



**VOTO DISIDENTE DEL
JUEZ EDUARDO VIO GROSSI**

**A LA SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2019
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**EN EL CASO ASOCIACIÓN NACIONAL DE CESANTES Y JUBILADOS DE LA
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA
(ANCEJUB-SUNAT) VS. PERÚ**

I. INTRODUCCIÓN

1. Se emite el presente voto disidente de la Sentencia del epígrafe¹, en razón de lo dispuesto en su Punto Resolutivo N° 1², relativo a la excepción interpuesta por la República del Perú³, referida al requisito del previo agotamiento de los recursos internos previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴.

2. Para mejor comprensión de la presente disidencia, es menester reiterar y aún ampliar lo ya expresado en otros votos individuales⁵ en lo concerniente al cumplimiento del citado requisito, abordándose, por tanto, sucesivamente algunas

¹ En adelante, la Sentencia. En lo sucesivo, cada vez que en las notas se indique "párr." o "párrs.", se deberá entender que la referencia es a párrafo o párrafos de la Sentencia.

² "Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado sobre la falta de agotamiento de recursos internos, en los términos de los párrafos 16 a 22 de la presente Sentencia."

³ En adelante, el Estado.

⁴ En adelante, la Convención.

⁵ *Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Díaz Loreto y Otros Vs. Venezuela, Sentencia de 19 de noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Terrones Silva y Otros Vs. Perú, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Amrhein y Otros Vs. Costa Rica, Sentencia de 25 de abril de 2018, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yarce y Otras Vs. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325; Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Espinoza y Otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316; Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Paiz y Otros Vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307; Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Campesina Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de Septiembre de 2015. Serie C No. 299; Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297; Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292; Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Liakat All Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, y Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.*

esta disidencia, las normas convencionales sobre la materia, las disposiciones reglamentarias en lo referente a la misma cuestión y, finalmente, las consecuencias que se derivarían de adoptarse un criterio diferente al que se expone en estas líneas.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS Y GENERALES

3. Las consideraciones previas y generales atinentes a la materia de autos, dicen relación con la función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶ y el rol del voto individual.

A. En cuanto a la función de la Corte

4. Este escrito se sustenta en que lo que le corresponde a la Corte⁷ es impartir Justicia en materia de derechos humanos conforme a Derecho y más específicamente, de acuerdo a la Convención y, por ende, tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos del que forma parte como del Derecho Internacional Público⁸ que aquél, a su turno, integra.

5. Entonces, a la Corte no le compete, en rigor, promover y defender los derechos humanos, puesto que la Convención le asignó expresamente a la Comisión esa función⁹, la que podría catalogarse de activista, entendiendo este término en el sentido más positivo posible¹⁰. Lo que le corresponde a la Corte es, en cambio, resolver las controversias que, en materia de derechos humanos, se susciten entre Estados Partes

⁶ En adelante, la Corte.

⁷Art. 62.3: *"La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial."*

⁸ Art. 31. 3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: *"Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: ... c) "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes."*

⁹ Art. 41: *"La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:*

a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;

b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;

d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y

g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos."

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2019: *"Activismo: 1. Tendencia a comportarse de un modo extremadamente dinámico. 2. Ejercicio del proselitismo y acción social de carácter público. Activista: 1. Perteneciente o relativo al activismo. 2. Seguidor del activismo."*

de la Convención, los que pueden comparecer ante aquella por sí¹¹ o, en el evento de que sea una persona o grupo de personas o entidad no gubernamental¹² la que haya presentado la denuncia contra uno o varios de ellos, los demás Estados Partes son representados por la Comisión¹³ e incluso deben conocer los casos en que el Estado Parte denunciado no ha dado cumplimiento a los fallos emitidos en los procesos incoados en su contra¹⁴.

6. La función de la Corte es, se reitera, fallar aplicando e interpretando la Convención, esto es, determinar el sentido y alcance de las disposiciones de esta última que, por ser en alguna medida percibidas como oscuras o dudosas, puedan ser objeto de varias posibilidades de aplicación, procurando que ello tenga como consecuencia la efectiva protección de los derechos humanos y, si ellos han sido violados, su más pronto restablecimiento¹⁵.

7. Evidentemente, para el cumplimiento de ese cometido, la Corte no cuenta con la facultad de juzgar al margen o con prescindencia de lo disponga el Derecho, expresado, a su respecto, en la Convención. En este orden de ideas, debe respetar el principio de Derecho Público de que únicamente se puede hacer lo que la norma expresamente disponga, por lo que, en cuanto a lo no regulado, rige la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado de que se trate¹⁶.

8. Además y por el mismo motivo señalado, la Corte debe, por una parte, proceder acorde únicamente lo que la Convención efectivamente dispone y no lo que desearía que establezca y por la otra, evitar modificarla, facultad asignada expresamente a los

¹¹ Art. 45.1: *"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 la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención."*

¹²Art. 44: *"Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte."*

¹³ Art.61.1: *"Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte."* Art.35: *"La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos."*

Art.57: *"La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte."*

¹⁴ Art.65: *"La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos."*

¹⁵ Art. 63.1: *"Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada."*

¹⁶ *"La cuestión de si un asunto determinado corresponde o no a la jurisdicción exclusiva del Estado, es una cuestión esencialmente relativa, la que depende del desarrollo de las relaciones internacionales. En el estado actual del desarrollo del derecho internacional, la Corte es de opinión que los asuntos relativos a la nacionalidad pertenecen, en principio, a ese dominio reservado".* Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva sobre ciertos decretos de nacionalidad dictados en la zona francesa de Túnez y Marruecos, Serie B N° 4 Pág. 24.

Protocole n° 15 portant amendement à la Convention (Européenne) de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, art.1: *"A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit: Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention."*

Estados Partes de aquella¹⁷. En consecuencia, si no está de acuerdo con lo que la norma convencional establece, lo que la Corte debe hacer, no es ejercer la función normativa internacional que le compete a los Estados, sino representarles la necesidad de modificar la norma de que se trate. Así, la nueva disposición que eventualmente surja del ejercicio de la mencionada función por parte de los Estados, ciertamente gozará de una más sólida y amplia legitimidad democrática.

