

# La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el *ius cogens superveniens* y la “materia odiosa”

Por Rolando E. Gialdino

## SUMARIO:

**I. Introducción.– II. El principio de igualdad como norma de *ius cogens*. La igualdad de las partes en el proceso como norma de *ius cogens* derivada del principio de igualdad.– III. La igualdad de las partes en el proceso como norma de *ius cogens* derivada del debido proceso como norma de *ius cogens*. La igualdad de armas.– IV. Las consecuencias que origina la desigualdad de las partes en materia de *ius standi*, en el proceso ante la Comisión IDH.– V. El *locus standi in iudicio* de la persona ante la Corte IDH.– VI. *Ius cogens versus ius dispositivum*. Obligaciones *erga omnes*.– VII. El *ius cogens superveniens*. El derecho intertemporal.– VIII. Puntos de fuga.– IX. Coda**

“El derecho internacional apunta, por todos lados, a la persona y sólo a la persona” (\*).

“Sin la primacía del *ius cogens*, el derecho internacional tendría un futuro sombrío” (\*\*).

## I. INTRODUCCIÓN

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, CAmérica DH), es cosa bien sabida, tomó como modelo para el régimen de protección, aunque a su modo, la originaria Convención Europea de Derechos Humanos (1950, CEuropa DH). Ello se ve reflejado, entre otros institutos, en que el *ius standi* o derecho de so-

meter un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) originado en una petición individual, le fue concedido “sólo” a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y a los “Estados Partes” (CAmérica DH, art. 63.1) (1).

La manifiesta, potente y deliberada limitación (*rectius*: exclusión) que de ello se sigue, por cier-

(\*) “Le droit international vise partout l’homme et rien que lui”. (Politis, Nicolas, “Les nouvelles tendances du droit international”, Ed. Hachette, París, 1927, p. 77). Y agrega: “sería inútil insistir en ello si las brumas de la soberanía no hubieran oscurecido las verdades más elementales” (p. 78).

(\*\*) Corte Internacional de Justicia (Corte IJ), “Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)”, 3/2/2012, disidencia del juez Cançado Trindade, Recueil 2012, § 288.

(1) Asimismo, para que la Corte IDH pueda conocer de cualquier caso, dispone CAmérica DH, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los arts. 48 a 50, ante la Comisión IDH (art. 61.2).

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

to, agravia, precisa y paradójicamente, a quien es, sin el menor margen de dudas, la destinataria de la CAmérica DH y, desde luego, de todo el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (como de todo otro sistema análogo): la persona (2). De ahí que la cuestión haya venido despertando numerosas y fuertes críticas: “el espectro de la persistente denegación de la capacidad procesal del individuo peticionario ante la Corte Interamericana, verdadera *capitis diminutio*, emanó de consideraciones dogmáticas propias de otra época histórica tendientes a evitar su acceso directo a la instancia judicial internacional, consideraciones estas que, en nuestros días (...) carecen de sustentación o sentido, aún más tratándose de un tribunal internacional de derechos humanos” (3). También estimuló varia-

das propuestas de modificación del Sistema, v. gr., mediante un protocolo de enmienda o de reforma (4).

Con todo, el presente estudio intentará atacar dicha exclusión, “materia odiosa”, desde otra perspectiva (5). No de *lege ferenda*, sino de *lege lata*, lo cual entraña preguntarse sobre si lo que pudo ser válido para su hora [1969], la privación del *ius standi* de los individuos, sigue siéndolo en la actualidad, vale decir, a la luz de los vigorosos desarrollos y progresos que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos (Derecho Internacional DH), y el derecho internacional general, con posterioridad (6). El test del tiempo pone en evidencia, en diferentes momentos, la fuerza y la debilidad de una norma (7).

(2) Hemos mencionado al Sistema Interamericano, por cuanto la exclusión en juego se proyecta hacia todos los restantes tratados regionales que prevén un régimen de peticiones individuales y que, previo trámite ante la Comisión IDH (*vid.* nota anterior), confieren competencia contenciosa a la Corte IDH: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, art. 19.6), Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 8º), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. XIII) y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará, art. 12). Huelga advertir que, en el presente contexto, persona alude al individuo parte procesal en el litigio ante la Comisión IDH. (3) Corte IDH, “Loayza Tamayo v. Perú”, excepciones preliminares, 31/1/1996, C nro. 25, voto del juez Cançado Trindade, § 16.

(4) *Vid.* Ventura Robles, Manuel E., “El acceso directo de la víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ideal y una lucha de Antônio A. Cançado Trindade”, en “El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 3ª ed., San José, Corte IDH/ACNUR, 2005, p. 209. El juez Ventura Robles, en su voto en “Penal Miguel Castro Castro v. Perú”, señala, entre las soluciones para mejorar el Sistema Interamericano: el “(a)cceso directo de la víctima a la Corte Interamericana, luego de agotarse el proceso ante la Comisión” (interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2/8/2008, C nro. 181, § 18, 1). El gobierno de Costa Rica, en este sentido, propuso ante la OEA, para 2001, un “Proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (AG/CP/doc.629/01). En favor de una reforma por la cual la Comisión IDH “sería un órgano de admisibilidad y solución amistosa”, y la Corte IDH “un tribunal de instrucción y de derecho”. Dulitzky, Ariel E., “La OEA y los derechos humanos: nuevos perfiles para el Sistema Interamericano”, Diálogo Político, 2008, nro. 4, ps. 86 y ss.

(5) “(L)o único que la Convención veda al ser humano es la ‘iniciativa de la acción’ (art. 61.1), limitación que, como tal, es ‘materia odiosa’ a la luz de los principios (...)”. (Corte IDH, “Asunto de Viviana Gallardo y otras”, decisión, 13/11/1981, A nro. 101, voto del juez Piza Escalante, § 8).

(6) No se nos oculta que la exclusión producto del art. 61.1 cit. fue vista como un “artificialismo” que, para 1969, dio expresión a un dogma del pasado (Ventura Robles, Manuel E., “La necesidad de determinar procesalmente el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el proceso contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como consecuencia de haberle otorgado *locus standi in iudicio* a la supuesta víctima o a sus representantes en el Reglamento aprobado en el año 2000”, Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, México, DF, 23-26/5/2006, p. 29). Podría reforzar esta consideración, lo que veremos en el texto sobre el Protocolo nro. 9, CEuropea DH (*infra*, VII, d). Asimismo, durante el proceso de elaboración de la CAmérica DH, la delegación de Guatemala propuso, entre otras enmiendas al anteproyecto tomado como documento de trabajo, una que confería *ius standi* ante la Corte IDH a las organizaciones, entidades, personas o grupos de personas. (“Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos”, San José, Costa Rica 7-22/11/1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 119).

(7) Roucounas, Emmanuel, “Engagements parallèles et contradictoires”, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, t. 206 [1987], ps. 72/73.

## Doctrina

---

Nos mueven a esta reflexión dos datos prominentes, ambos derivados del *ius cogens* (o derecho imperativo o perentorio) **(8)**.

Primero, el definitivo arraigo que en los mentados Derecho Internacional DH y derecho internacional general ha tenido el *ius cogens*, al menos a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, CViena DT, esp. arts. 53 y 64) **(9)**. Decimos “al menos”, dado que, contrariamente a una opinión bastante generalizada, ese instrumento sólo reprodujo la enseñanza que viene de los fundadores del derecho de gentes **(10)**. Al respecto, resulta notorio que el dere-

cho imperativo –expresa S. R. Ratner– mantiene una íntima relación con la tradición no positivista en derecho internacional; además, como lo puntualizó correctamente de Visscher, el debate sobre el *ius cogens* renueva, aunque en otros términos, la clásica disputa doctrinal entre “naturalistas” y “positivistas” **(11)**. Mas, se reverencie o se deteste el derecho imperativo, su existencia quedó establecida por el citado texto vienés **(12)**. Y es hoy aceptado de manera prácticamente unánime por los autores y por los gobiernos **(13)**, y por la “comunidad internacional” **(14)**. También por la práctica internacional y por la jurisprudencia de cortes y tribunales nacionales e internacionales **(15)**. In-

(8) Vid. sobre el *ius cogens* en general: Gialdino, Rolando E., “Derecho internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, ps. 274 y ss. “Las normas de *ius cogens* constituyen derecho coactivo, compulsorio, imperativo, absoluto, perentorio, terminante, inderogable, inmutable en esencia, pleno, que protege bienes sociales fundamentales de una comunidad dada” –Drnas de Clément, Zlata, “Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustancial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, p. 12–. Volveremos sobre esta cuestión, esp. *sub* VI.

