral que deben cumplir las violaciones a los derechos humanos para que sean objeto de consideración por parte del Sistema; en la práctica resulta demasiado engorroso, en determinados casos no lo es tanto, vincular determinada violación con una práctica sistemática. Y ni que hablar del carácter de “masividad”; sumado a la vaguedad y la subjetividad del término, su mera enunciación hace nugatoria la defensa de atentados gravísimos a la dignidad e integridad personal.

En la actualidad, el Sistema “funciona” sin un organismo con funciones judiciales, pese a que mediante el Protocolo Adicional a la Carta Africana, del nueve de junio de 1998, instituye la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, dado que no ha sido ratificado por la cantidad de Estados requeridos.

- El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos

El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos sienta sus bases ideológicas en las que caracterizaron a la Europa Occidental de post guerra: la promoción de los Derechos Humanos, el Estado de Derecho y la Democracia Pluralista⁵⁴. Estos se convirtieron, y aún lo son de un modo menos riguroso a fin de lograr mayor adhesión⁵⁵, en los presupuestos de admisibilidad al Consejo de Europa⁵⁶.

Este Sistema está regido por el Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) adoptado en 1950, caracterizado por ser el primero en establecer un Tribunal de derechos humanos con un rol y atribuciones similares al de cualquier órgano judicial interno. Ello han inspirado el establecimiento de Cortes en los otros sistemas regionales, como el africano y el interamericano. Con todo, la aceptación de su competencia para tramitar denuncias particulares sólo se logró de manera gradual, mediante declaraciones expresas particulares. El único procedimiento obligatorio que reconocían automáticamente los Estados europeos al ratificar la CEDH era el de las demandas

⁵⁴ Preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa: “Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de los pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia”

⁵⁵ Nowak resalta que “[D]ebido a esta política de ampliación, muchos Estados con una percepción menos que satisfactoria del Estado de derecho han ratificado el CEDH. Como resultado de ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está inundado de demandas contra Estados sin recursos eficaces a nivel interno (como Rusia) y es prácticamente forzado a utilizar un doble estándar para evitar la reducción de los estándares sobre derechos humanos en los Estados miembro más antiguos.” (Pág. 210, Obra citada)

⁵⁶ Los otros dos organismos intergubernamentales son: La Unión Europea y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

entre Estados, de conocimiento de la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Comité de Ministros.

Al igual que en el caso Americano, el europeo tuvo que lidiar por décadas con infranqueables conceptos de soberanía y no intervención en asuntos internos de los Estados, traducidos en trabas procedimentales difíciles de superar por las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos, por lo que quedaban a merced de la buena voluntad de su Estado o de la Comisión Europea, únicos competentes para presentar su caso ante el Comité de Ministros, en cuyo seno se requiere de una mayoría calificada de dos tercios para elevar el caso al Tribunal.

Así, hasta 1998, los tres organismos que intervenían en el procesamiento de casos en el Sistema Europeo eran: i) La Comisión Europea de Derechos Humanos; ii) el Comité de Ministros; y, optativamente en casos de demandas individuales, iii) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para los fines de posteriores discusiones, es importante destacar que en todo caso, el Comité de Ministros tenía la facultad de emitir resoluciones con carácter vinculante, obligatorias para todos los Estados signatarios del CEDH. Estas resoluciones, materialmente se asemejaban en mucho a los informes mediante los cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emite sus recomendaciones particulares, conforme las funciones atribuidas en la Carta de la OEA y la CADH.

Con la suscripción de los Protocolos Adicionales 9, 10 y 11, en los noventa, se reconfiguró el Sistema, adoptando reformas en las reglas de procedimiento y

reemplazando a la Comisión y el Tribunal europeo existentes por un Tribunal permanente, ante las evidentes necesidades de dotarlo de mayor efectividad⁵⁷.

Los cambios más significativos, sin duda alguna, tienen que ver con la predicha abolición de la Comisión Europea, a partir de lo cual las víctimas quedaron habilitadas para presentar sus denuncias directamente ante el Tribunal europeo, posibilidad que no les era reconocida previo a 1998 (cuando entró en vigor el Protocolo 11, 31 de octubre). Sin embargo, el órgano ejerciendo sus tradicionales funciones por un año más (hasta el 31 de Octubre de 1999), respecto de los casos cuya admisibilidad había sido declarada con anterioridad al establecimiento del Tribunal permanente. Similar ejercicio transitorio de sus antiguas atribuciones fue reconocido al Comité de Ministros.⁵⁸

⁵⁷ Considerandos preliminares Protocolo 11 adicional al CEDH relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio (Estrasburgo, mayo de 1994):
“Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo denominado «el Convenio»),
Considerando que es necesario y urgente reestructurar el mecanismo de control establecido por el Convenio, con el fin de mantener y reforzar la eficacia de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales prevista por el Convenio, a causa principalmente del aumento de las demandas de protección y del número creciente de miembros del Consejo de Europa;
Considerando que procede modificar, en consecuencia, ciertas disposiciones del Convenio con objeto, en especial, de sustituir la Comisión y el Tribunal europeos de Derechos Humanos actuales por un nuevo Tribunal permanente;”

⁵⁸ Artículo 5. Protocolo 11.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 siguientes, el mandato de los Jueces, miembros de la Comisión, Secretario y Secretario adjunto, expirará en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo.
2. Las demandas pendientes ante la Comisión que no hayan sido todavía declaradas admisibles en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo, serán examinadas por el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.
3. Las demandas declaradas admisibles en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo continuarán siendo tratadas por los miembros de la Comisión en el año que sigue. Todos los asuntos cuyo examen no haya terminado durante este período, serán transmitidos al Tribunal, que los examinará, como demandas admisibles, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.
4. Con respecto a las demandas para las cuales la Comisión, después de la entrada en vigor del presente Protocolo, haya aprobado un informe de conformidad con el antiguo artículo 31 del Convenio, éste se remitirá a las partes, que no tienen la facultad de publicarlo. De conformidad con las disposiciones aplicables antes de la entrada en vigor del presente Protocolo, un asunto podrá ser sometido al Tribunal. El colegio de la Gran Sala determinará si una de las Cámaras o la Gran Sala

Precisamente, la segunda gran reforma tiene que ver con este Comité. Se adoptaron medidas para despolitizar el procedimiento ante el Sistema, por lo que el Consejo de Ministros, que intervenía activamente en la toma de decisiones, quedó encargado de la supervisión del cumplimiento de las sentencias que emita el Tribunal⁵⁹. Ello impactó significativamente en la eficiencia del Sistema pero, paradójicamente, el éxito de las reformas pronto empezó a hacer agua.

El alto número de los Estados parte y la enorme publicidad que se le ha otorgado al procedimiento de Estrasburgo también ha conducido a un marcado crecimiento en el número de demandas individuales, al punto de que ni siquiera un Tribunal permanente las puede tratar (...) el Tribunal es víctima de su propio éxito: las políticas de ampliación del Consejo anteriormente mencionadas implicaron que Estados con niveles comparativamente bajos de protección de los derechos humanos y con recursos legales internos insuficientes fueran incluidos en el sistema demasiado pronto y sin la preparación adecuada y los casos originados en los nuevos Estados miembro han generado una enorme cantidad de trabajo al Tribunal.⁶⁰

deberá decidir el asunto. Si una Sala decide sobre el asunto, su resolución será definitiva. Los asuntos no sometidos al Tribunal serán examinados por el Comité de Ministros, que actuará de conformidad con lo dispuesto en el antiguo artículo 32 del Convenio.

5. Los asuntos pendientes ante el Tribunal cuyo examen no haya aún finalizado en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo, se transmitirán a la Gran Sala del Tribunal, que decidirá acerca del asunto conforme a lo dispuesto en este Protocolo.

6. Los asuntos pendientes ante el Comité de Ministros cuyo examen en virtud del antiguo artículo 32 no haya aún acabado en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo, serán resueltos por el Comité de Ministros, que actuará de conformidad con este artículo.

⁵⁹ CEDH. Artículo 46. Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias.

1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

⁶⁰ (NOWAK, Manfred. Obra citada. Pág. 214)

Capítulo segundo.
NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS Y EL
CONTROVERTIDO ROL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS

Venimos de un capítulo introductorio bastante descriptivo del Sistema Interamericano, sus organismos y las fuentes de obligación de los Estados miembros de la OEA, signatarios o no de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Dada la complejidad del mismo, fundamentalmente a consecuencia de su “desdoblamiento” –por llamarlo de algún modo—en relación con los Estados parte de la Convención y los que no lo son, dedicaremos este capítulo a la descripción y análisis de cuestiones básicas relacionadas con las funciones de la Comisión Interamericana. En este necesario esfuerzo, nada fácil por cierto, evidenciaremos aspectos problemáticos de su establecimiento y su activismo a favor de los Derechos Humanos en torno a lo cual se han presentado discusiones de todo tipo. De esta manera esperamos sustanciar suficientemente nuestro estudio con miras a la presentación final de la propuesta de interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en cuanto al carácter jurídico de las recomendaciones de la Comisión.

2.1. Su origen extra convencional y los problemas de la no universalidad.

En el primer capítulo advertimos que uno de los aspectos característicos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia de la europea (1950), estaba dado en que su nacimiento a la vida jurídica obedeció a una resolución expedida por un órgano de la Organización de Estados Americanos, y no a la

suscripción de un tratado multilateral⁶¹. Detalle no menor, teniendo en cuenta la lógica que caracteriza la asunción de compromisos por parte de los Estados a la luz de la normativa internacional vigente e importantes referencias doctrinales, en virtud de las cuales la manifestación de su voluntad juega un papel preponderante.

Jellinek, uno de los más connotados representantes de este tipo de teorías, conocidas como voluntaristas, sostiene que la voluntad expresa de los Estados constituye la vía, por excelencia, para la asunción válida de compromisos

⁶¹ Acta final de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, VIII Derechos Humanos, página 11:

“RESUELVE:

II. Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale” (Resaltado fuera de texto)

Valga la pena resaltar algunas declaraciones de los representantes de los Estados, contempladas en dicha Acta, que evidencia la voluntad de estos por adoptar mecanismos de protección de los derechos, tras reconocer expresamente su fundamental aporte en la consecución de la paz y la armonía en las relaciones entre las naciones de la región:

“DECLARACION DE SANTIAGO DE CHILE, (...)

CONSIDERANDO:

Que en su Resolución XXXII la Novena Conferencia Internacional Americana, con el fin de salvaguardar la paz y mantener el respeto mutuo entre los Estados, resolvió entre otras cosas reafirmar su decisión de mantener y estimular una efectiva política social y económica, destinada a elevar el nivel de vida de sus pueblos, así como su convicción de que en un régimen fundado en la garantías de las libertades y derechos esenciales de la persona humana, es posible alcanzar este propósito; y condenar los métodos de todo sistema que tienda a suprimir los derechos y libertades políticos y civiles, especialmente la acción del comunismo internacional o de cualquier totalitarismo; (...) Que la armonía entre las Repúblicas Americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y al ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas, ya que la experiencia ha demostrado que la falta de acatamiento de tales principios es fuente de perturbación general y da origen a emigraciones que suscitan frecuentes y graves tensiones políticas entre el Estado de que proceden y los Estados que las reciben; (...)

DECLARA: 4. Los gobiernos de los Estados Americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. 5. Los derechos humanos incorporados en la legislación de los Estados Americanos deber protegidos por medios judiciales eficaces”. (Páginas 4 y 5 ídem).

internacionales. Nadie, sino el propio sujeto puede someterse al imperio de una regla de derecho internacional, dado el carácter absoluto de la soberanía, como elemento estructural del Estado. El profesor Julio Barboza, en su libro Derecho Internacional Público, describe así esta forma de explicar la validez del derecho internacional:

Hay doctrinas que buscan la respuesta a la anterior pregunta –*refiriéndose al por qué es válido el derecho de gentes y por ende, por qué obligan las normas*- en la forma, más que en el contenido, del derecho internacional. Dentro de ellas, los voluntaristas y los normativistas. (...) La premisa fundamental del voluntarismo es que las normas jurídicas son producto de la voluntad humana. Las normas de derecho internacional derivan de la voluntad de una entidad que es superior porque ocupa la posición suprema en la sociedad: el Estado.⁶²

En relación con lo teorizado por Jellinek, Barboza apunta:

Jellinek sigue estas aguas –*refiriéndose a la posición hegeliana de que “los derechos que tienen los Estados contra otros derivan de sus voluntades particulares, no de una voluntad común constituida en vista de un poder sobre los Estados”*- y explica que, siendo el Estado soberano, no puede ser obligado por un poder extraño a sí mismo. Por lo tanto, el derecho internacional público no es sino el resultado de una autolimitación: el Estado por su propia voluntad se impone a sí mismo las obligaciones internacionales.

Así como un Estado puede autolimitarse en su derecho interno en relación con los individuos, así también puede hacerlo con respecto de otros Estados en el plano internacional. Los Estados son libres de mantener o no relaciones entre ellos si así lo quieren, pero si las mantienen deben aceptar los aspectos objetivos que rigen estas relaciones, que se convierten por voluntad estatal en normas limitativas de su voluntad.⁶³

⁶² BARBOZA, Julio. Derecho Internacional Público. Zavalia Editor. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 43.

⁶³ BARBOZA, Julio. Ob. Cit. Pág. 44.

Por su parte, el profesor Michel Akehurst, al tratar “el problema de las sanciones” internacionales, sentencia que:

En gran medida, los estados crean el Derecho internacional por sí mismos y no necesitan aceptar una nueva regla si no están de acuerdo con ella; no tienen obligación de comparecer ante un tribunal internacional si no se comprometen de antemano a hacerlo; y no existe un ejecutivo centralizado encargado de aplicar el Derecho.⁶⁴

En la otra orilla de la discusión, se encuentran los que teorizan sobre el fundamento no formal del derecho internacional, para quienes su validez está dada en el carácter especial de determinadas materias; con lo que la tradicional concepción de soberanía estatal, tiende a aceptar algunas excepciones.

...toda vez que las normas del DI –derecho internacional- positivo se han ido constituyendo sobre la base de la conciencia común de los pueblos. Ejemplo claro de ello es el viejo DI de la cultura mediterránea, que brotó del *jus gentium* de la antigüedad. El mismo proceso se repite en la Edad Media: también el DI de entonces tiene como base los principios jurídicos comunes del mundo cristiano.

Tomados de los ordenamientos jurídicos incorporados, rigen ya, por consiguiente, antes de que el DI haya producido normas propias por la vía consuetudinaria o contractual.⁶⁵

Los procesos de integración económica –intra e interregionales—, el avance de las telecomunicaciones, la creación de sociedades de países con cierta identidad socio-política (Vb. Mercosur, los países del Alba, Unasur, para citar ejemplos de esta zona) y particulares problemáticas que se han asumido como asunto de la humanidad –como la perpetración de crímenes internacionales, crisis humanitarias con

⁶⁴ AKHERST, Michel. Introducción al Derecho Internacional. Alianza Editorial. 1973. Pág. 19.

⁶⁵ VERDROS, Derecho Internacional Público, Madrid, 1955, pág. 36. Citado por Julio Barboza en Ob. Cit., pág. 52.

potenciales efectos desestabilizadores o la afectación del medio ambiente—, son fuente, en nuestros días, de nuevas instituciones jurídicas, caracterizadas por una lógica y dinámicas propias, que retan la tradicionalidad conceptual y han provocado la redefinición del modo de conducción de las relaciones internacionales. Una consecuencia obligada de estos procesos de integración interestatales y la redefinición de intereses comunales, está dada en un proceso metamórfico que ha experimentado el contenido de la soberanía como baluarte del Estado moderno⁶⁶, y con ello el más importante principio que proclama la Carta de Naciones: el respeto a la autodeterminación de los pueblos.

Con todo, una injustificada ingenuidad acusaríamos al predicar la inversión absoluta de los valores y principios que han regido por más de cuatro siglos las relaciones entre los Estados. La soberanía sigue siendo un comodín útil para justificar el incumplimiento de compromisos difusos⁶⁷ o adoptar posiciones retrogradadas frente al progresismo particular de ciertos campos (como los derechos humanos o el respeto de las reglas de la guerra). Esto sitúa la cuestión en una zona gris, donde apenas es posible reconocer un cierto grado de relativización de la soberanía, especialmente en aquellos Estados que sufren, o en los que son latentes, problemas de desestabilización social, económica y/o política. Tan patética actitud de ciertos Miembros frente a la

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-010/89: “38. La evolución del ‘derecho americano’ en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho Internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes ...”

⁶⁷ Con ello pretendo referirme a aquellos compromisos de carácter moral, en virtud de los cuales se espera de los Estados un determinado comportamiento, que coadyuve a la Comunidad Internacional en su esfuerzo por servir a ciertos intereses altruistas o humanitarios de incumbencia general, pero cuyo incumplimiento no constituye, en estricto sentido, un ilícito internacional por el cual se afecte su responsabilidad.

operatividad del Sistema, ha sido bien descrita y dimensionada por el doctor Carlos Ayala Corao, ex presidente y ex miembro de la Comisión Interamericana a finales del noventa, para quien, no obstante, su utilidad no puede estar en discusión:

En principio y en abstracto, todos los países miembros aceptan la idea y la existencia de un sistema básico de protección de los derechos humanos, pero cuando ese sistema adopta decisiones que tienen como destinatarios algunos Estados, éstos, suelen adoptar una actitud crítica respecto a la legitimidad del caso, o la solidez de la decisión, o los trámites seguidos, o simplemente su posibilidad de cumplir la decisión adoptada. Esta falta de consenso se manifiesta en el caso extremo de algunos Estados con posiciones “duras”, que tienen su defensa en la concepción dieciochesca de la soberanía nacional, como concepto absoluto de la jurisdicción del Estado y límite a la comunidad internacional. Pareciera entonces que estos Estados perciben las acciones de la CIDH y de la CtDH como potencialmente dañinas a sus “intereses” en el sentido de imagen o reputación internacional, y por ello sus reacciones estarían orientadas a contrarrestar esta supuesta campaña de desprestigio que se proponen contra el Estado los órganos del SIDH.⁶⁸

Nada más evidente de lo que afirma el ex comisionado que el peculiar trámite ante el Sistema del caso del ciudadano peruano israelí Baruch Ivcher contra Perú, cuya Administración expidió una Resolución Legislativa (No. 27152 del 08 de julio de 1999), en pleno trámite de la demanda (presentada por la CIDH el 31 de marzo de 1999) mediante la cual dispuso el retiro de la cláusula de competencia de la Corte Interamericana, adoptando con ello una displicente actitud frente al Sistema, lo que fue contundentemente respondido por parte de la Corte en providencia del 24 de septiembre del mismo año. Al reafirmar su competencia, los magistrados recordaron al Estado que: 1. La Corte asumió competencia para considerar el caso a partir del

⁶⁸ AYALA CORAO, Carlos. “REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS” Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Número 30-31, Edición especial, Año 2001, pág. 92.

31 de marzo de 1999, esto es antes del depósito del retiro ante la OEA. 2. El “retiro” de la competencia contenciosa de la Corte el 9 de julio de 1999 y la devolución de la demanda y sus anexos el 4 de agosto del mismo año por el Perú no producen efecto alguno sobre el ejercicio de la competencia del Tribunal en el caso; 3. El acto unilateral de un Estado no puede privar a un tribunal internacional de la competencia que éste ha asumido previamente; 4. La posibilidad de retirar la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte no está prevista en la CADH, es incompatible con ésta y carece de fundamento jurídico; 5. y en caso de que no fuera así, el “retiro” requeriría, para producir efectos, de una notificación formulada un año antes de la conclusión de sus efectos, en aras de la seguridad y la estabilidad jurídicas.

Ni qué decir de la peculiar participación del gobierno de los Estados Unidos en el trámite de la Opinión Consultiva No. 010/89, recurrentemente referida en nuestro primer capítulo —relativa a la “interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”—ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano al que, como ya se dijo, no le ha reconocido competencia para conocer de comunicaciones o solicitudes en su contra. Aunado a que con su soberana abstención de ratificar la Convención Americana ha comprometido la efectiva operatividad del Sistema, pretendía de la Corte una restrictiva interpretación sobre el carácter jurídico de la Declaración, con lo que se afectaría sin remedio la prácticamente exigua competencia de la Comisión frente a posibles violaciones a derechos reconocidos en este instrumento. Así fue expresado por su Gobierno:

(L)a Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre representa una noble enunciación de las aspiraciones de los Estados Americanos en cuanto a los derechos humanos.

Sin embargo, a diferencia de la Convención Americana, no fue redactada como un instrumento jurídico y carece de la precisión necesaria para resolver complejas dudas legales. Su valor normativo estriba en ser una declaración de principios básicos de carácter moral y de carácter político y en ser la base para velar por el cumplimiento general de los Derechos humanos por parte de los Estados Miembros; no en ser un conjunto de obligaciones vinculantes.

(...)

En vista de que la Declaración no es y nunca ha sido un tratado, los Estados Unidos estiman que la Corte no tiene competencia para considerar la presente solicitud y, por ende, debe desestimarla.

En caso que la Corte decida tratar el tema del status normativo de la Declaración, el parecer de los Estados Unidos es que la Declaración continúa siendo para todos los Estados Miembros de la OEA lo que era cuando fue adoptada: una enunciación de principios generales de derechos humanos no vinculante. (Subrayado fuera de texto)

Sea que acordemos con los voluntaristas que la manifestación expresa del Estado de sujetarse a una regla jurídica es la única fórmula válida para exigir de su parte un determinado comportamiento o, alejándonos de sus planteamientos, tengamos que aceptar la relativización de dicha premisa en virtud de la naturaleza de la materia de que se trata y los fenómenos de integración interestatales, lo cierto es que muy a pesar de las conservadoras posiciones de algunos Miembros de la Organización frente al primigenio valor jurídico de los instrumentos internacionales — como la Declaración Americana— y la manera en que fue concebido el rol de la Comisión, su interpretación no puede desembarazarse de las realidades históricas de cada momento y situación, así como de las necesidades de efectivización del Sistema

—así esto alberga el latente peligro de tiranía de sus órganos.⁶⁹ Ello guarda una íntima relación con el carácter vinculante de sus recomendaciones, especialmente respecto de aquellos Estados americanos que no hacen parte de la Convención del 69.

De hecho, en el *“Informe del grupo de trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente”*, aprobado por éste durante la sesión celebrada el veinticinco de enero de 2012, y presentado en el cuadragésimo segundo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrado entre el tres y el cinco de junio del mismo año en Cochabamba, Bolivia, queda en evidencia la preocupación por la manera en que se ve afectada la efectividad del Sistema de protección regional, por cuenta de la falta de universalización de la Convención. En consecuencia, sus observaciones y recomendaciones sobre los desafíos a mediano y largo plazo del Sistema y la Comisión, concretamente, el grupo de trabajo orientó su informe así:

En términos generales, el Grupo de Trabajo identificó, entre los principales desafíos los siguientes: alcanzar la universalidad del SIDH;

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC- 010/89 “37. La Declaración Americana se basa en la idea de que ‘la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución’ (Considerado tercero). Este derecho americano ha evolucionado desde 1948 hasta hoy y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos. Como dijo la Corte Interamericana de Justicia: ‘‘un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar. EGAL Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31). Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.’’ (Subrayado fuera de texto)

asegurar el pleno cumplimiento de las recomendaciones y decisiones de los órganos del mismo; lograr mayor equilibrio entre la promoción y la protección de todos los derechos humanos; perfeccionar los aspectos procedimentales y garantizar la observancia estricta de los marcos normativos en el sistema de peticiones individuales; lograr una mayor eficiencia y agilidad en la tramitación de peticiones y casos y avanzar hacia una mayor transparencia en la gestión de la CIDH. (Pág. 8 del Informe)

Recomendando, por tanto:

A. A la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

- a) Elaborar un informe sobre la incidencia de la no universalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, así como del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la protección y promoción de los derechos humanos en la región.
- b) Incorporar activamente y como asunto prioritario en sus estrategias y labores de promoción de los derechos humanos, la firma, ratificación o adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos interamericanos sobre derechos humanos en los países que aun no lo hubieren hecho.
(...)

B. A los Estados Miembros:

- a) Si aún no son Parte, considerar la firma y ratificación, ratificación o adhesión a la CADH y a todos los instrumentos jurídicos interamericanos de derechos humanos, así como la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).
- b) Diseñar e implementar estrategias orientadas a alcanzar la universalidad del SIDH, en colaboración con los órganos del SIDH, con los órganos políticos pertinentes de la OEA y con el apoyo de la Secretaría General. (Pág. 9 y 10 del Informe)

No obstante el notable activismo de la Comisión –desde el momento mismo de su creación—⁷⁰, el mencionado informe desnuda preocupantes cuestiones que

⁷⁰ Gran parte del avance del Sistema de Protección regional de los Derechos Humanos obedece al importante rol que ha cumplido la Comisión, a partir de desafiantes interpretaciones de las

comprometen la efectividad del Sistema, entre las cuales sobresale el carácter vinculante de sus recomendaciones con relación a todos los Miembros de la Organización. La imposibilidad de someter a estudio de la Corte Interamericana violaciones a los Derechos Humanos que comprometen la responsabilidad de cualquier Estado de la región, sumado a la renuencia de los que aún no han ratificado o adherido a la Convención Americana de concederle pleno carácter vinculante a sus recomendaciones, sin duda alguna, justifican en alto grado las críticas que se han planteado por parte de un bloque de Estados, que ven en su seno la representación de un hipócrita instrumento de “dominación imperialista”. Sin el radicalismo que caracteriza este tipo de pronunciamientos o posiciones conceptuales, la realidad del funcionamiento del Sistema no permite afirmar, en todo caso, su plena efectividad.

“Pero a la hora de valorar la operatividad de la Convención de San José respecto a la protección real de los derechos del hombre en América, hay que tener en cuenta factores de importancia fundamental. En este sentido conviene registrar primeramente la significativa ausencia de ratificaciones o adhesiones por parte de Estados americanos de gran población y peso político.

De otro lado, como hemos visto, incluso entre los Estados partes, la operatividad de la Convención es limitada sin no se ha aceptado la competencia de la Corte. Y es que realmente, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, la labor más interesante en materia de derechos humanos estriba en los informes de la Comisión en

disposiciones normativas que establecían sus facultades y competencias de promoción y protección. Así, a pesar del silencio de su Estatuto al respecto, la Comisión recibió a título informativo comunicaciones o solicitudes sobre presuntas violaciones a los Derechos Humanos y las situaciones particulares de los Estados, y declaró su competencia para formular recomendaciones generales como particulares a los Miembros de la Organización, en virtud de una generosa interpretación del artículo 9.b estatutario. Asimismo, hizo uso –apoyándose en lo dispuesto en el artículo 11—de las visitas in loco, constituyéndolas como uno de los mecanismos de verificación más eficientes del Sistema. Con la posterior reforma al Estatuto (Expedida en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en 1965), se ampliaron considerablemente las facultades del organismo, especialmente en lo concerniente al trámite de solicitudes individuales.

los casos –frecuentemente por desgracia—de violaciones graves, masivas y persistentes de los derechos del hombre.”⁷¹

2.2. Un posible problema de legitimidad de la Comisión para emitir ciertos pronunciamientos.

(...) el fortalecimiento del SIDH requiere que cada una de las disposiciones que hacen parte de dicho Sistema sean suficientemente claras en cuanto a los mecanismos y el procedimiento para sus usuarios;... la mayor claridad respecto de la competencia contencioso de la CIDH evitará que se creen expectativas infundadas en las presuntas víctimas. Esto redundará en una mayor protección a los derechos humanos de las personas.⁷²

Para desgracia del Sistema Interamericano y sus usuarios (entiéndase, las víctimas y los Estados), la controversia sobre la actuación de la Comisión Interamericana no solo se circunscribe al carácter vinculante de sus recomendaciones, sino además involucra su legitimidad para tramitar solicitudes o peticiones derivadas de la violación de derechos consagrados en instrumentos internacionales distintos a la Convención Americana y la Declaración Americana.

El “quid” del asunto, por decirlo de alguna manera, radica en el alcance de la competencia de la Comisión y su legitimidad para incorporar variantes que la extiendan, sin estar previsto en la Convención Americana y “otros” instrumentos internacionales.

⁷¹ PASTOR RIDRUEJO, José A. Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales. Sexta Edición. Editorial Tecnos S.A. España, 1998. Pág. 248

⁷² ACOSTA LOPEZ, Juana Inés. Alcance de la competencia contenciosa de la CIDH a la luz del artículo 23 de su reglamento, 14 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, año 2009, pág. 115.

La doctora Juana Inés Acosta, profesora de Derecho Internacional de una importante Universidad colombiana, advierte cómo en el desarrollo normativo del Sistema –Convencional, estatutario y reglamentario—, así como en el trámite de solicitudes, se presentan graves inconsistencias relacionadas con el alcance de la competencia de los comisionados⁷³. En procura de mayor especificidad, que aportara igual grado de seguridad jurídica, el artículo 23 del Reglamento de la Comisión enlista una serie de instrumentos internacionales, contentivos de derechos, libertades y garantías ciudadanas, cuya violación podría ser de su conocimiento. Lo peculiar no es que la propia Comisión dicte su propio reglamento en el que aborde cuestiones medulares de su competencia, pues para ello ha sido debidamente facultada por la Convención⁷⁴, sino que, excediendo los linderos establecidos por la Convención y su Estatuto, haya optado por formular un listado de fuentes normativas adicionales, algunas de las cuales no le autorizan a conocer de violación alguna a sus disposiciones.

Concordante con el literal f) del artículo 41 Convencional, el subsiguiente artículo 44 circunscribe su competencia respecto a peticiones o comunicaciones que involucren la vigencia de los derechos, libertades y garantías consagrados por dicha Convención –Con relación a los Estados parte en la misma. Por su parte, el artículo 1º (2) Estatutario (Estatuto aprobado mediante Resolución No. 447 de la Asamblea General de la OEA en Octubre de 1979), precisa que los “derechos humanos” a los que hace referencia, cuya vigencia está llamada la Comisión a promover,

⁷³ ACOSTA LOPEZ, Juana Inés. Ob cit., pág. 107-131.

⁷⁴ “Artículo 39 CADH. La Comisión su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio.”

corresponden a los enlistados y definidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (frente a casos en que se involucre a un Estado no parte en la Convención)⁷⁵. Sin embargo, pese a las restricciones impuestas a la Comisión por el Estatuto del 79 sobre el contenido de las disposiciones reglamentarias que podía dictarse⁷⁶, el artículo 23 de

⁷⁵ En el informe No. 44/04, relativo a la petición No. 2584-02, Laura Guadalupe Tena-Colunga y otros vs. México, la Comisión Interamericana tuvo oportunidad de explicar la relación de vigencia de uno y otro instrumento:

“37. Con respecto a los alegatos sobre violaciones de la Declaración Americana, en atención a lo dispuesto en los artículos 23 y 49 de su Reglamento, la Comisión goza, en principio, de competencia *ratione materiae* para examinar violaciones de los derechos consagrados por dicha Declaración. Sin embargo, la CIDH ha establecido previamente que una vez que la Convención Americana entra en vigor en relación con un Estado, es dicho instrumento —no la Declaración— el que pasa a ser la fuente específica del derecho que aplicará la Comisión Interamericana, siempre que en la petición se aleguen violaciones de derechos sustancialmente idénticos consagrados en los dos instrumentos y que no medie una situación de continuidad.”

⁷⁶ En dicho Estatuto, la Asamblea General de la OEA estableció limitaciones precisas sobre las materias sujetas a reglamentación por parte de los comisionados, solo relacionadas a aspectos de orden procedimental, las cuales pueden resumirse de manera práctica en lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 22 estatutario:

Artículo 22

1. El presente Estatuto podrá ser modificado por la Asamblea General.
2. La Comisión formulará y adoptará su propio Reglamento de acuerdo con el presente Estatuto.

Artículo 23

1. El Reglamento de la Comisión determinará, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el procedimiento que se debe seguir en los casos de peticiones o comunicaciones en las que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra la mencionada Convención y en las que se impute tal violación a algún Estado parte en la misma.
2. De no llegarse a la solución amistosa referida en los artículos 44 al 51 de la Convención, la Comisión redactará dentro del plazo de 180 días el informe requerido por el artículo 50 de la Convención.

Artículo 24

1. El Reglamento establecerá el procedimiento que se debe seguir en los casos de comunicaciones que contengan denuncias o quejas de violaciones de derechos humanos imputables a Estados que no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. A tal efecto, el Reglamento contendrá las normas pertinentes establecidas en el Estatuto de la Comisión aprobado por el Consejo de la Organización en las resoluciones aprobadas el 25 de mayo y el 8 de junio de 1960, con las modificaciones y enmiendas introducidas por la Resolución XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria y por el Consejo de la Organización en la sesión celebrada el 24 de abril de 1968 y tomando en consideración la Resolución CP/RES. 253 (343/78) "Transición entre la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión prevista en la Convención

la versión vigente del Reglamento (Aprobado por la Comisión en su 137º periodo de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009), pareciera no ser del todo consecuente con las previsiones convencionales y estatutarias.