9. En esta misma perspectiva, es igualmente procedente indicar que este documento responde a la circunstancia de que la Corte, en tanto órgano judicial, goza de la más amplia autonomía en su quehacer, no existiendo entidad superior que pueda controlar su proceder¹⁸, característica que le impone el imperativo de ser ella misma muy rigurosa en el ejercicio de su competencia, a los efectos de no desnaturalizarla y, consecuentemente, en definitiva no debilitar el sistema de protección interamericano de derechos humanos. Es por tal motivo que lo que se argumenta en este escrito persigue, entre otros objetivos, el más amplio reconocimiento de la Corte por parte de todos los que comparecen ante ella, es decir, las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos¹⁹, la Comisión²⁰ y los Estados Partes de la Convención que le hayan reconocido su competencia²¹ y así fortalecerla en su condición de órgano judicial y, consecuentemente, como la entidad de alcance continental más acabada que se ha logrado en resguardo de los derechos humanos, motivo por el que es menester persistir en su consolidación y perfeccionamiento, sin someterla a riesgos que puedan afectar negativamente dicho esfuerzo.

10. Todo lo anterior teniendo presente, además, que la Corte, por una parte, debe ejercer sus funciones apegada, entre otros, a los principios concernientes a la imparcialidad, independencia, objetividad, prescindencia política, ecuanimidad, plena igualdad ante la Ley y la Justicia, no discriminación y ausencia de prejuicios, características inherentes a todo órgano jurisdiccional y por la otra, que el fin último de su quehacer es resguardar debida y oportunamente los derechos humanos de las presuntas víctimas de violaciones de los mismos, esto es, debe proceder teniendo en cuenta que su función se asemeja, por ejemplo, a la que cumplen los tribunales de menores y los del trabajo, que se sustentan en el bien superior del niño, el primero, y

¹⁷ Art. 31: "*Reconocimiento de Otros Derechos. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.*"

Art. 76.1: "*Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.*"

Art.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.*"

¹⁸ Art. 67: "*El 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.*"

¹⁹ *Infra* Nota N° 12.

²⁰ *Infra* Nota N° 13.

Art. 25.1 del Reglamento de la Corte: "*Participación de las presuntas víctimas o sus representantes. Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso.*"

²¹ *Supra* Nota N° 7.

en la protección del trabajador, el segundo, todo ello en el marco de la Administración de Justicia.

11. Considerando todo lo precedentemente expuesto y en mérito de que la Convención es un tratado celebrado entre Estados²², por lo que establece obligaciones de ellos, pero respecto de los seres humanos que se encuentran bajo sus respectivas jurisdicciones,²³ es que se puede concluir en que la función de la Corte es desentrañar la voluntad que aquellos estamparon en el señalado tratado al momento de suscribirlo y, eventualmente, cómo esa expresión convencional debería ser entendida frente a nuevas situaciones.

12. Es por tal razón que la Corte dispone, para interpretar la Convención, no solo de su texto, sino también de las otras fuentes del Derecho Internacional Público, es decir, de la costumbre internacional, de los principios generales de derecho y de los actos jurídicos unilaterales de aquellos y, si así lo han acordado los Estados que comparecen ante ella, de la equidad y asimismo, pero como medios auxiliares, de la jurisprudencia, la doctrina y los actos de organizaciones internacionales declarativos de derecho²⁴.

13. Ahora bien, la principal regla de interpretación de los tratados contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados^{25 y 26}, es que:

²² Art.2.1a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "*Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;*".

²³ Art.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."

²⁴ Art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "*I. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; h. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.*

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren."

Es la única disposición convencional internacional que se refiere a las fuentes del Derecho Internacional Público. No incluye a los actos jurídicos unilaterales ni a las resoluciones de organizaciones internacionales declarativas de derecho.

²⁵ En adelante, la Convención de Viena.

²⁶ Art. 31: "*Regla general de interpretación: I. Un tratado deberá 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.*

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

“(u)n tratado deberá 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.”

14. Dicha norma comprende, por ende, cuatro métodos de interpretación. Uno es el método sustentado en la buena fe, lo que implica que lo pactado por los Estados Partes del tratado de que se trate debe entenderse a partir de que efectivamente ellos tuvieron la voluntad de concordarlo, de suerte de que realmente se aplicara o tuviera un efecto útil. El segundo es el método textual o literal, que incide en el análisis del texto del tratado, en el vocabulario que emplea y en el sentido ordinario de sus términos. Otro es el método subjetivo, que busca establecer la intención de los Estados Partes del tratado, analizando para ello, además, los trabajos preparatorios de éste y la conducta ulterior que aquellos han tenido sobre el mismo. Y el cuarto es el método funcional o teleológico, que pretende determinar el objeto y fin para el que fue suscrito el tratado. Estos cuatro métodos deben aplicarse simultánea y armoniosamente en la interpretación de un tratado, sin privilegiar uno sobre otro²⁷.

15. En definitiva, lo que está subyacente a lo que se expone en estas líneas es, por una parte, que la jurisdicción interamericana prevista en la Convención es el medio pacífico de solución de controversias que surjan entre sus Estados Partes en cuanto al respeto de los derechos humanos de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones y por la otra, que la Corte, al proceder de conformidad a lo contemplado en la Convención, le proporciona a sus fallos la necesaria y correspondiente seguridad jurídica. Y todo ello por considerar que el Derecho es el medio para alcanzar la Justicia y ésta la paz.

B. En lo que atañe al rol del voto individual

16. El presente voto parcialmente disidente se formula con pleno y absoluto respeto de lo resuelto en autos por la Corte y que, por ende, debe ser acatado. El presente escrito no puede, por tanto, ser interpretado, en modo alguno ni bajo ninguna circunstancia, como restando legitimidad a la decisión adoptada en la presente causa.

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

Art. 32.: *“Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”

²⁷ Es lo que diferencia de la interpretación de la ley, en la que en algunos países, como es el caso de Chile, según el artículo 19 de su Código Civil, prevalece la interpretación literal: *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.*

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.”