(9) El citado art. 53 expresa: “(t)ratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Para el texto del art. 64, *vid.* texto *infra* VII, a. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales [1986] sigue a la letra la CViena DT (*vid.* arts. 53 y 64).

(10) Barberis, Julio A., “Algunas ideas sobre la noción de ‘orden jurídico’ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en “Justicia, libertad y derechos humanos: Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante”, IIDH/Corte IDH/Colegio de Abogados/Sala Constitucional-Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, San José, 2003, ps. 242/243. *Vid.* texto *infra* VII, D y F.

(11) Ratner, Steven R., “From Enlightened Positivism to Cosmopolitan Justice: Obstacles and Opportunities”, en Fastenrath, U. et al., (eds.), “From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma”, Ed. Oxford University Press, 2011, p. 158. Sobre la referencia a de Visscher: Sinclair, Ian, “The Vienna Convention on the Law of Treaties”, 2ª ed., Ed. Manchester University Press, 1984, p. 221.

(12) Dupuy, Pierre-Marie, “L’unité de l’ordre juridique international. Cours général de droit international public”, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, t. 297 [2002], p. 213; empero, agrega este autor, si de dicho instrumento se tratara (CViena DT), la existencia del *ius cogens* estaría afectada por la autoridad relativa de los tratados (*idem*). *Vid.* en el texto *infra* VII, B y F.

(13) Tavernier, Paul, “L’identification des règles fondamentales, un problème résolu?”, en Tomuschat, C. y Thouvenin, J. M. (eds.), “The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Ius Cogens* and Obligations *Erga Omnes*”, Ed. Brill, Leiden, 2006, p. 1. Y añade: con excepción del gobierno francés, el cual ha rehusado votar, firmar y ratificar la CViena DT en razón del *ius cogens* (*idem*). Sobre esto último, *vid.* Deleau, Olivier, “Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le Droit des Traités”, en *Annuaire Français de Droit International*, 1969, vol. 15, esp. ps. 14/20. En este orden de ideas, si bien los Estados Unidos de América no han ratificado la CViena DT, el *ius cogens* revista en el “Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States”, § 102, comments K, reporters’ notes 6.

(14) Tomuschat, Christian, “Reconceptualizing the Debate on *Ius Cogens* and Obligations *Erga Omnes* - Concluding Observations”, en Tomuschat, C. y Thouvenin, J. M. (eds.), “The Fundamental...”, cit., p. 425.

(15) Comisión de Derecho Internacional (Comisión DI), “Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatif”, *Annuaire de la Commission du Droit International* 2001”, vol. II, segunda parte, p. 120; asimismo: Dupuy, R.-M., “L’unité...”, cit., ps. 288 y ss. Sobre tribunales nacio-

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

cluso por la Corte IJ (16), y en términos que reiteran, sin citarlo, el art. 53, CViena DT (17). Todo reconocimiento por La Haya de la existencia del *ius cogens*, aunque sumario, nos dice B. Simma, es un signo bienvenido de que, finalmente, aquélla se está conduciendo fuera de sus anteojerías *vis-à-vis* con los elementos de progreso del derecho internacional (18).

Total: el derecho imperativo es un noción y una norma, no una “idea”; una realidad viva en la doctrina y en la práctica del derecho internacional (19). Y constituye la expresión jurídica de un movimiento intelectual de moralización del derecho internacional que tiende a preservar los principales valores del sistema internacional, a fijar límites más concretos a la autonomía de la voluntad de los Estados y a obtener garantías de

que las normas fundamentales no serán más violadas impunemente (20). Es la aceptación de un mínimo ético (A. Verdross), de un cierto orden moral en las relaciones internacionales (W. Czapliński) (21). Nos hallamos, de tal forma, ante un categoría normativa (*ius cogens*), la cual, no obstante ser fuertemente polémica en muchos de sus costados, ha devenido el lugar desde el cual, usualmente, son observados los principios básicos del derecho internacional (22). Su emergencia y consolidación en el derecho internacional contemporáneo da contenido a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento legal internacional, erigido sobre los pilares en los cuales se fusionan lo jurídico con lo moral (23). En fin, un instrumento de la transformación del derecho internacional, si se repara en la potencialidad normativa que representa (24).

---

nales, *vid.*, asimismo, la síntesis que expone Shelton, Dinah, “Introduction”, en Shelton, D. (ed.), “International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion”, Oxford University Press, 2011, ps. 7/8. Además: Comité contra la Tortura, “Observaciones finales: España”, 2009, § 21.

(16) *Vid.* “Jurisdictional Immunities of the State...”, cit., §§ 92/97; asimismo las sentencias: “Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo v. Rwanda)”, competencia y admisibilidad, Recueil 2006, §§ 64 y 125; y “Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo v. Belgique)”, Recueil 2002, §§ 58 y 78. Señala la Comisión DI que, en el primero de estos dos últimos casos, la Corte IJ sostuvo “que la prohibición del genocidio era ‘indudablemente’ una norma imperativa” (“Informe de la Comisión de Derecho Internacional”, 61º período de sesiones, A/64/10, 2008, p. 119).

(17) “Jurisdictional Immunities of the State...”, cit., § 99: “(...) a rule accepted by the international community of States as a whole as one from which no derogation is permitted”. La versión en francés es ligeramente distinta: “une règle (...) dont la communauté internationale des Etats dans son ensemble s’accorderait à estimer qu’elle ne peut souffrir aucune dérogation” (itálicas agregadas).

(18) Simma, Bruno, “Human Rights in the International Court of Justice: Are We Witnessing a Sea Change?”, en Alland, D. et al. (eds.), “Unité et diversité du droit international / Unity and Diversity of International Law: Ecrits en l’honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy / Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy”, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 736.

(19) Ibler, Vladimir, “*Jus Cogens* and The Law of the Sea”, en Kohen, M. G. (ed.), “Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l’homme et du règlement des conflits par le droit international. *Liber Amicorum* Lucius Caflich”, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, p. 754.

(20) Roucounas, E., “Engagements...”, cit., ps. 62/63.

(21) *Vid.* Verdross, A., “Forbidden Treaties in International Law”, *American Journal of International Law*, 1937, nro. 31, p. 574; Czapliński, Wladyslaw, “*Ius cogens* and the Law of Treaties”, Tomuschat, C. y Thouvenin, J. M. (eds.), “The Fundamental...”, p. 97.

(22) *Vid.* Paulus, Andreas, “Whether Universal Values can Prevail over Bilateralism and Reciprocity”, en Cassese, A. (ed.), “Realizing Utopia: The Future of International Law”, Ed. Oxford University Press, 2012, p. 98.

(23) Cançado Trindade, Antônio A., “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* (I). General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 316 [2005], p. 292. La admisión de tales disposiciones imperativas ha tenido el inmenso valor, como lo reconoce la doctrina, de constituir un rechazo a la fundamentación voluntarista del derecho internacional y a la tesis de la soberanía ilimitada del Estado, (Moyano Bonilla, César, “Soberanía y derechos humanos”, en “*Liber Amicorum*”, Héctor Fix-Zamudio”, San José, Corte IDH/Unión Europea, 1998, vol. II, p. 1131, con cita de José A. Pastor Ridruejo).

(24) Dupuy, P.-M., “L’unité...”, cit., p. 312.

## Doctrina

---

El segundo de los antedichos datos prominentes radica en el reconocimiento por la Corte IDH, en 2003, de que a la categoría de derecho imperativo se había elevado el principio (y derecho) de igualdad y prohibición de toda discriminación, puesto que sobre él descansa no sólo el andamiaje jurídico del orden público nacional, sino también del orden público internacional: es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico (25).

Tiene expresado G. Abi-Saab, en metáfora que se ha vuelto un *locus classicus*, que aun cuando se admitiera que el *ius cogens* fuese una caja vacía, lo cual no era cierto, no por ello esta categoría carecería de utilidad: sin la caja, aquélla no podría llenarse (26). Y feliz prolongación le ha impreso A. Bianchi a ese tropo: si es difícil hacer el inventario detallado del contenido de la caja, no lo es menos negar que lo ocupen los derechos humanos (27). Mas, en esto último, el juez Tanaka fue un adelantado (28).

El presente estudio tiene como objeto, según habrá sido advertido, el *jus standi* de la persona ante la Corte IDH y, como fin, explicar las razones por las cuales entendemos que aquél ha surgido por el obrar del *ius cogens*, en el caso, *superveniens*,

volviendo nula la norma de exclusión. El plan que desarrollaremos se iniciará con lo que constituye el eje central para alcanzar la apuntada finalidad (II): el principio de igualdad como norma de *ius cogens* (II.a) y la igualdad de las partes en el proceso como norma de *ius cogens* derivada del antedicho principio (II.b).