Artículo 23. Presentación de peticiones

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u a otra persona para representarlo ante la Comisión.

Nótese que, mientras la Convención y el Estatuto restringen la competencia de la Comisión a los eventos en que se comprometen la vigencia de los derechos contemplados en aquella y la Declaración Americana –de conformidad con el estado de ratificaciones—, el Reglamento expresamente enlista una serie de instrumentos adicionales haciendo extensiva dichas facultades a las violaciones de sus disposiciones. Esto motiva, como es de esperarse, las suspicacias de algún sector de la doctrina especializada.

Americana sobre Derechos Humanos”, adoptada por el Consejo Permanente de la Organización el 20 de septiembre de 1978.”

Pese al amplio mandato encargado a la Comisión, piedra angular del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, como vigía de la promoción y defensa de los derechos en la Región, ello no es suficiente para que a mutuo propio amplifique el espectro de su competencia, respecto de otros instrumentos internacionales, especialmente de aquellos que guardan silencio sobre el procedimiento previsto en caso de violación a alguna de sus disposiciones⁷⁷ o restringen la competencia del Sistema Interamericano al conocimiento de violaciones de específicos derechos⁷⁸. Sobra afirmar, como hemos venido dejándolo suficientemente explícito, que en virtud al principio voluntarista sobre el cual se finca el sistema regional de protección de derechos humanos, el alcance de las competencias de sus órganos está dado por los instrumentos jurídicos constitutivos y la intención manifiesta de los Estados de sujetarse a los mismos. En este sentido se despachó el juez Sergio García-Ramírez, en su voto razonado a la sentencia que resolvió el caso *Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú*:

15. Las potestades de un órgano jurisdiccional derivan, necesariamente, de la norma que lo instituye, organiza y gobierna. Esta vinculación entre norma jurídica, por una parte, y jurisdicción, por la otra —expresión, en el orden jurisdiccional, del principio de legalidad—, constituye una preciosa garantía para los justiciables y un dato natural y necesario del Estado de

⁷⁷ Vbg. el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

⁷⁸ Vbg. la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Convención de Belém do Pará con ocasión de la violación del artículo 7º (Art. 12); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador, respecto de la violación de los artículos 8 y 13 (Art. 19.6). No obstante, inexplicablemente, la Comisión se ha pronunciado sobre peticiones que comprometen la vigencia de derechos consagrados en disposiciones diferentes a las expresamente referidas por estos instrumentos; tal es el caso de los pronunciamientos proferidos en el marco de los casos: Frank Ulises Güelfi-Aguilar vs. Panamá, Xavier Alejandro León-Vega vs. Ecuador; Miembros del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Educación vs. El Salvador, entre otros.

Derecho. Sería inadmisibile y extraordinariamente peligroso para las personas que un órgano jurisdiccional pretendiese `construir', a partir de su voluntad, la competencia que le parezca pertinente. Este `voluntarismo creador de jurisdicción' pondría en riesgo el conjunto de los derechos y las libertades de las personas y constituiría una forma de tiranía no menos lesiva que la ejercida por otros órganos del poder público. Es posible que resulte aconsejable, conforme a la evolución de los hechos o del derecho, extender el ámbito jurisdiccional de un órgano de esta naturaleza, a fin de que concurra mejor a la satisfacción de necesidades sociales. Pero esa extensión debe operar a partir de la reforma normativa y no apenas de la decisión voluntariosa –y en esencia arbitraria—del órgano jurisdiccional.

Lo considerado por el emblemático magistrado García Ramírez, constituye un llamado a la “cordura” del Sistema, de modo que la protección y promoción de los derechos humanos por parte de sus órganos no derive en el desconocimiento “arbitrario” –adjetivando del mismo modo en que él lo hace—de la lógica característica de las relaciones internacionales, más aún de la manifiesta voluntad de los Estados al momento de adherir o ratificarse a un determinado instrumento internacional. Mayor preocupación suscita, entre algunos doctrinarios, que dichas prácticas se disimulen o justifiquen de manera bastante estética en términos abstractos tales como: “idea de justicia objetiva”, “leyes de humanidad”, “clamor universal” o la “conciencia jurídica universal”⁷⁹, que sirven, además, de fundamento a la creación de reglas por parte de los órganos del Sistema.

Uno de estos críticos ha sido el profesor Ezequiel Malarino, para quien “`a fuerza de sentencias’ –citando al magistrado García Ramírez—, la Corte

⁷⁹ MALARINO, Ezequiel. “Activismo judicial, Punitivización y Nacionalización, tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, artículo incluido en “SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS INTERNACIONAL HUMANITARIO”, Georg-August-Universität-Göttingen, Instituto de Ciencias Criminales — Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional Stiftung Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica -Oficina Regional Montevideo. 2010. Pág. 32.

Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de la persona como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal: ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos o modificó algunos existentes”⁸⁰. Esto deriva, necesaria y adicionalmente, en la afectación de las expectativas de seguridad jurídica que puedan tener los usuarios del sistema (Víctimas y Estados), siendo factor de deslegitimidad de las

⁸⁰ MALARINO, Ezequiel. Ob. Cit. Pág. 27.

En el artículo, el profesor Malarino refiere como ejemplo “...la regla que prohíbe amnistiar graves violaciones de los derechos humanos (Caso Barrios Altos contra Perú, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, Pág. 41-44) o bien crímenes internacionales (caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Pág. 105-129 y 151); la regla que prohíbe la prescripción de violaciones de los derechos humanos (caso Bulacio contra Argentina, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Pág. 116-117), de graves violaciones de los derechos humanos (entre otros, caso Barrios Altos contra Perú, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, Pág. 41); de muy graves violaciones de los derechos humanos (caso Albán Cornejo y otros contra Ecuador, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2007, Pág. 111) o de crímenes internacionales (caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Pág. 151-153); la regla que restringe la aplicación del ne bis in ídem en caso de descubrir nuevas pruebas luego de la sentencia definitiva (caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Pág. 154); la regla que limita la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en ciertos casos (caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, 151 y el caso la Cantuta contra Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Pág.226); la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso (caso La Cantuta contra Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Pág.149); la regla que establece el derecho de los familiares de las víctimas a la verdad (entre muchos otros, casos Velásquez Rodríguez contra Guatemala, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, Pág. 181, y Godínez Cruz contra Guatemala, sentencia de fondo, 20 de enero de 1989, Pág. 191); la regla que establece el derecho de los familiares de las víctimas a que el derecho a la verdad sea logrado a través de procesos judiciales (caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Pág.150); la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular (opinión consultiva OC 16/99, de 1 de octubre de 1999, sobre El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Pág. 137); la regla de que las víctimas y sus familiares deben tener amplias facultades para actuar en el proceso interno (entre otros, caso Goiburú y otros contra Paraguay, sentencia de supervisión de cumplimiento de sentencia, 8 de agosto de 2008, Pág.14; caso Escué Zapata contra Colombia, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007, Pág. 166).”

decisiones de sus órganos –o al menos de despiadadas críticas por parte de sus detractores⁸¹.

Esto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención, en virtud de lo cual tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están habilitadas para integrar al estudio de los peticiones y la elaboración de informes instrumentos internacionales diferentes a la Declaración Americana y la Convención Americana, siempre que dicho ejercicio integracionista no implique la aplicación autónoma –esto es sin integrarse o hacer referencia directa a alguna de los artículos de la Convención o la Declaración—de tales disposiciones para derivar responsabilidades particulares de los Estados:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los

⁸¹ En el discurso de apertura de la Asamblea General de la OEA (Junio de 2012), el mandatario boliviano Evo Morales, haciendo eco de las críticas formuladas por sus pares de Ecuador, Venezuela y Brasil a la Organización y el Sistema Interamericano, afirmó:

"Es nuestra obligación (discutir) cómo cambiar a la OEA, por tanto para la OEA hay dos caminos: o muere al servicio del imperio o renace para servir a los pueblos de América", manifestó. "la OEA nació como un ministerio de colonias de Estados Unidos (...) con el lema América para los americanos y eso leo que América Latina y el Caribe es para los Estados Unidos", afirmó el gobernante.

"en esta refundación de la OEA es importante la reorganización de la jurisdicción de la Comisión Interamericano de Derechos Humanos para la supervisión de los derechos humanos", no sólo en la región, sino en Estados Unidos también. "Si no quiere velar los derechos humanos en Estados Unidos, mejor que desaparezca la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"

<http://observadorglobal.com/asamblea-de-la-oea-evo-morales-por-los-pueblos-y-contra-el-imperio-n47500.html>

Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;⁸²

- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Al absolver la consulta formulada por el Estado peruano relacionada con el texto del artículo 64 Convencional⁸³: *¿cómo debe ser interpretada la frase: “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”?* , la Corte afirmó (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, “otros tratados” objeto de

⁸² Sobre el fin de este particular numeral, el informe No. 55/97, caso 11.137, Juan Carlos Abella vs Argentina, del 18 de noviembre de 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo las siguientes precisiones:

“164. La Comisión considera además, que en aquellas situaciones donde la Convención Americana y el Derecho humanitario son aplicables de manera concurrente, el artículo 29.b de la Convención Americana requiere tomar debida nota de ello y, cuando resulte apropiado, otorgar efecto legal a las normas aplicables de Derecho humanitario. El artículo 29.b --la llamada "cláusula más favorable al individuo"-- establece que ninguna disposición de la Convención Americana podrá ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

165. El objeto de este artículo es el de evitar que los Estados partes utilicen la Convención Americana como fundamento legal para limitar derechos más favorables o menos restrictivos, que de otra manera corresponderían a un individuo bajo la legislación nacional o internacional. Por lo tanto, cuando existen diferencias entre las normas legales que rigen derechos idénticos o similares en la Convención Americana y en un instrumento de Derecho humanitario, la Comisión está obligada a asignar efecto legal a las disposiciones del tratado con el estándar más elevado que resulte aplicable a los derechos o libertades en cuestión. Si dicho estándar se encuentra en una norma de derecho humanitario, la Comisión debe aplicarla.”

⁸³ “Artículo 64 CADH. 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos):

43. El propósito de integración del sistema regional con el universal se advierte, igualmente, en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perfectamente ajustada al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana y del Estatuto de la Comisión. En varias ocasiones, en sus informes y resoluciones, la Comisión ha invocado correctamente `otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos´, con prescindencia de su carácter bilateral o multilateral, o de que se hayan adoptado o no dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano. (...)

No sobra expresar las prevenciones que provoca una solución interpretativa tan “atrevida” o “desafiante” –con la naturaleza del Sistema y el conjunto de fuentes a las que acude para cumplir sus roles—, en la medida en que podría suponer, bajo tal fórmula, la aplicación directa de cualquier tipo de instrumento internacional –del cual el Estado sea parte—por parte de la Comisión y la Corte. Difícil sería, al amparo de esta “tendencia integracionista”, encontrar un instrumento internacional relativo al ejercicio de derechos, libertades y garantías fundamentales que no guarde inmediata o remota relación con la Declaración Americana o la Convención Americana, de manera en que lo plantea la Corte.

El hecho de que los órganos del Sistema acudan a fuentes distintas a estas con el fin de hacer una mejor construcción argumental entorno al contenido de un determinado derecho, y no significa necesariamente que se incorporen al estudio de peticiones o casos para derivar de los mismos responsabilidades de los Estados. Esto último, no encuentra sustento, siquiera, en el transcrito artículo 29.b. ni en el 64 convencional –relativo exclusivamente a la facultad de la Comisión y la Corte

Interamericanas de absolver las consultas que le formulen los Estados de la Organización. Este es el caso de las consideraciones contenidas en el informe No. 55/97, relativo al caso “*Juan Carlos Abella contra Argentina*”, respecto de la “aplicación directa” del derecho internacional humanitario en el estudio de las peticiones elevados ante el Sistema de Protección.

157. Antes de analizar los reclamos concretos de los peticionarios, la Comisión estima que es útil aclarar cuáles han sido las razones por las cuales ha considerado, en ciertas circunstancias, que es necesario aplicar directamente normas de derecho internacional humanitario, o interpretar disposiciones pertinentes de la Convención Americana, tomando como referencia aquéllas normas. (...)

162. Al margen de estas consideraciones, la competencia de la Comisión para aplicar las normas del Derecho humanitario se sustenta ampliamente en el texto mismo de la Convención Americana, en su propia jurisprudencia y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Virtualmente todos los Estados miembros de la OEA que son Parte de la Convención Americana, también han ratificado uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949 y/u otros instrumentos de Derecho humanitario. En su condición de Estados Partes de los Convenios de Ginebra, están obligados bajo principios de Derecho internacional consuetudinario a observar esos tratados de buena fe y a ajustar su legislación interna al cumplimiento de esos instrumentos. Además, han asumido el compromiso solemne de "respetar y asegurar el respeto" a esos Convenios en toda circunstancia, más particularmente en situaciones de hostilidades internacionales o internas.

(...)

164. La Comisión considera además, que en aquellas situaciones donde la Convención Americana y el Derecho humanitario son aplicables de manera concurrente, el artículo 29.b de la Convención Americana requiere tomar debida nota de ello y, cuando resulte apropiado, otorgar efecto legal a las normas aplicables de Derecho humanitario. El artículo 29.b --la llamada "cláusula más favorable al individuo"-- establece que ninguna disposición de la Convención Americana podrá ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

(...)

170. ... Más bien debe determinar si los derechos afectados por tales medidas están garantizados de manera similar en los tratados aplicables de Derecho humanitario. Si encuentra que los derechos en cuestión no pueden ser suspendidos bajo estos instrumentos de Derecho humanitario, la Comisión debería concluir que tales medidas de suspensión son violatorias de las obligaciones de los Estados Partes, tanto bajo la Convención Americana como bajo los respectivos tratados de derecho humanitario.

A este respecto, pese a reconocer las bondades de una interpretación extensiva como la trascrita, no son del todo convincentes las razones aducidas por la Comisión para “echar mano” de un cuerpo normativo distinto a la Convención y la Declaración Americanas a fin de derivar, a partir de las mismas, responsabilidades particulares de los Estados. Si bien no hay discusión en la posibilidad de que acuda a distintas normas para robustecer argumentalmente determinada cuestión —especialmente el contenido de un derecho particular consagrado en la Declaración o la Convención—, bien dudoso resulta ser la legitimidad de pronunciamientos que pretendan su aplicación directa al caso, reconociéndole carácter normativo idéntico al de estos últimos instrumentos internacionales; con todo, el hecho de que la mayoría de los Estados Miembros sean parte de los Convenios de Ginebra, no otorga licencia a la Comisión para constituirse *mutuo proprio* en su órgano de aplicación. Ello haría nugatorias las disposiciones convencionales que circunscriben la competencia de los órganos del sistema, extendiendo indebidamente el espectro de sus facultades y erosionando, en cierta medida, el derecho procesal de los Estados a que su responsabilidad sea derivada de las disposiciones convencionales o de la Declaración (La Corte Interamericana expone en el caso *Las Palmeras contra Colombia* una posición diferente a la de la Comisión en relación con la aplicación directa de las normas humanitarias por el Sistema).

No siendo este nuestro objeto de estudio, pese a su evidente importancia, bástenos lo dicho para dejar planteada la cuestión, como otros de los aspectos controversiales referidas al rol cumplido por el Sistema de Protección regional⁸⁴. Su referencia, ayuda a contextualizar y comprender de mejor forma las controversiales posiciones frente al carácter jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y la necesidad de proponer una solución acorde con la lógica de las relaciones internacionales y la progresividad debida en la protección de los derechos de las personas.

2.5. El activismo de la Comisión. Más allá de las críticas, una loable y necesaria actitud.

No es exagerado afirmar, que el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) ha sido el área que mayor proyección y prestigio le ha dado a la Organización de Estados Americanos (OEA), dentro y fuera del hemisferio. Ello ha sido, sin duda, la consecuencia de un trabajo serio, profesional y constante, que por más de cuarenta años ha venido llevando a cabo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y en los últimos veinte años también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH). El rol desempeñado por la CIDH durante la época de las dictaduras latinoamericanas, particularmente en las décadas de los setenta y los ochenta, a favor de la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la libertad personal, frente a las violaciones masivas y sistemáticas de dichos regímenes atroces, le valieron un prestigio bien ganado.⁸⁵

⁸⁴ Precisamente en el caso La Tablada, (Informe No. 55/97) uno de los puntos álgidos de discusión está dado en la legitimidad del Sistema para asumir el conocimiento de peticiones que involucran casos en las que debe aplicarse el Derecho Internacional Humanitario -como *lex specialis*.

⁸⁵ AYALA CORAO, Carlos. Ob.cit., pág. 92.

En momentos en que la convulsionada situación socio política interna de nuestros países, hacía parecer que el avasallamiento de la persona humana y su dignidad, en medio de viscerales enfrentamientos ideológicos –atribuibles o relacionados en gran medida a la bipolarización política del mundo— representaría un problema menor en la región, por cuenta de la invisibilización de las víctimas, la organización de Estados Americanos decide elevar a la categoría de órgano principal a la Comisión Interamericana (Protocolo de Buenos Aires, Argentina, de 1967)⁸⁶; tras reafirmar “que la segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en 1965, declaró que era imprescindible imprimir al Sistema Interamericano un nuevo dinamismo, e imperativo modificar la estructura funcional de la Organización de los Estados Americanos...”⁸⁷

⁸⁶ El artículo XII del Protocolo, modificó el artículo 51 de la Carta de la OEA, incorporó al listado de órganos principales de la Organización a la Comisión Interamericana, dejando de ser una “entidad autónoma de la OEA” y dotándola, en consecuencia, de una elevada importancia política dentro de su estructura, reconociendo con ello su papel de medio para el logro de los fines comunales de los Estados Americanos.

“Artículo 112 de la Carta (reformada).

Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.”

“Artículo 150 de la Carta (reformada).

Mientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XVIII, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos.”

⁸⁷ “En la década de los cincuenta, dominada por la guerra fría, proliferaron gobiernos militares que, bajo el pretexto del anticomunismo, desconocieron los derechos humanos y postergaron todo intento para organizar su protección internacional. Simultáneamente la OEA entró en una prolongada crisis que, después de la X Conferencia (Caracas, 1954), no le permitió reunir nunca más una Conferencia Internacional Americana, sino que tuvo que recurrir a reuniones extraordinarias o de consulta antes de reformar en 1967.” PEDRO NIKKEN, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid, editorial Civitas, 1987, pág. 42; referenciado en REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial TEMIS. Pág. 17 y 18.

La evidente trascendencia de la reforma a la Carta de la Organización acaecida en el 67, conforme lo considerado por el ex juez de la Corte Thomas Buergenthal, permitió revestir al Sistema, concretamente al papel cumplido por la Comisión Interamericana, de un fundamento jurídico mucho más robusto⁸⁸, al tiempo que se formalizaron las disposiciones contenidas en su estatuto. En términos del citado autor:

Estas disposiciones de la Carta reformada dieron legitimidad institucional a la Comisión al reconocerla como un órgano de la OEA con base convencional. Además, mediante la disposición transitoria, el Estatuto de la Comisión fue incorporado a la Carta misma. Por tanto, la Carta reformada legitimó efectivamente las atribuciones que la Comisión ejercía según los artículos 9º y 9º bis de su Estatuto y reconoció el carácter normativo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como una norma para juzgar las actividades relacionadas a los derechos humanos de todos los Estados Miembros de la OEA.⁸⁹

Este avance normativo no fue el fruto del azar o la espontánea creatividad de los representantes de los Estados, sino el resultado del compromiso demostrado por los comisionados con el cumplimiento de sus roles. A fuerza de interpretaciones extensivas de las primeras reglas que establecieron su naturaleza y competencia, contenidas en sus primeros informes, los comisionados fueron posicionando a la Comisión como un órgano fundamental en la estructura de la Organización y como

⁸⁸ El mismo magistrado estuvo entre los firmantes de la Opinión Consultiva NO. 010 del 14 de julio de 1989, en la que la Corte Interamericana reconoció el carácter normativo y vinculante de la Declaración de Derechos y los Deberes del Hombre, base de la actividad promocional y protectora de los derechos humanos en la región por parte de los órganos del Sistema.

⁸⁹ BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, Robert y SHELTON, Dinah. La protección de los derechos humanos en las Américas, Editorial Civitas, Madrid, 1994, Pág. 38 y 39. Referenciado por REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela. Ob cit. Pág. 21 y 22.

eficaz medio para el cumplimiento de sus objetivos estratégicos, tendientes al establecimiento de las condiciones adecuadas para el pleno ejercicio de los derechos, libertades y garantías ciudadanas al interior de los Estados Americanos.

Fue de tal entidad la labor cumplida en sus primeros años, que la reforma estatutaria aprobada en el marco de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en 1965, no hizo otra cosa distinta a validar la práctica cumplida por parte de la Comisión. Concretamente, en relación con el trámite de comunicaciones o peticiones individuales –no autorizada por el Estatuto del 60—⁹⁰ y la formulación de recomendaciones a los Estados en procura de efectivizar su labor protectora de los derechos humanos.

El dinamismo de su actividad, es considerado como una “actitud judicial activista”, origen de los más fuertes cuestionamientos por quienes enarbolan las banderas de la soberanía estatal y el principio de no intervención. Si por “activismo judicial” entendemos la manera dinámica en que un órgano jurisdiccional –o

⁹⁰ El profesor Fappiano, destaca la manera en que la Comisión, sin tener mandato expreso para recibir, estudiar y tramitar comunicaciones o solicitudes particulares, optó por considerarlas como material informativo de valor para el cabal cumplimiento de sus funciones. Así lo refiere (FAPPIANO, Oscar; LOAYZA, Carolina. Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1971 a 1995. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1998. Pág. 27):

“A lo largo de su labor, la Comisión ha registrado un intenso desarrollo institucional y normativo, entre cuyos aspectos más salientes pueden mencionarse los siguientes.

- a) Si bien por su Estatuto no podía recibir y tramitar las comunicaciones o peticiones individuales que les fueran dirigidas por los Estados miembros o por particulares, ello no fue óbice para que, desde su primer periodo de sesiones, la Comisión aceptara esas presentaciones ‘a título informativo para el mejor cumplimiento de sus funciones’, aunque reconociendo que no estaba facultada para tomar decisión alguna sobre esas peticiones individuales consideradas en sí mismas. Es decir, podía valerse de ellas tomándolas como fuente de información para la redacción de informes por países y para decidir si llevaba a cabo una investigación en un país determinado, pero ‘no tomar ninguna decisión individual respecto a las comunicaciones’”.

cuasijudicial como en el caso de la Comisión—interpreta y adecúa determinadas disposiciones normativas, en virtud de los cambios socio políticos del momento, bien podemos afirmar que el apelativo de “activista”, con el que se refiere a su labor, no le cae nada mal a la Comisión.

En uno de sus informes anuales, la Comisión no solo reconoce su activismo, sino que además declara como obligatoria la modulación histórico-circunstancial de las disposiciones contempladas en los instrumentos internacionales que le sirven de fuente de sus funciones:

La Comisión debe tener en cuenta las circunstancias del caso y las consecuencias jurídicas prevalecientes en el periodo histórico. Su margen de apreciación debe restringirse a reforzar el sistema de protección de los derechos humanos y sus objetivos. Al respecto recuerda la Comisión que esto debe analizarse de acuerdo a las circunstancias del caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el periodo histórico.⁹¹

Y es que, más allá de los cuestionamientos de sus críticos, de no ser por la proactividad de dicho órgano —parte de lo cual dimos cuenta en el suelo en el subapartado anterior—, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no tendría los rasgos que hoy lo caracterizan como uno de los mecanismos más eficaces con los que cuentan las habitantes de nuestros países para procurar la protección de sus derechos. Como bien lo afirma el profesor Fappiano: “Es a partir de aquí —refiriéndose a la reforma estatutaria del año 65— que la Comisión, por medio de sus Resoluciones e Informes, ha coadyuvado al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humano, puesto que en ellos interpreta las disposiciones

⁹¹ Informe Anual 1993. Resolución No. 30/93. Caso 10.804, pág. 296

de la Declaración y de la Convención Americanas relativas a los derechos tutelados, a las obligaciones de los Estados, a la competencia de los órganos interamericanos de protección, etc., precisando su sentido y alcance”⁹²

⁹² FAPPIANO, Oscar; LOAYZA, Carolina. Ob. Cit. Pág. 29.

Con mayor generosidad, el profesor Ariel Dulitzky, elogia el papel cumplido, y que aún cumplen en la actualidad, los órganos del Sistema. Llama profundamente la atención sobre la función de “plataforma” estratégica que ha representado en la defensa y promoción de los derechos humanos, dándole los créditos en el salvamento de vidas humanas en todo el hemisferio: “El sistema interamericano de derechos humanos le ha dado a la Organización de Estados Americanos (OEA) renombre y relevancia. En los tiempos de las dictaduras y las guerras civiles y en los tiempos modernos de democracias endeudadas con la solución de problemas estructurales de derechos humanos, la Comisión y la Corte Interamericanas de derechos humanos fueron y son la conciencia del hemisferio, al apoyar a los Estados —cuando existían las condiciones— y a sus habitantes en la efectiva protección de los derechos humanos. El sistema, mediante la resolución de casos individuales, visitas in loco, relatorías temáticas, opiniones consultivas, medidas cautelares y provisionales así como informes temáticos y sobre países, cumple un rol fundamentalmente de denuncia y de alerta temprana frente a situaciones que comprometen la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, al tiempo que protege los derechos de los habitantes cuando éstos no son debidamente garantizados a nivel nacional. La Comisión y la Corte han salvado y continúan salvando vidas; en el pasado han permitido abrir espacios democráticos; han combatido y combaten la impunidad y ayudan a asegurar la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas.” DULITZKY, Ariel. Reflexiones para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Revista Aportes DPLf, Fundación para el Debido Proceso, No. 16, año 5, marzo 2002. Pág. 11.

Capítulo Tercero
QUIEBRE DE LA JURISPRUDENCIA? HACIA LA ESTRATIFICACIÓN
JURÍDICA DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN
-*Lapsus calimi* o hidalguía discursiva-

Expuestas algunas consideraciones generales en los dos primeros capítulos, que no sirven de contexto, corresponde ahora presentar la idea de estratificación jurídica de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como alternativa de interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y, especialmente, mecanismo armonizador de los inconsistentes argumentos que ha ofrecido en sus opiniones y sentencias al respecto.

Por tanto, se iniciará por identificar los extremos de la discusión, examinando el valor del principio *pro homine* en la interpretación de la Declaración y la Convención Americana, para finalmente proceder a explicar en qué consiste nuestra propuesta de solución y sus efectos prácticos.

3.1. Los extremos de la discusión: a favor y en contra de la obligatoriedad.

El debate sobre la entidad jurídica de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es para nada pacífico; en caso contrario, resultaría insulso un trabajo de este tipo. Lo interesante, es que un tema de apariencia tan poco conflictiva, entrañe una contraposición de conceptos sumamente atractivos para quienes valoramos el aporte fundamental del discurso de los derechos humanos

en la construcción de un nuevo paradigma de Estado —centrado en la dignidad humana—y admiramos el proceso de dicha gesta.

Del lado de quienes abogan por la necesidad de reconocer la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión se esgrimen razones de orden *hermenéutico* y *práctico*.

Conforme a lo primero, entienden el funcionamiento del Sistema Interamericano como una inspiración del Europeo⁹³, especialmente en lo que respecta al contenido de los artículos 31 y 32 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y el de los artículos 50 y 51 de la Convención Americana. Siguiendo este juego de equivalencias, sostienen que al reconocérsele a la Comisión Interamericana la misma facultad asignada al Consejo de Ministros de poner emitir informes y someter a la Corte Interamericana un determinado caso⁹⁴, el resultado de esta gestión, por llamarlo de algún modo, esto es la “*recomendación*”, ha de tener similar efecto jurídico.

⁹³ “En efecto, en 1969, cuando se adopta el Pacto de San José de Costa Rica existía poca experiencia en nuestro Continente en lo que respecta a procedimientos internacionales de tutela de los derechos humanos, por lo que hubo necesidad de recurrir especialmente al modelo de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, sin que, en algunos casos, se hicieran las necesarias adaptaciones a nuestra propia realidad americana de las instituciones que se crearon en el Pacto. Ello, en la práctica, ha dado origen a no pocas dificultades, como lo puso de manifiesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias de 1987 sobre excepciones preliminares en los casos de desapariciones forzadas de Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz.” Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1988/89 (OEA/Ser.L/V/II.76. Doc.10 del 18 septiembre 1989)

⁹⁴ “...cuando la Comisión Europea considera que existen violaciones a los derechos consagrados por dicha Convención puede elevar el informe, que es uno solo al Comité de Ministros, a fin de que este disponga las medidas que el Estado afectado debe tomar, o someterlo en forma de demanda al conocimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos...”

“Como en el sistema interamericano no fue establecido un órgano similar al Consejo de Ministros, la Convención Interamericana atribuyó a la Comisión la facultad de determinar si somete un caso a la Corte o bien si continúa conociendo del mismo y redacta un informe final que puede o no publicar”

Continuando con el lineamiento trazado por la Corte, se debe recordar que la decisión del Comité de Ministros tiene efectos jurídicos relevantes, por ser vinculante para el Estado al cual se dirige. De manera general el Comité de Ministros al tomar su decisión adopta las opiniones expresadas por la mayoría de la Comisión (art. 32.4)(5)... “Si las normas en las que se inspiró la Convención Americana fueron las del Convenio Europeo y si la decisión que pronuncia el Comité de Ministros –que es sustituido en el ámbito americano por la Comisión- es vinculante para los Estados a los que va dirigida, deben ser vinculantes y obligatorias las recomendaciones de la Convención Americana.”⁹⁵(subrayado fuera de texto)

Dadas las particularidades del proceso de aparición, formación y consolidación del Sistema Interamericano, principalmente la precariedad normativa de sus primeros años –que justifica el activismo de los comisionados—, y el diferente grado de vinculación de los Estados con aquel, la asimilación con el diseño europeo no alcanza para derivar una solución concluyente al asunto; por lo que el argumento pierde de manera significativa su fuerza.

Otro de los argumentos hermenéuticos, gravitan entorno al principio de la buena fe con la que los Estados deben asumir el cumplimiento de sus obligaciones, entendiendo luego como una exigencia imperativa para estos la realización de todos los esfuerzos encaminados a acatar las “sugerencias” de un órgano que, como la Comisión, le ha sido encargada la protección de los Derechos Humanos (Art. 31.1 de la Convención de Viena). El mandato otorgado por los Miembros de la Organización (Art. 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948)⁹⁶

OC-13/93. Citada por BIDART CAMPOS y SUSANA ALBANESE, Interpretación del término “recomendaciones” a la luz de la corte Interamericana de Derechos Humanos”, JA 1996-III, Pág. 963.

⁹⁵ BIDART CAMPOS y SUSANA ALBANESE, Ob. Cit., JA 1996-III, Pág. 963

⁹⁶ “Capítulo XV. LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

constituye, de este modo, el más importante factor de legitimidad de la labor cumplida por la Comisión, siendo este un consistente argumento que coadyuva al fortalecimiento del Sistema de Protección. Apelando a esta idea, la Corte Interamericana justificó la modulación de su posición frente a la entidad jurídica de las recomendaciones expresada en fallos como el de Caballero Delgado, que tendremos oportunidad de examinar más adelante.

En tercer lugar, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 29 de la Convención Americana, sostienen que la interpretación de cualquier Tratado ha de efectuarse de la manera en que mejor sirva a la promoción y defensa de los Derechos Humanos, así como a las víctimas de su violación. Lo que para Oscar Fappiano⁹⁷, bien puede

Artículo 106. Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.”

⁹⁷ FAPPIANO, Oscar. “La Comisión y la Corte Interamericanas de DD.HH. Ejecución de sus recomendaciones y sentencias. Pág. 108.

“...la acepción o sentido corriente del texto de un tratado internacional —asunto que hace a la interpretación en sí misma—corresponde expresar que la construcción efectuada por los tribunales argentinos no se ajusta a las previsiones del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ni, mucho menos, el artículo 29 de la Convención Americana, preceptos ambos que, en armónica concordancia, constituyen “verdadero método humanitario de interpretación”, según la feliz expresión del ex juez de la CorteIDH Pedro Nikken y que conducen a interpretar los tratados del modo que mejor se adecuen a los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales y a aplicarlos en el sentido que mejor garanticen la protección integral de las eventuales víctimas porque el interés jurídico que tutela es, primordialmente, el del ser humano.