17. Por lo señalado, procede, asimismo, dejar expresa constancia de que, con lo que se sustenta en la presente opinión, no se persigue, bajo ningún supuesto, un debilitamiento o restricción de la vigencia de los derechos humanos, sino, precisamente, todo lo contrario. Efectivamente, lo que aquí se señala responde a la íntima certeza de que se logra el efectivo respeto de los derechos humanos si lo que se les exige a los Estados Partes de la Convención es lo que realmente ellos libre y soberanamente se comprometieron a cumplir²⁸. La seguridad jurídica tiene, a este respecto, un rol fundamental y, por ende, no puede ser entendida como una limitación o restricción al desarrollo de los derechos humanos, sino que más bien como el instrumento que mejor puede garantizar su efectivo respeto o, si han sido trasgredidos, su más pronto restablecimiento por parte del Estado correspondiente²⁹. De lo que se trata, entonces, no es sólo dictar sentencias sólidamente sustentadas y que desarrollen los derechos humanos, sino principalmente que, en el evento de que éstos hayan sido vulnerados, se restablezca su vigencia lo más pronto posible por parte del Estado concernido.

18. Y es que la emisión de votos individuales, los que en ocasiones pueden acarrear incompreensiones y aún descalificaciones o discriminaciones, no solo constituye el ejercicio de un derecho, sino fundamentalmente el cumplimiento de un deber, cual es, contribuir a la mejor comprensión de la función asignada a la Corte³⁰. Por otra parte, los votos individuales eventualmente podrían relacionarse con el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, consagrado en la Convención³¹.

²⁸ *Supra* Notas N°s 18 y 23.

Art. 33: *"Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:*

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y*
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte."*

²⁹ *Supra* Nota N° 15.

³⁰ Art.66.2: *"Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual."*

Art.24.3 del Estatuto: *"Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente."*

Art.32.1.a del Reglamento: *"La Corte hará público: a. sus sentencias, resoluciones, opiniones y otras decisiones, incluyendo los votos concurrentes o disidentes, cuando cumplan los requisitos señalados en el artículo 65.2 del presente Reglamento;"*

Art.65.2 del Reglamento: *"Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias."*

³¹ Art. 13: *"Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y

19. Es, por lo demás, por lo señalado que la institución del voto individual es también contemplada en las normas internacionales referidas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos³², a la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos³³, a la Corte Internacional de Justicia³⁴, a la Corte Penal Internacional³⁵ y al Tribunal del Mar³⁶.

20. Este voto se formula, entonces, abrigando la ilusión de que en el futuro se acoja, sea por la propia jurisprudencia sea por una nueva norma de Derecho Internacional, lo que en él se expone. En cuanto a la primera, dado que, siendo el fallo de la Corte obligatorio únicamente para el Estado Parte del caso en el que se pronuncia³⁷, ella, en tanto fuente auxiliar del Derecho Internacional y que, por ende, le corresponde "*la determinación de las reglas de derecho*" establecidas por una fuente autónoma del Derecho Internacional, es decir, tratado, costumbre, principio general de derecho o acto jurídico unilateral,³⁸ puede en el futuro variar al sentenciarse otro caso. Y respecto a la segunda, en virtud de que a quienes les compete la función normativa

aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional."

³² Art.74.2. de su Reglamento de Procedimiento: "*Tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire par une chambre ou par la Grande Chambre a le droit de joindre à l'arrêt soit l'exposé de son opinion séparée, concordante ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment.*"

³³ Article 44 de su Estatuto: "*Opinions individuelles Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle ou dissidente.*"

³⁴ Art. 57 de su Estatuto: "*Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente.*"

³⁵ Art 74.5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: "*El fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. La Sala de Primera Instancia dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría. La lectura del fallo o de un resumen de éste se hará en sesión pública.*"

³⁶ Art.30.3 de su Estatuto: "*Si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los miembros del Tribunal, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión separada o disidente.*"

³⁷ *Supra* Nota N° 18.

Art.68.1: "*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*"

Art. 46.1 de la Convention Européenne des Droit de l'Homme: "*Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.*"

Art. 46. y 3 du Statut de la Cour Africaine de Justice y des Droits de l'Homme: "*Force obligatoire et exécution des décisions. 1. La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige. ... 3. Les parties doivent se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige auquel elles sont parties, et en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour.*"

Art. 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "*La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.*"

³⁸ *Supra* Nota N° 24.

internacional es a los Estados y en el caso de la Convención, a sus Estados Partes a través de enmiendas a esta última³⁹.

III. LAS NORMAS CONVENCIONALES

A. Artículos sobre el agotamiento de los recursos internos

21. La regla del previo agotamiento de los recursos internos está contemplada en el artículo 46.1.a) de la Convención, que señala que:

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;

22. Por su parte, el artículo 47. a) de la Convención añade que:

“La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;”

B. Fundamento

23. El fundamento de la regla del previo agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de derechos humanos, se encuentra en el tercer párrafo del Preámbulo de la Convención, el que señala que:

“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”.

C. Naturaleza coadyuvante o complementaria de la protección interamericana

24. Expuesto el fundamento y las normas aplicables, procede insistir en que la indicada regla del previo agotamiento de los recursos internos y, por ende, que *“la protección internacional”*, en la especie, del sistema interamericano de derechos humanos, está contemplada en la Convención como *“de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”*, lo que, lógicamente, implica que aquella no reemplaza a ésta y eso, entre otras razones, en mérito de que, en lo concerniente al cumplimiento de lo que se decreta en el sistema interamericano, al menos en las controversias entre la Comisión y los peticionarios, por una parte, y el Estado concernido, por la otra, siempre deberá ser cumplido o ejecutado por este último⁴⁰.

³⁹ *Supra* Nota N° 17.

⁴⁰ *Supra* Nota N° 23.

25. Esto es, ello importa que la jurisdicción interamericana no sustituye ni reemplaza a la jurisdicción interna, solo la coadyuva o complementa, vale decir, contribuye o ayuda a que ésta restablezca, lo más pronto posible, la vigencia de los derechos humanos que se aleguen violados. A este respecto, no se debe olvidar que el obligado por la Convención es el Estado⁴¹ y, por ende, no solo tiene la obligación internacional de respetar y de hacer respetar los derechos consagrados en ella⁴² sino que, además, en no pocas ocasiones, ello lo puede hacer únicamente a través de sus tribunales de justicia.

26. Es por tal razón que, como lo ha señalado la Corte,

“que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios⁴³.”