Asimismo, como esta última igualdad también puede ser afirmada desde otros ángulos, la examinaremos a la luz del debido proceso como norma de *ius cogens*, y de una de sus reglas: la igualdad de armas (III). Seguidamente, será el turno de profundizar las consecuencias que, en el proceso ante la Comisión IDH, origina la desigualdad de las partes en materia de *ius standi* (IV), y de apoyar algunas de nuestras comprobaciones en el *locus standi in iudicio* de la persona en el procedimiento ya abierto en los estrados de la Corte IDH (V).

Llegados a esa altura, y previo detenernos en algunos caracteres del derecho perentorio y su nexos con el *ius dispositivum* y con las obligaciones *erga omnes* (VI), estaremos en condiciones de encarar el *ius cogens superveniens* y el derecho intertemporal (VII), para luego proponer algunos puntos de fuga (VIII) y, en subsidio, una esperanzada y breve coda (IX).

(25) Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, 17/9/2003, A nro. 18, § 101 y opinión punto 3.

(26) Abi-Saab, Georges, "The Uses of Article 19", *European Journal of International Law*, 1999, vol. 10, nro. 2, p. 341.

(27) Bianchi, Andrea, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, nro. 3, p. 491. No es casual que la mayoría de los ejemplos de derecho perentorio dados por la Comisión DI en los *commentaires* citados, pertenezca al Derecho Internacional DH: prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, del genocidio, de la discriminación racial, de la tortura... ("Projet d'articles sur la responsabilité de l'État...", cit., ps. 91 y 120; *vid. infra*, nota 45).

La doctrina de los autores ha asumido el *ius cogens* a punto tal, que la idea de una jerarquía normativa en derecho internacional, en la cual los derechos humanos ocupan el primer plano, está hoy en día ampliamente aceptada (Maia, Catherine, "Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour Intéraméricaine des Droits de l'Homme", en Hennebel, L. y Tigroudja, H. -dirs.-, "Le particularisme intéraméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40e anniversaire de la Convention Américaine des Droits de l'Homme", Ed. Pedone, París, 2009, p. 273).

"En nada sorprende que ha sido precisamente en el dominio de la protección de los derechos fundamentales de la persona humana que el contenido material del *ius cogens* viene siendo definido" (Corte IDH, "Penal Miguel Castro Castro", interpretación..., cit., voto del juez Cançado Trindade, § 154 y sus citas).

(28) "Si podemos introducir en el campo internacional una categoría de derecho, a saber, *ius cogens* -recientemente examinada por la Comisión de Derecho Internacional- una clase de derecho imperativo que constituya el reverso del *ius dispositivum* susceptible de ser modificado por un acuerdo entre los Estados, seguramente el derecho concerniente a la protección de los derechos humanos debería ser considerado como perteneciente al *ius cogens*". Corte IJ, "South West Africa case (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)", Second Phase, 18/7/1966, Reports 1996, p. 298). *Vid. texto infra* VII, F, *in fine*.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

### II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO NORMA DE *IUS COGENS*. LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO COMO NORMA DE *IUS COGENS* DERIVADA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

a) *El principio de igualdad como norma de ius cogens*

A. La Corte IDH, de acuerdo con lo anunciado, dictó, en 2003, la opinión consultiva Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (en adelante Condición... Migrantes). Paso gigantesco, por lo pronto, y precursor en el historial del Derecho Internacional DH. Podrá debatirse sobre el acierto o suficiencia de alguna que otra de sus líneas argumentales (29), pero la conclusión, a nuestro juicio, es irrefutable: “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental (el cual) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de

la evolución del derecho internacional –remató– el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*” (§ 101 y opinión punto 4). Posteriores pronunciamientos consolidaron esa doctrina (30).

B. Dice bien San José lo del ingreso. No fue su intención originar una nueva norma, pues el principio de igualdad ya estaba reconocido en un más que amplio abanico de instrumentos internacionales, de raíz universal y regional, así como desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales (31). Sí lo fue comprobar que la norma ya existente había entrado en el plano imperativo. Para esto último, además, no se requiere sobrepasar un umbral más elevado que el requerido para la determinación de las normas internacionales “ordinarias” (32). El art. 53, CViena DT, claramente prevé que el *ius cogens* pertenece al derecho internacional general, y que su naturaleza legal no es diferente de otras normas de dicho derecho que tengan carácter de *ius dispositivum*: toda norma de derecho internacional debe ser “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto” (33). El *ius cogens* (convencional o consuetudinario), enseña R. Kolb, resulta superior a las normas ordinarias aun cuando

(29) Vid. Laly-Chevalier, Caroline; Da Poïan, Fanny y Tigroudja, Hélène, “Chronique de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme (2002-2004)”, *Revue Trimestrielle de Droits de l’Homme*, 2005, nro. 62, ps. 464/468.

(30) V.gr.: “Yatama v. Nicaragua”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23/6/2005, C nro. 127, § 184; “Servellón García y otros v. Honduras”, fondo, reparaciones y costas, 21/7/2006, C nro. 152, § 94; “Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay”, fondo, reparaciones y costas, 24/8/2010, C nro. 214, § 269; “Atala Riffo y Niñas v. Chile”, fondo, reparaciones y costas, 24/2/2012, C nro. 239, § 79; “Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana”, fondo, reparaciones y costas, 24/10/2012, C nro. 251, § 225.

(31) Vid. Condición... Migrantes, § 86, nota 33, en la cual la Corte IDH hace un largo listado, y sólo ilustrativo, de instrumentos que plasman el principio de igualdad. En cuanto a la doctrina y jurisprudencia, vid. ídem, § 87 y ss.

(32) Paulus, Andreas L., “*Jus cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation - An Attempt at a Re-appraisal”, *Nordic Journal of International Law*, 2005, nro. 74, p. 303. En sentido análogo: Danilenko, Gennadi M., “Law-Making in the International Community”, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 231 “(L)os principios fundamentales del ordenamiento jurídico no se basan en ninguna fuente especial de derecho o procedimiento legislativo específico, a diferencia de las normas de carácter constitucional en los sistemas jurídicos internos” (Comisión DI, “Projet d’articles sur la responsabilité de l’État...”, cit., p. 58). Asimismo: Dupuy, P.-M., “L’unité...”, cit., ps. 277/278 y su cita de P. Weil. Empero, según Alain Pellet, si bien el método para establecer una norma de *ius cogens* no difiere del que debe seguirse para establecer una norma consuetudinaria “ordinaria”, para la primera se requeriría un “*opinio iuris* intensa” (*intensified*) (“Article 38”, en Zimmermann, A.; Tomuschat, C. y Oellers-Frahm, K. –eds.–, “The Statute of the International Court of Justice. A Commentary”, Ed. Oxford University Press, 2006, p. 846; asimismo, p. 825).

(33) Alexidze, Levan, “Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 172 [1981], p. 256. Los redactores del art. 53 cit. emplearon las expresiones “aceptada” y “reconocida”, a fin de poner este precepto en relación con el art. 38, Estatuto, Corte IJ. (Danilenko, G. M., “Law-Making...”, cit., ps. 218, 225 y 231).

## Doctrina

---

fluye de las mismas fuentes que éstas. La jerarquía se da entre normas, no entre fuentes (34). La cuestión de saber si una norma forma parte del *ius cogens* se vincula con la naturaleza jurídica (*nature juridique / legal character*) de aquélla (35).

C. Con todo, el derecho, según lo enseña el juez Cançado Trindade, “no emana de la insondable ‘voluntad’ de los Estados, sino más bien de la conciencia humana. El derecho internacional general o consuetudinario emana no tanto de la práctica de los Estados (no (ex)enta de ambigüedades y contradicciones), sino más bien de la *opinio iuris communis* de todos los sujetos del derecho internacional (los Estados, las organizaciones internacionales y los seres humanos). Por encima de la voluntad está la conciencia” (Corte IDH, Condición... Migrantes, § 87) (36). Y añade en “Penal Miguel Castro Castro”: “(s)ubyacente al concepto de *ius cogens* encuéntrase el pensamiento iusnaturalista, que conlleva a normas perentorias a partir de la afirmación y consagración de valores éticos que buscan beneficiar a la humanidad como un todo” (Corte IDH, interpretación..., cit., § 155). El Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia, v.gr., tiene juzga-

do, en orden a los principios del derecho internacional humanitario, que éstos pueden surgir mediante un proceso consuetudinario derivado de la presión que ejercen las demandas de la humanidad o los dictados de la conciencia pública, aun cuando la práctica estatal sea escasa o inconsistente. Un área en la cual la *opinio iuris sive necessitatis* juega un papel mayor que el *usus* (37).