La buena fe de que habla el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados indica que las partes han querido significar algo en vez de nada (*uti magis valeat quam pereat*) y que el tratado debe leerse como un todo, de modo que una cláusula pueda invocarse para ayudar a explicar la ambigüedad de otra. (La regla o sistema de interpretación de la Convención de Viena los emplea la CorteIDH tanto en su jurisdicción consultiva como en la contenciosa).”

llamarse: “*verdadero método humanitario de interpretación*”⁹⁸. En el siguiente subapartado presentaremos una reflexión detenida sobre tan importante argumento.

Finalmente, en cuanto a las razones de orden *práctico*, se afirma que el silencio de la Convención Americana en relación con el carácter vinculante de los dictámenes efectuados por la Comisión sobre hechos ilícitos de los Estados Parte de que tenga conocimiento, ha de interpretarse a favor de la “efectividad” del Sistema Interamericano. En la Opinión Consultiva No. 04 del 19 de enero de 1984, la Corte Interamericana, ratificando lo argüido en anteriores pronunciamientos, afirmó que la Convención debe ser interpretada en el sentido de fortalecer el sistema en su integridad, procurando efectivizar su papel protector de los derechos de las personas. De esta forma, se establece un vínculo estrecho entre el objeto y fin del Sistema de Protección y sus productos, para argumentarse a favor de la obligatoriedad de tales pronunciamientos como premisa que mejor sirve a los propósitos de aquel. Esto mismo, en términos de la citada opinión consultiva:

24. Esta Corte opinó [Restricciones a la Pena de Muerte, supra 19, párr. no. 47], en relación con las reservas, pero con criterios válidos respecto del conjunto de la Convención, que la interpretación hay que hacerla en forma tal que no conduzca “de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención” y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma “son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” [Corte I.D.H., El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (arts.

⁹⁸ Un gran aporte a esta manera de entender el Sistema Interamericano, especialmente el papel cumplido por la Comisión, el realizado por Andrés Gil Domínguez, quien recuerda que “el derecho de los derechos humanos (disciplina que sintetiza los objetivos del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de los derechos humanos) está conformado –entre otros- por los principios de progresividad, irreversibilidad y pro homine.” GIL DOMINGUEZ, Andrés. El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Boletín Informativo – Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pág. 57

74 y 75), Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. no. 29].⁹⁹

Lo dicho, indudablemente, adquiere mayor relevancia con miras a la operatividad del Sistema en relación con aquellos Estados que pese derivar obligaciones de la Declaración Americana de 1948 y haberse sometido a la vigilancia de la Comisión, no han ratificado la Convención Americana y, por tanto, están fuera de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No existe fisura más prominente del Sistema que su demostrada incapacidad para realizar la verdadera defensa y promoción de los Derechos Humanos en los Estados en que la Corte tiene vedadas sus facultades jurisdiccionales, y más aún, cuando ni siquiera un informe declarativo de violaciones de aquellos les representa costo político alguno. En palabras de Bidart Campos: *“Si se desjerarquizase el valor de las recomendaciones*

⁹⁹ Otro importante pronunciamiento, esta vez de parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, corresponde al informe de fondo No. 62 del 22 de octubre de 2002, relativo al caso No. 12.285 Michael Domingues vs Estados Unidos:

“44. A este respecto, la Comisión recuerda que, al interpretar y aplicar la Declaración, sus disposiciones, incluidos los Artículos I, VII y XXVI a los efectos del presente caso, deben considerarse en el contexto de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos en el sentido más amplio, a la luz de la evolución del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que fueron redactados. A este respecto, debe prestarse la debida atención a las demás normas pertinentes del derecho internacional aplicables a los Estados miembros contra los cuales se han presentado correctamente denuncias de violación de la Declaración así como la evolución del corpus juris gentium del derecho internacional en materia de derechos humanos a lo largo del tiempo y en las condiciones actuales.

45. La evolución del cuerpo del derecho internacional en materia de derechos humanos relevante a la interpretación y aplicación de la Declaración Americana puede a su vez derivarse de distintas fuentes del derecho internacional,⁹⁹ [31] incluidas las disposiciones de otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos⁹⁹ [32] y el derecho internacional consuetudinario, incluyendo las normas consuetudinarias que se entiende forman parte del jus cogens.”

elaboradas por la Comisión, no se estaría coadyuvando a la búsqueda de la perfección del sistema de protección internacional.”¹⁰⁰

En el otro costado de la discusión, existen voces no menos autorizadas que propugnan por la orfandad de efectos vinculantes de las recomendaciones de la Comisión Interamericana fundados en criterios hermenéuticos opuestos, basados, en parte, en lo dictaminado por la misma Corte Interamericana, y en entender el procesamiento de casos ante el Sistema como un *contínuum progresivo*, representado por sucesivas y coordinadas etapas procesales, vinculadas estrechamente con los roles y la naturaleza jurídica de los órganos del Sistema.

En sentencia del 08 de diciembre de 1995, que resolvió el caso *Caballero Delgado y Santana contra Colombia*, la Corte Interamericana estimó que las recomendaciones no tienen un valor diferente al de meros llamados de atención a los Estados para que procedan de determinada forma frente a los derechos contenidos en la Declaración o en la Convención Americanas. En similares términos, el juez Máximo Pacheco Gómez, en su voto disidente a la Opinión consultiva No. 015/97, aseguró:

27. La naturaleza y objeto de la sentencia de la Corte es diferente a la resolución o informe de la Comisión. Desde luego, el fallo de la Corte, aunque definitivo e inapelable es, conforme a la Convención Americana, susceptible de interpretación (artículo 67). La sentencia de la Corte es también obligatoria y se puede ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículo 68.2 de la Convención).

28. En cambio el informe o resolución de la Comisión no produce esos efectos vinculantes. Lo que se pretende mediante su intervención

¹⁰⁰ BIDART CAMPOS y SUSANA ALBANESE. Obra citada, pág. 964.

es que sobre la base de la buena fe, la Comisión pueda obtener la cooperación del Estado para, a través de todos los medios posibles, someter el asunto a la consideración de la Corte, por lo que, en ese evento, debe utilizarse el procedimiento establecido en el artículo 51 de la Convención. De ahí que ese artículo, así como el anterior, se refieran a “un informe en que se expondrán los hechos y sus conclusiones”, para luego referirse “a las recomendaciones pertinentes” y a analizar si el Estado ha tomado “las medidas que le competen para remediar la situación examinada”, para decidir al final, como máxima sanción, si publica o no su informe.

Si bien la Corte, y en particular algunos de sus jueces, no deja duda de su posición frente a las recomendaciones de los comisionados, quienes afirman su precariedad jurídica a partir de la jurisprudencia y opiniones de aquella, no echan de ver la inestabilidad o inconsistencia argumental que caracteriza algunos de estos pronunciamientos. Para solo citar un ejemplo, en uno de sus pronunciamientos anteriores, la Corte fue evidentemente mucho más generosa con la fuerza jurídica de las recomendaciones; lo desconcertante, si cabe la expresión, es que emplea el mismo criterio pero reconociéndole un mayor alcance, de modo que va más allá del examen simplista de los términos normativos.

Así, en la ya referida Opinión Consultiva No. 04, los magistrados afirmaron que “el ‘sentido corriente’ de los términos no pueden ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado. La Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas [Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pág. 8] precisó que la función del intérprete está enderezada `a dar eficacia a las disposiciones [de un

tratado] en su sentido natural u ordinario en el contexto en el cual ocurren, el que, naturalmente, incluye el objeto y fin, de alguna manera expresado en el contexto.”

(Párrafo 23)

Por tanto, la mera determinación del `sentido corriente´ o literal de los términos corresponde apenas a una fase de la labor hermenéutica que supone la regla del artículo 31.1 de la Convención de Viena del 69, en todo caso primaria. El examen o auscultación del alcance de la norma trasciende la determinación simple y llana del significado de sus términos, debiendo incorporarse a su estudio el objeto y fin del cuerpo normativo al cual pertenece y, siendo aún más rigurosos, el momento histórico particular –especialmente intratándose de un sistema normativo en constante desarrollo como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La armonización normativa de un *corpus juris* pende así, de un proceso hermenéutico complejo compuesto por lo menos de dos fases, una exegética y otra de tipo teleológica.¹⁰¹ La propuesta de “estratificación jurídica de las recomendaciones

¹⁰¹ En la sentencia C-1255 de 2001, con ocasión de la demanda de inexecutable del numeral 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (regulatoria del Sistema Integral de Seguridad Social de Colombia) la Corte Constitucional colombiana abordó el tema de la autonomía hermenéutica de los jueces en la aplicación de la ley. El Tribunal decide el caso tras considerar que dicha autonomía encuentra su límite en la razonabilidad y la racionalidad de la labor hermenéutica, lo cual entraña necesariamente su carácter integral o complejo.

“De un lado, el respeto a la autonomía de las interpretaciones legales tiene un límite en la propia razonabilidad de esas hermenéuticas, pues las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables¹⁰¹, por lo cual, esta Corte ha señalado, de manera reiterada, que la autonomía que la Carta reconoce “a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados”¹⁰¹. Esto significa que bien puede esta Corte, al ejercer el control abstracto, excluir de su examen, aquellas interpretaciones de la disposición sometida a control que sean manifiestamente irrazonables.

De otro lado, si la disposición legal acusada admite múltiples entendimientos, pero todos ellos son constitucionales, debe esta Corte limitarse a declarar su exequibilidad, sin señalar el sentido legal del artículo sometido a control, pues tal tarea corresponde a los jueces ordinarios (CP art. 230). Por el

de la Comisión Interamericana”, atiende a la necesidad de interpretar de manera armónica posiciones conceptuales de la Corte a todas luces contradictorias, de modo que, como fue anticipado, sea útil para el mejor entendimiento del Sistema y su necesario fortalecimiento.

Al tiempo que se afirma lo anterior, se entiende que, al constituir la Comisión Interamericana un organismo apenas *cuasi jurisdiccional*¹⁰², el contenido de sus actos

contrario, si todas las interpretaciones razonables del texto acusado vulneran la Carta, entonces debe la Corte retirar del ordenamiento el precepto acusado.

En tercer término, en caso de que una disposición admita múltiples interpretaciones, y algunas de ellas armonicen con la Carta pero otra u otras sean inconstitucionales, es deber de esta Corte mantener en el ordenamiento la disposición acusada pero excluyendo del mismo, por medio de una sentencia condicionada, todos aquellos entendimientos del precepto acusado que sean contrarios a los principios y valores constitucionales. Esa es la única forma en que un tribunal constitucional puede preservar la integridad y supremacía de la Carta (CP art. 240) sin dismantelar la obra realizada por el Legislador. Y ese tipo de situaciones es el que justifica el llamado principio de conservación del derecho, según el cual, es preferible aquella decisión constitucional que, dentro de los marcos de la Carta, permite preservar la labor del Congreso, que aquella que supone su inmediata anulación.”

¹⁰² En términos de Gil Domínguez, si bien es cierto la Comisión tiene una naturaleza principalmente política, en la medida en que las recomendaciones que formule en sus informes sean acatadas por los Estados parte va adquiriendo un carácter más jurisdiccional. (GIL DOMINGUEZ, Andrés. Jurisdicción Internacional de los Derechos Humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la fórmula de la cuarta instancia, Boletín Informativo- Asociación argentina de Derecho Constitucional, pág. 13.

Sin embargo, más allá de la actitud de los Estados frente a las recomendaciones vertidas por la Comisión en sus informes, su naturaleza jurisdiccional, se entiende mejor al considerar el papel cumplido por este organismo en el procesamiento mismo de los casos, a la manera en que lo haría un juez, cuando se encuentra a su disposición, o como un fiscal, cuando la Corte ha asumido su conocimiento. A la manera en que lo explica Ariel Dulitzky y Viviana Krsticevic en su artículo “El proceso de Reforma del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en Contexto” (Lecciones y ensayos, volumen 69/70/71, 1998, Buenos aires, Abeleo- Perrot, pág. 634 y 635: “La Comisión actúa como órgano de promoción y defensa de los derechos humanos en virtud de las facultades que le otorga la Carta de la OEA –art. 112-, su Estatuto y Reglamento que determinan tiene jurisdicción sobre todos los Estados miembros de la organización a los que supervisa en virtud de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y también actúa de acuerdo a las facultades específicas de la que la inviste la convención respecto a los Estados parte en la Convención (arts. 41 y sigs.). En virtud de las normas de constitución de la Comisión, ella tiene facultades adicionales al procesamiento de casos individuales; así, la Comisión tiene la facultad de realizar informes especiales sobre temas específicos, sobre la situación de derechos humanos en los países del hemisferio, ...”

distan mucho de ostentar similar carácter vinculante del que gozan los actos judiciales dictados por la Corte Interamericana.¹⁰³

Para autores como Néstor Sagüés, pese al prestigio que sin duda tienen los dictámenes de la Comisión no ostentan similar “cotización jurídica” que las sentencias u opiniones consultivas proferidos por la Corte Interamericana¹⁰⁴, habida cuenta de no constituir aquella un Tribunal en estricto sentido, y a que tales pronunciamientos apenas son provisionales. Ello así, aún dejando fuera de la discusión otro hecho no menos controversial, relacionado con el origen estatutario, no convencional, de la facultad de la Comisión de formular tales recomendaciones a los Estados (Art. 18b del Reglamento de la Comisión). De esta orilla del debate, se entiende como bastante atrevido obligar a los Estados a soportar consecuencias jurídicas que expresamente no han consentido asumir –aunque es realmente discutible

¹⁰³ Por su parte, Leopoldo Peralta Mariscal, en su artículo titulado “Obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en el ámbito interno. Problemas y posibles soluciones” finca el carácter vinculante de los pronunciamientos de la Corte en lo dispuesto en los artículos 62, 63, 67 y 68 de la Convención Americana.

¹⁰⁴ SAGÜÉS, Néstor. Nuevamente sobre el valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Jurisprudencia Argentina 1999-II*, Pág. 365. “No obstante, alertamos en su oportunidad que podía tratarse de un postura quizá demasiado entusiasta. El valor de las opiniones, dictámenes o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con todo el prestigio que tienen, no poseen la misma cotización jurídica que las sentencias u opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última es un tribunal. La Comisión no.”

La oportunidad a la que se refiere Sagüés, es el artículo de su autoría “El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en el que afirmó: “En síntesis, no está mal, desde luego, que los jueces argentinos no ignoren y tengan en cuenta las recomendaciones, informes, conclusiones y opiniones de la Comisión Interamericana, vale decir, lo que nuestra Corte llama “jurisprudencia”(consid. 15). No solamente a título de cultura jurídica, sino también como criterio valioso y que, en principio, cuenta con la presunción de una significativa cuota de legitimidad. Pero la “guía” que emerge de los trabajos de la Comisión no tiene el mismo rigor jurídico de las sentencias o consultas de la Corte Interamericana, órgano máximo y definitivo de la interpretación del Pacto de San José. El valor de seguimiento de uno y otro ente es desde luego diferente, y por supuesto, siempre debe primar el de la Corte Interamericana.” (SAGÜÉS, Néstor. *EL valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia Argentina 1997-II*, Pág. 746.

asegurar que los Estados no han concebido asumir las responsabilidades por sus hechos ilícitos declarados por la Comisión en sus informes. Juristas como José Antonio Rivera, hacen especial énfasis en este aspecto:

Al efecto, en primer lugar, cabe recordar que la Comisión produce informes, conclusiones y recomendaciones, los que, dada la naturaleza jurídica de la entidad y la configuración procesal adoptada por el Sistema Interamericano, sólo poseen un valor moral y político, no tienen un carácter jurisdiccional, por lo mismo no tienen carácter vinculante.

(...)

El problema concreto es que, al margen de la carencia de recursos para realizar una fiscalización y seguimiento al Estado, no cuenta —la Comisión— con una instancia y mecanismo compulsivo para lograr que se cumplan sus recomendaciones.

En ese orden de ideas, cabe señalar que la decisión de hacer público el Informe tiene una fuerza moral y política que propiamente coercitiva con relación a los Estados denunciados. De manera que, en la práctica, el cumplimiento real de las recomendaciones de la Comisión queda sujeta a la voluntad del Estado denunciado.¹⁰⁵

Sin desestimar el valor del argumento, no es del todo conveniente que la entidad jurídica de las recomendaciones guarde un vínculo tan estrecho —causal— con el carácter cuasijudicial de la Comisión, en virtud del cual se pueda derivar una insalvable precariedad de su fuerza vinculante. Al considerarse el rol cumplido por los comisionados y el fin de su mandato, por demás originado en la voluntad soberana de los Estados miembros de la Organización —Art. 106 de la Carta de la OEA—, se hace menester modular tan radical posición.

¹⁰⁵ RIVERA, José Antonio. “Limitaciones en las acciones y resoluciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos” [En línea]. Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo. Cuadernos Electrónicos N° 01, Derechos Humanos y Democracia. Ubicado en <http://www.portalfio.org/cuadernos/rivera.htm>

Si bien la Comisión no tiene el carácter judicial que identifica a la Corte Interamericana, constituye un órgano principal de la Organización de Estados Americanos, con expresas facultades de promoción y protección de los Derechos Humanos en el marco de un Sistema Regional con atribuciones de supervisión de la actividad estatal a la luz de instrumentos jurídicos con idéntico valor normativo. La Comisión, en esta medida, cumple una función de supervigilancia regional con las facultades suficientes para declarar el incumplimiento de compromisos asumidos por los Estados, derivados de la Declaración y/o la Convención Americana. Lo recomendado en sus informes de los artículos 50 y 51 Convencionales, no es otra cosa que un llamado puntual a un Miembro de la Organización para que adopte o redireccione sus políticas públicas y/o emprenda actividades concretas para poner fin a un estado de vulneración de derechos, con ocasión de sus obligaciones internacionales, consagrados en reglas jurídicas que les son oponibles. Dicho de otra forma, una recomendación entraña o supone la revalidación de una o más obligaciones de los Estados; ergo, vinculante o no, el compromiso normativo persiste y es fuente de responsabilidad internacional.

El profesor argentino Fabián Salvioli, en un fabuloso artículo afirma que “la responsabilidad internacional de un Estado no surge sólo del incumplimiento por parte de aquel de una decisión jurisdiccional obligatoria. Al efecto, nos ilustra Jiménez Aréchaga estipulando que siempre que se viola un deber establecido en cualquier regla de derecho internacional, automáticamente surge una relación jurídica nueva, establecida entre el sujeto que tiene derecho de reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación. Es decir, uno de los orígenes de la responsabilidad internacional es el incumplimiento de un deber establecido en cualquier regla del

derecho internacional. Algunos autores destacan que el derecho internacional moderno de los derechos humanos, al establecer un conjunto de derechos válidos para todas las personas, produjo también un cambio notable en el derecho de la responsabilidad estatal, generando una inversión de roles, donde hoy los derechos humanos alimentan al derecho de la responsabilidad estatal.”¹⁰⁶

Del mismo modo, se arguye que al aceptar el carácter vinculante de las recomendaciones de la Comisión, se soslaya inevitablemente la lógica procesal que entiende el enjuiciamiento de casos como una dinámica progresiva de adquisición de conocimiento, en el que cada etapa, una vez superada, constituye a su turno el piso para la siguiente, a la manera de un acceso escalonado dirigido al descubrimiento de la verdad. El inconveniente radica, en que siendo las sentencias de la Corte obligatorias y definitivas, resulta ser superfluo reconocerle similar carácter a dictámenes caracterizados por su provisionalidad –conforme los dichos del propio Sagüés.¹⁰⁷

Detrás de estos razonamientos se esconde una marcada tendencia de concebir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos como un émulo de

¹⁰⁶ SALVIOLI, Fabián. Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos”; en “En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos”; Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2003, pág. 150.

¹⁰⁷ Esta manera de entender el procesamiento de solicitudes que son elevadas al Sistema Interamericano, ha sido insinuada expresamente por la Corte. En la Decisión del 13 de de noviembre de 1981, el Tribunal afirmó lo siguiente:

“21. Ahora bien, es manifiesto que en el presente asunto ningún procedimiento se ha iniciado ante la Comisión. No se trata, pues, de interpretar si se ha agotado, o cuándo puede considerarse agotado, dicho procedimiento, sino estrictamente de precisar si el mismo puede eludirse con la sola renuncia unilateral del Estado involucrado. Para ello es necesario definir el papel que, dentro del sistema de la Convención, corresponde a la Comisión como órgano preparatorio o previo de la función jurisdiccional de esta Corte, y, más en particular, si ese papel ha sido concebido en interés exclusivo de un Estado, caso en el cual sería renunciable por éste.”

los Sistemas procesales de enjuiciamiento que funcionan al interior de los Estados americanos. La crítica inmediata estará referida entonces a que, dada la naturaleza y dinámica de la materia sobre la cual funciona el Sistema Interamericano, la asimilación plana de este con la labor procesal cumplida por los tribunales nacionales, no se compeadece con el elevado fin de promoción y defensa efectiva de los Derechos Humanos, máxime cuando uno de los extremos de la *litis* está representada por el Estado, que en cualquier traba contenciosa que se le presente al interior de sus fronteras no dejará nunca de ser una “*súper-parte*”. Otro de los problemas que acusa este argumento “procesalista”, tiene que ver con el hecho de que, por el diferente grado de vinculación de los Estados con el Sistema, las recomendaciones de la Comisión termina siendo en muchos casos el pronunciamiento de cierre de los casos; hecho este bastante singular que explica los esfuerzos por reconocerle mayor valor jurídico. De nuevo, un planteo fincado en la asimilación de este tipo –procesalista—, resulta insuficiente para considerar agotada la discusión.

3.2. El valor interpretativo del principio *pro homine*

Uno de los recursos empleados en el proceso interpretativo de cualquier tipo de norma está dado en la auscultación de su espíritu; ello, en la medida en que la literalidad –sentido corriente de lo términos—no sea suficiente para determinar su alcance regulatorio.¹⁰⁸ El intérprete debe recurrir entonces, al examen de los

¹⁰⁸ “la interpretación o hermenéutica jurídica consiste, pues, en determinar o fijar el sentido de una norma oscura o imprecisa, que justamente por razón de tal oscuridad o imprecisión resulta susceptible de tomarse en varios sentidos.” NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Introducción general al derecho, volumen II, segunda edición, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996. Página 103.

antecedentes y el contexto particular de la génesis de la disposición que le interesa, en aras de establecer su finalidad o propósito.

Con frecuencia el examen normativo se remonta a sus antecedentes más remotos y abstractos, como el momento histórico de su génesis, así como a los registros documentales que dejó el proceso de producción –ya sea las intervenciones de los congresistas, la exposición de motivos que acompañó el proyecto en sus debates o, en el caso de instrumentos internacionales, las intervenciones de los negociadores.

Este estudio teleológico de las normas, si bien es empleado por toda clase de operadores judiciales o jurídicos, no deja de ser objeto de serias críticas que apuntan hacia la fidelidad de sus resultados. Este tipo de acusaciones a la fiabilidad de dicha labor hermenéutica, fueron esgrimidas por la Magistrada María Victoria Calle Correa, integrante de la Corte Constitucional colombiana, con ocasión del estudio de exequibilidad de la ley 1402 de 2010, por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los 50 años de la Diócesis de El Espinal y se declara monumento nacional a la catedral de El Espinal –municipio ubicado en el departamento del Tolima. En su salvamento de voto a lo decidido en la sentencia C-817 del primero de noviembre de dos mil once, la magistrada Calle Correa, se aparta de la posición mayoritaria debido a la escasa confiabilidad del estudio de antecedentes efectuado por sus compañeros de Tribunal, enfatizando en la excepcionalidad de tal recurso hermenéutico, solo justificable en casos de insuficiente descriptiva de la norma examinada.

3.2.1. Desde el primer momento la sentencia se resiste a hacer un análisis del texto de la Ley acusada. Es decir, no realiza un análisis de la voluntad expresa y ciertamente manifestada por el Legislador en el texto normativo que fue debatido, votado y aprobado como Ley de la República y, posteriormente, sancionada por el Gobierno Nacional y publicada a la ciudadanía. La sentencia prefiere omitir el texto y hacer alusión a éste de una manera general.

No obstante, acto seguido, la sentencia entra a analizar los antecedentes de la Ley. ¿Por qué se entran a analizar los antecedentes de la ley, esto es, algunas opiniones parlamentarias expresadas durante el trámite de las normas, antes de mirar el texto mismo de las normas que fue aprobado por los legisladores? Usualmente se recurre a los antecedentes de una norma cuando el texto de la misma no se explica por sí misma, cuando es necesario contar con criterios para definir algo respecto a su alcance jurídico. Pero aquí simplemente se justifica como un elemento de contexto que ayuda a reiterar que la visión sintética de la Ley acusada que propone la sentencia, es la correcta. Es cierto que ya antes en el texto de la sentencia se había hecho alusión al texto mismo de la ley [apartado 5 de la sentencia], pero también es cierto que en aquella ocasión se limita a un breve párrafo, que rápidamente da lugar a una interpretación y valoración del texto legal por parte de la Sala, no a una simple descripción del mismo.

(...)

3.2.5. En síntesis, no comparto la decisión de la mayoría de la Sala de definir el sentido de la ley, no a partir del texto normativo, sino de los antecedentes legislativos del mismo. Pero especialmente, me aparto de la construcción del sentido a partir del texto de la exposición de motivos. Las complejidades del proceso legislativo no pueden ser limitadas a las conclusiones que se obtengan a partir de algunos de los documentos textuales que se dieron dentro de tal proceso. En la medida que las exposiciones de motivos y las ponencias para los debates no tienen valor legal, perfectamente puede un parlamentario apoyar la totalidad de un texto normativo y, al tiempo, rechazar las razones por las cuales se le pide su apoyo al mismo. Las personas que representan políticamente en el Congreso, pueden votar a favor de un proyecto de ley por razones muy distintas a las que invoca quien lo propuso o quienes han sido sus ponentes. Por ello, determinar la ‘voluntad legislativa’ más allá del texto normativo que representa, en sí mismo, el acuerdo alcanzado luego de la deliberación, es una tarea que antes de ser emprendida ha de ser claramente justificada y orientada por el juez, y cuidadosamente llevada a cabo.

Si bien compartimos la razonable posición de la magistrada Calle Correa, consideramos que lo mismo no es predicable de la interpretación de normas internacionales de derechos humanos. El valor intrínseco de esta clase de disposiciones —en función de la promoción y respeto de la dignidad humana— incide ineludiblemente en la manera en que el intérprete determina su alcance, en la medida en que lo obliga a optar por el sentido más generoso en términos de promoción y protección de los derechos, así como al más restringido en caso de restricciones. A este criterio interpretativo se le conoce en el seno de la doctrina como *pro homine*.

En su artículo “el principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, Mónica Pinto lo define —con mayor técnica— como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”.¹⁰⁹ La particular importancia de este criterio interpretativo en relación con normas contemplativas de derechos humanos, se explica a partir del valor medular de esta clase de instrumentos: la dignidad humana. Dichos cuerpos normativos, buscan servir de la mejor manera a

¹⁰⁹ PINTO, Mónica. El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, ubicado en el sitio web [http://www.luismezquita.com/Minugua%20\(E\)/Docs%20AGeneral/Derechos%20Humanos/CDROM/cd-rom/data/300/332J.HTM](http://www.luismezquita.com/Minugua%20(E)/Docs%20AGeneral/Derechos%20Humanos/CDROM/cd-rom/data/300/332J.HTM).

la dignificación del individuo, por lo que la interpretación de sus disposiciones estará en todo caso condicionada por la fuerza centrípeta de tal valor –esto es, toda disposición habrá de ser interpretada en procura de brindar el mayor grado de protección posible, conforme al propósito del instrumento en el cual se enmarcan.

Con ocasión de la controvertida conducta del gobierno peruano en el trámite del caso Ivcher Brostein, la Corte Interamericana se pronunció con admirable claridad –con la misma que rogamos alguna vez se pronuncie sobre el carácter jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana—sobre la funcionalidad del criterio en mención para el entendimiento de los tratados de derechos humanos:

41. El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional.

42. La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran 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, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los estados partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas

que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno.”¹¹⁰ (Subrayado fuera de texto)

La Corte destaca como aspecto diferenciador de los tratados de derechos humanos, tal cual se resalta sobre líneas, “la protección del ser humano” como su finalidad más elevada. En cierto sentido, es fuente de obligaciones autónomas que restringen la voluntad y la actividad de los Estados parte, constituyendo de este modo un reaseguro contra redefiniciones ulteriores de su política exterior o interna en detrimento de la vigencia de los derechos, libertades y garantías humanas de sus asociados. Por muy atrevido que parezca afirmarlo, esta es pues la cualidad más representativa de estos instrumentos jurídicos internacionales.¹¹¹

En términos de la Comisión Interamericana: “Tanto la Convención Americana como la Convención Internacional, contienen normas que establecen la prevalencia de cualquier otro instrumento normativo, ya sea nacional o internacional que vincule al Estado, que contenga normas que impliquen un mayor reconocimiento de derechos, o una menor restricción de ellos. Este principio, conocido como pro homine, obliga al Estado a aplicar la norma que sea más favorable al reconocimiento de los derechos del individuo.”¹¹²

¹¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ivcher Bristein, sentencia del 24 de septiembre de 1999.

¹¹¹ En su informe No. 137 de 1999 –contenido en su informe anual del mismo año–, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refirió de esta manera en cuanto al principio pro homine como criterio interpretativo más importante de los tratados de derechos humanos: “Este principio pro homine, como lo ha expresado la Corte Interamericana, rige como pauta interpretativa de la convención, y en general en el derecho de los derechos humanos.” (Párrafo 146)

¹¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, capítulo VII, Derechos de la niñez, párrafo 44.

Ahora bien, para la Corte Interamericana, el mencionado principio guarda un estrecho vínculo con la progresividad de los derechos y garantías fundamentales de las personas. En la medida en que la protección del individuo sirva de factor integrador de las normas de derechos humanos, la interpretación de estas a su favor previene y/o permite proscribir medidas retrógradas de parte de los Estados.

3. Es bien sabida la evolución del concepto de víctima, a partir de la noción nuclear, concentrada en lo que se llamaría la víctima directa, hasta arribar, en su caso, a las nociones ampliadas que se expresan bajo los conceptos de víctima indirecta y víctima potencial, temas largamente explorados y controvertidos. Este desarrollo revela claramente el impulso tutelar del derecho internacional de los derechos humanos, que pretende llevar cada vez más lejos —en una tendencia que estimo pertinente y alentadora— la protección real de los derechos humanos. El principio favorecedor de la persona humana, que se cifra en la versión amplia de la regla *pro homine* —fuente de interpretación e integración progresiva—, tiene aquí una de sus más notables expresiones.¹¹³

De la manera en que la Corte y la Comisión Interamericana asumen el valor intrínseco del principio, podemos servirnos del mismo para sostener que el mayor grado de reconocimiento de entidad o carácter jurídico de las recomendaciones de los comisionados representa una necesaria contribución a la defensa progresiva de los derechos de las personas a instancias del sistema de protección regional.

En este mismo sentido, la misma Comisión ha afirmado que: “94. La Corte explica posteriormente que los derechos laborales son aquellos reconocidos por el sistema jurídico nacional e internacional. Dada la pluralidad de normas nacionales e internacionales en esta materia, su interpretación debe hacerse aplicando el principio *pro homine*; es decir, aplicando la norma que mejor proteja a la persona humana en este caso al trabajador” CIDH, Quinto informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, diciembre de 2003.

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez.

Contraargumentos fincados en la soberanía de los miembros de la Organización, especialmente de los que no son Parte de la Convención, deben someterse, por ende, a la modulación de un precepto que transversaliza toda la normativa internacional de derechos humanos, del cual se derivan deberes de protección y promoción del individuo que condiciona la noción moderna del Estado. En términos más categóricos:

Un informe con recomendación implica un estadio de vigencia y garantía de los derechos humanos que no puede ser desconocido por el Estado argentino (progresividad). A la vez, la aceptación de la competencia de la comisión Interamericana y el sometimiento expreso al procedimiento previsto en la Convención Americana tornan irreversibles los intentos de incumplimiento (irreversibilidad). Si el operador y el intérprete deben buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma, en la medida que un informe restablezca los derechos humanos que han sido violados por el Estado denunciado, la opción más favorable a la persona es el pleno cumplimiento del mismo por el Estado argentino en sede interna (pro homine)¹¹⁴

Se trata, entonces, tanto del fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección como del deber de los destinatarios de las recomendaciones de emprender acciones tendientes a la operatividad de las disposiciones normativas (Contenidas en la Declaración o la Convención Americanas) de las que se sirve la Comisión a la hora de formularlas. Esto en la medida en que, más allá del controvertido valor jurídico de lo que recomienda, su mandato y rol en el seno del sistema de protección, así como el deber de los Estados de honrar los compromisos asumidos internacionalmente, son aspectos que están fuera de cualquier discusión.