27. En definitiva, entonces, la señalada regla es un mecanismo para permitirle al Estado cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos sin esperar que el sistema interamericano eventualmente le ordene, luego de un proceso, lo mismo⁴⁴. La aludida regla pretende, en consecuencia, que se le proporcione al Estado la posibilidad de disponer cuanto antes la efectiva vigencia y respeto de los derechos humanos violados, que es el objeto y fin de la Convención y, por ende, lo que en definitiva interesa que ocurra lo más pronto posible, haciendo innecesaria la intervención posterior de la jurisdicción interamericana.

28. La regla del previo agotamiento de los recursos internos importa, por lo tanto, que, en aquellas situaciones en que ya se ha alegado en el respectivo ámbito de la jurisdicción interna que el Estado no ha cumplido con los compromisos que contrajo en cuanto a respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, es posible reclamar la intervención de la instancia jurisdiccional internacional para que, si procede, le ordene cumplir con las obligaciones internacionales que ha violado, dé garantía de que no volverá a violarlas y repare todas las consecuencias de tales violaciones⁴⁵.

29. En esa perspectiva se puede sostener que si bien el efecto útil de la mencionada regla es que el Estado restablezca lo antes posible el respeto de los derechos humanos violados, objeto y fin de la Convención, también es cierto que dicha regla está establecida y quizás principalmente, en beneficio de la presunta víctima de la violación de derechos humanos.

D. Titular de la obligación

30. Por otra parte, también es menester destacar que la Convención concibe a la citada regla como una obligación que debe estar cumplida en forma previa a *“la*

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Supra* Nota N° 25.

⁴³ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61.

⁴⁴ *Supra* Nota N° 15.

⁴⁵ *Idem.*

petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44⁴⁶ ó 45⁴⁷", lo que equivale a afirmar que la responsabilidad de tal cumplimiento recae en debe ser acreditado por quién presente la petición ante la Comisión, es decir, "*(c)ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización*", la que podría intervenir posteriormente en el juicio correspondiente⁴⁸.

31. Efectivamente, se puede sostener, al amparo de lo prescrito en el citado artículo 46, que, para que la petición o comunicación pertinente sea admitida, deben haberse agotado previamente los recursos de jurisdicción interna y, evidentemente, a quién le corresponde dicho agotamiento es a la presunta víctima, a su representante o al que presentó aquella. Evidentemente, no resultaría lógico o comprensible hacer depender la admisibilidad de una petición o comunicación por violación de derechos humanos, a que el Estado en contra del cual ésta se dirige, haya agotado los recursos internos en contra de su propio actuar consistente precisamente por haber violado derechos humanos, pues en tal absurda hipótesis, jamás se podría recurrir a la instancia internacional.

32. Lo anterior parece evidente y si se hace mención a ello es para recalcar, sin que quede margen de duda alguna, que la referencia que la jurisprudencia de la Corte ha hecho a la circunstancia de que la regla en comenta "*está concebida en interés del Estado*" no significa, consecuentemente, que él sea el titular de la obligación de acreditar su cumplimiento. El obligado a ello no puede, entonces, ser sino la presunta víctima, su representante o el peticionario y es el cumplimiento de esa obligación lo que le permitirá al Estado responder la petición elevada ante la Comisión y eventualmente presentar la excepción de no agotamiento previo de los recursos internos.

⁴⁶ *Supra* Nota N° 12.

⁴⁷ "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 la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.*

2. *Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.*

3. *Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un periodo determinado o para casos específicos.*

4. *Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización."*

⁴⁸ Es en el Reglamento de la Corte de 1996 en que se contempla que "*(e)n la etapa de reparaciones los representantes de la víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma*" (Art.21). Los Reglamentos de 2000, 2003 y 2009, establecían que "*(d)espués de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso*" (Arts. 23.1). El actual Reglamento, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, dispone que "*(d)espués de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso*" (Art.25.1).

E. Oportunidad de la petición

33. Igualmente, es procedente reiterar que la regla del previo agotamiento de los recursos internos lógicamente constituye un requisito que se debe cumplir con anterioridad a la presentación de la petición ante la Comisión y que en ella se debe dar cuenta de tal cumplimiento o de la imposibilidad de hacerlo.

34. En efecto, téngase presente los transcritos artículos 46.1.a) y 47.b) de la Convención se refieren a la *"petición o comunicación presentada"*, vale decir, a un acto instantáneo, que se produce en un momento determinado y que no se prolonga en el tiempo. Lo mismo se puede sostener respecto del artículo 48.1.a) de la Convención, cuando establece que:

"La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso."

35. Vale decir, lo que la Convención señala es que es la *"petición o comunicación presentada"*, cuyas *"partes pertinentes"* son las que se transmiten al Estado concernido, lo cual significa que es en la petición que debe indicarse el cumplimiento del requisito del previo agotamiento de los recursos internos o la imposibilidad de hacerlo por la ocurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el transcrito artículo 46.2, para que el Estado pueda responder y eventualmente interponer la excepción correspondiente, lo que implica que es al momento de presentarse la petición, que aquello debe haber ya acontecido.

36. Abona esta interpretación lo señalado en el artículo 46.1.b) de la Convención, en orden a que la petición debe haber sido

"presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva".

37. Ciertamente, hay que entender que la aludida decisión definitiva es la recaída en el último recurso interpuesto, sin que hayan otros susceptibles de ser accionados. Es decir, el plazo indicado para presentar la solicitud se cuenta desde el momento de la notificación de la resolución definitiva de las autoridades o los tribunales nacionales sobre los recursos que se hayan interpuestos ante ellos y que son, por ende, los que pueden haber generado la responsabilidad internacional del Estado, lo que obviamente implica que, al momento de ser aquella *"presentada"*, éstos deben haber estado agotados.

38. Refuerza lo afirmado el tenor del referido artículo 6.1.a) en cuanto a que se refiere a que *"se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna"*, esto es, en tanto alude a algo que haya ya acontecido antes de la presentación de la petición correspondiente.

F. Norma imperativa

39. En concordancia con lo sostenido, se puede asimismo recordar que el artículo 47.a) dispone que

"(l)a Comisión declarará inadmisibile toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando: falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46".