D. Al margen de todo lo anterior, queda en pie que, según el sumario de M. Akehurst, en el supuesto de conflicto entre una norma de *ius cogens* y otra de *ius dispositivum*, prevalece la primera con indiferencia (i) de las fuentes de una y otra, y de que la segunda (ii) se hubiese originado antes o después de la primera, o (iii) resulte más o menos específica que esta última (38).

E. Por otro lado, es indudable que en esta opinión consultiva, Condición... Migrantes, la Corte IDH se emplazó como jurisdicción internacional y jueza del derecho internacional general (39). Esto responde al norte que el tribunal se marcó desde sus comienzos (40), al haberse *rápidamente liberado de su caparazón convencional geográficamente delimitado, para emplazarse como ór-*

(34) Kolb, Robert, “The formal source of *Ius Cogens* in public international law”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1998, vol. 53, ps. 76/77.

(35) Corte IJ, Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires / Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, opinión consultiva, 8/7/1996, Recueil/Report 1996, § 83. Asimismo: Pellet, A., “Article 38”, cit., ps. 777/778.

(36) Expresa Olivier De Schutter: el elemento de la práctica de los Estados juega un rol menos significativo respecto del *ius cogens* que el que tiene en punto de la emergencia de la costumbre. (“International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary”, Ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2010, p. 64). Vid. O’Connell, Mary E., “The Natural Superiority of Courts”, en Fastenrath, U. et al., (eds.), “From Bilateralism...”, cit., p. 1045, y Clapham, Andrews, “The *ius cogens* Prohibition of Torture and the Importance of Sovereign State Immunity”, en Kohen, M. G. (ed.), *Promoting Justice...*, cit., ps. 158 y 159.

(37) “Prosecutor v. Kupreskić”, Trial Chamber, Case nro. IT-95-16-T, 14/1/2000, § 527, relativo a la prohibición de represalias contra civiles en zonas de combate.

(38) Cit. por van Hoof, Godefridus J. H., “Rethinking the Sources of International Law”, Ed. Kluwer, 1983, p. 152.

(39) Tavernier, P., “L’identification...”, cit., p. 10. La Corte IDH se considera como un tribunal regional encargado de aplicar el derecho universal o, por retomar la expresión de Ludovic Hennebel, como el *relais* regional del sistema universal (Maia, Catherine, “Le *ius cogens*...”, cit., p. 276, nota 27).

(40) “(E)l fondo mismo de la materia se opone a una distinción radical entre universalismo y regionalismo. La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional. De modo que resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional (...) 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”. Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-1/82, 24/9/1982, A nro. 1, §§ 40 y 43.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

gano de interpretación del derecho universal (41). Empero, quede en claro que dicha postura, mínima y necesariamente, también implica que, al modo de un círculo mayor, comprenda otro menor, el *ius cogens* regional (interamericano), de ser admitido, por cierto, este último (42). Ciertos valores, expone O. de Schutter, pueden ser centrales para un grupo de Estados de una región particular, y esto puede llevar a invalidar los tratados adoptados por esos Estados que se encuentren en conflicto con el *ius cogens* (43). La Corte IDH, en tal sentido, reivindica el particularismo interamericano mediante su concepción del universalismo jurídico (44).

F. En este contexto, es apropiado recordar que la Comisión DI, en el *commentaire* que acompañó al

entonces proyecto sobre el derecho de los tratados [1966], con motivo de reconocer las dificultades que encontraba para redactar el precepto relativo al *ius cogens*, por cuanto no disponía de ningún “criterio simple” que permitiera reconocer que una norma del derecho internacional correspondía a aquel ámbito, concluyó en que, dado que el surgimiento de normas imperativas era relativamente reciente y que el derecho internacional muestra una rápida evolución, la mejor solución consistía en estipular en términos generales que un tratado era nulo si resultaba incompatible con una regla de *ius cogens*, y “esperar que la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales dieran contenido preciso (*mettent au point*) a los alcances de la regla” (45). “Esta parece la manera correcta de proceder” (46).

(41) Hennebel, Ludovic y Tigroudja, Hélène, “La Convention Américaine des Droits de l’Homme et la protection universelle des droits de l’homme: une filiation retrouvée”, *L’Observateur des Nations Unies*, 2008-2, vol. 25, p. 27.

(42) *Vid.* Gialdino, R. E., “Derecho internacional...”, cit., ps. 278 y 281. Admitiendo el *ius cogens* regional: Tavernier, P., “L’identification...”, cit., p. 16; Kolb, R., “The formal source of *Ius Cogens*...”, cit., ps. 98 y ss. “(T)odo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA” (Corte IDH, Condición... Migrantes, § 110). Sobre el “derecho internacional interamericano”, *vid.* Declaración de Panamá sobre la Contribución Interamericana al Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional, aprobada por la Asamblea General, OEA, 6ª sesión plenaria, 5/6/1996, AG/DEC. 12 (XXVI-O/96). “Los acuerdos regionales desempeñan un papel fundamental en la promoción y protección de los derechos humanos y deben reforzar las normas universales de derechos humanos contenidas en los instrumentos internacionales y su protección (...) La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reitera la necesidad de estudiar la posibilidad de establecer, donde aún no existan, acuerdos regionales o subregionales para la promoción y protección de los derechos humanos”. (Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, A/CONF.157/23, § 37) “(N)egar la posibilidad de un *ius cogens* regional equivale en el fondo a negar el carácter autónomo de los derechos internacionales regionales”. (Piza Escalante, R., “El valor del derecho y la jurisprudencia...”, cit., ps. 181/182). *Vid.* nota 44.

(43) De Schutter, O., “International Human Rights Law...”, cit., p. 65.

(44) Hennebel, Ludovic, “La Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme: entre particularisme et universalisme”, en Hennebel, L. y Tigroudja, H. (dirs.), “Le particularisme...”, cit., p. 78. “Creemos firmemente –y la experiencia lo muestra– que los conjuntos regionales, más integrados y más homogéneos, también son los mejores para asegurar eficazmente la protección de los derechos humanos” (Tigroudja, Hélène, “Propos conclusifs: la légitimité du ‘particularisme interaméricain des droits de l’homme’ en question”, en *idem*, p. 384). *Vid.* asimismo: Tigroudja, Hélène, “La Cour interaméricaine des droits de l’homme au service de ‘l’humanisation du droit international public’. Propos autour des récents arrêts et avis”, *Annuaire Français de Droit International*, 2006, vol. 52, p. 617.

(45) Comisión DI, “Projet d’articles sur le droit des traités et commentaires 1966”, *Annuaire de la Commission du droit international* 1996, vol. II, p. 270, §§ 1/3. Dicha Comisión volvió sobre el *ius cogens* al adoptar, en su 53ª sesión [2001], el ya citado texto “Projet d’articles sur la responsabilité de l’État...”, que sometió a la Asamblea General de la ONU: “(a)rtículo 26. Cumplimiento de normas imperativas. Ninguna disposición del presente capítulo (V, ‘circunstancias que excluyen la ilicitud’) excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general” (p. 90; *vid. infra* nota 155 y texto VI, D). También expresó, en esta última oportunidad, que el señalamiento de normas de *ius cogens* que formulaba (*vid. supra* nota 27) era no exhaustivo, quedando a salvo las reglas existentes o en formación del derecho internacional que satisfagan los criterios previstos en el art. 53, CViena DT (p. 121).

(46) Comisión DI, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elabora-

## Doctrina

---

G. Lo anterior, ciertamente, se corresponde con dos comprobaciones. Primero, en la sociedad internacional actual, expresa P. Tavernier, el papel principal en materia de “identificación” (o de “determinación”) de las reglas de *ius cogens*, lo desempeña el juez internacional (47). Este último, ratifica A. Cassese, normalmente está en mejor situación que los Estados, las organizaciones internacionales y otros sujetos de derecho internacional, para evaluar que una norma o principio general ha adquirido el rango y la fuerza de *ius cogens* (48). Segundo, la de *ius cogens* “es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación” (49). Constituye, de tal suerte, un elemento que ocupa posición central en el nuevo *ius gentium*: el derecho internacional para la humanidad (50).

### b) La igualdad de las partes en el proceso como norma de *ius cogens* derivada del principio de igualdad

A. El punto anterior nos reclama que no abandonemos San José, por cuanto interesa sobremanera detenernos en uno de los corolarios que produjo Condición... Migrantes, vale decir, el que floreció, para 2009, en la opinión consultiva Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante art. 55...) (51). Entre los renglones de la petición se encontraba el siguiente: “(d)e acuerdo con lo previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos

en su art. 55.3, ¿la posibilidad de designar un juez *ad hoc* debe limitarse a aquellos casos en que la demanda interpuesta ante la Corte haya sido originada en una denuncia interestatal?” (§ 3, en itálica en el original). Para la Argentina, presentante de la solicitud, “(d)espojado el caso de origen estatal, la justificación jurídica para aceptar la designación de un juez ‘*ad hoc*’ resulta susceptible de ser puesta en crisis y, eventualmente, de ser descartada, en atención a que dicho derecho en cabeza del Estado, en el escenario descrito –caso ante la Corte originado en una petición individual– generaría una *palmaria afectación del derecho a la igualdad de armas en el proceso*, entre la presunta víctima –demandante material ante el tribunal–, la propia Comisión Interamericana, demandante formal o procesal ante la Corte, y el Estado demandado” (§ 11, itálicas agregadas).