¹¹⁴ GIL DOMINGUEZ, Andrés. El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Boletín Informativo – Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pág. 57

3.3. El asunto en la Jurisprudencia colombiana.

El pronunciamiento jurisprudencial más remoto proferido por alguna Corte colombiana en relación con el carácter jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana proviene de la Sala de Consulta y el Servicio Civil del Consejo de Estado.

Con motivo de las recomendaciones formuladas al Estado colombiano en los informes Nos. 31191, 32191, 33191, correspondientes a los casos Nos. 10.319 (Isidro Caballero), 10.454 (Martín Calderón Jurado) y 10.581 (Alirio Pedraza Becerra), el Gobierno Nacional elevó la siguiente consulta:

1. En lo que se refiere a las indemnizaciones recomendadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dichas sugerencias tienen carácter vinculante para el Estado colombiano?
2. Cuáles serían las bases y mecanismos legales para satisfacer las reparaciones recomendadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos?

En los tres informes, además de declarar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de derechos consagrados convencionalmente, los comisionados recomendaron a Colombia el pago de una indemnización compensatoria a los peticionarios y perfeccionar las investigaciones internas.

Tras un brevísimo recuento histórico referido al nacimiento de la Comisión, su transformación en un órgano principal de la OEA, la conformación de un Sistema de procesamiento de casos con un Tribunal Interamericano y los roles cumplidos en el marco de esta nueva realidad regional, el Consejo de Estado colombiano concluyó en

la obligatoriedad de lo recomendado. Para el Consejo, fue suficiente con la obligación asumida por Colombia al ratificar la Convención Americana (Ley 16 de 1972), para considerar como un deber ineludible el adelantamiento de todas las medidas que resulten necesarias para dar cabal cumplimiento a lo que recomiende la Comisión Interamericana.

7º) La sala considera que, de acuerdo con el artículo 51, número 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado colombiano, en principio, está obligado a cumplir las recomendaciones de la Comisión, en los tres casos indicados en el contexto de la consulta, “dentro del marco de sus leyes internas y preceptos constitucionales” (Artículo 41, letra b), de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En consecuencia, le corresponde tomar las medidas necesarias para que se adopten, perfeccionen y definan, en el menor término posible, las investigaciones penales iniciadas para esclarecer los hechos relacionados con la muerte y desaparición de las personas mencionadas en los informes números 33/91, caso 10-581, 32/92, caso 10.454, y 31/91, caso 10.319.¹¹⁵

En realidad, no se trata de una decisión que aporte mucho al debate planteado, dada su simplicidad argumental. En las cortas consideraciones de la Sala, brilla por su

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Humberto Mora Osejo. Referencia: Consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores, sobre la obligatoriedad de las recomendaciones que la Comisión de Derechos Humanos hace al Estado Colombiano. Rad. No. 461, del trece de octubre de 1992. Reserva levantada el 11 de marzo de 1997, de conformidad con el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

“Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1º) Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en principio, son obligatorias para el Estado colombiano, por haber suscrito y ratificado, sin reservas, la Convención Americana de Derechos Humanos.

2º) Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben cumplirse con fundamento en la Constitución y en las leyes del país.

3º) En el caso objeto de consulta, el Estado colombiano debe adelantar, perfeccionar y definir las investigaciones penales relativas a los tres casos de violación de los derechos humanos que la consulta refiere. Pero, según el Derecho Colombiano, las indemnizaciones que recomienda la Comisión sólo podrán disponerse mediante sentencias proferidas en los procesos promovidos por las personas interesadas ante los organismos judiciales competentes, o mediante conciliación del Estado con los interesados efectuada en el mismo proceso.”

ausencia el necesario análisis de las complejidades subyacentes al reconocimiento de obligatoriedad jurídica plena de las recomendaciones. Contrario a lo que se pudiera esperar de una instancia de cierre de este tipo, el Consejo de Estado incurre en una inconveniente ligereza analítica en cuanto a la ejecución de las indemnizaciones que fueron recomendadas; en el contexto de lo opinado resulta inconsistente.

En el dictamen, el Consejo termina por considerar procedente el reconocimiento de las compensaciones, siempre y cuando los interesados acudieran a la justicia contencioso nacional en procura de una sentencia en ese sentido, distinguiendo, con base en lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 68 de la Convención Americana, el procedimiento propio de las compensaciones ordenadas por la Corte Interamericana en sus fallos.

5º) Según el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando la Corte “decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido” por ella, debe disponer que “se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, 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 este orden de ideas, el artículo 68, número 2, de la Convención dispone que “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

8º) Sin embargo, respecto de las indemnizaciones que los mencionados informes de la Comisión recomiendan, la Sala considera que, ellas no podrían reconocerse administrativamente, sino mediante sentencias proferidas en procesos de responsabilidad extracontractual, promovidos por las personas damnificadas ante los organismos judiciales competentes, o mediante conciliación del Estado con los interesados en el correspondiente proceso. Además, estima que si, en lugar de las recomendaciones de la Comisión, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos hubiera ordenado pagar, mediante sentencias, las indemnizaciones con carácter compensatorio, de conformidad con el artículo 68, número 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, ellas serían obligatorias en Colombia y se podrían ejecutar en el país “por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

La acusada inconsistencia argumental radica en que, aún siendo categórico en absolver la consulta a favor de la obligatoriedad de las recomendaciones, el Consejo de Estado morigeró el alcance de su opinión de un modo tal que termina restándole operatividad práctica a lo finalmente recomendado por la Comisión. Quizá, a favor del Consejo juega la inexistencia de una disposición convencional —o en la Declaración— relativa a la ejecutoriedad de las indemnizaciones recomendadas por la Comisión. Sin embargo, se le podría reprochar la exégesis hermenéutica de que se sirvió para llegar a lo concluido.

Es posible que no se hubiera querido comprometer con una interpretación más generosa por el tradicional legalismo que identifica la cultura jurídica del país, y a la insuficiencia teórica de ese entonces entorno al valor de los instrumentos internacionales, las decisiones de los organismos encargados de su vigilancia y la entidad de los derechos fundamentales de las personas a partir de la sanción de la nueva Constitución Política.

A nuestro juicio, habiendo reconocido el carácter vinculante de las recomendaciones, la solución más plausible a dicha inconsistencia hubiera demandado de los consejeros la ruptura de sacros dogmas jurídicos relativos a la relación de los ordenamientos internos con la normativa internacional. En la práctica,

en el momento en que los interesados hubieran decidido acudir a la justicia contenciosa nacional en busca de la indemnización —por vía de una acción de reparación directa—, el propio Estado habría opuesto como excepción el fenecimiento del término previsto en el Código Administrativo para accionar, debiendo el juez del caso, ante la ausencia de una específica causal de suspensión de la prescripción o de restablecimiento de los términos para la interposición de la acción con ocasión del pronunciamiento de una instancia internacional como la Comisión Interamericana, declararla improcedente, afectando con ello la virtualidad de la compensación recomendada.

Ergo, habría que construir una solución hermenéutica más elaborada. En principio, tendría que advertirse que el camino propuesto por el Consejo conduciría inevitablemente a la negación de los compromisos asumidos por el Estado colombiano por vía de la oposición de disposiciones legales internas, conducta prohibida expresamente por el derecho de los Tratados del 69¹¹⁶ y la interpretación de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el seguimiento del cumplimiento de sus fallos.¹¹⁷

¹¹⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

“PARTE III: Observancia, aplicación e interpretación de los tratados. SECCION PRIMERA: Observancia de los tratados.

Artículo 26. "Pacta sunt servanda".

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados.

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

¹¹⁷ “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Resolución del 17 de noviembre de 1999. (Cumplimiento de Sentencia)

VISTOS.

7. La comunicación de la señora María Elena Loayza Tamayo (en adelante “la víctima”), de 16 de junio de 1999, por la cual informó que el 14 de junio de 1999 la Sala Penal “C” de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú dictó una resolución que declaró ‘inejecutable’ la sentencia de

El juez que conociera de la acción de reparación por hechos puestos en conocimiento del Sistema Interamericano y en los que la Comisión hubiera recomendado al Estado el pago de una indemnización a las víctimas, tendría que integrar el estudio concreto de admisibilidad al del alcance de la obligación del demandado de cumplir los compromisos derivados de la ratificación de instrumentos internacionales como la Convención Americana; debiendo reconocer el valor subyacente del pronunciamiento de ese órgano de protección regional, como causal de restablecimiento del término prescriptivo para accionar (en el caso de la acción de

reparaciones dictada en este caso, por lo que solicitó que la Corte adoptara medidas que aseguraran el cumplimiento de su sentencia.

(...)

CONSIDERANDO:

4. Que el Perú interpuso, el 2 de marzo de 1999, una demanda de interpretación de la sentencia de reparaciones, interpretación que fue rendida por la Corte mediante sentencia de 3 de junio de 1999. Esta conducta procesal del Estado es manifiestamente contradictoria con la decisión posterior de sus órganos internos de declarar la “inejecutabilidad” de la sentencia mencionada y, por ende, su incumplimiento.

5. Que el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[e]l fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

6. Que el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.

7. Que esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida (cfr. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35).

8. Que, al respecto, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 codifica un principio básico del derecho internacional general al advertir que [u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

9. Que, en virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte, éstas deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra.

(...)

RESUELVE:

1. Declarar que, de acuerdo con el principio básico *pacta sunt servanda*, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado tiene el deber de dar pronto cumplimiento a la sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Loayza Tamayo.”

reparación directa la legislación colombiana establece dos años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho, omisión u operación administrativa que provocó el daño antijurídico).

Habiendo superado este primer inconveniente, cabría preguntarse por el grado de condicionamiento en que se encuentra el juez administrativo al momento de dictar su sentencia en virtud del pronunciamiento del organismo internacional, esto es, hasta qué punto el trámite que se surta en su despacho no sea mucho más que una simple “legalización de lo recomendado”. La solución interpretativa del Consejo de Estado que venimos comentando, plantea un inadvertido inconveniente, por cuanto no resuelve el problema que supondría una sentencia contraria a las pretensiones del accionante. En últimas, mal pudiera el Estado colombiano, en este caso particular, justificar ante el Sistema el no pago de la indemnización recomendada arguyendo una sentencia absolutoria a su favor emitida por un juez nacional. Igual inconveniente se presentaría en caso de que las víctimas no accionen ante la justicia contenciosa del país por considerarlo innecesaria, dada la ejecutoriedad de lo recomendado por la Comisión. En ambos casos, ¿incurriría el Estado en un incumplimiento injustificado de sus compromisos internacionales? La respuesta debe ser, sin duda, afirmativa.

En julio de 1996, el Congreso de la República de Colombia expidió la ley No. 288 “por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos” —anexa en su integridad al presente trabajo—, que establece un procedimiento especial a efecto de fijar el monto y pagar las indemnizaciones derivadas de las violaciones de derechos

humanos debidamente declaradas por organismos internacionales de protección (Art. 1º), dentro de los que se cuenta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 2º). Lo interesante de este instrumento legal, en relación con lo que venimos de afirmar, es que incorpora una excepción a los términos ordinarios de caducidad de las acciones, tal como se hace menester: “**Artículo 2º. Parágrafo 4º.** Habrá lugar al trámite de que trata la presente ley incluso si hubieren caducado las acciones previstas en el derecho interno para efectos de obtener la indemnización de perjuicios por hechos violatorios de los derechos humanos, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en este artículo.”

Sin embargo, en cuanto al segundo inconveniente denunciado dos párrafos atrás, la citada ley ofrece una solución poco satisfactoria, por decir lo menos. En primer lugar, se sujeta el pago de la indemnización al concepto previo favorable de un Comité (Integrado por el Ministro del Interior, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Justicia y del Derecho y el Ministro de Defensa Nacional) que habrá de verificar su procedencia (Art. 2º), lo cual resulta inocuo frente a decisiones definitivas, en cuyos casos siempre “deberá rendir concepto favorable” (Art. 2º, parágrafo 2º). De este modo, ante decisiones de la Comisión Interamericana, expresadas en forma de recomendaciones definitivas (Art. 51 CADH), la labor del Comité resultaría un simple “saludo a la bandera”.

Ahora bien, el artículo 7º instituye un condicionamiento adicional mucho más problemático que el que trae consigo la intervención del Comité. Una vez celebrada la conciliación ante el Ministerio Público, el acta correspondiente debe ser enviada al Tribunal Contencioso Administrativo competente, el cual puede determinar su

improcedencia por resultar “lesiva a los intereses patrimoniales del Estado”. Sin duda, tal facultad alberga una perniciosa probabilidad de hacer nugatoria la decisión del organismo internacional, dado el amplio margen de discrecionalidad valorativa que la disposición entraña.

Más allá de las bondades de la implementación de un mecanismo legal que facilite la ejecución de las decisiones de los organismos internacionales de protección de derechos humanos, sean estas recomendaciones o sentencias, vale la pena cuestionarse sobre la justificación que pueda tener la institucionalización de engorrosos trámites como presupuesto necesario para su ejecución por parte de las víctimas, como el que establece la norma en cita. Ahora, obligado es resaltar de la misma que, en lo que concierne a la “carga” procesal de los beneficiarios, impone un límite al deber de prueba, circunscrito a la certificación de la legitimación y los elementos de comprobación que permitan determinar el monto de la indemnización¹¹⁸.

Lo valioso de la ley 288, es la fuerza vinculante que le reconoce a las decisiones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, suponiendo plena aptitud para que puedan servir de sustento de reclamaciones internas por parte de sus beneficiarios; por lo que para la ley, no se trata pues, de

¹¹⁸ “ARTICULO 3o. Si el Comité emite concepto favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional, el Gobierno Nacional solicitará la audiencia de conciliación ante el agente del Ministerio Público adscrito al Tribunal Contencioso Administrativo que sería competente, de acuerdo con el derecho interno, para dirimir la controversia objeto de la conciliación, en un término que no exceda los treinta (30) días.

Recibida la solicitud, el agente del Ministerio Público deberá citar a los interesados con el fin de que concurran ante él y presenten los medios de prueba de que dispongan para demostrar su legítimo interés y la cuantía de los perjuicios.”

meros consejos de buena conducta sin efecto práctico. Lo realmente lamentable es que, no obstante el significado de los términos en que fue expedida dicha norma, ni la Corte Suprema de Justicia ni la Corte Constitucional han mencionado, siquiera, su existencia –no obstante estar vigente— en los casos en que se han tenido que resolver casos que involucra aspectos relacionados con la naturaleza jurídica de las recomendaciones de la Comisión.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en casos en los que se solicita la revisión de sentencias ejecutoriadas, por cuenta de recomendaciones y fallos provenientes del Sistema interamericano.

Con la expedición de la Ley 906 de 2004, el ordenamiento jurídico colombiano no solo adoptó el sistema penal acusatorio, sino que incorporó una cláusula expresa que permite la operatividad de las decisiones de organismos internacionales que involucran cuestiones criminales. El artículo 192 de la citada ley, consagra una exótica causal de revisión de sentencias ejecutoriadas: “4. Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.”¹¹⁹ Su redacción

¹¹⁹ La Corte Suprema de Justicia en decisión del treinta y uno de agosto de dos mil once, en el marco del proceso No. 35907, precisó que “El presupuesto material de esta causal, se cumple entonces,

atiende fielmente a las continuas decisiones del Sistema de Protección regional relativas a los casos en que ha habido denegación de justicia por parte del Estado colombiano y se recomienda u ordena el adelantamiento de investigaciones “serias e imparciales”, específicamente referidas en la sentencia de Constitucionalidad No. 004 de 2003 que examinaremos líneas más adelante. Fíjese, de paso, que el legislador colombiano emplea el vocablo “decisiones”, para signar a todos aquellos pronunciamientos de los organismos internacionales de protección, con fundamento en los cuales procede la revisión de fallos o sentencias ejecutoriadas, sin detenerse a discriminarlas en virtud de la naturaleza jurídica del emisor. Para el artículo, esta causal específica se satisface tanto con las sentencias de la Corte como con las recomendaciones de la Comisión.

Ahora bien, dos de las más emblemáticas solicitudes de revisión resueltas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, corresponden a procesos en los que la justicia penal militar absolvió a miembros de las Fuerzas Militares por delitos como homicidio: los procesos Nos. 26657 y 28477. Si bien en ambas ocasiones el alto tribunal trató el tema del valor jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, lamentablemente se limitó a atender el sentido literal del término obviando un ejercicio más juicioso de la entidad de estas como piezas fundamentales del rol cumplido por la Comisión y la finalidad del Sistema.

como lo señala la ley, con la aducción de la copia de la decisión del organismo o de la instancia internacional en donde se constate o se establezca que el Estado colombiano incumplió de manera protuberante la obligación de investigar seria e imparcialmente las violaciones a los derechos humanos.”

En el primero, mediante decisión del diecinueve de agosto del dos mil nueve, la Sala de Casación revisó una fallo absolutorio del año 1995, proferido por el Tribunal Superior Militar a favor de un suboficial y cuatro soldados del Ejército Nacional por hechos ocurridos en el año 1988, en desarrollo de una operación militar; dejando sin efectos las sentencias absolutorias de primera y segunda instancia, en virtud de la solución amistosa a que llegaron los peticionarios y el Estado Colombiano a instancias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe No. 53/06. Caso No. 10.205)¹²⁰. En tal decisión, la Corte destinó un acápite especial a la descripción de lo que denominó “IV. El Sistema Interamericano de Justicia”, en el que hizo un recuento histórico de la vinculación del Estado colombiano al Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos mediante la ratificación de la Convención Americana y analizó el rol y atribuciones de sus órganos¹²¹. Para la Corte, las recomendaciones de la Comisión carecen del efecto vinculante que caracteriza las sentencias del Tribunal de Costa Rica; es posible que ello lo habría dicho al considerar que para el caso evaluado no resultaba relevante apoyarse en el carácter vinculante de tales pronunciamientos sino de una solución amistosa (Es verdaderamente curioso que en la providencia la Corte Suprema resaltara con cursiva

¹²⁰ En relación con la justicia, el acuerdo de solución amistosa versó sobre lo siguiente:

“2. En materia de justicia, el Gobierno se compromete a presentar ante la Procuraduría General de la Nación una solicitud a fin de que aquélla, dentro del marco de sus competencias, interponga la acción de revisión de la sentencia de fecha 23 de enero de 1995, proferida por la Justicia Penal Militar (Expediente Nº 4137 - 113859 - 337 del Tribunal Superior Militar). La Comisión Intereclesial de Justicia y Paz se compromete a aportar, dentro del plazo de 30 días contados a partir de la homologación de la presente Acta los argumentos que en su opinión contribuyen a fundamentar la petición que el Gobierno se ha comprometido a formular a la Procuraduría General de la Nación en cuanto a la acción de revisión.”

¹²¹ En cuanto a la Comisión Interamericana, la Corte Suprema afirmó: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es esencialmente un órgano observador y promotor de los derechos humanos; atiende y estudia las quejas presentadas por cualquier persona o grupo de personas; puede formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos; y decide si somete o no el tema de la queja a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

y negrilla el término “solución amistosa”, quizá afirmándola el fundamento de su decisión)¹²²:

Como se advertirá más adelante, los conceptos o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no tienen fuerza vinculante, o no son de obligatorio acatamiento para el Estado Colombiano:

Nada se dice en la Convención, por el contrario, acerca del efecto vinculante de las recomendaciones, si bien se establece que la Comisión estará atenta, dentro de un plazo determinado, al cumplimiento de las medidas que deben adoptar los Estados involucrados, luego del cual evaluará si se tomaron o no las medidas adecuadas y si se publica o no el informe respectivo.

Sin embargo, es claro que la publicación del informe no soluciona el problema de violación de derechos humanos que fue planteado por el solicitante y si de esto se sigue que la Comisión Interamericana deba remitir el asunto a la Corte Interamericana –donde, emitida una sentencia, esta sería de obligatorio acatamiento-, concluye la Sala que el alcance de las recomendaciones es bastante limitado.¹²³ (Subrayado fuera de texto)

¹²² “Con base en el anterior acuerdo de solución amistosa y en cumplimiento al punto 2 del mismo, fue que la Procuraduría presentó la correspondiente demanda de revisión, en donde la Comisión Interamericana de Justicia y Paz presentó sus argumentos en apoyo a la acción, manifestando, entre otras cosas, que la jurisdicción penal militar no era el organismo competente para adelantar la investigación y el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública, aspecto que, sin duda, vulnera el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo atinente al tribunal competente independiente e imparcial, así como también el 25 respecto a que toda persona tiene derecho a un “recurso sencillo y rápido” que le ampare contra los actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención.

En síntesis, se puede concluir que la solución amistosa sí obliga al Estado a tomar las medidas necesarias con el fin de proteger los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con lo acordado por las partes y aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.”

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente Jorge Luis Quintero Milanés, Proceso Radicado No. 26657, decisión del diecinueve de agosto de dos mil nueve.

¹²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente Jorge Luis Quintero Milanés, Proceso Radicado No. 26657, decisión del diecinueve de agosto de dos mil nueve.

En un caso similar, la Corte Suprema adoptó la misma posición frente al carácter vinculante de las recomendaciones de la Comisión fincándose en el pronunciamiento de la Corte Interamericana con ocasión del caso Caballero Delgado y Santana contra Colombia. Lo desconcertante, no es que haya tratado el asunto de un modo tan exegético y simplista sino que en su estudio no se hubiera considerado, siquiera como referente, la opinión consultiva del Consejo de Estado del año 92, comentada antes¹²⁴. Termina por entender la Corte, que las recomendaciones no son

¹²⁴ Como se advirtió en el fallo de revisión del 1° de noviembre de 2007 dentro del radicado No. 26077,

“Nótese, sobre el particular, cómo la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que las recomendaciones no tienen la categoría de una decisión jurisdiccional obligatoria, cuyo desacato conduciría a determinar la responsabilidad del Estado.

"Así lo expresó en la Sentencia del 8 de diciembre de 1995 (Caso Caballero Delgado y Santana-Colombia), en los siguientes términos:

“A juicio de la Corte, el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. En cuanto al artículo 44 de la Convención Americana (norma transcrita en párrafos anteriores), la Corte encuentra que él se refiere al derecho a presentar peticiones ante la Comisión y que no tiene relación con las obligaciones del Estado” (apartado 67).

(...)

“En este orden de ideas, es claro que si al término ‘recomendación’ no se le otorgó un sentido especial en la Convención Americana de Derechos Humanos, el mismo debe entenderse en su sentido natural y obvio, como es la acción y el efecto de ‘recomendar’, el que a su vez, define el Diccionario Larousse, corresponde a ‘Aconsejar a alguien sobre lo que puede o lo que debe hacer por su propio beneficio’, o ‘encargar o encomendar a alguien que se ocupe o haga cargo de una persona o de una cosa’.

“Se trata, entonces, la recomendación, de una sugerencia respetuosa, contenida en un informe, que se le hace al Estado parte, sin que tenga carácter obligatorio, en tanto, la propia Convención omitió definir un alcance diferente o especial, distinto del natural y obvio atrás referenciado.

“Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido al tema de las recomendaciones en varios pronunciamientos, analizando, en primer término, las emanadas de la Organización Internacional del Trabajo.

“Manifiesta la Corte que son absolutamente claras las diferencias entre las convenciones y las recomendaciones, destacando que mientras las primeras tienen eficacia jurídica en el ordenamiento

más que “actos jurídicos unilaterales” huérfanos de fuerza vinculante, expresadas en términos de “invitaciones” respetuosas a los Estados para que adopten determinado comportamiento. Lo absurdo del argumento, es que lo recomendado parte de la constatación que hace la Comisión de un incumplimiento de los deberes o compromisos de los Estados en relación con la vigencia de los derechos contenidos en la Declaración y/o la Convención.

Idénticas consideraciones las expresadas por la Sala de Casación en la decisión del tres de agosto de dos mil once al resolver una acción de revisión interpuesta por la Procuraduría General de la Nación en contra de un fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior Militar a favor de dos suboficiales del Ejército Nacional por los delitos de homicidio (Proceso No. 28477). Del trámite de esta demanda de revisión, se cuenta con dos consideraciones frente a las recomendaciones de la Comisión que merecen ser comentadas.

La primera, esgrimida por el Procurador accionante en la que afirma de entrada la precariedad jurídica de las recomendaciones pero reconoce en ellas “.... el impulso suficiente y necesario para que la Corte Suprema, en sede de recurso (sic) extraordinario, verifique objetivamente las incidencias procesales y, de percatarse que se violaron derechos humanos, el principio de juez natural, o que no hubo una investigación seria e imparcial, tome los correctivos pertinentes para que, en este

interno conferida por la Constitución Nacional, en la medida que el artículo 53 señala que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, las segundas ni siquiera son mencionadas en el Estatuto Fundamental.

“Por lo tanto, las recomendaciones tienden a ser redactadas como sugerencias o invitaciones a los Estados a desarrollar determinadas políticas.”

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fallo de revisión del 1° de noviembre de 2007 dentro del radicado No. 26077.

caso, la cesación de procedimiento (sic) aparentemente injusta no permanezca incólume en el tiempo, en detrimento de los principios que informan el derecho penal y procesal penal.” Cabe preguntarse entonces, ¿si no son vinculantes las recomendaciones por qué razón debe entenderseles como causal de revisión de una sentencia ejecutoriada? Los efectos prácticos de lo solicitado, deriva en el reconocimiento implícito de la obligatoriedad de este tipo de pronunciamiento. El punto es, si considera el accionante que las recomendaciones son simples “invitaciones”, en términos de la Corte Suprema, ¿cómo es que fundamenta en ellas la solicitud de revisión de una sentencia ejecutoriada? Los efectos prácticos de lo solicitado por el Procurador contradicen su posición frente a la entidad jurídica de las recomendaciones. En igual contradicción discursiva incurre la Sala de Casación Penal de la Corte, al resolver una solicitud de revisión de una sentencia absolutoria a favor de un personal militar por hechos acaecidos el año 1982 (Proceso Rad. 32407) fundada en recomendaciones de la Comisión; ante la inexistencia de otro pronunciamiento como una solución amistosa o una sentencia-al igual que otros casos—, el tribunal colombiano apeló a este ambiguo argumento para dejar sin efectos aquel fallo.¹²⁵

¹²⁵ “De lo expuesto se ha concluido que como las recomendaciones de la Comisión Interamericana carecen de fuerza vinculante, no bastan por sí mismas para tener por acreditado el quebranto de garantías fundamentales, aunque si permiten examinar el procedimiento adelantando en el país, pero en el entendido de que corresponde única y exclusivamente a esta Colegiatura determinar si tuvo o no lugar la aducida violación de derechos.” Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrada Ponente María del Rosario Gonzales de Lemos, decisión del 22 de junio de 2011, proceso radicado No. 32407. Otros procesos de la misma Corte en los que se afirma algo similar: 26077,26703, 30849.

El segundo argumento particular que merece revisarse, es el presentado por la Corte Suprema en relación con el valor de las recomendaciones en el propio marco de la tramitación de casos en el Sistema.

En efecto, aunque la Comisión es un órgano de protección de los derechos humanos que hace parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y tiene como función presentar informes a los gobiernos de los Estados miembros de la Convención Americana, con el propósito de que adopten medidas progresivas tendientes a asegurar la materialización de tales derechos dentro del marco de su legislación interna y sus normas constitucionales, amén de establecer preceptos orientados a fomentar el debido respeto de aquellos, es claro que los informes rendidos no tienen la virtud de solucionar la violación de derechos humanos planteada por el solicitante, al punto que en caso de no cumplirse los dictados de la Comisión, es necesario que el informe sea publicado y el asunto sea entonces conocido por la Corte Interamericana, la cual sí está facultada para pronunciarse de fondo al respecto.¹²⁶ (Subrayado fuera de texto)

En nuestra respetuosa opinión, la afirmación resaltada en el texto transcrito no merece otro calificativo que falaz, toda vez que, si en la realidad los informes que rinde la Comisión –en los que emite sus recomendaciones– no tienen “la virtud de solucionar la violación de derechos humanos”, obedece precisamente a interpretaciones del tipo esgrimidas por la Corte Suprema, restrictivas de su fuerza vinculante –apoyadas en pobrísimas razones hermenéuticas—y no a su naturaleza jurídica que les es intrínseca. Aún más peculiar es que la Corte desconozca que en gran parte de los casos tramitados en el Sistema, especialmente en aquellos en los que están involucrados Estados que no son parte en la Convención Americana o no han reconocido expresamente la competencia de la Corte Interamericana, encuentran su

¹²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente José Leonidas Bustos, Acción de Revisión, proceso radicado No. 28477, decisión del tres de agosto de 2011. Ver Rad. 32407, decisión del 22 de junio de 2011.

solución definitiva en los informes de la Comisión. Es realmente desalentador que a tan elevada instancia de decisión, se esgriman argumentos tan poco fiables, por decir lo menos.

Evidente es entonces, la ausencia de un serio y coherente análisis en la línea argumental de la Corte Suprema que acabamos de referir. El principal reproche que pudiera formularse a sus reiteradas consideraciones es que siendo la instancia de cierre de la justicia ordinaria del país, sustente sus decisiones sobre el asunto de modo tan deficiente, sin abarcar el espectro completo del problema subyacente y refiriéndose parcialmente a los pronunciamientos de la Corte Interamericana relativas al valor de las recomendaciones. Por tanto, pese a representar un importante referente argumental, poco y nada aporta a la solución del problema planteado en el presente trabajo, máxime cuando la Corte Suprema desconoce inexplicablemente los razonamientos que permitirían hablar de la estratificación jurídica de las recomendaciones de la Comisión que aquí planteamos.

Lo que si deja claro la Corte, es que la causal de revisión de que se ha servido para dejar sin efectos fallos absolutorios ejecutoriados relativos a hechos que han sido puestos en conocimiento del Sistema Interamericano, es que debe existir un pronunciamiento de alguno de sus órganos (la Comisión o la Corte Interamericanas). No basta con la sola admisión de la petición para derivar similares efectos jurídicos.¹²⁷

¹²⁷ En decisión del treintauno de agosto de dos mil once, con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, dentro del proceso No. 35907, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia denegó la solicitud de revisión de un fallo absolutorio proferido por la justicia penal militar a favor de un personal militar de la Infantería de Marina colombiana, con base en la admisión del caso por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Para la Sala, la causal de revisión solo se satisface con un pronunciamiento de los órganos del Sistema de Protección

Finalmente, al revisar las sentencias de constitucionalidad, de tutela y de unificación de la Corte Constitucional colombiana, nacida a la vida jurídica con la expedición de la Carta Fundamental de 1991, encontramos un análisis un poco más metódico que el ofrecido por la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que podamos acusar de ellas ciertos reparos. Las sentencias más representativas del Tribunal que tienen alguna utilidad para los fines de nuestro trabajo, están referidas al carácter jurídico de las recomendaciones formuladas por la Organización Internacional del Trabajo. En la sentencia C-049 de 1994, la Corte fue muy categórica en desestimar la fuerza vinculante de las recomendaciones:

Regional en los que se evidencie la violación protuberante del Estado a los derechos y libertades defendidos por este.

“En el presente caso, surge de manifiesto que no se ha allegado la copia de la requerida decisión. Conforme lo refiere la demanda, la Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía, alertó a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, para que se tomaran las previsiones del caso en tanto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, había declarado, el 2 de marzo de 2006, admisible la petición presentada por la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, en la cual se alega responsabilidad del Estado colombiano en la detención, tortura y ejecución extrajudicial de OMAR ZUÑIGA VASQUEZ y la detención y trato inhumano de su madre AMIRA ISABEL VASQUEZ DE ZUÑIGA.

“Esa declaración de admisibilidad de la petición que ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no tiene el carácter vinculante que precisa la legislación interna, y por tanto, resulta insuficiente para fincar en ella la demanda de revisión.

“Como más adelante se demostrará, sólo las declaraciones emitidas por los organismos internacionales de derechos humanos, que tienen fuerza vinculante para el país, resultan aptas para incoar con fundamento en ellas la revisión de la cosa juzgada.

(...)

7. Queda claro que, en el presente caso no ha aducido la Fiscalía demandante la decisión con fuerza vinculante emitida por la instancia internacional de supervisión y control de los derechos humanos, que imponga al Estado Colombiano la obligación de revisar el caso. Dentro del procedimiento que se adelanta por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el informe Nro. 20 de 2006, constituye apenas el primer paso dentro del procedimiento allí adelantado, que supone apenas, que se ha revisado la denuncia, se le ha corrido traslado al Estado parte, este no se pronunció, y se ha declarado admisible, y se ha ordenado su publicación en el informe anual.