40. Es decir, tal disposición es imperativa. La Comisión debe declarar inadmisibile *"toda petición o comunicación presentada"* respecto de la que no se hayan agotado los recursos internos o que no se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el transcrito artículo 46.2.

41. Evidentemente, la Comisión no puede hacer otra cosa que lo señalado, como, por ejemplo, declarar admisible una petición o comunicación no obstante que, al momento de ser *"presentada"*, no se haya cumplido con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos pero que sí se han cumplido al momento en que es *"admitida"*, puesto que si lo hace, la deja sin efecto o sentido real o práctico, más que el dar inicio a un procedimiento y no a la *litis*.

42. En efecto, si no se exige que los recursos internos se hayan agotado antes de la presentación de la petición o que ésta lo haya sido dentro del plazo de seis meses de la notificación definitiva, tampoco se podría exigir que *"la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional"* o que *"contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición"*, requisitos también exigidos por el artículo 46 de la Convención, puesto que todo ello podría ser subsanado con posterioridad y, en todo caso, antes de la declaración de admisibilidad, lo que, evidentemente, no se compadece con lo previsto en la norma recién citada.

G. Presentación y admisibilidad de la petición

43. Finalmente, cabe advertir, asimismo, que los referidos artículos convencionales no indican que los indicados requisitos deban cumplirse al momento en que la Comisión se pronuncia sobre la admisibilidad de la petición o comunicación. Más bien, se puede sostener que lo mencionados artículos de la Convención distinguen entre dos momentos, a saber, uno, en el que aquella es *"presentada"* y otro, en el que es *"admitida"*. Ello se sustenta, adicionalmente, en lo prescrito en el ya transcrito artículo 48.1.a) y, asimismo, en lo previsto en las b) y c) del mismo⁴⁹.

⁴⁹ "1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;

c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;

d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere

44. Tales normas establecen, por lo tanto, que una vez "*presentada*" la petición o comunicación ante la Comisión, comienza el procedimiento de admisibilidad, en el que se debe resolver la "*litis*" referida a aquella, vale decir, si, en el momento en que fue "*presentada*" y tal como lo fue, cumplía o no con los requisitos estipulados en el evocado artículo 46. En caso de resolución afirmativa, dicha petición debe ser declarada "*admisible*" y en caso de decisión negativa, debe ser declarada "*inadmisible*". Se debe subrayar que la citada norma convencional no dispone que basta con que al momento en que la Comisión se pronuncia sobre la admisibilidad de la petición, ella cumpla con esos requisitos. Solo expresa que, para que la "*petición presentada*" sea admitida, se deben haber interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna. Es en consecuencia, sobre la petición o comunicación "*presentada*" que la Comisión se debe pronunciar sobre si, en ese instante y no después, ella cumplía con el requisito del agotamiento previo de los recursos internos o que se alegó que ello no procedía.

H. Medios de interpretación complementarios

45. En lo concerniente a los medios de interpretación complementarios, cabe indicar que de los antecedentes de la Convención, no consta cual fue la inspiración doctrinal de lo previsto en su artículo 46.1.a, en particular de su frase "*que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos*".

46. Por tal motivo, es de presumir que se procedió así, es decir, sin tener necesidad de justificar la referencia a los aludidos principios, porque estaban ya sólidamente incorporados o reconocidos por el Derecho Internacional Público, lo que habría acontecido al resolver la Corte Internacional de Justicia la tercera excepción preliminar interpuesta por los Estados Unidos de América en el *Caso Interhandel*, 1959. Al efecto, dicha Corte señaló que

*"la regla de que los recursos locales deben agotarse antes de poder establecerse procedimientos internacionales, es una regla de derecho internacional consuetudinario bien establecida"*⁵⁰.

necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;

e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;

f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad."

⁵⁰ 27 Affaire de l'Interhandel (Arrêt du 21 III 59): "*La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier; elle a été généralement observée dans les cas où un Etat prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international. Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne. Cette règle s'impose à plus forte raison quand les procédures internes sont en cours, comme c'est le cas pour l'Interhandel et quand les deux actions, celle de la société suisse devant les tribunaux des Etats-Unis et celle du Gouvernement suisse devant la Cour dans sa conclusion principale, visent à obtenir le même résultat: la restitution des avoirs de l'Interhandel séquestrés aux Etats-Unis.*"

47. Siendo, pues, un principio de Derecho Internacional, fundamentado en la costumbre internacional y pública y notoriamente bien establecido, probablemente no se estimó necesario justificar su incorporación a la Convención. De esa forma, esta última no solo lo consolidó aún más al consagrarlo convencionalmente, sino que, además, no lo limitó a los nacionales ("*ressortissant*") del Estado requerido. Efectivamente, lo hizo aplicable "*a toda persona que esté sujeta a (la) jurisdicción*"⁵¹ de sus Estados Partes, sean o no nacionales de alguno de éstos.

48. Ahora bien, en lo que interesa en vista de la posición que se expresa en el presente voto, es que, según la mencionada resolución de la Corte Internacional de Justicia, que se debe entender como el antecedente del citado artículo 46.1.c) de la Convención, el agotamiento de los recursos internos debe haberse realizado con anterioridad a la reclamación que se formula, lo que viene a confirmar la interpretación exteriorizada en el presente documento.

49. Habida cuenta todo lo expuesto, es a todas luces evidente que, de conformidad a lo previsto en la Convención y de aceptarse el criterio según el cual el requisito del agotamiento previo de los recursos internos podría cumplirse después de haberse presentado la petición correspondiente ante la Comisión, resultaría, entonces, que aquella podría no tener, en tal hipótesis, contenido alguno o ser imposible de comprender y así se permitiría que el caso a que se refiera fuese abordado simultáneamente por la jurisdicción interna y por la justicia internacional, situación absurda y, ciertamente, no prevista por la Convención.

I. Excepciones a la regla de previo agotamiento de los recursos internos

50. El numeral 2 del artículo 46 dispone:

"Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos."

51. De suerte, por lo tanto, que el cumplimiento de la regla del previo agotamiento de los recursos internos admite las tres excepciones previstas en la norma recién nuevamente reproducida, todas cuestiones de hecho a la luz del Derecho Internacional, que deben ser ponderadas por la Comisión o la Corte, según y cuando corresponda.