B. La respuesta de la Corte IDH al antedicho interrogante, lo cual entrañó nada menos que modificar el criterio que había seguido hasta entonces, fue que el instituto del juez *ad hoc* previsto en el art. 55.3, CAmérica DH, era ajeno a los casos originados en peticiones individuales: “no escapa a la Corte que la figura del juez ‘*ad hoc*’, concebida para mantener el *equilibrio procesal* entre Estados Partes iguales en derecho, podría entrar en conflicto con el carácter especial de los tratados modernos de derechos humanos y la noción de garantía colectiva. El conflicto en cuestión resulta más evidente cuando los individuos y los Estados se constituyen en partes procesales opuestas” (§ 37, citas omitidas e itálicas agregadas) (52).

---

do por Martti Koskenniemi”, A/CN.4/L.682, 2006, § 376. “La calificación de una norma como imperativa queda librada a la evolución de la práctica de los Estados y a las decisiones de los órganos judiciales competentes”. (Crawford, James, “Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, p. 8).

(47) Tavernier, P., “L’identification...”, cit., p. 11. “El proceso del reconocimiento de tales normas (*ius cogens*) en el campo de los derechos humanos se inició a través de la jurisprudencia internacional (...)” (Moyano Bonilla, C., “Soberanía...”, cit., p. 1137).

(48) Cassese, Antonio, “For an Enhanced Role of *Jus Cogens*”, en Cassese, A. (ed.), “Realizing Utopia...”, cit., ps. 166 y 170. La postura de Cassese en favor del papel del juez es probablemente la parte más importante de su razonamiento (Ruiz Fabri, Hélène, “Enhancing the Rhetoric of *Jus Cogens*”, *European Journal of International Law*, 2012, vol. 23, nro. 4, p. 1054).

(49) Corte IDH, “Tibi v. Ecuador”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7/9/2004, C nro. 114, voto del juez Cançado Trindade, § 31. *Vid.* texto *infra* 6, C.

(50) Cançado Trindade, A. A., “International Law for Humankind...”, cit., p. 345. *Vid. infra* nota 55.

(51) Corte IDH, opinión consultiva OC-20/09, 29/9/2009, A nro. 20.

(52) Y acota el juez García Ramírez en su voto: “(e)s manifiesto que la facultad del Estado demandado de designar un juez *ad hoc* para constituir el colegio judicial que conocerá de su propia causa, coloca a aquél en una po-

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

San José, desde luego, hizo mérito de una serie de motivos en aval de esa conclusión. Mas, para el objeto de la presente investigación, conviene centrar la mira en que la aludida igualdad procesal resultó una de las manifestaciones del principio general de igualdad, entendido tal como lo había sido para 2003: "(...) no podría sostenerse una interpretación de la Convención que atente contra el principio de igualdad y no discriminación, el cual subyace a todos los derechos humanos, y cuya prohibición ha alcanzado carácter de *ius cogens*. La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades (...) que sobre este principio fundamental descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional por lo cual permea todo el ordenamiento jurídico. Con ello, la interpretación reiterada del art. 55.3 de la Convención, aun si constituyera una norma consuetudinaria internacional, no podría tener efectos obligatorios sobre una norma imperativa de derecho" (§ 54). Y las mencionadas "otras oportunidades" habían sido, según la cita que acabamos de suprimir, los ya recordados: Condición... Migrantes (§ 101), "Yatama" (§ 184) y "Servellón García y otros" (§ 94).

C. Súmese al grave peso de lo anterior que con similar anclaje, *inter alia*, San José afirmó, en la misma oportunidad pero a propósito del art. 55.1, CAmérica DH, que el juez nacional del Estado demandado no debe participar en el conocimiento de casos contenciosos originados en peticiones individuales: "(t)omando en cuenta las características del proceso contencioso establecido en

la Convención Interamericana, para este tribunal la participación del juez nacional atiende, al igual que la intervención del juez *ad hoc*, a la necesidad de preservar el equilibrio procesal de las partes constituidas por dos o más Estados soberanos iguales en derecho (...) Esto, evidentemente, no puede ser el propósito de la posible permanencia del juez nacional en casos originados en peticiones individuales, ya que, por el contrario, en este tipo de casos, los Estados no se constituyen como las únicas partes en el proceso" (§ 75) (53).

D. Hemos calificado todo lo antedicho de corolario de Condición... Migrantes (*supra* A), cuando, en rigor, ya este último pronunciamiento, más que propiciado el desenlace de 2009, lo había adelantado: el debido proceso legal –precisó– "es un derecho que debe ser garantizado a toda persona" (§ 121); "(e)l amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna" (§ 122 y opinión punto 7), y comprende los órdenes civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, y no sólo el penal (§ 124; asimismo: §§ 119, 123 y opinión, puntos 6 y 7) (54). El *ius cogens* –añadió el juez Cançado Trindade en su voto– "no es una categoría cerrada (...) entiendo que nadie tampoco osaría negar que el trabajo esclavo, y la denegación persistente de las más elementales garantías del debido proceso legal igualmente afrontan la conciencia jurídica universal, y efectivamente colisionan con las normas perentorias del *ius cogens*" (§ 72; asimismo, § 89) (55). No menos elocuente fue el

---

sición procesal diferente –para no decir de ventaja– de la que corresponde a la presunta víctima y a la Comisión Interamericana. En efecto, no existe igualdad entre las partes que intervienen en el proceso y para los efectos de éste: lo que puede una de aquéllas –el Estado–, no lo pueden las otras" (§ 26).

(53) Con motivo de la opinión consultiva que estamos comentado, la Corte IDH, en 2009, reformó su Reglamento (*vid.* arts. 19 y 20).

(54) "(E)l elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del art. 8º (CAmericana DH) se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo (...) Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes". (Corte IDH, "Baena Ricardo y otros v. Panamá", fondo, reparaciones y costas, 2/2/2001, C nro. 72, § 125).

(55) Y agregó: "(a)l rescatar, en la presente opinión consultiva, la visión universalista que marcó los orígenes de la mejor doctrina del derecho internacional, la Corte Interamericana contribuye para la construcción del nuevo *ius gentium* del siglo XXI, orientado por los principios generales del derecho (entre los cuales el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación), caracterizado por la intangibilidad del debido proceso legal en su amplio alcance, sedimentado en el reconocimiento del *ius cogens* e instrumentalizado por las consecuentes obligaciones *erga omnes* de protección, y erigido, en última instancia, sobre el pleno respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana" (§ 89).

## Doctrina

---

juez García Ramírez (56). Si algo hizo, entonces, art. 55..., y sea bienvenida la oportunidad, fue aplicar derechamente la *ratio* de 2003 al proceso internacional.

### III. LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO COMO NORMA DE *IUS COGENS* DERIVADA DEL DEBIDO PROCESO COMO NORMA DE *IUS COGENS*. LA IGUALDAD DE ARMAS

---

A. La problemática que acabamos de examinar en el punto precedente ha puesto en negro sobre blanco que el *ius cogens* se proyecta sobre el derecho internacional con indiferencia de que éste resulte material o procesal (57). Nos interesa recalcar lo relativo a este último, pues, aun cuando lo que sigue no es extraño al principio general de igualdad (derecho perentorio) (58), también es fruto de otras conceptualizaciones. “La igualdad de armas –enseña B. Oppetit– es un verdadero principio de derecho natural en derecho procesal,

en razón del vínculo indisoluble entre igualdad, justicia y Estado de derecho” (59). En más que concordes términos se manifiesta R. Kolb cuando, tras sostener que el de igualdad de las partes es un “principio fundamental” de carácter universal de los procesos judiciales, agrega: “el principio de igualdad *in iudicio* es tan evidente e indispensable para el pensamiento jurídico moderno que bien puede ser denominado como principio de ‘derecho natural de los procedimientos judiciales’” (60).

B. A un resultado del mismo tenor puede llegarse mediante la lectura convergente de los pronunciamientos de la Corte IDH, incluso sumando el elemento democrático: “(e)n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada”, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros (61); “(e)s un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es

(56) El debido proceso “es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos (...) concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas” (§ 37); “entraña (...) la mayor igualdad –equilibrio, ‘igualdad de armas’–” (§ 38).