La admisión de la denuncia y su publicación, por parte de la Comisión Interamericana, no comportan tan siquiera, una recomendación en los términos del tratado internacional que liga al país, decisión esta que, eventualmente tendría algún carácter vinculante, como jurisprudencialmente se viene aceptando. Por demás, el informe que en copia, aporta la Fiscalía, ni siquiera tiene carácter oficial.”

La Recomendación, según el artículo 19 de la Constitución de la O.I.T., es aquella proposición de la Conferencia Internacional del Trabajo, que trata de cuestiones o aspectos que en ese momento no se prestan para la adopción de un Convenio, y que no exige propiamente la expresión del consentimiento, en la forma indicada para el ajuste de los Convenios y Tratados Internacionales, ni su ratificación formal, pues la Recomendación constituye apenas una serie de orientaciones y sugerencias con respecto de determinada materia -en este caso, las medidas tendientes a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en las instalaciones petroleras marítimas y en la industria de energía nuclear-, que son puestas en práctica a través de la legislación interna de cada país miembro, o de cualquier otro modo, y por consiguiente, carecen, para efectos de su ejecución, de la fuerza imperativa de que están dotados los Convenios de la O.I.T¹²⁸.(Subrayado fuera de texto)

En otro importante pronunciamiento, consideró algo similar:

En este orden de ideas, dado el carácter de instrumento internacional que compromete la voluntad de los Estados y le impone obligaciones, los convenios de la O.I.T. deben ser objeto de control constitucional formal y material por parte de esta Corporación.

En cuanto a las recomendaciones, éstas deberán ser comunicadas a los Estados para su examen, a fin de ponerlas en ejecución por medio de la legislación nacional. Respecto a la coercibilidad de las mismas, es del caso señalar que ella dependerá de la forma, términos y obligatoriedad que le den las normas del derecho interno, de acuerdo a la competencia del correspondiente Estado, y en la medida en que ella no desconozca o vulnere ningún precepto de orden constitucional, deberá declararse su conformidad con la Carta Política.¹²⁹(Subrayado fuera de texto)

Dos comentarios provocan las sentencias en mención. Por un lado, pareciera que determinar el alcance jurídico de las recomendaciones a partir de una comparación con instrumentos internacionales como un Convenio o un Tratado, es un

¹²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-049/94. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

¹²⁹ Corte Constitucional C-280 de 1997. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

poco menos que absurdo, habida cuenta que se trata de dos objetos abismalmente diferentes, por lo que el resultado del símil es una obviedad –en este sentido, la Corte no dice nada nuevo y elude abordar el aspecto medular de la controversia. La Corte pudo haber analizado el carácter vinculante de las recomendaciones considerando la obligación internacional cuyo incumplimiento declaran o están referidas, y/o su utilidad para la cabal realización del objeto y fin del Tratado en virtud del cual se formulan.

De otra parte, entendemos como equivocada la consideración que hace la Corte en el último apartado en negrilla y sobre líneas. En consideración al principio universal del *pacta sunt servanda*, mencionado antes, no es posible afirmar válidamente, como lo hace la Corte Constitucional, que el grado de obligatoriedad de los pronunciamientos de organismos encargados de la supervisión de instrumentos internacionales, así sean expresados en términos de recomendaciones, dependan del valor que el ordenamiento interno les quiera conceder. Más aún, en caso de que las recomendaciones riñan con disposiciones nacionales, serán estas las que deban ajustarse a las primeras y no al contrario como lo afirma la Corte en su sentencia.

Y es que muy a pesar de lo afirmado por la Corte en estos y posteriores pronunciamientos, las recomendaciones no son simples exhortaciones vaciadas de fuerza vinculante, especialmente las formuladas por órganos de supervisión como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dichos pronunciamientos son útiles en la medida en que representan un mecanismo que coadyuva a la operativización de los compromisos asumidos por los Estados con la ratificación de un determinado instrumento internacional. La fuerza de las recomendaciones no se haya en el sentido

ordinario del término¹³⁰ —frente a lo cual estamos completamente de acuerdo con identificarlo con una simple exhortación o consejo respetuoso—, sino en la vigencia de la obligación internacional a la que está referida. Expresado en otras palabras; el hecho de que el sujeto destinatario de una recomendación desestime el valor de esta, no se libera del deber de cumplir a cabalidad con la obligación internacional a la que esta se refiere.

Pese a lo afirmado en estas sentencias, la Corte Constitucional dictó una posterior en la que, sin hacer mención expresa a las “recomendaciones”, reconoció plenos efectos vinculantes a las “decisiones de instancias internacionales de supervisión y control de derechos humanos” —cuya competencia haya aceptado formalmente— que den cuenta de un protuberante incumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado colombiano. En efecto, la sentencia de constitucionalidad No. 004 de 2003, mediante la cual se amplió el alcance de la causal tercera de revisión contenida en el artículo 220 de la ley 600 de 2000¹³¹, antiguo código de procedimiento penal —origen de la causal cuarta de revisión

¹³⁰ “Las recomendaciones, a diferencia de los convenios, no son entonces tratados, pues no generan, modifican o extinguen obligaciones internacionales para los Estados. Esa diversa naturaleza jurídica se manifiesta incluso en el distinto lenguaje empleado por la OIT, según el caso. Así, las recomendaciones tienden a ser redactadas como sugerencias o invitaciones a los Estados a desarrollar determinadas políticas, por lo cual se usa en general el modo condicional. La mayor parte de los artículos de estos documentos simplemente señalan que los Estados, los patronos o los trabajadores “deberían” efectuar determinada conducta, tal y como se puede observar mediante la lectura de las recomendaciones aprobadas por medio de la ley bajo revisión. Esto muestra que las recomendaciones no son, en estricto sentido, verdaderas normas jurídicas sino exhortaciones políticas a los Estados. En cambio, los convenios se formulan con el lenguaje preceptivo de las normas jurídicas, para lo cual basta revisar cualquiera de esos documentos jurídicos en donde se señala que los Estados “deberán” o se “comprometen” a efectuar determinadas políticas. Y no podía ser de otra forma pues mediante los convenios los Estados adquieren compromisos jurídicos internacionales.” Corte Constitucional, sentencia C-468 de 1997, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

¹³¹ “ARTICULO 220. PROCEDENCIA. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:
3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.”

contenida en el artículo 192 de la nueva ley procesal penal atrás comentada— incorpora una variación importante en la línea argumental relacionada con el carácter jurídico de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. En esta oportunidad, el Tribunal –consciente o no de que trastornaría su tradicional postura frente a la obligatoriedad de las recomendaciones— expresa:

Esta Corporación considera que en los casos de negligencia protuberante del Estado en brindar justicia a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, para que proceda la revisión, sin que aparezca un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, es necesario que exista una declaración de una instancia competente que constate que el Estado incumplió en forma protuberante con la obligación de investigar seriamente esa violación. A fin de asegurar una adecuada protección a la persona absuelta, la constatación de esa omisión de las autoridades deberá ser adelantada por un organismo imparcial e independiente, y por ello, en el plano interno, dicha declaración sólo puede ser llevada a cabo por una autoridad judicial. (Subrayado fuera de texto)

Acordando que no existe duda de que los informes de los artículos 50 y 51 de la Convención expedidos por la Comisión Interamericana de derechos humanos corresponden en realidad a decisiones fundadas en un análisis de la situación particular –en virtud de la presentación de una solicitud—de vigencia de los derechos humanos en el territorio de un Estado parte, podemos concluir que se ajustan perfectamente al concepto de “declaración de una instancia competente”, que presenta la Corte. En ese sentido, estaríamos frente a un redireccionamiento argumental del Tribunal, en el entendido de que bajo esta fórmula conceptual estaría reconociendo a las recomendaciones de la Comisión la entidad jurídica suficiente para revisar un fallo absolutorio debidamente ejecutoriado. Al menos de esta manera lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en los casos arriba comentados –en los

que recurrentemente hizo referencia a esta providencia para admitir la revisión de fallos absolutorios por recomendaciones de la Comisión. Sin embargo, mal podríamos desconocerle a la Corte Constitucional su gran habilidad para confundir –y lo peor, en un solo párrafo.

Luego de ilusionar a cualquier lector interesado en encontrar otra providencia como la opinión consultiva del Consejo de Estado del año 92, la Corte modula su argumento al afirmar la naturaleza judicial que debe tener dicha decisión o declaración –cuando en principio no hace tal precisión.

En los eventos de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves a los derechos humanos, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente. (Subrayado fuera de texto)

La única manera de comprender semejante matización es que la Corte al referirse en todo momento a “declaración de una instancia internacional” lo hacía de modo exclusivo a aquellas de naturaleza judicial; ergo, solo las sentencias de la Corte Interamericana servirían para revisar legítimamente un fallo absolutorio. En cuyo caso, habría hecho incurrir en un tremendo error hasta a la mismísima Corte Suprema. Recordemos que la Sala de Casación penal recurrentemente ha hecho referencia a este

pronunciamiento de constitucionalidad, para dar por cumplida la causal de revisión por cuenta de una recomendación de la Comisión Interamericana.

7. Queda claro que, en el presente caso no ha aducido la Fiscalía demandante la decisión con fuerza vinculante emitida por la instancia internacional de supervisión y control de los derechos humanos, que imponga al Estado Colombiano la obligación de revisar el caso. Dentro del procedimiento que se adelanta por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el informe Nro. 20 de 2006, constituye apenas el primer paso dentro del procedimiento allí adelantado, que supone apenas, que se ha revisado la denuncia, se le ha corrido traslado al Estado parte, este no se pronunció, y se ha declarado admisible, y se ha ordenado su publicación en el informe anual.

La admisión de la denuncia y su publicación, por parte de la Comisión Interamericana, no comportan tan siquiera, una recomendación en los términos del tratado internacional que liga al país, decisión esta que, eventualmente tendría algún carácter vinculante, como jurisprudencialmente se viene aceptando. Por demás, el informe que en copia, aporta la Fiscalía, ni siquiera tiene carácter oficial.¹³² (Subrayado fuera de texto)

En últimas, tendríamos que concluir que el término “decisión” se refiere, como lo precisa la Corte Constitucional, a aquellas de carácter judicial.

Con todo, otra cosa pareciera haber dicho la misma Corte al analizar el valor jurídico de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos y el deber del Estado de actuar de buena fe en su cumplimiento. En la sentencia de Tutela No. 385 de 2005, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, la Corte deriva del mandato del Comité el deber de los Estados de procurar el acatamiento de sus recomendaciones. Lo trascendental de esta posición, más allá que contradiga lo

¹³² La Corte Suprema de Justicia en decisión del treinta y uno de agosto de dos mil once, en el marco del proceso No. 35907.

argüido en otras sentencias, es que bien puede predicarse de la naturaleza del mandato y rol encargado a la Comisión de Derechos Humanos.

Las funciones del Comité están señaladas en el mismo pacto, en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Reglamento del Comité de Derechos Humanos. Se trata de un organismo que no tiene naturaleza jurisdiccional y que básicamente pretende vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados al suscribir el tratado y difundir la interpretación de los derechos protegidos por él, con la finalidad de guiar a los organismos ejecutores a nivel interno en la aplicación correcta de las normas internacionales sobre los derechos humanos civiles y políticos. Además de examinar los informes que deben presentar los Estados Partes explicando el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, de proferir observaciones generales señalando el contenido y el alcance de los derechos y obligaciones consagrados por el Pacto, y de estudiar las denuncias presentadas entre Estados Partes, el Comité también debe examinar las denuncias formuladas por particulares.

(...)

3.2. Ahora bien, el Estado colombiano aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a través de la Ley 74 de 1968, la cual fue ratificada el 29 de octubre de 1969, estando en vigor en nuestro país desde el 23 de marzo de 1976. Con su adhesión a este tratado, el Estado colombiano se comprometió con las obligaciones contraídas en relación con el respeto y la protección de los derechos reconocidos en el Pacto, así como a observar de buena fe los dictámenes que profiera el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado de vigilar su cumplimiento.

3.3. Frente a la solicitud de cumplimiento de este tipo de actos jurídicos proferidos por organismos internacionales, la Corte Constitucional ha resaltado que dichas observaciones tienen la virtualidad de llamar la atención sobre situaciones en las que se encuentran en peligro no sólo los derechos humanos protegidos por el instrumento internacional, sino también los derechos fundamentales constitucionales garantizados por nuestra Carta Política. En esta medida, los dictámenes proferidos por los organismos internacionales deben ser analizados por las autoridades internas con el fin de adoptar las medidas orientadas a corregir las

actuaciones que dan lugar a las recomendaciones, y el juez de tutela puede adoptar las medidas de protección inmediatas que resulten necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales constitucionales involucrados. (subrayado fuera de texto)

Se trata de una providencia realmente valiosa para quienes afirman el carácter vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, toda vez que al trasladarse lo argumentado por el Tribunal, *mutatis mutandis*, a sus recomendaciones podremos concluir que las mismas gozan de obligatoriedad reconocida por la Corte.¹³³

¹³³ Otras sentencias de la Corte no tienen esta misma claridad. Ver T-558 de 2003, T-786 de 2003, C-979 de 2005.

Otro de los matices interesantes característicos de la jurisprudencia constitucional, está dado por el argumento según el cual el reconocer mayor o menor grado de obligatoriedad a las recomendaciones depende del contenido mismo de la recomendación, lo cual ha de ser estimado por el operador judicial en cada caso particular.

Sentencia de Tutela N°. 558 de 2003.

“Por el contrario, las recomendaciones carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento. De allí que el contenido jurídico de la expresión coincida con su sentido corriente. Los destinatarios de éstas son los Estados Partes en la Organización Internacional, y en ocasiones, los particulares. (...) Ahora bien, el tema del valor jurídico de las recomendaciones ha sido objeto, en los últimos años, de un intenso debate doctrinal y finalmente se puede concluir que no existen posiciones unánimes en la materia. Así, para algunos autores las recomendaciones simplemente carecen de efectos jurídicos vinculantes. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 8 de Diciembre de 1993 en el asunto Caballero Delgado y Santana contra Colombia estimó que el término “recomendaciones”, tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado “conforme a su sentido corriente” de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por ello “no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado”. De tal suerte que los destinatarios de las recomendaciones no están obligados a someterse a ellas ni cometen una infracción internacional por incumplirlas.

Por otra parte, ciertos tribunales arbitrales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea, han considerado que la aseveración según la cual las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales carecen de todo efecto vinculante, debe ser matizada, o al menos, examinada caso por caso.

Así, en el asunto Texaco-Calasiatic contra Libia, el Tribunal de Arbitramento Internacional en laudo del 19 de enero de 1977 consideró que era difícil formular de manera general y abstracta el alcance de las recomendaciones, ya que era necesario tener en cuenta las condiciones en las cuales la recomendación fue adoptada siendo indispensable analizar rigurosamente cada una de sus disposiciones.

Lo que si es evidente, más allá de la importancia que pueda tener esta última providencia, es que la jurisprudencia nacional, especialmente la de la Corte Suprema de Justicia, es bastante refractaria a argumentos a favor de la obligatoriedad de las recomendaciones provenientes del Sistema Interamericano. En su afán por anular su efecto vinculante, incurren en absurdas contradicciones argumentativas y conceptuales, que entorpecen la solución a tan complejo debate. Lo que si es más que evidente, es la vigencia e importancia que reviste un estudio como el nuestro, que ofrezca una alternativa hermenéutica plausible.

3.4. La jurisprudencia argentina en el debate

En cuanto al estado del debate a instancias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, es posible advertir un proceso retrogrado que va desde posiciones —como las de “Bramajo”—, que le adjudican a las recomendaciones de la Comisión la calidad de “guía para la interpretación de los preceptos convencionales”¹³⁴, hasta las que desestiman categóricamente su entidad o naturaleza jurídica vinculante como lo

En tal sentido, el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada.”

¹³⁴ “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación”, sentencia del 12 de setiembre de 1996, Fallos 319:1840. Considerando 8º del voto mayoritario. En similar sentido la CSJN se había pronunciado en “Giroldi, Horacio David y otros/ recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995, Fallos 318:514.

expuesto en “Acosta” –caso relacionado con la aplicación del informe 55/97 de la CIDH—:

Si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, debe éste realizar sus mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión IDH, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales -equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional.¹³⁵

Es interesante que en este mismo fallo, los magistrados Boggiano y Bossert hayan precisado, tomando distancia de la radicalidad de la mayoría, que las recomendaciones de la Comisión son insumos importantes que los jueces deben considerar al momento de resolver un caso en concreto, lo cual no supone, *per se*, su plena sujeción. Para ellos, en virtud del principio de buena fe, dichas recomendaciones constituyen “una inestimable fuente hermenéutica” (Considerando 10) que orienta y nutre la labor judicial; a la manera en que se había argumentado en “Bramajo”.

En el fondo de uno y otro pronunciamiento, se advierte una idéntica actitud refractaria a concederle un valor más que moral o político a los dictámenes de los comisionados; evidenciada igualmente en posteriores providencias, como en las

¹³⁵ “Acosta”, sentencia del 22 de diciembre de 1998, Fallos 321:3555. Considerando 13 del voto mayoritario.

dictadas con ocasión de las causas “Felícetti”¹³⁶ y “Alonso”¹³⁷. No obstante, en el considerando 17 de la sentencia del 14 de junio de 2005 dictada en el marco de la celeberrima causa “Simón”, pareciera que la Corte trata de desandar sus pasos para recomponer lo que hasta ese momento había sido su posición frente al tema – acercándose de nuevo a sus dichos en “Bramajo”— al concebir a las recomendaciones como: “una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la CADH”.¹³⁸ Trabajos mucho más exhaustivos como el presentado por

¹³⁶ “en Fallos: 321:3555 esta Corte ha reconocido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de las convenciones incorporadas a la Constitución por el art. 75, inc. 22, segundo párrafo ‘debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales’ (considerando 10). Sin embargo, en relación a las recomendaciones de la Comisión Interamericana agregó que ‘si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse de decisiones vinculantes para el Poder Judicial’, y que ‘la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repite, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales –equiparable al recurso de revisión–, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”. Causa “Felícetti”, sentencia del 21 de diciembre de 2000, Fallos 323:4130. Considerando 6º del voto mayoritario.

¹³⁷ “Alonso”, sentencia del 19 de septiembre de 2002, FALLOS 325:2322. Considerando 5º del voto mayoritario.

¹³⁸ Fallos 328:2056. En desarrollo de esta misma idea, dos años más tarde, la CSJN reafirmó el carácter orientador de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – aunque nada dijo de los dictámenes de la Comisión— en la aplicación de la Convención Americana (Ver igualmente: “Sr. Fiscal General Solicita desarchivo de causas que tramitaron por art. 10 ley 23.049”, sentencia del 29 de abril de 2008, S.387.XLIII.):

“Que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. [...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos

el profesor Filippini, “Los informes finales de la Comisión Interamericana en la Jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”¹³⁹, permiten identificar un fenómeno discursivo bastante particular, muy similar al modo en que la Corte Suprema colombiana ha tratado el tema. Por más generosa que pueda ser la Corte argentina con la naturaleza jurídica de lo que recomiendan los comisionados, las concesiones no van más allá de la incorporación de adjetivos o expresiones que matizan su posición, pero vaciados completamente de contenido práctico en la medida en que no alcanzan para resolver una controversia judicial a favor del derecho al que está referido un informe final.

Así las cosas, es una palmaria realidad que para la Corte Suprema argentina el asunto referido a la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión se resuelve en detrimento de dicho carácter; en todo caso, los que parecen ser los argumentos más generosos —como los ofrecidos en *ofrecidos* más en *Bramajo y Simón*— son simplemente “atractivas presentaciones” de un mismo modo de considerar la cuestión, por lo que no terminan de tomar la necesaria distancia o abandonar decididamente el conservadurismo tradicional de la judicatura al respecto. De ahí que el profesor Filippini concluya que:

(L)a jurisprudencia del Tribunal no ha observado con regularidad sus propios precedentes ni la doctrina de la Corte Interamericana, y no existe

Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C Nº154, caso ‘Almonacid’, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo.124)” (“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad — Riveros”, sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos: 330:3248. Considerandos 20 y 21).

¹³⁹ Artículo incorporado en: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto y CURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local, la experiencia de una década*. Editorial Editores del Puerto. Buenos Aires, Arg. 2007. Páginas 153-189.

un estándar inteligible respecto del procedimiento a través del cual un informe pasa a integrar el material relevante para la solución de un caso.¹⁴⁰

Está claro que para la Corte los informes del artículo 51 de la Convención no son inmediatamente exigibles ante sus estrados. Los jueces que se han mostrado más favorables a la aceptación del criterio del organismo internacional no han afirmado nunca su obligatoriedad ni su poder vinculante, y los más refractarios lo han negado abiertamente desde “Acosta”.¹⁴¹

Aunque pudiéramos dar por agotado el debate en los términos que acabamos de indicar, de nuevo la Corte tendrá que pronunciarse sobre lo mismo; esta vez, para ratificar, morigerar o desestimar el intransigente dictamen del Procurador General en el caso “Carranza Latrubesse”¹⁴².

¹⁴⁰ FILIPPINI, Leonardo. “Los informes finales de la Comisión Interamericana en la Jurisprudencia de la Corte Suprema argentina” en ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto y CURTIS, Christian. *Ob. Cit.* Pág. 154.

¹⁴¹ *Ibidem*, pág. 183.

¹⁴² En FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín. El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse”. Texto correspondiente a la exposición en el “Desafíos de los mecanismos internacionales de protección”, correspondiente al “Seminario de Debates” del Centro de Estudios de Derecho Penal (CEDEP) de la facultad de derecho de la Universidad de Palermo, 11 de noviembre de 2010. Ubicado en http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf. (Consultado 20 abril julio 2012) se refiere lo siguiente acerca de los hechos del caso:

“Gustavo Carranza Latrubesse fue designado como juez de Primera Instancia de la provincia de Chubut el 27 de octubre de 1971, según el procedimiento vigente en ese momento, y su nombramiento fue ratificado por la legislatura local en 1973. El 17 de junio de 1976, fue removido de su cargo por el Decreto 656/76 del Poder Ejecutivo *de facto* de esa provincia. Con la restauración de la democracia, en 1983, Carranza Latrubesse reclamó judicialmente la anulación del decreto de remoción, el pago de los salarios caídos y una indemnización por los daños sufridos.

El 1º de julio de 1986, el Tribunal Superior de la Provincia de Chubut rechazó su caso, por considerar que la remoción era una “cuestión política no justiciable”. Esta negativa suscitó la interposición de un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que fue rechazado con el mismo argumento el 24 de febrero de 1987.

Agotados los recursos internos, el 31 de agosto de 1987, Carranza Latrubesse presentó una petición ante la CIDH alegando la violación al derecho a las garantías judiciales, a la protección de la honra y la dignidad, al acceso a las funciones públicas y a la protección judicial (artículos 8, 11, 23.1.c. y 25 CADH, respectivamente). El 30 de septiembre de 1997, la CIDH aprobó el Informe de fondo Nº 30/97, en el cual consideró que el Estado argentino había violado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, de los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 CADH, en perjuicio del

Al aconsejar la revocatoria de la sentencia de la Cámara, el Procurador advierte que el debate de la causa gravita entorno al valor jurídico de tales recomendaciones, afirmado, con gran desparpajo, su precariedad:

Como surge del relato efectuado, ambas partes discrepan con la sentencia apelada: el actor porque sostiene que el *a quo* limitó el derecho que surge de la recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el demandado porque afirma que dicha recomendación carece de carácter obligatorio y, por lo tanto, nada debe al actor.

petionario y recomendó al Estado argentino que indemnizara adecuadamente a Gustavo Carranza por las violaciones.

Ante el incumplimiento de la medida de reparación recomendada, Carranza Latrubesse planteó ante la Corte Suprema una acción declarativa a fin de que se clarificara cuál era la jurisdicción competente para articular un reclamo judicial, dada la colisión de intereses patrimoniales entre la provincia de Chubut y de la Nación. A su juicio, el Estado nacional era el sujeto obligado por ser el responsable ante la Comisión y por ello entendía que la Nación debía afrontar la indemnización contenida en la recomendación de la CIDH.

El 17 de mayo de 2001, la procuradora fiscal dictaminó y concluyó que correspondía, tal como pedía Carranza Latrubesse, la intervención de la Corte en ejercicio de su competencia originaria *ratione personae*, pues se encontraban nominal y sustancialmente demandados el Estado nacional y la provincia de Chubut.

La Corte Suprema (con el voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López, Bossert y Vázquez) entendió que no estaba habilitada su competencia originaria¹⁴². Según se expresó en la sentencia, la pretensión de declarar a la Argentina responsable del cumplimiento del Informe 30/97 y al Estado nacional como sujeto obligado no era de la competencia originaria de la Corte, ya que no se podía afirmar que la provincia de Chubut fuera una parte sustancial en el proceso. Según establecieron los jueces, únicamente el Estado nacional, como Estado Parte de la CADH, debía valorar el reclamo y, en su caso, cumplir con los deberes inherentes a esa calidad. Por último, la Corte señaló que las propias manifestaciones del interesado determinaban también la legitimación pasiva de la Nación.

Luego de esta decisión, el petionario demandó una indemnización ante el Fuero Contencioso-Administrativo Federal. Luego de transitado el proceso, el juez de primera instancia condenó al Estado Nacional a abonar a Carranza Latrubesse una indemnización por la privación de justicia padecida.

Contra esta decisión el Estado Nacional interpuso recurso de apelación. También recurrió la decisión el actor, cuestionando el monto de indemnización otorgada.

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el fondo del fallo de primera instancia, aunque limitando la extensión de la indemnización al daño correspondiente a la privación del servicio de justicia, desechando así también los agravios de Carranza Latrubesse, que pretendía el cálculo del quantum indemnizatorio contemplara también los perjuicios resultantes de su cesantía y su lucro cesante.

Frente a este pronunciamiento, tanto el actor como el Estado Nacional interpusieron recurso extraordinario federal. Ambos fueron declarados inadmisibles por la Cámara, por no satisfacer los requisitos formales de la Acordada CSJN 4/2007 y, contra esa decisión, las dos partes recurrieron a la Corte en queja, pidiendo que el tribunal abriera su jurisdicción respecto del fondo de los planteos contra el fallo de Cámara.”

(...)

(E)ntiendo que corresponde analizar el argumento central y principal que el Estado Nacional somete a consideración del Tribunal en su recurso extraordinario de fs. 461/486, cual es el carácter no vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁴³

En seguida, el dictamen es implacable en cuestionar lo concluido por los camaristas, quienes afirmaron la obligatoriedad de las recomendaciones contenidas en el informe del artículo 51 Convencional, cuyo incumplimiento sería fuente de responsabilidad internacional del Estado. En su defecto, deriva la precariedad jurídica de dichos pronunciamientos del propio diseño del Sistema de Protección, conforme al cual, los informes de la Comisión no pueden ser equiparados a las sentencias proferidas por la Corte –como tribunal internacional que es. Tal insuficiencia jurídica de las recomendaciones, derivadas del carácter apenas cuasijurisdiccional del Órgano que las produce, se traduce necesariamente en la orfandad absoluta de mecanismos coercitivos por vía de los cuales se puede asegurar su cumplimiento. Esto es, ante la ausencia de sanciones concretas por su desatención, predicar la obligatoriedad de las recomendaciones deviene en una desacertada afirmación; por tanto, los jueces nacionales no estarían sujetos a acatarlas.

Para el Procurador es claro que de concederle un valor tan elevado a las recomendaciones, de la manera en que se hace en la sentencia recurrida, perdería todo sentido lógico la dinámica procesal que caracteriza al Sistema, vaciando de contenido

¹⁴³ Procuraduría General de la Nación, en la causa “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores– Provincia del Chubut”. S.C. C. 594; L. XLIV.- Pág. 7-8

las disposiciones convencionales.¹⁴⁴ Para robustecer este argumento hace referencia expresa a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana en la que se pronuncia en similar sentido; no obstante, omitió el Procurador mencionar que en ese específico caso, la Corte no termina por cuestionar, como sí lo hace aquél en su dictamen, la facultad que tiene el Estado de asumir —de buena fe— el cumplimiento de lo recomendado valiéndose de su sistema judicial. Tampoco toma en cuenta el Procurador que el ordenamiento colombiano dispone de normas que hacen posible el acatamiento de las recomendaciones, tal cual lo comentamos antes (Ley 288 de 1996).

Lo expuesto en dicho dictamen ha sido objeto de una sesuda crítica por parte del profesor Leonardo Filippini, para quien su maniqueísmo conceptual supone una

¹⁴⁴ “Esta Procuración General comparte el criterio de que, según la Convención Americana, las recomendaciones de la Comisión no son obligatorias para un Estado parte. Que la interpretación que niega carácter vinculante a las recomendaciones de la Comisión Interamericana es la correcta lo confirma claramente un argumento que surge de la sistemática de la Convención y del sistema interamericano en general. Si las recomendaciones de la Comisión fueran de cumplimiento obligatorio para los Estados parte, entonces ningún sentido tendría el art. 51.1 de la Convención Americana en cuanto permite a la Comisión someter un caso ante la Corte Interamericana. En otras palabras: ¿qué interés tendría la Comisión Interamericana en someter un caso a conocimiento de la Corte Interamericana —y cuál sería la finalidad del sistema en que lo haga— si sus recomendaciones ya tuvieran los mismos efectos vinculantes que las sentencias contenciosas de este tribunal? ¿Qué sentido tendría que se autorice a la Comisión a someter un asunto a la Corte si ella misma ya pudiera, a través de recomendaciones, imponer reparaciones con carácter obligatorio para el Estado? La interpretación que pretende asignar efectos vinculantes a las recomendaciones de la Comisión emitidas en un informe final termina por vaciar de sentido a la disposición que faculta a la Comisión someter un caso a conocimiento de la Corte, convirtiendo, en los hechos, a la instancia frente a la Corte Interamericano en una suerte de etapa recursiva para el Estado en caso de una decisión adversa de la Comisión.

Es evidente entonces que, entre las dos soluciones de interpretación aún posibles dentro del sentido literal del término del art. 51.2, debe preferirse aquella que mejor se adecua al contexto y sistema de la Convención Americana, esto es, la que no tiene por consecuencia dejar virtualmente en letra muerta una norma de la Convención. Esta solución encuentra un sostén, por otra parte, en el mismo art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que prevé, como regla primaria de interpretación de los tratados, que una norma de un tratado debe *“interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*.

Según el derecho interamericano, las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana,(...)”

Procuraduría General de la Nación, en la causa “Carranza Latrubessse, Gustavo c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores– Provincia del Chubut”. S.C. C. 594; L. XLIV.- Pág. 14.

lógica binaria bastante discutible, contra afirmando que la naturaleza jurídica de los instrumentos internacionales no puede categorizarse rígidamente en “obligatorio/no obligatorio”, sin espacio a graduaciones intermedias. En suma, en dicha crítica podemos hallar importantes luces a efecto de presentar nuestra idea de “estratificación jurídica de las recomendaciones”; de ahí la pertinencia de su transcripción.

La tesis (refiriéndose a la expuesta por el Procurador General en su dictamen) parece partir de la premisa, muy discutible, de que el cumplimiento de las recomendaciones sólo debe asegurarse en tanto sea exigida por un tribunal internacional, de modo estricto y bajo amenaza de sanción. Esto como si cumplir la recomendación implicara un perjuicio a la comunidad nacional que, como tal, debe resistirse al máximo punto posible, limitando el grado de acatamiento al mínimo exigido bajo a percibimiento de sanción internacional. Eso parece explicar el enfoque y la conclusión del PGN: no hay deber estatal sin amenaza de sanción formal. Y por ello no es debido reparar la violación de derechos del peticionario, pues no hay sanción posible al incumplimiento de la recomendación. El mejor esfuerzo por cumplir de buena fe, se pervierte en el mínimo esfuerzo necesario para no ser sancionados.