52. Empero, respecto a la oportunidad de invocarlas, también es evidente que es en la petición, de suerte que la tramitación de las citadas excepciones a la regla del previo agotamiento de los recursos internos sigue el curso de aquella.

⁵¹ *Supra* Nota N° 23.

IV. LAS NORMAS REGLAMENTARIAS

53. Lo expuesto también lo que contempla el Reglamento de la propia Comisión, al regular el procedimiento de admisibilidad de la petición formulada ante la Comisión y que, por tanto, refleja la interpretación que ella tiene del artículo 46 de la Convención⁵². En dicho procedimiento se distingue entre la presentación de la petición y su revisión inicial, el traslado de la petición al Estado, la respuesta de éste, las observaciones de las partes y, por último, la decisión sobre su admisibilidad.

A. Revisión inicial por parte de la Comisión

54. Efectivamente, por de pronto, procede considerar lo que señala el artículo 26 de dicho Reglamento establece que:

"Revisión inicial. 1. La Secretaría Ejecutiva de la Comisión tendrá la responsabilidad del estudio y tramitación inicial de las peticiones presentadas a la Comisión que llenen todos los requisitos establecidos en el Estatuto y en el artículo 28 del presente Reglamento.

2. Si una petición no reúne los requisitos exigidos en el presente Reglamento, la Secretaría Ejecutiva podrá solicitar al peticionario o a su representante que los complete.

3. Si la Secretaría Ejecutiva tuviera alguna duda sobre el cumplimiento de los requisitos mencionados, consultará a la Comisión"⁵³.

55. A su turno, el artículo 27 de dicho cuerpo normativo establece que:

"Condición para considerar la petición. La Comisión tomará en consideración las peticiones sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, con relación a los Estados miembros de la OEA, solamente cuando llenen los requisitos establecidos en tales instrumentos, en el Estatuto y en el presente Reglamento"⁵⁴.

56. Por su parte, el artículo 28.h) del Reglamento citado, dispone que

"...Requisitos para la consideración de peticiones las peticiones dirigidas a la Comisión. deberán contener la siguiente información: ... las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del Presente Reglamento"⁵⁵.

57. Cabe llamar la atención acerca de que el artículo 29.1.y 3 del mismo cuerpo, reitera lo señalado en el artículo 26.1 y 3:

⁵² En Reglamento actualmente vigente fue aprobado el 18 de marzo de 2013 y entró en vigencia vigente a partir del 1 de agosto del mismo año. Atendido que, al momento de la presentación de la petición se encontraba vigente el Reglamento de 1980, en notas a pie de página de los correspondientes artículos del Reglamento actualmente vigente, se indicará el equivalente de aquél.

⁵³ Art.27.

⁵⁴ Art.27.

⁵⁵ Art.29.d

“Tramitación inicial: 1. La Comisión, actuando inicialmente por intermedio de su Secretaría Ejecutiva, recibirá y procesará en su tramitación inicial las peticiones que le sean presentadas. Cada petición se registrará, se hará constar en ella la fecha de recepción y se acusará recibo al peticionario.

...

3. Si la petición no reúne los requisitos exigidos en el presente Reglamento, la Comisión podrá solicitar al peticionario o a su representante que los complete conforme al artículo 26.2 del presente Reglamento”⁵⁶.

58. De ello se infiere, entonces, que la información requerida para que se pudiera dar “trámite” o “considerar” a la pertinente petición debe referirse sea a las gestiones realizadas para agotar los recursos de la jurisdicción interna sea a la imposibilidad de agotarlos. Es decir, la petición debe dar cuenta de lo hecho para que los recursos en cuestión se agotaran o que era imposible agotarlos y que si en ella nada se expresa sobre el particular, la Comisión debe exigir al peticionario que lo haga bajo el apercibimiento reglamentario de no considerarla.

59. En el sentido indicado, la Comisión, actuando a través de su Secretaría Ejecutiva, debe realizar un primer control de convencionalidad de la petición, vale decir, contrastarla con lo dispuesto por la Convención y por el citado Reglamento, en otras palabras, debe determinar si ella cumple con los requisitos correspondientes al momento de ser “presentada” y si constata que no cumple, debe exigir se haga. De otra manera no se entiende la lógica y necesidad del “estudio y tramitación inicial” de la petición ni tampoco la razón por la que se deba requerir al peticionario que la complete indicando las gestiones emprendidas para agotar los recursos internos o la imposibilidad de cumplirlos.

60. Es, pues, el propio Reglamento de la Comisión el que dispone que son las peticiones dirigidas a la Comisión las deben incluir la información concerniente a las gestiones efectuadas, obviamente antes de su presentación, para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo, de lo cual se debe dejar debida constancia. Esta exigencia reglamentaria, que da cuenta de la interpretación que la propia Comisión hace de las correspondientes normas convencionales, es de la máxima relevancia y es su cumplimiento la que permite posteriormente establecer la *litis* sobre el particular.

B. El traslado de la petición al Estado involucrado

61. También en lo que respecta al traslado de la petición al Estado concernido, el Reglamento de la Comisión confirma la interpretación aludida, esto es, que el agotamiento de los recursos internos es un requisito que debe cumplirse previamente a la presentación de la petición ante la Comisión y que de ello debe darse debida cuenta en la petición que se presenta ante la Comisión.

62. En efecto, el artículo 30.1.y 2., del Reglamento mencionado, establece:

“Procedimiento de admisibilidad 1. La Comisión, a través de su Secretaría Ejecutiva, dará trámite a las peticiones que reúnan los requisitos previstos en el artículo 28 del presente Reglamento.

⁵⁶ Arts. 30 y 31.1.a) y b).

2. A tal efecto, transmitirá las partes pertinentes de la petición al Estado en cuestión. ... La solicitud de información al Estado no prejuzgará sobre la decisión de admisibilidad que adopte la Comisión⁵⁷.

63. Téngase presente, a este respecto, que lo que el traslado al Estado concernido decretado por la Comisión debe ser de la petición misma y ello siempre y cuando ella cumpla con, entre otros, el requisito relativo a la información acerca de las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo. Es decir, dicho traslado de la petición debe proceder en el supuesto de que ella cumple con el tan mencionado requisito.