(57) Dice Florabel Quispe Remón, a propósito de Condición... Migrantes, que “(e)s la primera vez que un tribunal internacional encuentra relación entre el debido proceso y las normas de *ius cogens* (“*ius cogens* en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso”, Revista de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, 2010, nro. 34, p. 70).

(58) “El principio de igualdad de armas no es más que una ‘manifestación’ del principio de igualdad ante la ley (...)” (Ventura Robles, M. E., “La necesidad de determinar procesalmente...”, cit., p. 24).

(59) Oppetit, Bruno, “Philosophie du droit”, Ed. Dalloz, París, 1999, p. 117, cit. por Dintilhac, Jean-Pierre (conseiller à la Cour de Cassation), “L’égalité des armes dans les enceintes judiciaires”, “Rapport de la Cour de Cassation 2003”, Ed. La Documentation Française, París, 2004, p. 129. “El principio de que en un sistema político debe haber un proceso justo es para John Rawls un requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho (*rule of law*)”. (Hoyos, Arturo, “El debido proceso en la sociedad contemporánea”, en “*Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio”, San José, Corte IDH/Unión Europea, 1998, vol. II, p. 909). Los principios que informan el debido proceso tienen un carácter dual: por una parte son una garantía para el buen funcionamiento judicial en sí y, por otra, involucran el respeto de otros derechos fundamentales (Rodríguez Rescia, Víctor M., “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en ídem, p. 1327).

(60) Kolb, R., “General Principles...”, cit., p. 877. El principio de igualdad no es sólo estructural, sino también sustancial. Está dirigido al fin fundamental de una justicia material. Tanto la reflexión conceptual como la experiencia práctica muestran que ningún resultado justo puede ser esperado de un proceso en el que las dos partes no tuvieron las mismas posibilidades de alegar y presentar su caso. Ni siquiera sería admisible (ante la Corte IJ) un acuerdo entre las partes que previera una desigualdad procesal (ídem). Y acota: es de esperar que la Corte IJ considere el principio de igualdad (procesal) de manera amplia como propio del *ius cogens* (ídem).

(61) Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-13/93, 16/7/1993, A nro. 13, § 91; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, opinión consultiva OC-17/02, 28/8/2002, A nro. 17, § 44; “Yatama...”, cit., § 191. “Los Estados Miembros (de la OEA) reafirman su intención de fortalecer el siste-

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

un medio para realizar la justicia”, lo cual se vería comprometido con motivo de un “desequilibrio entre las partes (procesales)” (62); “(l)a vigencia del debido proceso es uno de los principios fundamentales de la justicia” (63); “en la jurisdicción internacional lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados” (64); “el sistema procesal es un medio para realizar la justicia” (65); “(l)a justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido”, se debe garantizar en todo proceso (66); “el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia” (67). Sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia y cons-

tituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas” (Condición... Migrantes, voto del juez García Ramírez, § 37).

### a) El debido proceso

A. En “Goiburú y otros v. Paraguay”, la Corte IDH juzgó que “(e)l acceso a la justicia constituye una norma imperativa de derecho internacional” (68). Al paso, dejó establecido que dicho acceso ha de conformarse a las reglas del “debido proceso legal” (§ 110). Uno y otro, lo había adelantado, se encuentran “íntimamente ligados” (69). No creemos equivocarnos si afirmamos que, mediante “Goiburú y otros”, el tribunal reconoció el derecho al debido proceso como norma imperati-

---

ma interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio”. (Carta Democrática Interamericana, art. 8°).

(62) “19 Comerciantes v. Colombia”, excepción preliminar, 12/6/2002, C nro. 93, §§ 35 y 28. “Atentaría contra el objeto y fin de la Convención Americana, y no tomaría en cuenta el contexto de la misma, aplicar las normas reglamentarias sin un criterio de razonabilidad, ocasionando un desequilibrio entre las partes y comprometiendo la realización de la justicia”. Caso de la “Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala”, excepciones preliminares, 25/1/1996, C nro. 23, § 40.

(63) “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia”, fondo, reparaciones y costas, 1/9/2010, C nro. 217, § 177; Art. 55..., § 77.

(64) “19 Comerciantes...”, excepción..., cit., § 28.

(65) “Castillo Petruzzi y otros v. Perú”, fondo, reparaciones y costas, 30/5/1999, C nro. 52, § 61.

(66) “Baena Ricardo y otros...”, fondo..., cit., § 129.

(67) El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, opinión consultiva OC-16/99, 1/10/1999, A nro. 16, § 117. “El rol prominente reservado al debido proceso legal en el Estado democrático de derecho (...) jamás (...) justificaría una interpretación restrictiva del mismo” (Corte IDH, “Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2/9/2004, C nro. 112, voto del juez Cançado Trindade, § 26).

(68) Fondo, reparaciones y costas, 22/9/2006, C nro. 153, § 131. Asimismo, entre otros: “La Cantuta v. Perú”, fondo, reparaciones y costas, 29/11/2006, C nro. 162, § 160; “Anzualdo Castro v. Perú”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 22/9/2009, C nro. 202, § 125. Sobre el carácter de *ius cogens* del acceso a la justicia, fue precursora la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*vid.* “Cabrera v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, Fallos 305:2150, 2165, 2167/2168 –1983–; asimismo: “Maruba S.C.A”, Fallos 321:48 –1998–).

(69) “Palamara Iribarne v. Chile”, fondo, reparaciones y costas, 22/11/2005, C nro. 135, § 143 y sus citas. Añadamos, para este caso, el voto del juez García Ramírez: “(s)e trata, en fin de cuentas, de proyectar sobre el ejercicio de la función judicial otro de los *principios radicales* del orden democrático: esa igualdad de todas las personas ante la ley, que reclama la existencia de un mismo patrón de enjuiciamiento, sin detrimento de las singularidades derivadas de la materia del litigio y de la incorporación de elementos de igualación cuando contienen individuos con natural *‘desigualdad de armas’*, como he manifestado en votos anteriores, en aquellas hipótesis en que la desigualdad real milita contra la igualdad formal” (§ 10, *itálicas agregadas*). *Vid.* sobre dicha igualación: texto *infra* IV, D, E y J; y sobre los arts. 8 y 25, CAmérica DH: notas 54, 72 y 79. El clásico requerimiento de que la administración de justicia no debe ser discriminatoria y que la garantía del juicio justo comprende la garantía de la igualdad fluye de la naturaleza misma del proceso, la cual indica la existencia en los procesos civiles de un *a priori*: el equilibrio de las partes. El principio de no discriminación, por ende, obra como una expresión particular de la justicia del proceso judicial, como la igualdad de armas y la independencia e imparcialidad del tribunal (Paparinskis, Martins, “The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment”, Oxford University Press, 2013, p. 213).

## Doctrina

va, lo cual se podría relacionar con lo que aquel mismo expresó posteriormente sobre el proceso ante su pretorio: “uno de los principios fundamentales de la justicia (...) es el debido proceso” (art. 55..., § 77; asimismo: “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña...”, cit., § 177) (70). Resulta del dominio del *ius cogens*, confirma el juez Cançado Trindade en su voto en “Goiburú y otros”, “la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los arts. 25 y 8º (CAmericana DH) tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *ius cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección” (§ 65 y su cita; *vid. infra* VI) (71). Y reafirma dicho juez en “Penal Miguel Castro Castro”: “(e)l entendimiento de la materia avanzado por la Corte Interamericana en su construcción jurisprudencial en los últimos años –la cual no admite retrocesos– ha sido en el sentido de que el derecho de acceso a la justicia (*lato sensu*) en los planos nacional e internacional corresponde a un dere-

cho de realización de la justicia material. Como tal, abarca no solamente el acceso formal a un tribunal o juez, sino además las garantías del debido proceso legal, el derecho a un juicio justo (...)” (Interpretación..., cit., § 139) (72). Es más que persuasiva y concluyente P. Robinson: “sería un sinsentido hablar de la permisión de un juicio injusto” (73).

B. Por lo demás, el debido proceso, como norma perentoria (al menos emergente), también ha tomado asiento en otros ámbitos. Por un lado, en el Comité de Derechos Humanos (Comité DH): “la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párr. 2º del art. 4º (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP). Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo (...) la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial (...)” (74). Por el otro, en el discurso de la doctrina de los autores (75). Indudablemente –adelantaba B. Cheng para 1953– el proceso judicial

(70) “A través de esta sentencia (la Corte IDH) incluye el derecho al debido proceso dentro del pequeño grupo de derechos que forman parte de las normas de *ius cogens* (...) De este modo, el derecho al debido proceso, como parte indivisible del derecho al acceso a la justicia, forma parte de las normas de *ius cogens*. (Quispe Remón, F., “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano...”, cit., p. 72).