Sin embargo, es posible y preferible una interpretación que, en cambio, asigne al “mejor esfuerzo” debido un contenido más intenso. Por supuesto, dando cuenta de la plausibilidad de reservar un cierto margen de apreciación nacional y asegurando que las autoridades nacionales no se escudarán en una obediencia debida internacional para admitir o ejercer absurdos. Pero la brecha que existe entre la ejecutoriedad instantánea y automática de una recomendación y el estándar que fija el dictamen es tan amplia que no es difícil encontrar soluciones intermedias que acomodan mejor un obrar más receptivo del derecho internacional, sin comprometer en absoluto los posibles intereses nacionales en juego. Y tampoco es cierto que todos los materiales internacionales deban clasificarse en torno a las categorías de obligatorio y no obligatorio, sin posibilidad de graduación alguna. La fórmula del “mejor esfuerzo”, precisamente, invita pensar en intensidades y grados de obligatoriedad.¹⁴⁵

¹⁴⁵ FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín. El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse”. Texto correspondiente a la exposición en el “Desafíos de los mecanismos internacionales de protección”, correspondiente al “Seminario de Debates” del Centro de Estudios de Derecho Penal (CEDEP) de la facultad de derecho de la Universidad de Palermo, 11 de noviembre de 2010. Pág. 8. Ubicado en

3.5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las recomendaciones de la Comisión—*Su estratificación jurídica como interpretación alternativa.*

3.5.1. El conservadurismo e inconsistencia de su posición.

En un subapartado anterior, advertimos que, frente al carácter jurídico de las recomendaciones de la Comisión, la Corte Interamericana ha asumido una posición argumentalmente inconsciente y conservadora, contribuyendo al debilitamiento del Sistema de Protección. Indudablemente, el valor jurídico que se le reconozca a las recomendaciones repercute inexorablemente en la efectividad del Sistema, a consecuencia de la vinculación diferenciada de los Estados Americanos al mismo – que hace de la Comisión en muchos, la instancia de cierre de las controversias.

Con todo, habrá de reconocerse la compleja tensión de valores o intereses que busca compensar de la mejor manera la Corte Interamericana. Es igualmente comprensible, que al considerar los efectos que sobre su legitimidad acarree la radicalización de una determinada postura, los jueces asentados en San José, tiendan a concederle cierto carácter vinculante a las recomendaciones sin atreverse, no obstante, a declararlas como fuente directa de responsabilidad internacional de los Estados.

El dilema no es para nada fácil de resolver. De un lado, si optara por reconocer de plano la obligatoriedad de las recomendaciones, los Estados de la Organización, sin excepción alguna, lo considerarían como un flagrante atentado a su soberanía y al

http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf. (Consultado 20 abril julio 2012)

derecho a asumir las consecuencias jurídicas que expresamente han aceptado; en tanto que, de concluir incondicionalmente en la ausencia de tal virtud, afectaría de modo importante la eficacia del Sistema, vaciando de sentido práctico el mandato de la Comisión como órgano principal de la Organización y máximo supervisor de la vigencia de los derechos humanos en la región –de no revestir de un mínimo de entidad lo que recomiendan, en vano la labor de los comisionados.

Por su parte, la Comisión Interamericana apenas ha insinuado su posición frente a las recomendaciones que formula, sin que exista un pronunciamiento expreso que ayude a aclarar la controversia –como veremos enseguida, la Comisión ha resaltado la importancia de que se cumplan sus recomendaciones y solicitado, en casos particulares, a la Corte la declaratoria de responsabilidad de los Estados por su inobservancia, pero sin afirmar expresamente que su valor vinculante. Quizá los dilemas que inquietan a la Corte, perturban de igual modo a los comisionados. Resulta no menos interesante que en el debate que supuso la Opinión Consultiva No. 04/84, la Comisión haya optado por no intervenir, pudiendo hacerlo. Posiblemente los comisionados no advertían en ese momento las dimensiones y matices que adoptarían la cuestión en los años de mayor producción del Sistema. Igual cosa podríamos afirmar de los jueces interamericanos, considerando la “liberalidad” con la que se pronunciaron en cuanto a la importancia de las recomendaciones en dicha Opinión, a partir de una interpretación generosa con el “objeto y fin del sistema”. A mediados de los noventas, abandonarían inconvenientemente dicha posición, patrocinando la animadversión de ciertos Estados respecto de la supervisión que cumple la Comisión en el continente.

Uno de los pronunciamientos de la Comisión con mayor explicitud al respecto es su Informe Anual de 2008. En este documento, la Comisión argumentó a favor de la obligatoriedad de sus recomendaciones como garantía de efectividad del Sistema.

D. Estado de cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH

38. El cabal cumplimiento de las decisiones de la Comisión Interamericana constituye un elemento indispensable para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA, así como para contribuir al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Por tal motivo, en la presente sección, la CIDH incluye un análisis sobre el estado del cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los informes adoptados por la Comisión durante los últimos siete años.

39. En este sentido, la Asamblea General de la OEA, mediante su resolución AG/RES. 2409 (XXXVIII-O/08) sobre Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos instó a los Estados miembros a que den seguimiento a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (punto resolutivo 3.b) y que continúen otorgando el tratamiento que corresponde al informe anual de la Comisión, en el marco del Consejo Permanente y de la Asamblea General de la Organización (punto resolutivo 3 c). Asimismo, la resolución AG/RES. 2407 (XXXVIII-O/08) sobre Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en Seguimiento de los Mandatos Derivados de las Cumbres de las Américas, reafirmó la voluntad de la OEA de continuar las acciones concretas tendientes al cumplimiento de los mandatos de la Tercera Cumbre de las Américas incluyendo el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (punto resolutivo 1 b) y encomendó al Consejo Permanente continuar la consideración de medios para promover el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión por parte de los Estados miembros de la Organización (punto resolutivo 3.e).

40. Tanto la Convención (artículo 41) como el Estatuto de la Comisión (artículo 18) otorgan explícitamente a la CIDH la facultad de solicitar información a los Estados miembros y producir los informes y recomendaciones que estime conveniente. Específicamente el Reglamento de la CIDH que entró en vigencia el 1º de mayo de 2001, dispone en su artículo 46:

Seguimiento 1. Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones. 2. La Comisión informará de la manera que considere pertinente sobre los avances en el cumplimiento de dichos acuerdos y recomendaciones. (Subrayado fuera de texto)¹⁴⁶

Son varias las particularidades de este análisis que nos ofrece la Comisión. En primer lugar, no obstante la advertencia sobre la utilidad de las recomendaciones respecto de la efectividad del sistema de Protección de Derechos Humanos, nada refiere a la naturaleza intrínseca de lo que “recomienda” a los Estados de la Organización como expresión del mandato que le ha sido otorgado en su calidad de órgano supervisor del comportamiento de estos frente a los derechos de los individuos¹⁴⁷. Asimismo, no hay referencia expresa a la manera en que el

¹⁴⁶ OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5 rev. 1. 25 febrero 2009.

¹⁴⁷ En el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1988/89, había hecho especial énfasis en el estrecho vínculo que liga su mandato con la atribución de formular recomendaciones a los Estados de la Organización (OEA/Ser.L/V/II.76. Doc.10 del 18 septiembre 1989):

“2. LAS RECOMENDACIONES DE LA CIDH: SU NATURALEZA, DESTINATARIOS Y EXTENSIÓN.
(...)”

Teniendo en cuenta que la solicitud formulada a la Comisión emanaba del Acuerdo de Sapoá suscrito por el Gobierno de Nicaragua y la Resistencia Nicaragüense y que la respuesta a tal solicitud debería ser cumplida por la CIDH –como lo señaló la Asamblea Nacional– “de conformidad con sus normas y reglamentos”, resulta importante determinar el carácter que asumió la participación de la CIDH al elaborar sus recomendaciones.

La Comisión estimó, al respecto, que al intervenir en ese asunto actuó dando cumplimiento a los mandatos recibidos por los instrumentos jurídicos por los cuales ella se rige. La Carta de la Organización de los Estados Americanos, en su artículo 112, le asigna la función fundamental de actuar como órgano consultivo de la OEA en materia de derechos humanos. La Convención Americana, de la cual Nicaragua es Estado parte, establece el sistema jurídico específico que la CIDH aplicó en esta ocasión. El Estatuto y el Reglamento proporcionan el resto de normas que la Comisión empleó en este caso. Este ha sido, por otra parte, el conjunto normativo que la CIDH ha venido utilizando para evaluar la situación de los derechos humanos en Nicaragua en general y los problemas derivados de los juicios que le fueron seguidos a los ex Guardias Nacionales en especial. El Acuerdo de Sapoá, en este sentido, vino a proporcionar una nueva ocasión para que la CIDH ejerciera de manera

cumplimiento de tales recomendaciones contribuye al objeto y fin del Sistema y sus instrumentos normativos. La falta de referencia a las consideraciones de la Corte Interamericana relacionadas con la materia, consignadas en la, varias veces citada, OC-04/84, deviene en el tercer aspecto particular que puede advertirse; a cambio de ello, echa mano de pronunciamientos de la Asamblea General que, sin ser menos importantes, no son lo suficientemente explícitos sobre el carácter vinculante de sus recomendaciones. Quizá, esto último obedezca a una noble e inteligente intención de derivar de las resoluciones del Órgano más importante de la Organización una mayor entidad jurídica para sus pronunciamientos, especialmente en relación con los Estados que al no haber reconocido la competencia de la Corte Interamericana no le reconozcan el debido alcance a sus opiniones¹⁴⁸.

Con todo, la Comisión deja entrever de modo implícito el valor de sus recomendaciones, en virtud de las cuales solicita a los Estados información sobre su cumplimiento (Art. 46 Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos

específica funciones que, en términos generales, había venido desempeñando en el pasado y que continuará cumpliendo en el futuro.

(...)

En este contexto, la Comisión tuvo presente en esta ocasión lo dispuesto por el artículo 41 inciso e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual asigna como función a la CIDH atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados Miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

(...)

Según los términos del Acuerdo de Sapoá, en el que se origina el encargo que la CIDH cumplió en sus recomendaciones, la amnistía se concede a una categoría de personas que se encuentra condenada por hechos ocurridos en un período determinado –"los miembros del ejército del régimen anterior (o más precisamente, las personas condenadas por los Tribunales Especiales) por delitos cometidos antes del 19 de julio de 1979" –; la naturaleza del encargo recibido por la CIDH conllevó la necesidad de analizar caso por caso, a fin de poder emitir una recomendación en cada uno de ellos."

¹⁴⁸ Idéntico análisis al efectuado en sus Informes Anuales sobre Derechos Humanos de los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2009 y 2010.

Humanos)¹⁴⁹; de manera que no representan simples insinuaciones o invitaciones a actuar de determinado modo, sino declaraciones puntuales sobre el acatamiento de los compromisos internacionales asumidos por los Estados.

Así las cosas, el hecho de que los instrumentos jurídicos que reglan el Sistema Interamericano no expresen claramente el carácter de las recomendaciones, y las interpretaciones de sus Órganos no tengan la claridad deseada para resolver cualquier controversia al respecto, ello no afecta la naturaleza autónoma de las obligaciones estatales a las cuales se refieren. Tal precisión se deduce de lo argüido por la Comisión en su informe anual del año 2002:

62. La Asamblea General de la OEA, mediante su resolución AG/RES. 1828 (XXXI-O/01) sobre Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su Perfeccionamiento y Fortalecimiento, invitó a la Comisión y la Corte a continuar apoyando el proceso de fortalecimiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos, en particular a que consideren la posibilidad de incluir en sus informes anuales información referente al cumplimiento por parte de los Estados de las recomendaciones, decisiones o sentencias que hayan sido emitidas en el período examinado por ambos órganos. La Asamblea General analizará dicha información (punto resolutivo 5).

¹⁴⁹ OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5 rev. 1. 25 febrero 2009. “41. En cumplimiento de sus atribuciones convencionales y estatutarias y en atención a las resoluciones citadas y de conformidad con el artículo 46 de su Reglamento, la CIDH solicitó información a los Estados acerca del cumplimiento de las recomendaciones efectuadas en los informes publicados sobre Casos individuales incluidos en sus Informes Anuales correspondiente a los años 2000 a 2007.

42. El cuadro que la Comisión presenta incluye el estado en que se encuentra el cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH formuladas en el marco de Casos resueltos y publicados en los últimos siete años. La CIDH resalta que diferentes recomendaciones formuladas son de cumplimiento de tracto sucesivo y no inmediato y que algunas de ellas requieren de un tiempo prudencial para poder ser cabalmente implementadas. Por lo tanto, el cuadro presenta el estado actual de cumplimiento que la Comisión reconoce como un proceso dinámico. Desde esta perspectiva, la Comisión evalúa si las recomendaciones se encuentran o no cumplidas y no si ha habido un comienzo de cumplimiento de tales recomendaciones.”

63. La misma Resolución, en su punto resolutivo 3, instó a los Estados miembros de la Organización a que realicen sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (inciso c) y que otorguen el tratamiento que corresponde a los informes anuales de la Corte y de la Comisión, en el marco del Consejo Permanente y de la Asamblea General de la Organización a fin de hacer efectivo el deber de los Estados de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los instrumentos del sistema (inciso d). (Subrayado fuera de texto)¹⁵⁰

Similar idea yace en las consideraciones de la Comisión contenidas en informes particulares, como el ya referido en el primer capítulo del presente trabajo: el informe de Fondo No. 100 del 29 de diciembre de 2003, relativo al caso No. 12.240 *Douglas Christopher Thomas VS. Estados Unidos*:

46. En el presente caso, la ejecución del Sr. Thomas fue llevada a cabo pese al hecho de que se había interpuesto una petición ante el sistema interamericano de derechos humanos y a que la Comisión había pedido la suspensión de su ejecución. Al permitir la ejecución del Sr. Thomas en tales circunstancias, la Comisión considera que Estados Unidos socava la capacidad de su proceso para examinar cabalmente la denuncia del Sr. Thomas, privó al Sr. Thomas de su derecho de petición ante el sistema interamericano de derechos humanos y causó al Sr. Thomas un perjuicio grave e irreparable, con lo cual no actuó de acuerdo con las obligaciones fundamentales de derechos humanos como miembro de la Organización de los Estados Americanos. La Comisión considera que las omisiones del Estado a este respecto son sumamente graves y exhorta a Estados Unidos a que adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a los pedidos de medidas cautelares de la Comisión en otras denuncias presentes y futuras ante el sistema interamericano. (Resaltado fuera de texto)

Habiendo identificado las posiciones tradicionales de la Comisión y la Corte respecto de las recomendaciones de aquella, claramente conservadoras, corresponde ahora abordar la idea de su carácter diferenciado como criterio de interpretación que

¹⁵⁰ OEA/Ser./L/V/II.114. doc. 5. rev. 16 abril 2002.

armonice pronunciamientos abiertamente contradictorios de los jueces interamericanos, partiendo de sus consideraciones referidas al caso *Caballero Delgado y Santana contra Colombia*.

3.5.2. Los alcances de *Loayza Tamayo contra Perú* (1997)- ¿Redireccionamiento de su tradicional discurso?

Tal cual se afirmó antes, la Corte Interamericana en la sentencia del 08 de diciembre de 1995, en el marco del caso *Caballero Delgado y Santana contra Colombia*, al pedido de la Comisión para que declarase la responsabilidad del Estado por el incumplimiento deliberado de sus recomendaciones, fue lapidaria al afirmar que “el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria.” (Subrayado fuera del texto)¹⁵¹

¹⁵¹ Sentencia del 08 de diciembre de 1995, *Caballero Delgado y Santana contra Colombia*. En la sentencia del 29 de enero de 1997, caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, la Corte Interamericana, ante una solicitud similar de la Comisión, se limitó a reproducir lo ya considerado en el referido caso contra Colombia. (Párrafo 93)

No obstante tan categóricas consideraciones, ratificadas sin ningún tipo de modulación dos años después en el caso *Genie Lacayo contra Nicaragua* (Sentencia del 29 de enero de 1997, fondo, reparaciones y costas)¹⁵², pareciera advertirse a partir

¹⁵² En dicho caso, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte que se declarara la responsabilidad internacional de Nicaragua por el incumplimiento de sus recomendaciones. La solicitud fue advertido por los jueces desde la sentencia del 27 de enero de 1995 (Excepciones preliminares): “43. No obstante, sí hay en la demanda una petición a la Corte para “[q]ue declare, en base al principio pacta sunt servanda, que el Gobierno de Nicaragua ha violado el artículo 51.2 de la Convención Americana, al incumplir las recomendaciones formuladas por la Comisión”. La Corte no halla procedente pronunciarse aquí, porque no es cuestión preliminar, sobre si los gobiernos violan la norma pacta sunt servanda o la Convención al no atender las “recomendaciones” de la Comisión. Se trata de una petición que la Corte deberá resolver en el fondo. Pronunciarse sobre si esa petición está o no debidamente fundada no es procedente en esta etapa.”

En la sentencia del 29 de enero de 1997, sobre el fondo, las reparaciones y las costas, la Corte despachó el asunto remitiéndose a sus consideraciones anteriores, esbozadas en el caso Caballero Delgado:

“11. La Comisión invocó en la demanda los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y los artículos 26 y siguientes del Reglamento entonces vigente de la Corte (en adelante “el Reglamento”). La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Nicaragua, de los artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 24 (Igualdad ante la Ley), todos ellos en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención “como resultado de la renuencia del Poder Judicial de procesar y sancionar a los responsables y ordenar el pago por concepto de reparación por los daños causados”. También la Comisión solicitó que la Corte decidiera que Nicaragua violó el artículo 2 de la Convención, por no haber adoptado las disposiciones de derecho interno tendientes a hacer efectivos tales derechos y que violó el artículo 51.2 de la misma, con base en el principio pacta sunt servanda, al incumplir las recomendaciones formuladas por la Comisión. Pidió a la Corte determinar las reparaciones e indemnizaciones de acuerdo con el artículo 63.1 de la Convención a que tienen derecho los familiares directos de la víctima y requerir al Gobierno para que con base en las investigaciones realizadas identifique y sancione a los responsables. Además, la Comisión solicitó a la Corte declarar que “la vigencia de los decretos Nos. 591 y 600 denominados ‘Ley de Organización de Auditoría Militar y Procedimiento Penal Militar’ y ‘Ley Provisional de los Delitos Militares’, que regulan la jurisdicción penal militar, son incompatibles con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [y que] se condene al Gobierno de Nicaragua a pagar las costas de este proceso”.

(...)

“93. En cuanto al alegato de la Comisión, objetado por el Gobierno, de que el no cumplimiento de sus recomendaciones formuladas en los informes, constituye una violación de la norma pacta sunt servanda, la Corte se limita a reproducir lo que ya ha dicho en otro caso:

[a] juicio de la Corte, el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las Partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención.

del fallo *Loayza Tamayo*, decidido en septiembre de 1997, un quiebre en la manera en que este Tribunal concibe el carácter jurídico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana. Y es que no deja de resultar interesante la forma en que los jueces interamericanos se pronuncian nuevamente en relación con un nuevo pedido de la Comisión para que declarase la responsabilidad internacional de los Estados reacios a dar cumplimiento a sus recomendaciones. Lo particular es que, ahora la Corte, se detiene a auscultar las repercusiones jurídicas que implican el incumplimiento de las recomendaciones de la Comisión dependiendo de la clase de informes en los que estén contenidas, consideración ausente en sus anteriores fallos, de manera tal que, respetando su anterior reflexión genérica sobre la naturaleza jurídica de aquellas, se permitiera morigerar las repercusiones, sin duda nada convenientes, que tendrían para la eficacia del Sistema de Protección la desjerarquización de los dictámenes de un organismo que lo integra.

Es apenas lógico entender la encrucijada en que se pudiera encontrar la Corte al tener que atemperar los nocivos efectos para el Sistema de una radical consideración como la vertida en *Caballero Delgado y Santana*, sin que ello representara, *per se*, un indisimulable giro de ciento ochenta grados en su jurisprudencia, que a su turno pusiera en entredicho su propia legitimidad. De ahí, la ambigüedad de su nuevo planteamiento:

78. La Comisión solicitó que se condenara al Estado por violación del artículo 51.2 de la Convención por haberse negado a “dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por la Comisión”.

En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria (Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, párr. 67).

79. La corte ha dicho anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término “recomendaciones”, usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente (Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C N° 22, párr. 67 y caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C N° 30, párr. 93)

80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1. de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

81. Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.

82. En relación con este punto la Corte concluye que la violación o no del artículo 51.2. de la convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a consideración de la Corte, por cuanto no existe el informe señalado en dicho artículo.¹⁵³ (Subrayado fuera de texto)

Más allá de la matización de su discurso, la Corte termina por distinguir, como no lo había hecho antes, entre el carácter jurídico de las recomendaciones que la Comisión formula en el informe de que trata el artículo 50 de la Convención y las contenidas en el informe del artículo 51 (2) *ibídem*, para insinuar en la

¹⁵³ Caso Loayza Tamayo contra Perú 17 de septiembre de 1997.

discrecionalidad de las primeras y la obligatoriedad de las segundas. Dicho de otra forma, resulta muchísimo más valioso e interesante lo que calla, y en todo caso insinúa, que lo que afirma.

Similar fenómeno, de “*estratificación jurídica*” de las recomendaciones, había sido advertido por Germán Bidart Campos y Susana Albanese, en su artículo “*interpretación del término recomendaciones a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 51.2. de la Convención Americana)*”. Estos juristas consideran que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha admitido como únicas recomendaciones NO obligatorias, las emitidas por la Comisión “en función del art. 51.2. de la Convención Americana, con posterioridad a la presentación del caso ante la Corte.”, en tanto que “*Las restantes recomendaciones son obligatorias*”. Para ello, aluden directamente a lo afirmado por la Corte en los párrafos 75 y 76 de las excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987 (Ser. C) N°. 1, en el caso *Velásquez Rodríguez*¹⁵⁴:

¹⁵⁴“ 75. (...) A este respecto la Corte observa que la circunstancia de que la Comisión haya introducido el caso ante la Corte, inequívocamente indica que cesó su tramitación de conformidad con los procedimientos a cargo de aquélla, para ser sometido a arreglo judicial. La presentación de la demanda ante la Corte acarrea, ipso jure, el término de la sustanciación del asunto por la Comisión, sin perjuicio de que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.2 del Reglamento, un acuerdo amistoso entre las partes, aprobado por ésta, conduzca a la cancelación de la instancia y a la finalización del procedimiento judicial.

76. En conexión con la consideración precedente, la Corte debe subrayar que, una vez que un asunto ha sido introducido ante ella, no son aplicables las disposiciones del artículo 51, relativas a la preparación de un nuevo informe por la Comisión, que contenga su opinión y sus recomendaciones, el cual sólo es procedente, según la Convención, tres meses después de haberse hecho la comunicación a que se refiere el artículo 50. Según el artículo 51 de la Convención, es la elaboración del informe la que está condicionada a que no se haya acudido a la Corte y no la introducción de la demanda la que está sujeta a que no se haya preparado o publicado el informe. En consecuencia, si la Comisión procede a preparar o a publicar el informe del artículo 51, a pesar de haber introducido ya el caso ante la Corte, puede considerarse que ha aplicado indebidamente las disposiciones de la Convención, circunstancia ésta que puede afectar el valor jurídico del informe, pero que no acarrea la inadmisibilidad de la demanda puesto que, como se dijo, el texto de la Convención no condiciona, de

Asimismo la Corte, al pronunciarse sobre el art. 51 de la Convención Americana con anterioridad a la opinión consultiva que se viene de citar, en una sentencia sobre excepciones preliminares, ha sostenido: "...según el art. 51 de la Convención, es la elaboración del Informe la que está condicionada a que no se haya acudido a la Corte, y no la introducción de la demanda la que está sujeta a que no se haya preparado o publicado el informe. En consecuencia, si la Comisión procede a preparar o a publicar el informe del art. 51, a pesar de haber introducido ya el caso ante la Corte, puede considerarse que ha aplicado indebidamente las disposiciones de la Convención, circunstancia esta que puede afectar el valor jurídico del informe, pero que no acarrea la inadmisibilidad de la demanda puesto que, como se dijo, el texto de la Convención no condiciona, de ninguna manera, la introducción de la instancia a la no publicación del informe previsto para el art. 51"

Retornando al caso que motiva este comentario, reiteramos que el juicio emitido por la Corte Interamericana con respecto a las "recomendaciones" lo es en función exclusiva del art. 51.2 y en el contexto del caso concreto donde se ha reafirmado que el art. 50 de la Convención "...dispone la elaboración de un informe preliminar que se transmite al Estado para que adopte las proposiciones y recomendaciones de la Convención y el segundo (art. 51) dispone que si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte, se elaborará un informe definitivo y, por lo tanto, si el asunto ha sido sometido a la decisión de la Corte, como ocurrió en el presente caso, no cabe la elaboración de ese segundo informe" (párr. 67). En esa hipótesis, la Corte estaría fijando diferentes efectos jurídicos a las recomendaciones elaboradas por la Comisión, según el contexto en el que sean emitidas.

Desde 1987 hasta 1995 la Corte a través de sus funciones consultiva y contenciosa ha ido desarrollando una posición tendiente a fijar pautas definitorias de las funciones de la Comisión frente a la norma citada.

De acuerdo a estas consideraciones, la recomendación no obligatoria es aquella emitida por la Comisión en función del art. 51.2 de la Convención Americana, con posterioridad a la presentación del caso

ninguna manera, la introducción de la instancia a la no publicación del informe previsto por el artículo 51." (Subrayado fuera de texto)

ante la Corte. Las restantes recomendaciones son obligatorias.¹⁵⁵
(Resaltado fuera de texto)

Sin embargo, aunque podamos compartir con Bidart y Albanese la idea de que la Corte haya admitido en sus sentencias el distinto valor o carácter vinculante de las recomendaciones a partir del tipo de informe en que estén contenidas, no podemos afirmar su conclusión final, puesto que excedería el real alcance de lo argüido por el Tribunal.

En primer lugar, las consideraciones de que se sirven estos autores para aseverar la obligatoriedad de las recomendaciones formuladas por la Comisión en los informes de que tratan los artículos 50 y 51 de la Convención, son sobredimensionadas. Si bien la Corte reconoce que la expedición del informe del artículo 51 luego que el caso ya ha sido puesto a su disposición “puede afectar su valor jurídico”¹⁵⁶, ello nada dice de la obligatoriedad de las recomendaciones que hayan sido formuladas por la Comisión en los restantes informes, tal cual lo aducen los juristas.

Simplemente, dichas reflexiones jurisprudenciales nos permitirían no más que afirmar, esta vez sin ninguna duda, que la extemporaneidad de la presentación del

¹⁵⁵ BIDART CAMPOS, Germán; ALBANESE, Susana. La interpretación del término "recomendaciones" a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 512 de la Convención Americana). JA 1996 III 962. Lexis Nº 0003/001366. Pág. 964.

¹⁵⁶ Lo cual ha sido afirmado en otras decisiones como en la sentencia del 02 de febrero de 2001, en el marco del caso Baena Ricardo y otros contra Panamá, a partir de la expedición extemporánea del informe del artículo 51 Convencional (esto es, luego de haber sometido el caso al conocimiento de la Corte): “Una vez que se ha introducido un caso a la Corte no se pueden aplicar las disposiciones del artículo 51 de la Convención, ya que la interpretación de la demanda está sujeta a la condición de que no se haya publicado el informe del artículo citado. Si la Comisión prepara o publica el informe del artículo 51, a pesar de haber presentado el caso a la Corte, se desprende que aplicó indebidamente la Convención.”

informe de que trata el artículo 51(2) por parte de la Comisión –fenómeno que se presenta cuando este es posterior a la demanda ante la Corte-, le resta validez jurídica al informe como tal, pero sin que se pueda por ello inferir lógicamente que la preparación y presentación de los informes “a tiempo”, dicho coloquialmente, revistan a las recomendaciones en ellos contenidas, por ese solo hecho, del carácter de obligatorias.

En segundo lugar, dada la implacabilidad de las reflexiones de la Corte Interamericana expresadas con ocasión del caso *Caballero Delgado y Santana*, en relación con la “orfandad absoluta” de obligatoriedad que aquejaban las recomendaciones de la Comisión –sin distingo alguno del informe en el que consten—, es posible afirmar que para la época en que se presentaron las consideraciones del caso *Velásquez Rodríguez*, para la Corte no había lugar a otro tipo de interpretación. Solo hasta la sentencia de septiembre de 1997, en el caso *Loayza Tamayo* se puede advertir este redireccionamiento de su jurisprudencia, aunque al fin de cuentas un tanto lacónico.

Lo que aquí hemos rotulado como “*estratificación jurídica de las recomendaciones*”, atiende entonces a la misma idea expresada por Bidart y Albanese, pero con fundamento en pronunciamientos posteriores al caso por ellos estudiado y con un alcance diferente¹⁵⁷. Efectivamente, las consideraciones expuestas

¹⁵⁷ Sin emplear el término “estratificación”, otros teóricos, como el juez y profesor peruano Pedro Donaries Sánchez, afirman la entidad jurídica diferenciada de las recomendaciones de la Comisión. En su artículo “El carácter vinculante y la ejecutabilidad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (Publicado <http://www.derechoycambiosocial.com/revista007/comision%20interamericana.htm>) plantea que las recomendaciones que los comisionados formulen dentro de un caso contencioso tienen pleno valor y

en el caso *Loayza Tamayo*, permitieron el advenimiento de otras, encaminadas en el mismo sentido, como las expresadas por el juez *de Roux Rengifo*, en su voto concurrente a la Resolución de la Corte Interamericana del 25 de mayo de 1999, en el caso *James y otros contra Trinidad y Tobago*:

La “obligación de realizar [los] mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones” de la Comisión Interamericana tiene múltiples alcances. Es evidente que el Estado debe colocarse en una posición constructiva respecto a dichas recomendaciones, debe examinar con todo detenimiento los pasos y medidas que es menester adoptar para darles cumplimiento, debe buscar caminos que le permitan sortear los obstáculos que impiden adoptar las medidas en cuestión y debe aplicar estas últimas a cabalidad de no resultar insalvables tales obstáculos.

Semejante afirmación, bajo la égida de lo dicho en *Caballero Delgado*, hubiera parecido “una voz en el desierto”, más que un eco inevitable de un pronunciamiento formal de la Corte, como el proferido en septiembre de 1997.

Dada la importancia que representa, por ende, para nuestro planteo lo dicho en *Loayza Tamayo*, ya transcrito, es menester detenernos a analizar, con mayor detalle, en

obligan al Estado, en tanto que las que se den en otras circunstancias carecen de tal carácter. En sus términos:

“Volviendo al tema de la obligatoriedad de las decisiones de la Comisión, si bien las acciones que pueden ser llamadas de promoción, claramente no son vinculantes, las de protección sí lo son, al menos cuando son parte de un sistema de casos contenciosos. La Comisión tiene algunas funciones que podrían ser llamadas de protección en términos generales; por ejemplo, cuando hace una visita in loco en un país, publica luego un informe general sobre la situación de derechos humanos en ese Estado y después hace algún informe de seguimiento. En esos contextos, la Comisión formula una serie de recomendaciones, las cuales no son vinculantes para el Estado respectivo porque no se hacen en el contexto de un caso, bajo procedimientos contenciosos y contradictorios con la intervención de las dos partes.

Es decir, no todas las recomendaciones que formula la Comisión son obligatorias para los Estados. Lo que sí sostiene la Comisión es que las resoluciones que ella emite al final de un caso contencioso, después de haber escuchado a las partes, sí son obligatorias para los Estados involucrados. Claro que hay Estados que toman la posición de que -como la Convención dice que lo que el informe incorpora son "recomendaciones"- la misma palabra "recomendación" significa que lo que dice la Comisión no puede ser obligatorio.”

qué consiste esta idea de la estratificación de las recomendaciones, para así plantear críticamente algunas cuestiones.

Valga advertir preliminarmente, que dicha categorización se erige sobre dos postulados fundamentales, igualmente referidos en el mismo fallo de septiembre del 97, a decir: La vigencia del principio de Buena Fe y el reconocimiento de la importancia del rol cumplido por la Comisión Interamericana en el Sistema de Protección.

Curiosamente, el artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados¹⁵⁸, del cual se valió la Corte para esgrimir en 1995 la falta absoluta de obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión, fue el mismo del cual, dos años más tarde, se asió para “modular”, en los términos más conservadores, los efectos de aquella aseveración. Así pues, a diferencia de aquella oportunidad, en *Loayza Tamayo*, la *buena fe* es reconocida como el principio interpretativo que justifica la obligación de los Estados de asumir con seriedad los compromisos asumidos por vía de la suscripción y ratificación de un tratado internacional, de manera tal que deban realizar los esfuerzos necesarios para dar aplicación a las recomendaciones que formulen los órganos de Protección, como la Comisión Interamericana.¹⁵⁹ La acepción, indiscutiblemente, incorpora un valor adicional al

¹⁵⁸ “Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. (...)”