64. La referida norma no establece, por ende, que dicho requisito debe o puede cumplirse en un momento posterior al de la presentación de la petición. Igualmente debe ponerse atención en cuanto a que el citado traslado debe ser de la petición tal como fue "*presentada*" y que, por tanto, debe incluir la referencia al citado requisito. De otra manera, el Estado no tendría forma de eventualmente oponer la respectiva excepción.

C. Respuesta del Estado y observaciones de las partes

65. Ahora bien, de acuerdo a lo previsto en el artículo 30.3., primera frase, y 5 del Reglamento en comento,

"3. El Estado presentará su respuesta dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha de transmisión.

...

5. Antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición, la Comisión podrá invitar a las partes a presentar observaciones adicionales, ya sea por escrito o en una audiencia, conforme a lo establecido en el Capítulo VI del presente Reglamento⁵⁸.

66. Obviamente, la respuesta del Estado al traslado concedido y las observaciones adicionales de las partes en respuesta a la invitación que se les formula, deben referirse a la petición pertinente, la que, se repite, debe cumplir con todos los requisitos establecidos, entre ellos, el informar sobre las gestiones realizadas para agotar, antes de su presentación, los recursos de jurisdicción interna. Se debe recalcar, a estos efectos, que la norma en comento se refiere expresamente a que "*antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición*", invitará "*a las partes a presentar observaciones adicionales*", las que lógicamente no pueden referirse sino a lo expuesto den la petición "*presentada*".

67. Es por ese motivo que el artículo 31.3 del Reglamento de la Comisión estipula que:

"Cuando el peticionario alegue la imposibilidad de comprobar el cumplimiento del requisito señalado en este artículo, corresponderá al Estado en cuestión

⁵⁷ Art. 31.1.c).

⁵⁸ Art. 31.5. y 6.

*demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente*⁵⁹.

68. Pero, cabe hacer presente que lógicamente también en el evento, no expresamente considerado en el Reglamento de la Comisión, de que el peticionario indique, en su petición, que ha agotado previamente los recursos internos, es decir, que ha dado cumplimiento a lo ordenado en el artículo 46.1.a) de la Convención, el Estado puede interponer la excepción u objeción de que ello no ha acontecido.

69. Es indiscutible, en consecuencia, que la citada respuesta estatal lógica y necesariamente lo debe ser respecto de la petición *“presentada”* ante la Comisión y que es respecto a lo acontecido en ese instante y no después, cuando se traba la *litis* o el contradictorio en lo atinente al previo agotamiento de los recursos internos.

70. Así, entonces, resulta evidente que el cumplimiento de la regla del previo agotamiento de los recursos internos o la imposibilidad de cumplirlo, debe señalarse en la petición, puesto que de otra manera, el Estado no podría dar respuesta sobre el particular. En otras palabras, únicamente si en la petición se indica que se ha dado cumplimiento a la regla en comento o que es imposible hacerlo, el Estado puede estar en condiciones de alegar su incumplimiento y en demostrar la disponibilidad, adecuación, idoneidad y efectividad de los recursos internos no agotados, todo lo cual importa, se reitera una vez más, que tal requisito debe haberse cumplido previamente o alegarse la imposibilidad de su cumplimiento, antes de formular la petición de cuyas partes pertinentes se da traslado al Estado precisamente para que les dé respuesta.

71. En cambio, si en la petición no se hace alusión alguna al requisito en cuestión, al Estado únicamente le corresponde señalar tal circunstancia, esto es, que la petición no cumple con aquél. Imponerle al Estado, en tal situación, la obligación de demostrar, de todas maneras, la existencia de los recursos adecuados, idóneos y efectivos no agotados, significa sustituir al peticionario por el Estado en tanto titular de las obligaciones de agotar previamente los recursos internos prevista en la Convención y en el Reglamento de la Comisión y de proporcionar la *“información (sobre) las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo”* e imponerle una carga por una obligación ajena.

72. Cabe repetir, adicionalmente, que, por lo mismo, es al momento en que se presenta la petición en que los recursos internos deben haberse agotados o bien haberse indicado la imposibilidad de que lo sean, puesto que, sostener que esos recursos podrían agotarse después de *“presentada”* aquella y, consecuentemente, de su notificación al Estado, afectaría el indispensable equilibrio procesal y dejaría a aquél en la indefensión, ya que no podría interponer en tiempo y forma la pertinente excepción preliminar.

73. Es en ese marco que debería entenderse lo sostenido por la Corte en cuanto a *“que una objeción al ejercicio de su jurisdicción basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno, esto es, durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión”*⁶⁰, ya que éste, como se ha expuesto, cubre desde el momento en que se recibe la petición y se le da trámite inicial por parte de la Comisión, a través de su Secretaría Ejecutiva,

⁵⁹ Art. 34.3.

⁶⁰ Párr.16.

hasta el momento en que aquella se pronuncia sobre su admisibilidad, pero, empero, ello no implica, que deba ser en este último momento en el que se deba haber cumplido dicho requisito, sin importar si lo fue o no antes.

D. Decisión sobre la admisibilidad

74. Efectivamente, el artículo 31.1 del mismo texto reglamentario, titulado *“Agotamiento de los recursos internos”*, establece que:

“Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto la Comisión verificará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.”⁶¹

75. Nótese que esta norma indica que, para poder decidir sobre la admisibilidad del asunto, la Comisión debe *“verificar”*, es decir, comprobar o examinar⁶², si se han interpuestos y agotados los recursos de jurisdicción interna, lo que, ciertamente, debe haber acontecido al menos, antes de adoptarse la decisión correspondiente. La señalada norma reglamentaria no dispone que tal verificación deba realizarse respecto a recursos interpuestos y agotados después de la presentación de la petición.

76. Por otra parte, el artículo 32.1 de dicho Reglamento, denominado *“Plazo para la presentación de peticiones”*, es coincidente con la interpretación expuesta al indicar que

“La Comisión considerará las peticiones presentadas dentro de los seis meses contados a partir de la fecha en que la presunta víctima haya sido notificada de la decisión que agota los recursos internos”⁶³.