(71) Asimismo, Corte IDH, “López Álvarez v. Honduras”, fondo, reparaciones y costas, 1/2/2006, C nro. 141, voto del juez Cançado Trindade, § 42.

(72) La indisociabilidad entre los arts. 25 y 8º, CAmericana DH, “conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *ius cogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del *ius cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los arts. 25 y 8º tomados conjuntamente. (...) Las garantías fundamentales (...) tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *ius cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección”. Corte IDH, “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24/11/2006, C nro. 158, voto del juez Cançado Trindade, § 5 y su cita).

(73) Robinson, Patrick (Judge), “The Right to a Fair Trial in International Law, with Specific Reference to the Work of the ICTY”, Berkeley Journal of International Law Publicist, 2009, vol. 3, p. 1.

(74) Observación general Nº 29. Estados de emergencia (art. 4º), 2001, § 11. La expresión “juicio imparcial” del texto español se corresponde con “*fair trial*” y “*procès équitable*” de las versiones en inglés y francés, respectivamente. *Vid.* texto *infra* VI, E. Cuando los países establecen excepciones a los derechos en períodos de emergencia pública, ello supone que los procedimientos que adopten son justos (*fair*) en el contexto de las circunstancias de excepción. Robinson, P. (Judge), “The Right to a Fair Trial...”, cit., p. 7.

(75) *Vid.* Orakhelashvili, Alexander, “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions”, European Journal of International Law, 2005, vol. 16, nro. 1, p. 65; Criddle, Evan J. y Fox-Decent, Evan, “A Fiduciary Theory of Jus Cogens”, Yale Journal of International Law, 2009, vol. 34, ps. 371/372 y sus citas; Cançado Trindade, A.A., “International Law for Humankind...”, cit., ps. 323/324; Robinson, P. (Judge), “The Right to a Fair Trial...”, cit., p. 1. Dinah Shelton expresa que la lectura más progresiva de los casos y los comentarios que describe, lleva a que la lista de normas denominadas *ius*

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

tiene dos características cardinales: la imparcialidad del tribunal y la igualdad jurídica de las partes en su capacidad como litigantes (76).

Y también ha tenido positivo acogimiento en jurisdicciones nacionales, tal como lo muestra la decisión del Bundesgerichtshof de Suiza en el caso “Rukundo”, relativo al requerimiento dirigido por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda a las autoridades suizas, para el traslado de D. Rukundo a la sede de aquél. El requerido alegó, entre otras defensas, que el procedimiento ante el Tribunal Penal no satisfaría las reglas de un juicio justo, previstas en el art. 14, PIDCP.

En tales condiciones, el Bundesgerichtshof destacó que Suiza no apoyaría un proceso internacional que no garantizara los derechos humanos fundamentales previstos en el PIDCP y en la CEuropea DH, los cuales constituyen elementos del “orden público internacional”. Al describir el derecho a un juicio justo como perteneciente a este último orden público –considera E. de Wet– el Bundesgerichtshof reconoció efectivamente la condición de *ius cogens* del mentado derecho (77).

C. Señalemos, a modo de prolepsis, que lo que acabamos de expresar respecto de “Goiburú y otros” (*supra* A) no podría ser entendido como circunscripto a controversias que encerrarán hechos de la gravedad de ese caso (violaciones de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal). Por lo demás, pocos días después de ese antecedente, la Corte IDH volvió sobre el mencionado § 131 de éste (*supra* A), en un litigio relativo al impedimento procesal que había sufrido un conjunto de empleados públicos para impugnar la medida por la que fueron cesados (78).

### b) La igualdad de armas

A. El debido proceso, naturalmente, tiene sus reglas (79). Y una de éstas es, de acuerdo con la Corte IDH y tal como lo hemos visto, la igualdad de las partes en la contienda: “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”. Así lo afirmó para 1999 en “El derecho a la información sobre la asistencia consular...” (cit., § 117) (80) y

---

*cogens*, incluya, entre otros, “el derecho a un juicio justo (*the right to a fair trial*)” (“Are There Differentiations Among Human Rights? *Jus Cogens*, Core Human Rights, Obligations *Erga Omnes* and Non-Derogability”, UNIDEM Seminar, The Status of International Treaties on Human Rights, Coimbra, 2005, Comisión de Venecia, CDL- CDL-UD[2005]020rep, p. 11).

(76) Cheng, Bin, “General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals”, Ed. Cambridge University Press, 1994 (reimpresión de la edición de 1953), p. 290. La máxima *audiatur et altera pars* puede ser vista como un principio general de derecho que lleva a la práctica el “requerimiento fundamental” de la igualdad entre las partes en los procedimientos judiciales (ídem, p. 291). Y agrega: la igualdad, incluso, no debería ser sólo en sustancia, sino también en las formas, así como ocurre con la justicia, la cual no sólo ha de ser impartida sino también ser vista como que es impartida (p. 286).

(77) De Wet, Erika, “The International Constitutional Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, vol. 55, p. 70. Acotamos, que el planteo fue rechazado con base en que debía presumirse la conformidad de los procedimientos del Tribunal Internacional para Ruanda con las normas internacionales de derechos humanos, y en que dicha presunción no había sido levantada (ídem). *Vid. infra* nota 100.

(78) “Trabajadores Cesados”, cit., § 119.

(79) El art. 8º, CAmericana DH, “no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención (...) Este art. 8º reconoce el llamado ‘debido proceso legal’, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8º Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87, 6/10/1987, A nro. 9, §§ 27/28. *Vid. asimismo supra* nota 69.

(80) *Vid.* Cançado Trindade, Antônio A., “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion nro. 16 [1999] of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-law and Practice”, en *Chinese Journal of International Law*, 2007, vol. 6, nro. 1, p. 1. “Como todo derecho humano, el derecho al debido proceso debe gozarse por todos, sin discriminación; el principio de igualdad, por lo tanto, subyace a éste, como a cualquier otro derecho humano de la Convención (Americana DH) e incluye también la noción de que las normas de procedimiento deben estar formuladas de manera tal que no pongan a una de las partes en desventaja

## Doctrina

---

lo reiteró en el ámbito contencioso (81). El principio de igualdad de las partes –dijo para sí la Corte IJ– es “fundamental” (82).

B. La cuestión, por lo pronto, es de vieja data en el Derecho Internacional DH: fue introducida por la Comisión Europea de Derechos Humanos, para 1959, en “X. v. Sweden” (83). Y, además, encontró tierra propicia en la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), en lo que ésta también dio en llamar *égalité des armes* / *equality of arms*, entendida como un elemento “inhe-

rente” a la noción “más comprensiva” del “proceso justo” (84). Dicha igualdad requiere un “justo equilibrio entre las partes”: a cada una de éstas “debe ofrecerse una posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones que no la emplacen en una situación de neta desventaja (*net désavantage* / *substantial disadvantage*) en relación con su o sus adversarias” (85).

Y, en el sistema de la CEuropea DH, es uno de los componentes del pilar central del debido proceso: las garantías procesales *stricto sensu* (86).

---

frente a la otra” (Medina Quiroga, Cecilia, “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial”, San José, Centro de Derechos Humanos/Facultad de Derecho-Universidad de Chile, 2013, p. 304).

(81) V.gr.: “Vélez Loo v. Panamá”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23/11/2010, C nro. 218, § 143; “Nadege Dorzema y otros”, cit., § 159; “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago”, fondo, reparaciones y costas, 21/6/2002, C nro. 94, § 146. Y el § 147 de este último caso agrega: “(e)n este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que ‘sirv(a)n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho’, es decir, las ‘condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial’” (citas omitidas); en iguales términos: “Juan Humberto Sánchez v. Honduras”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7/6/2003, C nro. 99, § 124; “J. v. Perú”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 27/11/2013, C nro. 275, § 278.

(82) “Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua v. Etats-Unis d’Amérique)”, 27/6/1986, Recueil 1986, § 31; asimismo: § 59.