¹⁵⁹ “80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1. de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados

contenido de los informes de la Comisión —especialmente el del artículo 51.2 Convencional—que robustece su entidad jurídica; así ha sido afirmado con suficiente prolijidad por los juristas argentinos Leonardo filippini, Tatiana Gos y Agustín Cavana, al comentar el informe del Procurador General de la República Argentina en el caso Carranza Latrubesse:

Actuar de buena fe en el cumplimiento de un tratado como la CADH reclama algo más que sólo notificarse de las recomendaciones de la CIDH. Exige, por decirlo en el lenguaje de la Corte IDH, hacer un esfuerzo por cumplir. Y la clave, entonces, no es si las recomendaciones y los fallos son análogos en su exigibilidad —pues ya sabemos que no lo son—sino el dilucidar qué significa hacer un esfuerzo por cumplir una recomendación.¹⁶⁰

El asunto, pese a cambiar de color pareciera no resolverse, toda vez que, para quienes alegan la distinta calidad jurídica de los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana, lo dicho por esta aún no presenta en forma clara razones suficientes para justificar la obligatoriedad de las recomendaciones de aquella. Ello es así, en el entendido de que exigirle a los Estados “sus mejores esfuerzos” para acatar y cumplir con lo recomendado por un organismo de Derechos Humanos nada dice de la obligatoriedad que pueda tener lo que se recomienda, *per se*, y a partir de su incumplimiento declarar la responsabilidad internacional del renuente.

Sin embargo, la Corte no se quedó sólo con la enunciación del principio de *buena fe*, como orientador de la conducta de los Estados del Hemisferio frente a los

Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).” CteIDH, caso Loayza Tamayo.

¹⁶⁰ FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín. Ob. Cit. Pág. 6.

órganos del Sistema Interamericano. En el párrafo 81 de la misma sentencia¹⁶¹, a nuestro leal saber y entender, convenientemente, la Corte Interamericana reconoce la importancia de la Comisión como pieza fundamental en el engranaje del Sistema de Protección, lo cual supone más consecuencias de lo que pudiera advertirse a primera vista.

Justamente, entiende la dinámica del Sistema más allá del simple y llano procesamiento de casos por violaciones a los derechos humanos, comúnmente asimilado a la manera en que funciona un típico sistema judicial. A partir de esto, cualquier interpretación en detrimento de la importancia de los actos y los pronunciamientos de la Comisión apoyada en la “lógica procesalista tradicional” pierde el valor que suele asignársele.¹⁶²

¹⁶¹ “81. Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.”

¹⁶² Con todo, sectores sumamente especializados resisten entender el funcionamiento del Sistema desapercibido de los clásicos principios de naturaleza procesal, antes explicados, verbigracia la Corte Suprema de Justicia colombiana. Para esta Corporación, es más que clara las Recomendaciones de la Comisión padecen de lo que denomina: “alcance insuficiente”, considerando su naturaleza jurídica, lo cual concuerda perfectamente con la lógica procesal del Sistema de Protección, considerado este como un émulo del proceso criminal tradicional.

3.5.3. Hacia la estratificación jurídica de las recomendaciones de la Comisión. -
Lapsus calimi o hidalguía discursiva-

“Y tampoco es cierto que todos los materiales internacionales deban clasificarse en torno a las categorías de obligatorio y no obligatorio, sin posibilidad de graduación alguna. **La fórmula del “mejor esfuerzo”, precisamente, invita pensar en intensidades y grados de obligatoriedad.**”¹⁶³

Presentadas las razones que esgrimió la Corte para matizar lo considerado en *Caballero Delgado*, corresponde ahora enfocarnos en el célebre párrafo 82 de *Loayza Tamayo*, que nos permitiremos transcribir nuevamente, para finalmente exponer con mayor detalle la cuestión de la *estratificación de las recomendaciones de la Comisión*: “82. En relación con este punto la Corte concluye que la violación o no del artículo 51.2. de la convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a consideración de la Corte, por cuanto no existe el informe señalado en dicho artículo.”

Los méritos que se le puedan reconocer a la Corte Interamericana por la argumentación hidalga de los párrafos 80 y 81, son opacados por la difusa e incomprensible respuesta que le ofrece al pedido de la Comisión en el párrafo 82. En efecto, no puede resultar menos que incomprensible que, habiéndose atrevido a afirmar la importancia de las recomendaciones y declarado el deber de los Estados de “hacer algo más que notificarse” –parafraseando a Filippini—haya terminado por abstenerse de confirmar lo pretendido por la Comisión Interamericana, declarando o derivando responsabilidad del Estado con fundamento en la violación de derechos convencionales reiteradamente denunciada por los comisionados en sus informes. Lo

¹⁶³ FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín. *Ob. Cit.* Pág. 7

que, *prima facie*, hubiera sido el fin de la controversia, terminó siendo un factor que la agudizó aún más.

Vuelve entonces a vigencia los mismos interrogantes, esta vez con una dosis adicional de desconcierto: ¿Son, entonces, obligatorias las recomendaciones de la Comisión?; ¿Su deliberado incumplimiento por parte de los Estados genera responsabilidad internacional?; Contra fácticamente hablando, ¿si la Comisión hubiere expedido el informe del artículo 51.2¹⁶⁴ de la Convención, y persistiendo el Estado en su desacato a lo recomendado en este, la Corte habría declarado su responsabilidad?; si preliminarmente, al cierre del párrafo 81 la Corte consideró “*los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes” ¿por qué no declarar la responsabilidad estatal por el probado incumplimiento de lo recomendado en el informe del artículo 50 convencional¹⁶⁵?; ¿Es acaso distinto el carácter vinculante de las recomendaciones*

¹⁶⁴ “Artículo 51. 1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

¹⁶⁵“ Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.”

vertidas uno y otro informe?, y si esto último fuera posible, ¿qué argumenta la Corte a favor de esta diferencia?

Previo a nuestro intento por desenredar la madeja, debemos reseñar ciertas particularidades del caso Loayza:

a. Cumplida la etapa inicial del caso, el 28 de septiembre de 1994, la Comisión expidió su “primer” informe, No. 20/04, conforme las ritualidades del artículo 50 de la Convención, en el que concluyó:

1. Declarar que el Estado peruano es responsable de la violación, en perjuicio de María Elena Loayza, del derecho a la libertad personal, a la integridad personal y las garantías judiciales que reconocen, respectivamente, los artículos 7, 5 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Recomendar al Estado peruano que, en consideración al análisis de los hechos y del derecho realizado por la Comisión, una vez recibida la notificación del presente Informe, proceda de inmediato a dejar en libertad a María Elena Loayza Tamayo.

3. Recomendar al Estado peruano que pague una indemnización compensatoria a la reclamante en el presente caso, por el daño causado como consecuencia de la privación ilegal de su libertad desde el 6 de febrero de 1993 hasta la fecha en que se ordene su libertad (...) (Subrayado fuera del texto)

b. Tras haber sido transmitido dicho informe al Estado peruano, el 13 de octubre de 1994, éste respondió que resultaba imposible la aceptación, entre otras cosas, de las recomendaciones que le fueron formuladas por la Comisión.

c. En consecuencia, ante la manifiesta y deliberada renuencia del Perú en acatar el informe N° 20, la Comisión, sin hacer uso de las facultades de que trata el artículo

51 de la Convención, sometió el caso ante la Corte Interamericana (12 de enero de 1995).

Advertido ello, estamos, sin duda, ante un hecho bastante perturbador, habida cuenta que, o bien los Honorables jueces del Tribunal incurrieron en una inexplicable inconsistencia discursiva *–lapsus calami–*, o claramente nos dan cuenta del predicho fenómeno de estratificación de las recomendaciones. Amén del respeto debido a la investidura de los jueces y en beneficio de la legitimidad de sus decisiones, desestimaremos de plano la primera de las hipótesis.

Ergo, consideraremos como consciente, aunque peculiar, la intención de la Corte Interamericana de diferenciar el carácter vinculante de las recomendaciones contenidas en uno y otro informe de que tratan los artículos 50 y 51 convencionales. De haber querido este Tribunal reconocer idéntico carácter jurídico a las mismas, indistintamente del tipo de informe en el que hayan sido vertidas como pareciera anticiparlo en el párrafo 81 (*“los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes”*) no le hubiera interesado que las pretensiones de la Comisión se fundaran en recomendaciones incorporadas en un informe preliminar. Tampoco podemos pecar de cándidos al desconocer que en realidad lo que hizo la Corte en el caso Loayza no fue otra cosa que esquivar hábilmente las consecuencias que pudieran derivarse de lo afirmado en los numerales 80 y 81, del modo como lo hacen no pocas veces los jueces nacionales en situaciones que involucran intereses de orden político.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Esto así, ante otra probable lectura del párrafo 82, en el sentido de que la Corte sólo se refirió a la responsabilidad internacional del Estado peruano a la luz del artículo 51(2) por expreso pedido de la

Resta entonces explorar en los demás pronunciamientos de la Corte argumentos que den cuenta del posible fenómeno de estratificación jurídica que hemos advertido, en aras de encontrar la consistencia que requiere el planteo. Así, la Opinión Consultiva No. 013 del 16 de julio de 1993, al referirse a la naturaleza de los dos informes de la Comisión (Art. 50 y art. 51 CADH) y la posibilidad de subsumirlos en uno solo, los jueces interamericanos afirmaron su diferente naturaleza derivada, entre otras cosas, del diseño que caracteriza el procesamiento de presuntas violaciones de derechos humanos ante el Sistema. En la medida en que el caso es sometido a la ritualidad prevista por la Convención, los informes van dando cuenta progresivamente del estado de vigencia de los derechos comprometidos y el grado de responsabilidad del respectivo Estado. En ese entendido, el informe definitivo dictado al término del proceso ante la Comisión es un producto cualitativa y cuantitativamente distinto al informe preliminar del artículo 50.

48. Supuesta la admisibilidad y sin perjuicio del procedimiento previo contemplado en los artículos 48 y 49, los artículos 50 y 51 de la Convención establecen etapas sucesivas. En la primera, regulada por el artículo 50, la Comisión, siempre y cuando no se haya alcanzado una solución amistosa, puede exponer los hechos y sus conclusiones en un documento dirigido al Estado interesado y que tiene carácter preliminar. Este “informe” se transmite con carácter reservado al Estado para que adopte las proposiciones y recomendaciones de la Comisión y soluciones el problema. El Estado no tiene la facultad de publicarlo. Una recta interpretación del artículo 50, basada en un presupuesto de igualdad de las partes, implica que la Comisión tampoco puede publicar ese informe preliminar, el cual se transmite, en la terminología de la Convención, solamente “a los Estados interesados”.

Comisión; lo que a su vez, llevaría a concluir que de haber solicitado esta la declaratoria de responsabilidad por haber incumplido lo recomendado en el primer y único informe, que atiende a los parámetros del artículo 50, con expresa referencia a tal disposición, la Corte habría accedido y por ende reconocido la obligatoriedad del mismo.

49. El artículo 47.6 del Reglamento de la Comisión, según el cual “[e]l informe se transmitirá a las partes interesadas, quienes no estarán facultadas para publicarlo” y en virtud de que frente a la Comisión los solicitantes y las víctimas pueden tener el carácter de partes (por ejemplo, artículo 45 del Reglamento de la Comisión), no se conforma con el artículo 50 de la Convención y su aplicación ha dado lugar a que se altere el carácter reservado del informe y la obligación de no publicarlo.

50. Una segunda etapa está regulada por el artículo 51 y, en ella, si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado por el Estado al cual se ha dirigido el informe preliminar atendiendo las proposiciones formuladas en el mismo, la Comisión está facultada, dentro de dicho período, para decidir si somete el caso a la Corte por medio de la demanda respectiva o bien si continúa con el conocimiento del asunto. Esta decisión no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención.

(...)

52. El artículo 51 faculta a la Comisión para elaborar un segundo informe, cuya preparación está sometida a la condición de que el asunto no haya sido elevado a la consideración de la Corte, dentro del plazo de tres meses dispuesto por el mismo artículo 51.1, lo que equivale a decir que, si el caso ha sido introducido ante la Corte, la Comisión no está autorizada para elaborar [ese] informe (*Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, supra 40*, párr. 63; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, supra 40*, párr. 63 y *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, supra 40*, párr. 66).

En caso contrario, la Comisión posee la atribución de redactar un informe definitivo con las opiniones y conclusiones que considere convenientes. Deberá además hacer las recomendaciones pertinentes, dándole un plazo adicional al Estado para que tome las medidas adecuadas enderezadas a cumplir sus obligaciones dentro de la Convención.

53. Se trata, entonces, de dos documentos que, de acuerdo con la conducta asumida en el ínterin por el Estado al cual se dirigen, pueden o no coincidir en sus conclusiones y recomendaciones y a los cuales la Convención ha dado el nombre de “informes” y que tienen carácter, uno preliminar y el otro definitivo.

54. Puede existir una tercera etapa con posterioridad al informe definitivo. En efecto, vencido el plazo que la Comisión ha dado al Estado para cumplir las recomendaciones contenidas en este último sin que se acaten, la Comisión decidirá si lo publica o no, decisión ésta que también debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos.

55. En este orden de ideas, la pregunta debe contestarse en el sentido de que no pueden subsumirse en uno sólo los dos informes regulados de manera separada por los artículos 50 y 51 de la Convención, ya que dichos preceptos establecen dos etapas diversas, aun cuando el contenido de esos documentos, de acuerdo con la conducta asumida por el Estado afectado, puede ser similar. (Resaltado fuera de texto)¹⁶⁷

Tenemos de este modo, que la naturaleza jurídica de los informes es el aspecto diferenciador más evidente. No obstante, esto no es lo más relevante a efectos de nuestro objeto de estudio; lo que verdaderamente importa es lo que al paso la Corte va afirmando.

Lo primero, que ello se debe al carácter estacionario y sucesivo en que está estructurado el procesamiento de casos en sede de la Comisión, como lo acabamos de advertir. Para los jueces, la sucesión de etapas (desde la emisión del informe preliminar hasta la publicación del informe definitivo) está condicionada a la manera en que el Estado interesado asume el cumplimiento de sus obligaciones, declaradas en los informes por vía de la formulación de recomendaciones. Nótese que la dinámica progresiva de este “sistema”, gravita entorno a la vigencia de los compromisos de

¹⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-13/93 “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ARTS. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por los gobiernos de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay.

particulares del Estado, dimanados de la Declaración como de la Convención Americana.

Lo segundo, que el agotamiento de dichas etapas supone un pronunciamiento cada vez más categórico referido al grado de cumplimiento de las obligaciones estatales. Esto explica la diferente redacción de los artículos 50 y 51, en punto de las recomendaciones según el informe en que se encuentren contenidas, así resulten ser idénticas. Mientras el artículo 50.3 Convencional se limita a expresar que “la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.”, el 51.2 hace uso de términos mucho más apremiantes que explícitamente indican el “deber” del Estado de adoptar las medidas para superar la amenaza o la violación de derechos: “2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.” Apelando a la misma exégesis con la que la Corte ha interpretado el término “recomendación”, tendríamos que concluir que el vocablo sobre líneas virtualmente elimina los espacios de discrecionalidad o liberalidad que afirman los detractores del carácter vinculante de las recomendaciones a favor de los Estados interesados—ello “conforme a su sentido corriente”. Esto es, si echáramos mano de la fórmula interpretativa del artículo 3.1. de la Convención de Viena para determinar el alcance del término “deber”, la obligatoriedad de este tipo de pronunciamientos sería uno sus atributos incuestionables¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Las tres primeras acepciones del término que ofrece la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, indican su carácter vinculante: “1. Estar obligado a algo por ley divina, natural o positiva. 2. Tener obligación de corresponder a alguien en lo moral. 3. Cumplir obligaciones nacidas de respeto, gratitud u otros motivos.”

Con justa razón, el Reglamento de la Comisión faculta a los comisionados a adoptar mecanismos de seguimiento o verificación de las recomendaciones formuladas en el informe definitivo –no así respecto del preliminar.

Artículo 46. Seguimiento

1. Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones.
2. La Comisión informará de la manera que considere pertinente sobre los avances en el cumplimiento de dichos acuerdos y recomendaciones.

Esto solo se explica de aceptarse que el propio Sistema estima el valor intrínseco de los informes de modo diferente, reconociendo el definitivo como un importante indicador del estado de vigencia de los derechos y un serio referente del modo en que la actividad o inactividad estatal los condiciona, comprometiendo de esta forma la responsabilidad internacional de sus miembros.

Al efecto, paradójicamente, propia la sentencia del 26 de junio de 1987 (Excepciones Preliminares) de la Corte en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* afirma que los dos artículos establecen un “procedimiento” que “contiene un mecanismo de intensidad creciente”, del modo que venimos explicando:

59. En el procedimiento de los artículos 48 a 50 está presente un propósito más amplio de la protección internacional a los derechos humanos, como es el de obtener el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los Estados y particularmente, en este contexto, del deber jurídico de cooperar para la investigación y el remedio de las violaciones a los derechos humanos que les pudieran ser imputadas.

Dentro de ese propósito general, el artículo 48.1.f) abre la posibilidad de un arreglo amistoso logrado con los buenos oficios de la Comisión, mientras que el artículo 50 prevé que, si el asunto no ha sido solucionado, la Comisión debe preparar un informe que puede incluir, por propia iniciativa, sus recomendaciones y proposiciones para resolver satisfactoriamente el caso planteado. Si esos mecanismos de solución no conducen a un resultado adecuado, el asunto queda en estado de ser sometido a la decisión de la Corte, en los términos del artículo 51 de la Convención, siempre que se reúnan los demás requisitos para que ella pueda ejercer su competencia contenciosa.

60. El procedimiento descrito contiene un mecanismo de intensidad creciente destinado a estimular al Estado afectado a fin de que cumpla con su deber de cooperar para la solución del caso. Se ofrece así al Estado la posibilidad de resolver el asunto antes de verse demandado ante la Corte, y al reclamante la de obtener un remedio apropiado de una manera más rápida y sencilla. Se trata, con todo, como se dijo, de dispositivos cuyo funcionamiento y eficacia dependerán de las circunstancias de cada caso, en especial de la naturaleza de los derechos afectados, de las características de los hechos denunciados y de la voluntad de cooperación del gobierno involucrado para la investigación del asunto y para la adopción de las medidas necesarias para solventarlo.

En todo caso, con fundamento en lo también afirmado por la Corte, no cabe duda que lo que yace tras las recomendaciones no es otra cosa que las obligaciones de los Estados, cuya intangibilidad no se afecta por el carácter jurídico particular de los informes o de la inoperatividad o inexistencia de mecanismos coercitivos para asegurar su acatamiento. Las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, ni más ni menos, son la sustancia de las recomendaciones; de manera que la precariedad o robustez jurídica de estas no incide en la vigencia de aquellas. Como ha sido dicho por la doctrina: “La responsabilidad del Estado, en su sentido más amplia, existe desde que se constata una violación a los derechos humanos consagrados en la

CADH. Y en un sentido más estricto, desde que dicha responsabilidad se declara como tal cuando la CIDH emite un informe condenatorio.”¹⁶⁹

Por lo mismo, en la medida en que un Estado al que se le han formulado recomendaciones pretexta su inobservancia en consideración a su insuficiencia jurídica, en realidad apela a un sofisma de distracción con el que se ha logrado, con preocupante efectividad, desviar la atención a cuestiones apenas formales, esquivando el aspecto nuclear del asunto: el estado de acatamiento de las obligaciones que han asumido voluntariamente.

Ante semejante realidad jurídica, tímidamente visibilizada hasta ahora, poca o ninguna relevancia tiene el carácter apenas casi jurisdiccional de la Comisión, así como la ratificación de la Convención. Teniendo el sublime encargo de vigía regional de los derechos de las personas, en virtud de la Carta de la Organización, los dictámenes de los comisionados —especialmente sus recomendaciones del artículo 50 y el 51—son certificaciones en concreto del cumplimiento o no de los compromisos internacionales de los Estados americanos, a los que les asiste el ineludible deber de conjurar las situaciones que los harían nugatorios.

Efectuadas estas necesarias precisiones, es oportuno presentar las premisas sobre las que descansa nuestro planteo:

¹⁶⁹ FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín. Ob. Cit. Pág. 4.

Premisa No. 1. La *estratificación jurídica de las recomendaciones*, corresponde a una propuesta de interpretación del intento de la Corte Interamericana de modular su jurisprudencia desde *Caballero Delgado y Santana*, fundada en la reinterpretación del artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el reconocimiento expreso del rol de la Comisión como órgano del Sistema Interamericano de Protección.

Premisa No. 2. Dicha *estratificación* supone el reconocimiento diferenciado del carácter jurídico vinculante de las recomendaciones en razón al tipo de informe en el que se formulen (extemporáneo, preliminar y definitivo). Esto, como necesaria conclusión del “diseño escalonado” —o progresivo— que ha adoptado el procesamiento de peticiones en el seno del sistema de protección interamericano.

En la medida en que una petición es sometida a la “ritualidad procesal” del Sistema, el conocimiento de los supuestos de hecho, como su encuadramiento en alguna de las disposiciones de la Declaración o la Convención, va perfeccionándose; ello, gracias al diálogo de la Comisión con los Estados comprometidos, los peticionarios y otros actores circunstanciales. No obstante la precariedad que pueda acusarse, es indiscutible la existencia de una particular dinámica “probatoria” —asumiendo el sentido más amplio del término— que, como ocurre en cualquier otro proceso, permite la adquisición progresiva de conocimiento útil para determinar si en cada caso se está en presencia de una violación de derechos

contenidos en los instrumentos que le sirven de fuente normativa. Así pues, estamos frente a un sistema de procesamiento de casos con un indudable contenido epistemológico, cuya progresividad incide inexorablemente en la naturaleza jurídica de los actos —“estacionarios”—que produce.

Premisa No. 3. La entidad jurídica de las recomendaciones que formulen los comisionados está condicionada por la del informe en que consten. Una vez la petición o el caso es procesado al interior del Sistema, con el progresivo rigor de la verificación del supuesto de hecho aparentemente configurativo de una violación a los derechos humanos, los actos producidos (Entiéndase por tales los informes) irán adquiriendo un creciente valor en punto a la determinación de responsabilidad del Estado. Acerca de esto la doctrina especializada ha asegurado que:

(L)as recomendaciones son algo más que una pauta calificada de interpretación, pues ellas contienen, sobre todo, un juicio histórico, fruto de un proceso contencioso, acerca del obrar del Estado y una consideración internacional desfavorable sobre las alegaciones del Estado respecto de la compatibilidad de tal obrar frente a los compromisos de derechos humanos.

A diferencia de otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos, el sistema creado por la CADH prevé una etapa contenciosa jurisdiccional ante la Corte IDH a la que se llega luego de haber transitado una etapa, también contenciosa, ante la CIDH. En el procedimiento ante la CIDH, en consecuencia, se discuten no sólo cuestiones que hacen a la admisibilidad formal del caso, sino también al fondo del asunto.¹⁷⁰

¹⁷⁰ *Ibíd*em, páginas 4 y 5.

Premisa No. 4. En consecuencia, las recomendaciones vertidas en el informe del artículo 50 Convencional –informe preliminar—, podrán considerarse igualmente como “preliminares”, conservando su validez jurídica pero sin habilitar a los organismos del Sistema de Protección para reclamar de los Estados una actitud diferente a la “buena intención” para ajustarse a los lineamientos que la Comisión le exprese.

Premisa No. 5. Entre tanto, las contenidas en el informe de que trata el artículo 51.2 de la Convención –informe definitivo—, habrán de ser consideradas como “definitivas” y por tanto obligatorias, al constituir el producto de un proceso de verificación –para no emplear de nuevo el término “pruebas” o “probatorio” dada las complicaciones conceptuales que ello supone— mucho más riguroso que el que da lugar a las recomendaciones preliminares de que trata la premisa No. 4.

Al ser potencialmente el producto conclusivo de un caso –esto siempre en los referidos a Estados que no han ratificado la Convención Americana—, su incumplimiento genera responsabilidad internacional – dado que, como se viene de explicar, corresponde básicamente a una declaración formal de un Órgano facultado para el efecto sobre un desconocimiento deliberado de las obligaciones asumidas por parte de un Estado miembro del Sistema de Protección.

Premisa No. 6. Las recomendaciones que formule la Comisión una vez se haya desprendido del conocimiento del caso, por la presentación de la demanda ante la Corte, adolecen absolutamente de carácter vinculante

por cuenta de la invalidez jurídica del informe, entendido así como extemporáneo. Estas habrán de considerarse como “recomendaciones extemporáneas”.

Premisa No. 7. La naturaleza estratificada de las recomendaciones incide en su operatividad o ejecutoriedad en el ámbito interno de los Estados comprometidos; afirmando el *deber genérico* —de estos— de hacer sus mejores esfuerzos por superar el estado de lesión o peligro de los derechos humanos—como expresión del cumplimiento de sus compromisos internacionales—, y constituyendo un *deber específico* de los jueces de pronunciarse afirmativamente en el marco de las acciones que, con fundamento en las recomendaciones definitivas, eventualmente interpongan sus beneficiarios o las autoridades internas competente, conforme el mecanismo legal que se adopte para como ajuste del ordenamiento interno para facilitar el cumplimiento de las decisiones de organismos internacionales (Verbigracia la Ley colombiana No. 288 de 1996).

En consecuencia, considerando el informe en el que se encuentran incorporadas las recomendaciones de los comisionados, estas pueden ser estratificadas o categorizadas (de menor a mayor carácter vinculante) del siguiente modo: i) *Recomendaciones extemporáneas*; ii) *Recomendaciones Preliminares*; iii) *Recomendaciones definitivas*. Se trata de la ordenación jerarquizada de las decisiones de la Comisión, que desafía el simplismo con el que se acostumbra resolver la cuestión sobre su valor como fuente de responsabilidad de los Estados e idoneidad

para servir de fundamento a las acciones judiciales en el ámbito interno. La siguiente gráfica explica con mayor detalle el contenido y alcance de esta idea.

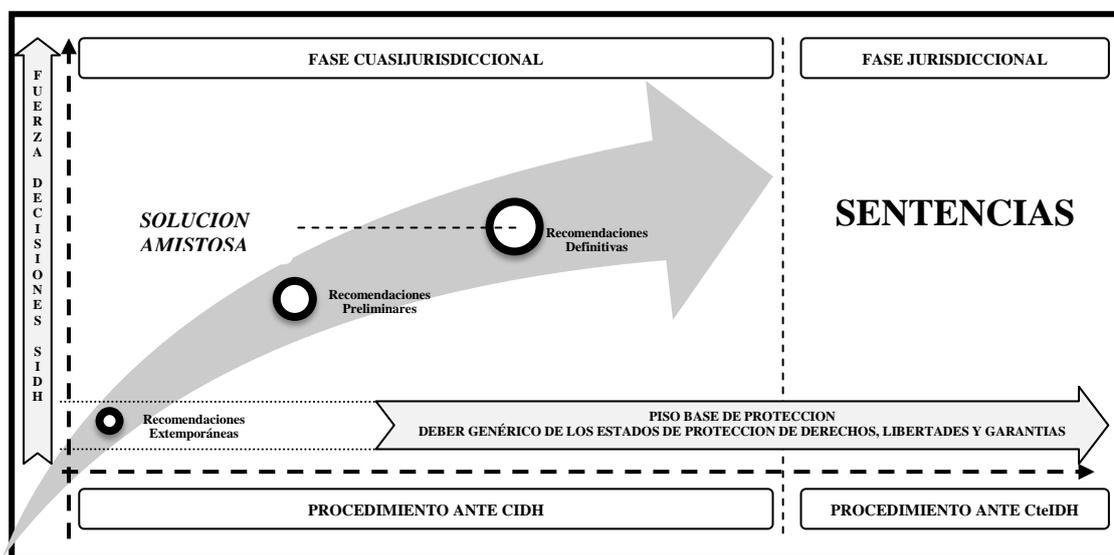


Gráfico No. 1: ESCALA DE OBLIGATORIEDAD DE LAS RECOMENDACIONES CIDH

A efectos de su ejecución interna, nuestro planteo reconoce plena aptitud a las recomendaciones definitivas para fundamentar acciones judiciales, sin que ello signifique, *per se*, la asimilación de su naturaleza jurídica a la de las sentencias de la Corte Interamericana. Como venimos de evidenciarlo, en punto de la vigencia de los derechos consagrados en la Declaración y la Convención Americana, las recomendaciones contenidas en el informe del artículo 51 convencional son el producto final de un “proceso epistemológico” complejo, cuya singularidad no ha de afectar el “juicio” –o valoraciones–concreto de los comisionados en relación con la responsabilidad de los Estados y su deber de emprender acciones tendientes a superar la vulneración. Dicho en otras palabras, así como las sentencias de la Corte son el acto de cierre del proceso convencional –esto es, el que involucra Estados que hacen parte

de la Convención— los informes definitivos lo son para el extraconvencional (Y eventualmente para el propio proceso convencional), por lo que ontológicamente hablando representan manifestaciones vinculantes del Sistema de Protección, cuyo desconocimiento compromete la responsabilidad estatal internacional.

Sin desestimar las posiciones jurisprudenciales y doctrinales más refractarias a la idea de reconocerle obligatoriedad a las recomendaciones de la Comisión, aún las definitivas, la propuesta de interpretación aquí presentada entiende que, en cuanto a la protección y promoción de los derechos humanos a instancias internacionales, lo que realmente importa —si es que se quiere dotar de auténtica efectividad a su labor respetando la soberanía de los Estados de la Organización— es que los actos definitivos que el Sistema produzca sean el resultado de un proceso dialéctico de verificación que asegure a sus intervinientes un mínimo de seguridad jurídica (que involucre el respeto a la defensa, la refutación y la aportación de elementos materiales que permitan confirmar o desvirtuar los hechos denunciados, y la oportunidad de dar solución a la controversia amistosamente) y no su completa asimilación —por demás utópica— a las ritualidades tradicionales de procesos judiciales domésticos.

Como dijimos líneas atrás, lo que subyace en el fondo de la controversia no es otra cosa que el compromiso u obligación de respeto y protección de derechos que han asumido los Estados, en relación con el cual los órganos del Sistema tienen idéntica autoridad para verificar y dictaminar el estado de su cumplimiento.

Esto explica que en la gráfica de nuestra apuesta se encuentren ubicados —intencionalmente— en el mismo plano las recomendaciones del artículo 51, los

acuerdos de solución amistosa y las sentencias de la Corte, como el “estrato jurídico” más elevado, siendo el piso base el deber genérico de protección que le compete a los Estados en virtud de la Declaración¹⁷¹ y la Convención¹⁷². Así entendido, sólo las recomendaciones extemporáneas carecen absolutamente de valor jurídico, y por ende de efectos vinculantes.

De esta manera, tanto jueces como el resto del funcionariado, estarían en el deber de aceptar como fundamento de reclamos de parte lo recomendado en los informes del artículo 51, so pena de contribuir al mantenimiento de las condiciones de vulnerabilidad de los derechos, libertades o garantías, lo que se traduce en el perpetuo

¹⁷¹ “DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948)

Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias,”

¹⁷² “San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)
PREAMBULO.

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,
Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

incumplimiento de los compromisos estatales –estado de cosas absolutamente aberrante. Así lo afirmó la Sala Tercera del Consejo de Estado en sentencia No. 25000-23-26-000-2000-00662-01 (26036), del veintidós de febrero de dos mil siete, al referirse al procedimiento instituido por la ley 288/96, objeto de algunos comentarios previos.

Con fundamento en la anterior disposición constitucional (ART 93) y en atención a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, y la Comisión Interamericana, mediante sus recomendaciones, interpretan y desarrollan los contenidos de la Convención Americana de Derechos Humanos, los lineamientos que se trazan en dichos fallos y recomendaciones deben ser tenidos en cuenta por los diferentes operadores jurídicos de los Estados Parte. Así también lo dispone el artículo 1º de la Ley 288 de 1996: “El Gobierno Nacional deberá pagar, previa realización del trámite de que trata la presente Ley, las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado, o llegaren a declararse (sic), en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos...”. (Subrayado fuera de texto)

La categórica conclusión de esta Corte no deja lugar a dudas: las recomendaciones definitivas que formulen los comisionados obligan a los Estados comprometido en la afectación de los derechos consagrados en la Declaración y la Convención Americana.

Finalmente, reafirmando la postura del Consejo de Estado, al echar un vistazo al modelo de aplicación de las decisiones de los organismos internacionales instituido por la ley colombiana 288 de 1996–ya resaltamos atrás que el vocablo “decisiones” hace referencia directa a las recomendaciones de la Comisión Interamericana en

virtud del artículo 2º¹⁷³—es factible identificar un espacio práctico en el que adquiere relevancia, sentido y fundamentación nuestra idea de estratificación. En el párrafo 2 de su artículo 2º, esta norma concede efectos vinculantes única y exclusivamente a las decisiones definitivas de la Comisión, en cuyo caso el Comité interministerial encargado de su cumplimiento deberá emitir concepto favorable para que proceda el trámite especial previsto para su ejecución interna. Conforme al diseño del Sistema de protección interamericano, solo podría predicarse tal virtud de las recomendaciones formuladas en los informes de que trata el artículo 51.2 de la Convención.