77. Vale decir, tal disposición establece las peticiones que serán objeto de consideración por parte de la Comisión respecto de su admisibilidad y al efecto reitera lo prescrito en el artículo 46.1.b de la Convención, esto es, que el plazo indicado para presentar aquellas se debe contar desde el momento de la notificación de la resolución definitiva de las autoridades o los tribunales nacionales sobre los recursos que se han interpuestos ante ellos y que son, por ende, los que podrían haber generado la responsabilidad internacional del Estado, lo que obviamente implicaba que, al momento de ser aquella *“presentadas”*, éstos deben haber sido agotados.

78. Pues bien, de acuerdo al artículo 37 del Reglamento en comento, titulado *“Decisión sobre admisibilidad”*

“1. Una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión se pronunciará sobre la admisibilidad del asunto. Los informes de admisibilidad e inadmisibilidad serán públicos y la Comisión los incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

2. Con ocasión de la adopción del informe de admisibilidad, la petición será registrada como caso y se iniciará el procedimiento sobre el fondo. La adopción del informe de admisibilidad no prejuzga sobre el fondo del asunto.

⁶¹ Art.32.a).

⁶² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, edición 2018.

⁶³ Art.32.1.y 35.

3. En circunstancias excepcionales, y luego de haber solicitado información a las partes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 del presente Reglamento, la Comisión podrá abrir el caso pero diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo. La apertura del caso se efectuará mediante una comunicación escrita a ambas partes.⁶⁴”

79. Sobre este particular, es procedente señalar que la norma recién aludidas no dispone que los recursos de la jurisdicción interna necesariamente se deban haber agotado para poder adoptar la decisión sobre la admisibilidad, puesto que tal decisión puede ser, en definitiva, la de no admitir la petición precisamente por no haberse agotado tales recursos.

80. Asimismo, es de destacar que dicha norma tampoco establece que deba ser en el momento en que se adopta la decisión sobre la admisibilidad el que deban estar agotados los recursos internos aunque no lo hayan estado previamente al mismo, sino que sencillamente dispone que, *“una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión se pronunciará sobre la admisibilidad del asunto”*, nada más. Esta norma no se refiere en específicamente, pues, a la oportunidad en que se debe haber cumplido con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, sino a la oportunidad en que se debe adoptar la decisión sobre la días 11 de noviembre de 1998, 27 de agosto de 2003 y 8 de octubre de 2004, el proceso de ejecución de sentencia aún se encontraba abierto y pendiente de decisión 87. Asimismo, se puede sostener que, en el evento que la petición haya informado sobre el cumplimiento de los recursos internos o de la imposibilidad de hacerlo, es con la presentación de la petición y la contestación a ella que formule el Estado, que se traba la *litis* en la materia y que, consecuentemente, es sobre si, a ese momento, y no posteriormente, se han agotado tales recursos o que no era obligatorio hacerlo, que la Comisión debe pronunciarse en la admisibilidad.

81. Por otra parte, de autos se desprende que los hechos atinentes al requisito del previo agotamiento de los recursos internos, son:

a) La primera petición en esta causa es de 10 de noviembre de 1998 y luego los representantes presentaron otros escritos con fechas 11 de noviembre de 1998, 27 de agosto de 2003 y 8 de octubre de 2004, alegando el retardo en la ejecución de la sentencia sobre la que versa la causa pero sin señalar el haber cumplido con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos o de la imposibilidad de hacerlo y, al respecto, la Secretaría de la Comisión no efectuó el control de convencionalidad;

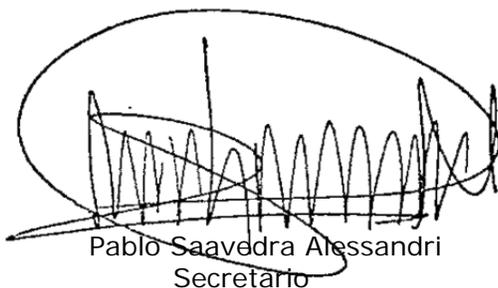
b) El 27 de mayo de 2005, el Estado responde al traslado que le otorgó la Comisión con fecha 29 de marzo de 2005, interponiendo la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos y recordando que el caso se trata de la ejecución de una sentencia, proceso, a esa fecha, aún abierto y pendiente de decisión; y

c) El 19 de marzo de 2009, la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad señalando que resultaba aplicable la excepción al artículo 46.2.c) debido a los recursos interpuestos por las autoridades demandadas, la demora de las autoridades judiciales en la resolución de los recursos, y la falta de claridad respecto a la vía idónea para lograr la ejecución de la sentencia.

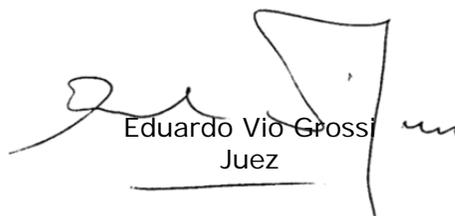
⁶⁴ Art.37.1, 2 y 3, 38.

82. En mérito, pues, a lo señalado, el suscrito votó por rechazar el punto resolutive 1 de la Sentencia, en el que desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado sobre la falta de agotamiento de recursos internos⁶⁵.

83. Pero, además, el infrascrito estima que, por coherencia y consecuencia, ha debido votar negativamente también el resto de los puntos resolutive, pues, por una parte, estima, que de haberse aceptado dicha excepción, no correspondía, pronunciarse sobre ellos y por la otra parte, que pese a ese parecer, debía respetar lo dispuesto en el artículo 16.1 del Reglamento, es decir, que no podía abstenerse al respecto⁶⁶. Debe entenderse, por ende, que los votos en contra de los puntos resolutive 2 a 10 no implican, en realidad, un pronunciamiento sobre su contenido y que los votos favorables a los puntos resolutive 11 y 12 responden a que ellos conciernen exclusivamente a aspectos procesales de la tramitación subsiguiente de la Sentencia, la que, ciertamente y como se expresó precedentemente, debe ser acatada⁶⁷.



Pablo Saavedra Alessandri
Secretario



Eduardo Vio Grossi
Juez

⁶⁵ *Supra*, Nota N°2.

⁶⁶ "La Presidencia someterá los asuntos a votación punto por punto. El voto de cada Juez será afirmativo o negativo, sin que puedan admitirse abstenciones".

⁶⁷ *Supra* párr.16 de este escrito.