Artículo 2º. Parágrafo 2º. Cuando el Comité considere que no se (sic) reúnen los presupuestos a que hace referencia el parágrafo anterior, deberá comunicarlo así al Gobierno Nacional para que presente la demanda o interponga los recursos del caso contra la aludida decisión ante órgano internacional competente, si lo hubiere. En todo caso, si no existiere segunda instancia prevista en el tratado internacional aplicable o se hubiere agotado el término para impugnar la decisión, el Comité deberá rendir concepto favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional.

Idénticos efectos envuelve el tenor literal de la 4ª causal de revisión de sentencias ejecutoriadas prevista en el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal colombiano, solo que ésta disposición no ofrece la explicitud suficiente a efecto de identificar el fenómeno de estratificación como si lo hace la ley de 1996. Lo

¹⁷³ Artículo 2º. Para efectos de la presente ley solamente se podrán celebrar conciliaciones o incidentes de liquidación de perjuicios respecto de aquellos casos de violaciones de derechos humanos en relación con los cuales se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.

realmente valioso de la causal cuarta es que atribuye efectos vinculantes solo a las “decisiones” –fallos y recomendaciones—adoptadas por los organismos internacionales de supervisión en el marco de un “proceso por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario”; esto excluye las recomendaciones que organismos como la Comisión Interamericana formulan extra procesalmente.¹⁷⁴

Interrelacionadas estas dos disposiciones legales, queda claro que la estratificación jurídica de las recomendaciones es un fenómeno implícito en el modelo adoptado por el legislador colombiano para la ejecución de los dictámenes de organismos internacionales de protección, no advertido hasta ahora por la jurisprudencia nacional, que resulta útil para explicar la lógica procesal del sistema interamericano y fundamentar reclamaciones de los beneficiarios ante los jueces nacionales.

¹⁷⁴ ARTÍCULO 192. PROCEDENCIA. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: 4. Cuando después del fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.

4. CONCLUSIONES.

-Los efectos prácticos de la estratificación jurídica de las recomendaciones como alternativa de interpretación-

i. La integración regional y la protección de los Derechos Humanos.

Desde los albores de su vida republicana independiente, los pueblos americanos han tratado de establecer mecanismos de asistencia y cooperación mutua, embarcándose en un proceso de integración que hasta la actualidad continúa evolucionando. Los tres estadios de este proceso, esto es, el Hispanoamericanismo, el Panamericanismo y el Interamericanismo, se distinguen no solo por las motivaciones que los explican sino por su contribución en el desarrollo de un sistema de protección de la democracia y de los derechos de las personas.

ii. La herencia westfaliana.

Ahora bien, la inspiración inicial en el modelo *westfaliano* que caracterizó el proceso integracionista de las nuevas Repúblicas Americanas, fundado en la autodeterminación y el respeto absoluto de la soberanía estatal, ha perneado hasta nuestros días los debates sobre el valor jurídico de ciertas decisiones de los organismos internacionales surgidas en su seno. Así, ni el elogiado activismo de los Comisionados no ha sido suficiente para romper esquemas conceptuales refractarios a la idea de reconocerle a sus recomendaciones un valor más allá del moral y político que sin duda tienen. Este respeto reverencial hacia uno de los elementos más importantes del modelo de Estado moderno, entorno al cual aún gravita el grueso de las relaciones interestatales, puede ser

considerado como uno de los factores que ha dado origen de la crisis de operatividad del sistema de protección regional.

iii. Las debilidades estructurales del Sistema.

Dando alcance a lo afirmado por el profesor español José Antonio Pastor Ridruejo, hemos podido corroborar que una de las fuentes de los problemas de operatividad del sistema de protección está dada en el incompleto estado de ratificaciones de la Convención; lo cual hace que la interpretación del rol y atribuciones de la Comisión Interamericana deba ser mucho más generosa, como una manera de compensar el desequilibrio que provoca la dualidad interna de dicho sistema.

Pero a la hora de valorar la operatividad de la Convención de San José respecto a la protección real de los derechos del hombre en América, hay que tener en cuenta factores de importancia fundamental. En este sentido conviene registrar primeramente la significativa ausencia de ratificaciones o adhesiones por parte de Estados americanos de gran población y peso político.

De otro lado, como hemos visto, incluso entre los Estados partes, la operatividad de la Convención es limitada sin no se ha aceptado la competencia de la Corte. Y es que realmente, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, la labor más interesante en materia de derechos humanos estriba en los informes de la Comisión en los casos —frecuentemente por desgracia— de violaciones graves, masivas y persistentes de los derechos del hombre.¹⁷⁵

¹⁷⁵ PASTOR RIDRUEJO, José A. *Ob. cit.* Pág. 248.

iv. *“Cría cuervos...” El actual reclamo reformista.*

Hoy, cuando los representantes de los Estados de la Organización invitan y hacen ingentes esfuerzos por replantear el rol y el alcance del mandato de los órganos de protección de los derechos humanos instituidos cerca de medio siglo atrás, especialmente el de la Comisión Interamericana, aluden insistentemente al debilitamiento de su soberanía por cuenta de una supuesta extralimitación de las facultades que se le han otorgado por vía de la Declaración y la Convención Americana. Lo paradójico, dicho sea de paso, es que los escenarios en que se llama con vehemencia a la reforma del Sistema —realmente con intenciones de restringir sus atribuciones—han sido posibles únicamente por el sacrificio y activismo político de sus órganos en aciagos capítulos de la historia reciente de esos mismos Estados. No sería honesto ahora cuando la democracia en la región es por mucho más robusta que lo que era hace apenas un par de décadas desconocer sin pudor alguno que la Comisión Interamericana ha sido su más importante artífice y abnegada defensora.

v. *La labor de la academia frente al Sistema.*

Ante tan irónica realidad, el compromiso de la academia ha de orientarse a devolverle el favor, por decirlo coloquialmente, a los órganos del Sistema, ofreciendo elementos conceptuales que sirvan para la construcción de un discurso consistente y razonable útil para su fortalecimiento. La identificación y articulación de estos elementos conceptuales, constituye el primer y más importante paso para hallar soluciones satisfactorias a complejos debates sobre el alcance efectivo de sus mandatos.

Es menester, entonces, reabrir discusiones aparentemente superadas como la que ha motivado la realización del presente trabajo: la naturaleza jurídica de las recomendaciones de la Comisión Interamericana. Esto implica volver sobre lo que ha dicho al respecto en los extremos y el intermedio de la discusión, de forma que sea posible auscultar su sentido real, si bien sea un tanto difícil por no decir imposible hablar de las motivaciones extrajurídicas que puedan explicarlas mejor.

vi. *Un planteo nuevo para revivir el debate.*

La estratificación jurídica de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, como propuesta de interpretación, ha sido ideada atendiendo a dicha necesidad para lo cual intenta armonizar las concepciones inconsistentes de la Corte Interamericana en relación con el carácter jurídico de las recomendaciones de la Comisión, así como sacarle el mejor provecho al replanteo de su tradicional posición frente a éstas —que ha supuesto el quiebre de su jurisprudencia a partir del fallo Loayza Tamayo— en beneficio de la vigencia de los derechos humanos. La acusada y evidente inconsistencia de los jueces interamericanos al explicar el valor jurídico de las recomendaciones, indudablemente hace mella en la legitimidad de la Corte —como lo haría a cualquier otro tribunal—, más allá que no alcance para afectar de modo trascendental la obligatoriedad de sus fallos (la cual no está sujeta a discusión por parte de los Estados parte de la Convención Americana que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte). La coherencia, consistencia y estabilidad de sus planteamientos juega a favor de la seguridad jurídica y el prestigio de su

jurisprudencia; valores fundamentales que no derivan de la mera legalidad de su rol y la sustancia jurídica de sus sentencias u opiniones.

vii. *Sintetizando la idea expuesta.*

El empleo del término “estratificación” atiende a la necesidad de identificar la realidad de un fenómeno ya insinuada en los trabajos de los profesores argentinos Leonardo Filippini, Susana Albanese y Bidart Campos, conforme al cual el carácter vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana en el marco de procesos contenciosos por violaciones a los derechos humanos está condicionado al tipo de informe en que se hayan formulado (Art. 50 – 51 Convencionales).

Consiste en una ordenación jerarquizada de las decisiones de la Comisión, que desafía el simplismo con el que se acostumbra resolver la cuestión sobre su valor como fuente de responsabilidad de los Estados e idoneidad para servir de fundamento a las acciones judiciales en el ámbito interno, que se plantea la existencia de tres “estratos” (de menor a mayor efecto vinculante): *i) Recomendaciones extemporáneas; ii) Recomendaciones Preliminares; iii) Recomendaciones definitivas.*

viii. *Déficit argumental de la jurisprudencia interamericana y la doméstica.*

El ejercicio analítico que subyace a la idea de estratificación jurídica, ha sido una oportunidad propicia para la identificación de pronunciamientos de la Corte Interamericana dinámicos, a primera vista contradictorios, cuya armonización

ha constituido un reto sin par, lo cual se suma a los sesgos interpretativos de que adolecen determinados planteos de la doctrina y la jurisprudencia de nuestras propias cortes. Así, en las sentencias de la Corte Suprema y la Corte Constitucional colombianas se advierte una ausencia injustificada –por el perfil del intérprete—de saturación y consistencia argumental como presupuesto o criterio de racionalidad.¹⁷⁶ Tuvimos oportunidad de observar en algunos de sus

¹⁷⁶ El constitucionalista colombiano Carlos Bernal Pulido, en su obra “El derecho de los derechos”, refiere a dicho criterio al explicar el concepto de “racionalidad de las decisiones de la Corte Constitucional”. En sus términos: (PULIDO BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, 2005. Pág. 63 y 64.)

“I. LOS CRITERIOS DE RACIONALIDAD.

La racionalidad es un concepto más abstracto y complejo que los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad. este concepto surge en la teoría jurídica como sucedáneo de la objetividad. Como es bien sabido, la objetividad es un ideal al que difícilmente se puede aspirar en el derecho constitucional, a causa de la indeterminación de las disposiciones constitucionales y legales. En los casos complejos emergen múltiples incertidumbres –de tipo analítico, normativo y fáctico—que suscitan polémicas y conflictos de opinión que no pueden resolverse mediante la aplicación de procedimientos interpretativos de tipo algorítmico. En estos casos, la corrección de la decisión y de los argumentos adoptados en la motivación no puede ser valorada mediante criterios objetivos, sino sobre la base del cumplimiento parcial de algunos criterios de racionalidad. Estos criterios deben respetarse en toda decisión jurisprudencial.

(...)

El elemento mencionado está compuesto por los siguientes criterios, con sus conceptos y reglas:

1. Primer criterio: claridad y consistencia conceptual. El fundamento de las sentencias constitucionales será tanto más racional cuanto más se haya construido sobre la base de argumentos claros y consistentes desde le punto de vista conceptual y lingüístico.
 - a. Claridad conceptual. El concepto de claridad conceptual implica que el significado de los argumentos utilizados por la Corte Constitucional pueda ser comprendido por las partes que intervienen en el proceso y por la comunidad jurídica y política. Los argumentos interpretativos utilizados por la Corte deben entonces seguir las reglas lingüísticas de la comunidad.
 - b. Consistencia conceptual. La consistencia conceptual se refiere a la no contradicción de los argumentos provistos por la corte Constitucional y al uso constante de los conceptos que componen tales argumentos; esto quiere decir que la Corte debe atribuir a los mismos conceptos siempre los mismos significados.
2. Segundo criterio: Consistencia normativa. El fundamento de las sentencias constitucionales será tanto más racional cuanto más se funde en argumentos que puedan justificar los mismos resultados interpretativos cuando se apliquen a hechos idénticos o análogos. La aplicación de los mismos argumentos a hechos distintos o la producción de resultados interpretativos diferentes debe ser siempre justificada.
3. Tercer criterio: Saturación. El fundamento de las decisiones constitucionales será tanto más racional cuanto más se base en argumentos que cumplan la máxima de saturación. Según

fallos un déficit de argumentos que confrontaran la tradicional concepción que desjerarquiza el valor de lo que recomienda la Comisión, y de esta manera ayudaran a explicar de modo más satisfactorio sus decisiones en cada caso. Así, al analizar la procedencia de la causal de revisión de sentencias ejecutoriadas por cuenta de un “pronunciamiento” de un órgano internacional de protección de derechos humanos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia omitió referir a fallos y opiniones de la Corte Interamericana que matizan la radical doctrina de *Caballero Delgado y Santana* —que hoy nos permiten plantear el fenómeno de la estratificación—, eludiendo contrastarlos del modo en que lo hemos hecho en el presente trabajo. Ni qué decir del absoluto silencio de estas mismas cortes sobre la vigencia de la ley 288 de 1996, suficientemente comentada, que da cuenta de la realidad del fenómeno de la estratificación en el sistema normativo nacional.

dicha máxima, todo argumento debe ser completo, es decir, debe contener todas las premisas que le pertenezcan.

4. Cuarto criterio: respeto de la lógica deductiva. El fundamento de las decisiones constitucionales será tanto más racional cuando más respete las reglas de la lógica deductiva.
5. Quinto criterio: respeto de las cargas de argumentación. El fundamento de las decisiones constitucionales será tanto más racional cuanto más cumplan sus argumentos con las diversas cargas de la argumentación propias del control de constitucionalidad de las leyes —por ejemplo, aquellas que se derivan de principios como el *in dubio pro libértate* o el de la presunción de constitucionalidad de las leyes—.
6. Sexto criterio: consistencia argumentativa y coherencia. El fundamento de las decisiones de constitucionalidad será tanto más racional cuanto más sea consistente y coherente desde el punto de vista argumentativo.
 - a. Consistencia argumentativa. La propiedad de la consistencia argumentativa se define como la ausencia de contradicciones entre las proposiciones que componen los argumentos de la Corte Constitucional (no se trata ya de la coherencia de los conceptos, que se explica en el primer criterio argumentativo de racionalidad).
 - b. Coherencia. El criterio de coherencia exige que las proposiciones utilizadas por la Corte Constitucional en el fundamento de las decisiones de constitucionalidad encuentren sustento en las reglas, en los valores comunes o los principios generales.” (Resaltado fuera de texto)

ix. *Idear la “estratificación” para facilitar la ejecución de las recomendaciones.*

Otra de las bondades de la estratificación jurídica de las recomendaciones tiene que ver con el mayor provecho que se pueda derivar del redireccionamiento argumental de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a favor de la promoción y protección de los derechos humanos. En efecto, el plantear la obligatoriedad diferenciada de las recomendaciones en función al informe en el que consten, representa un importante instrumento que permite emplear de modo seguro y consistente mecanismos internos de cumplimiento como las causales de revisión del código de procedimiento penal colombiano (Art. 192) o los mecanismos legales para la indemnización de perjuicios con ocasión de los pronunciamientos de un órgano internacional de protección de los derechos humanos (Como el previsto por la ley 288 del 9 de julio de 1996). En la medida en que se distinga el diferente carácter jurídico de las recomendaciones, es posible racional y razonablemente abogar por la ejecutoriedad de algunas de ellas, estas son, las formuladas en el informe definitivo del artículo 51.2 convencional; de manera que, los sujetos beneficiados puedan exitosamente acceder a las instancias judiciales internas en procura de hacer efectiva una determinada acción del Estado con base en lo que le ha sido recomendado. Mecanismos como la acción de tutela o de amparo podrían ser útiles en dicho propósito, máxime si se considera que el articulado de la Convención Americana integra el ordenamiento interno por mandato constitucional

específico (como en el caso argentino, artículo constitucional 75.22¹⁷⁷) o genérico (Por integrar el bloque de constitucionalidad, conforme lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitucional colombiana¹⁷⁸).

En consecuencia, la idea de estratificación presentada, y la construcción argumental que la explica, ofrece una alternativa de interpretación que se ajusta de mejor modo a la lógica procesal en virtud de la cual se tramitan las peticiones y los casos ante el Sistema Interamericano, pensada como una contribución a su operatividad por vía de la utilización de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios que contemple cada ordenamiento jurídico de los Estados americanos.

¹⁷⁷ “Artículo 75- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

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

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

¹⁷⁸ “ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

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

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor; y otros. Compiladores. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, Argentina. 2007.

ABRAMOVICH, Víctor, “*De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos*”. Sur Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 6, n° 11:2009.

ACOSTA LOPEZ, Juana Inés. Alcance de la competencia contenciosa de la CIDH a la luz del artículo 23 de su reglamento, 14 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, año 2009.

AKEHURST, Michael. *Introducción al derecho internacional*. Versión española y notas de Manuel Medina Ortega. Editorial Alianza. Madrid, España.1973.

ALBANESE, Susana. *Derechos Humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*. Tomo I. Editorial Belgrano. Buenos Aires, Argentina 1997.

ALBANESE, Susana. *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*. Editoriales La Rocca. Buenos Aires, Argentina. 1992.

ALICE, Mauricio. *El Sistema Jurídico Interamericano*. Instituto del Servicio Exterior de la Nación. Colección de Libros del ISEN. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. 2006.

AKHERST, Michel. *Introducción al Derecho Internacional*. Alianza Editorial. 1973.

AMADEO, José Luis. *Tratados internacionales interpretados por la Corte Suprema*. Editorial Adhoc, Villela Editor. Buenos Aires, Argentina. 2000.

AYALA CORAO, Carlos. “REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS” Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Número 30-31, Edición especial, Año 2001.

BARBOSA, Julio. *Derecho internacional público*. Segunda Edición. Editorial Zavalía. Buenos Aires, Argentina. 2008.

BIDART CAMPOS, Germán; ALBANESE, Susana. *Derecho Internacional. Derechos humanos y derecho comunitario*. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires, Argentina. 1998.

BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Serie G: estudios doctrinales, num. 120. México, 1989.

BIDART CAMPOS, Germán; ALBANESE, Susana. Interpretación del término “recomendaciones” a la luz de la corte Interamericana de Derechos Humanos”, JA 1996-III.

BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, Robert y SHELTON, Dinah. *La protección de los derechos humanos en las Américas*. Editorial Civitas, Madrid, 1994.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) 01-11-1998.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. Decimosexta Edición. Editorial Tecnos. Impreso en Madrid, España en 2007.

DULIZTKY, Ariel. “50 años del sistema interamericano de derechos humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios”. Ponencia ofrecida en el seminario conmemorativo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre organizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y celebrada en Bogotá de 2008.

DULITZKY, Ariel. Reflexiones para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Revista Aportes DPLf, Fundación para el Debido Proceso, No. 16, año 5, marzo 2002.

FAPPIANO, Oscar; LOAYZA, Carolina. *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1971 a 1995*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1998.

FIGUEROA PLÁ, Uldarico. *Manual de organismos internacionales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

FILIPPINI, Leonardo. “Los informes finales de la Comisión Interamericana en la Jurisprudencia de la Corte Suprema argentina” en ABRAMOVICH, Víctor;

BOVINO, Alberto y CURTIS, Christian. En ABRAMOVICH, Víctor; y otros. Compiladores. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, Argentina. 2007.

FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana y CAVANA, Agustín. El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse”. Texto correspondiente a la exposición en el “Desafíos de los mecanismos internacionales de protección”, correspondiente al “Seminario de Debates” del Centro de Estudios de Derecho Penal (CEDEP) de la facultad de derecho de la Universidad de Palermo, 11 de noviembre de 2010.

FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Primera Edición, quinta reimpresión, Fondo de la Cultura, Sección de Obras de Sociología, Buenos Aires, 2010.

GIL DOMINGUEZ, Andrés. El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Argentina de Derecho Constitucional* N° 4, Argentina, 2001.

GIL DOMINGUEZ, Andrés. Jurisdicción internacional de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la fórmula de la cuarta instancia. *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, año XV, N° 163, Argentina 1999.

MALARINO, Ezequiel. “Activismo judicial, Punitivización y Nacionalización, tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, artículo incluido en “SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS INTERNACIONAL HUMANITARIO”, Georg-August-Universität-Göttingen, Instituto de Ciencias Criminales — Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional Stiftung Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica -Oficina Regional Montevideo. 2010.

MEDINA QUIROGA, Cecilia y otro. *“Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección.”* Universidad de Chile Facultad de Derecho, 2007.

NOWAK, Manfred. *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*. Primera Edición. Departamento de Publicaciones de la Universidad de Buenos Aires, 2009.

ORTEGA DIAZ, Pedro. *El Congreso de Panamá y la Unidad Latinoamericana*. Impreso en la República Bolivariana de Venezuela, junio de 2006.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Sexta Edición. Editorial Tecnos S.A. España, 1998.

PEDRO NIKKEN, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid, editorial Civitas, 1987, pág. 42; referenciado en REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial TEMIS.

PULIDO BERNAL, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, Bogotá 2005.

SAGÜÉS, Néstor. Nuevamente sobre el valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Jurisprudencia Argentina* 1999-II.

SAGÜÉS, Néstor. EL valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Jurisprudencia Argentina* 1997-II.

SALVIOLI, Fabián Omar. Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos”; en “En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos”; Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2003.

SALVIOLI, Fabián Omar. “Derechos, acceso y rol de las víctimas”, en: *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Editado por el Instituto interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1997.

SALVIOLI, Fabián Omar. “*El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección Internacional de los derechos Humanos*”. Artículo publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, presentado en el seminario EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI, celebrado en San José de Costa Rica, 1999.

WLASIC, Juan Carlos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, anotada y concordada*. Editorial Juris. Rosario, Argentina. 2000.

- *Documentos Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*

CIDH, informes Anuales sobre Derechos Humanos de los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2009 y 2010.

CIDH, informe No. 44/04, relativo a la petición No. 2584-02, Laura Guadalupe Tena-Colunga y otros vs. México.

CIDH, informe No. 55/97, caso 11.137, Juan Carlos Abella vs Argentina.

CIDH, informe No. 55/97, caso La Tablada vs Argentina.

En el informe No. 44/04, relativo a la petición No. 2584-02, Laura Guadalupe Tena-Colunga y otros vs. México, la Comisión Interamericana

CIDH, informe No. 55/97, caso 11.137, Juan Carlos Abella vs Argentina, del 18 de noviembre de 1997.

CIDH, Informe de fondo N° 30/97, “Gustavo Carranza contra Argentina”.

CteIDH. Sentencia del 08 de diciembre de 1995, Caballero Delgado y Santana contra Colombia.

CteIDH. Sentencia del 29 de enero de 1997, caso Genie Lacayo contra Nicaragua.

CteIDH. Sentencia del 17 de septiembre de 1997, caso Loayza Tamayo contra Perú.

CteIDH. Sentencia del 24 de septiembre de 1999, caso Ivcher Bristein contra Perú.

CteIDH. OC-010/89.

CteIDH. OC-03/83.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

ESTATUTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, aprobado mediante la Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

ESTATUTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, aprobado por la Asamblea General de la OEA (Resolución No. 448)

Protocolo 11 adicional al CEDH relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio (Estrasburgo, mayo de 1994):

REGLAMENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009

- *Sentencias de la Corte Constitucional.*

S. T-786/03

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS- Vinculatoriedad de normas y de medidas cautelares

S. T-558/03

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Facultad de adoptar actos jurídicos unilaterales

S. T-786/03

MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Autoridades encargadas de la ejecución

S. T-558/03

RECOMENDACIONES COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

S. T-524/05

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Naturaleza y especificidades de los pronunciamientos

S. C-473/05

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Recomendaciones al estado colombiano por denuncias sobre desapariciones forzadas

S. T-524/05

ACCION DE TUTELA Y MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

S. T-385/05

ACCION DE TUTELA-Procedencia de la ejecución de medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

S. T-524/05

MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Deber de garantía de entidades estatales y alcance de las obligaciones

S. T-1025/07

COMUNIDAD DE PAZ DE SAN JOSE DE APARTADO-Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional

S. T-367/10

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Acción de tutela para conminar autoridades públicas a cumplir medidas cautelares

S.V. C-442/11

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (C.I.D.H.)-Alcance

S. T-585A/11

MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Procedencia de la tutela para obtener cumplimiento

- *Sentencias de la Corte Suprema de Justicia argentina.*

Fallos: 325:2322. “Alonso”.

Fallos: 328:2056. “Simón”.

“Sr. Fiscal General Solicita desarchivo de causas que tramitaron por art. 10 ley 23.049”, sentencia del 29 de abril de 2008, S.387.XLIII.

Fallos: 315:1492. "Ekmekdjian"

Fallos: 330:3248. “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad — Riveros”

“Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores– Provincia del Chubut”. S.C. C. 594; L. XLIV.

Fallos: 319:1840. “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación”.

Fallos: 318:514. “Giroldi, Horacio David y otros/ recurso de casación”.

Fallos: 321:3555. “Felicetti”

- *Sitios WEB.*

www.iidh.ed.cr

www.luismezquita.com

www.alternativabolivariana.org

www.hrea.net

www.icrc.org

www.juridicas.unam.mx

www.surjournal.org

www.derechoshumanos.unlp.edu.ar

www.oas.org

www.fundacionpdh.org

www.hrea.net

www.surjournal.org

www.juridicas.unam.mx

www.derechoshumanos.unlp.edu.ar

www.bibliojuridica.org

www.palermo.edu

ANEXO 1
LEY 288 DE 1996
Diario Oficial No. 42.826 del 9 de Julio de 1996

Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinado órganos internacionales de Derechos Humanos.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTICULO 1o. El Gobierno Nacional deberá pagar, previa realización del trámite de que trata la presente Ley, las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado, o llegaren a declararse (sic), en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos que más adelante se señalan.

ARTICULO 2o. Para los efectos de la presente Ley solamente se podrán celebrar conciliaciones o incidentes de liquidación de perjuicios respecto de aquellos casos de violaciones de derechos humanos en relación con los cuales se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.

2. Que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos proferido por un Comité constituido por:

- a) El Ministro del Interior;
- b) El Ministro de Relaciones Exteriores;
- c) El Ministro de Justicia y del Derecho;
- d) El Ministro de Defensa Nacional.

PARAGRAFO 1o. El Comité proferirá concepto favorable al cumplimiento de la decisión del Organismo Internacional de Derechos Humanos en todos los casos en que se reúnan los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales aplicables. Para ello tendrá en cuenta, entre otros elementos, las pruebas recaudadas y las providencias recaídas en los procesos judiciales, administrativos o disciplinarios internos y en la actuación surtida ante el respectivo órgano internacional.

PARAGRAFO 2o. Cuando el Comité considere que se no (sic) reúnen los presupuestos a que hace referencia el párrafo anterior, deberá comunicarlo así al Gobierno Nacional para que presente la demanda o interponga los recursos del caso contra la aludida decisión ante órgano internacional competente, si lo hubiere. En todo caso, si no existiere segunda instancia prevista en el tratado internacional aplicable o se hubiere agotado el término para impugnar la decisión, el Comité deberá

rendir concepto favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional.

PARAGRAFO 3o. El Comité dispondrá de un plazo de cuarenta y cinco (45) días, contados a partir de la notificación oficial del pronunciamiento del órgano internacional de que se trate, para emitir el concepto correspondiente.

El plazo en mención comenzará a correr a partir de la fecha en que principie a regir la presente Ley, respecto de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos que se hayan proferido con anterioridad a dicha fecha.

PARAGRAFO 4o. Habrá lugar al trámite de que trata la presente Ley incluso si hubieren caducado las acciones previstas en el derecho interno para efectos de obtener la indemnización de perjuicios por hechos violatorios de los derechos humanos, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en este artículo.

ARTICULO 3o. Si el Comité emite concepto favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional, el Gobierno Nacional solicitará la audiencia de conciliación ante el agente del Ministerio Público adscrito al Tribunal Contencioso Administrativo que sería competente, de acuerdo con el derecho interno, para dirimir la controversia objeto de la conciliación, en un término que no exceda los treinta (30) días.

Recibida la solicitud, el agente del Ministerio Público deberá citar a los interesados con el fin de que concurran ante él y presenten los medios de prueba de que dispongan para demostrar su legítimo interés y la cuantía de los perjuicios.

El agente del Ministerio Público correrá traslado de las pruebas aportadas y de las pretensiones formuladas por los interesados al gobierno Nacional y citarán a las partes a la audiencia de conciliación.

El Defensor del Pueblo será convocado al trámite de la conciliación.

ARTICULO 4o. La entidad pública a la cual haya estado vinculado el servidor público responsable de los respectivos hechos, procederá a determinar de común acuerdo con las personas que hayan demostrado legítimo interés, y basada en los medios de prueba que obren en la actuación, el monto de la indemnización de los perjuicios.

La conciliación versará sobre el monto de la indemnización. Para la tasación de los perjuicios aplicarán los criterios de la jurisprudencia nacional vigente.

En todo caso, sólo podrán reconocerse indemnizaciones por los perjuicios debidamente probados y que tengan nexo de causalidad con los hechos objeto de la decisión del órgano internacional.

ARTICULO 5o. La conciliación de que trata la presente Ley también podrá adelantarse dentro del proceso contencioso administrativo iniciado para obtener la indemnización de los perjuicios derivados de los mismos hechos a que se refiere la decisión del órgano internacional de derechos humanos, aun cuando hubiere precluido en el mismo la oportunidad para realizar la conciliación.

ARTICULO 6o. Para efectos de la indemnización de los perjuicios que serán objeto de conciliación, se tendrán como pruebas, entre otras, las que consten en procesos judiciales; administrativos o disciplinarios internos y, en especial, las valoradas por el órgano internacional para expedir la correspondiente decisión.

ARTICULO 7o. Si se lograre acuerdo, las partes suscribirán un acta en que se lo hará constar y que refrendará el agente del Ministerio Público. Dicha acta se enviará inmediatamente al respectivo Tribunal Contencioso Administrativo para que el Magistrado a quien le corresponda por reparto decida si la conciliación resulta lesiva a los intereses patrimoniales del Estado, o si puede hallarse viciada de nulidad. En cualquiera de ambos casos, el Magistrado dictará providencia motivada en que así lo declare.

ARTICULO 8o. El auto probatorio de la conciliación tendrá los alcances de un crédito judicialmente reconocido y efectos de cosa juzgada y, por ende, pondrá fin a todo proceso que se haya iniciado contra el Estado por los beneficiarios de la indemnización en relación con los hechos materia de la conciliación.

ARTICULO 9o. En los aspectos del trámite conciliatorio no previstos en la presente Ley, se dará aplicación a la Ley 23 de 1991 y a las demás disposiciones legales y reglamentarias que regulen la conciliación.

ARTICULO 10. Si se produjere una providencia que declare un acuerdo de conciliación como lesivo a los intereses patrimoniales del Estado o viciado de nulidad, los interesados podrán:

- a) Reformular ante el Magistrado de conocimiento los términos de la conciliación, de manera que resulte posible su aprobación;
- b) Si la nulidad no fuere absoluta, subsanarla y someter nuevamente a consideración del Magistrado el acuerdo conciliatorio;
- c) Acudir al procedimiento previsto en el artículo siguiente.

ARTICULO 11. Si no se llegare a un acuerdo luego del trámite de conciliación, los interesados podrán acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo competente, al trámite de liquidación de perjuicios por la vía incidental, según lo previsto en los artículos 135 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En el trámite de dicho incidente podrá recurrirse al procedimiento de arbitraje.

La decisión sobre el incidente de regulación de perjuicios se adoptará por el Tribunal en los términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo y será susceptible de los recursos de ley.

ARTICULO 12. Las indemnizaciones que se paguen o efectúen de acuerdo con lo previsto en esta Ley, darán lugar al ejercicio de la acción de repetición de que trata el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política.

ARTICULO 13. El Ministro de Justicia designará los funcionarios del Gobierno Nacional que pueden tener acceso a los expedientes administrativos, disciplinarios y judiciales, incluidos los tramitados ante la jurisdicción penal militar, para efectos de las actuaciones que deban surtirse ante los órganos internacionales de derechos humanos y, cuando sea el caso, para verificar la identidad de quienes deban beneficiarse de las indemnizaciones de que trata la presente Ley, así como el monto de los perjuicios que deben ser objeto de las mismas.

ARTICULO 14. Las atribuciones asignadas al Gobierno Nacional por medio de la presente Ley deberán ejercerse en forma tal que se evite el fenómeno de la doble o excesiva indemnización de perjuicios.

ARTICULO 15. El Gobierno Nacional remitirá copia de toda la actuación al respectivo órgano internacional de derechos humanos, para los efectos previstos en los instrumentos internacionales aplicables.

ARTICULO 16. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

Publíquese y Cúmplase

Dada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a 5 de julio de 1996.