(83) “El derecho al proceso justo (*fear hearing*) garantizado por el art. 6º.1 (CEuropea DH) contempla que todo aquel que es parte en un proceso civil, debe tener una razonable oportunidad de exponer su causa a la corte en condiciones que no lo pongan en una sustancial desventaja (*substantial disadvantage*) vis-à-vis con su oponente” (application nro. 434/58, 30/6/1959, p. 12, en HUDOC). Este precedente también suele ser citado como “Szwabowicz v. Sweden”. La expresión “igualdad de armas” fue usada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en “Ofner and Hopfinger v. Austria” (application nros. 524/59 y 617/59, 23/11/1962). La Declaración Universal de Derechos Humanos [1948], no obstante haber enunciado el principio de igualdad en su art. 2º, igualmente volvió sobre el punto en el cuadro de las garantías: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída (...)” (art. 10). Puede pensarse que, por este medio, se pretendió cubrir algunos motivos de discriminación que podrían no estarlo por la primera norma, basados, v.gr., en el tipo de delito cometido, la gravedad del caso o la relación entre el demandante y el demandado en materia civil. (Weissbrodt, David y Hallendorff, Mattias, “*Travaux Préparatoires of the Fair Trial Provisions –Articles 8 to 11– of the Universal Declaration of Human Rights*”, Human Rights Quarterly, 1999, vol. 21, nro. 4, p. 1074).

(84) Aun cuando el término “igualdad de armas” suele asociarse comúnmente a determinados sistemas legales, resulta claro que la Corte EDH no considera que el principio tenga alguna especificidad cultural (Summers, Sarah J., “Fair Trials”, Ed. Hart Publishing, 2007, p. 104).

(85) “Andrejeva v. Lettonie / Andrejeva v. Latvia”, Gran Sala, 18/2/2009, § 96. Asimismo: “Montalto et autres v. Italie”, 14/2/2014, § 47; “Agrati et autres v. Italie”, 7/6/2011, § 58; “Gorraiz Lizarraga et autres v. Espagne”, 10/11/2004, § 54; “Kress v. France”, Gran Sala, 7/6/2001, § 72; “Nideröst-Huber v. Suisse”, 18/2/1997, § 23; “Ankerl v. Suisse”, 23/10/1996, § 38; “Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis v. Grèce”, 9/12/1994, § 46; “Dombo Beheer B.V. v. Pays-Bas”, 27/10/1993, § 33, sus citas y otros. *Vid.*: Van Dijk, F.; Van Hoof, F.; Van Rijn, A. y Zwaak, Leo (eds.), “Theory and Practice of the European Convention on Human Rights”, 4ª ed., Ed. Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2006, ps. 578/584; Rozakis, Christos, “The Right to a Fair Trial in Civil Cases”, Judicial Studies Institute Journal, 2004, nro. 2, p. 96; Mole, Nuala y Harby, Catharina, “Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en œuvre de l’article 6 de la Convention européenne des Droits de l’Homme”, Précis sur les droits de l’homme nro. 3, Consejo de Europa, 2ª ed., 2007, ps. 50 y ss.

(86) *Vid.* Sudre, Frédéric, “Droit européen et international”, 7ª ed., Ed. Puf, París, p. 338.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

Rige, por cierto, en la propia instancia de Estrasburgo (87).

En resumen: ha de tratarse a las partes de manera igualitaria, sin que una de éstas pueda reivindicar un derecho del que la otra no pueda beneficiarse (88). Súmese en esta postura, por cierto, al Comité DH: el art. 14, PIDCP, garantiza la “igualdad procesal” (*procedural equity*) (89), y si bien no precisa “cómo debe entenderse el concepto de juicio ‘con las debidas garantías’ en materia civil (a diferencia de lo que se hace en el párr. 3º del mismo artículo cuando se trata de determinar el mérito de las acusaciones en materia penal), corresponde interpretar que el concepto de juicio ‘con las debidas garantías’, en el contexto del párr. 1º del art. 14 del Pacto, exige cierto número de condiciones, tales como el requisito de la igualdad de las armas (...)” (90). La invocación de la igualdad en la jurisprudencia del Comité DH surge como un “leitmotiv”: la mayor parte de las reglas del proceso justo son relacionadas con la

igualdad, la cual es el verdadero fundamento de aquéllas (91).

C. Más aún, puede aseverarse que dicha igualdad procesal ha recibido un concluyente reconocimiento por diversas jurisdicciones internacionales, mediante su aplicación en los procesos que se tramitan ante éstas. Así lo atestigua, incluso con expresa cita de algunos de los antecedentes de los órganos de Estrasburgo y del Comité DH que acabamos de recordar, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: “(e)quidad en el proceso implica equilibrio entre las dos partes, lo cual supone (...) el respeto del principio de igualdad” (y del principio contradictorio) (92); del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia (93), y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (94). Añadamos el Tribunal Especial para Sierra Leona (95). No otra doctrina hemos observado, y en un doble orden de aspectos, en art. 55... de la Corte IDH (*supra* II.b). El contradictorio –apunta F. Matscher– debe ser aplicado en igualdad de ar-

(87) “La eficacia del ejercicio del derecho de petición individual también implica el respeto, durante el proceso ante Estrasburgo, del principio de igualdad de armas” (Corte EDH, “Mamatkoulou v. Turquie”, 6/2/2003, § 96).

(88) Sudre, Frédéric, “Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, Ed. Puf, París, p. 245. “En lo fundamental, el debido proceso en general tiene como pilares insoslayables los principios de audiencia previa y la igualdad de todas las partes procesales para ejercer su derecho de defensa en idénticas condiciones, es decir, mediante el otorgamiento de iguales oportunidades para presentar y analizar pruebas, *interponer recursos* y presentar observaciones dentro de plazos o términos iguales para todos” (Rodríguez Rescia, V. M., “El debido proceso legal y la Convención Americana...”, cit., p. 1306, *itálicas agregadas*).

(89) Communication nro. 273/1989, “B. d. B et al. v. The Netherland”, 30/3/1989, CCPR/C/35/D/273/1989, § 6.3. Asimismo: communication nro. 223/1987, “Robinson v. Jamaica”, 30/3/1989, CCPR/C/35/D/223/1987, § 10.4.

(90) Comunicación nro. 207/1986, “Morael v. Francia”, 28/7/1989, CCPR/C/36/D/207/1986, § 9.3; en igual sentido: comunicación nro. 289/1988, “Dieter Wolf v. Panamá”, 26/3/1992, CCPR/C/44/D/289/1988, § 6.6. El art. 14.3.b, PIDCP, es una aplicación del principio de igualdad de armas (communication nro. 19/10/2009, “Zhuk v. Belarus”, 30/10/2013, § 8.5; communication nro. 1795/2008, “Zhimov v. Russian Federation”, 28/10/2013, § 10.3).

(91) Tavernier, Paul, “Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité de Droits de l’Homme des Nations Unies”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1996, nro. 25, p. 16.

(92) *Vid.* Decision on the Prosecution’s Application for Leave to Appeal the Chamber’s Decision of 17 January 2006 on the Applications for Participation in the Proceedings of Vprs 1, Vprs 2, Vprs 3, Vprs 4, Vprs 5 And Vprs 6 (Situation in the Democratic Republic of The Congo), Pre-Trial Chamber I, case nro. ICC-01/04, 31/3/2006, § 38 y sus citas.

(93) V.gr.: “Prosecutor v. Tadic”, Appeals Chamber, case nro. IT-94-1-A, 15/7/1999, esp. §§ 47/51; “Prosecutor v. Dario Kordic and Cerkez”, Appeals Chamber, case nro. IT-95-14/2-A, 17/12/2004, § 175 y ss. y sus citas. *Vid.* Robinson, P. (Judge), “The Right to a Fair Trial...”, cit., p. 1.

(94) “The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana”, Appeals Chamber, case nro. ICTR-95-1-A, 1/6/2001, § 69 y sus citas.

(95) “Prosecutor v. Taylor”, case nro. SCSL-2003-01-T, Appeals Chamber, “Decision on ‘Defence Notice of Appeal and Submissions Regarding the 4 May 2009 Oral Decision Requiring the Defence to Commence its Case on 29 June 2009’”, 23/6/2009, § 16 y ss.

## Doctrina

---

mas; es la idea general del proceso justo (*procès équitable*) la que lo manda (96).

D. Valga señalar, entonces, como anticipo de lo que veremos respecto de la Corte IJ (*infra* IV, B), dos elementos insertos, a juicio de La Haya, en el corazón mismo de la labor jurisdiccional. Por un lado, la “equidad”, la cual, “en tanto que noción jurídica, procede directamente de la idea de justicia. La Corte, cuya tarea es, por definición, administrar justicia, no podría dejar de aplicar la primera” (97). Por el otro, los requerimientos de la “buena administración de justicia” (*bonne administration de la justice / good administration of justice*) y la relación “primordial” o “central” que tiene con ésta el “principio fundamental” de la igualdad procesal de las partes (98). Mas, a este fin, debemos remitir, principalmente, a la opinión separada del juez Cançado Trindade en Corte IJ, “Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)”: “el principio de igualdad de las partes orienta o guía las exigencias de la buena administración de justicia. Los principios (*prima principia*) se ubican en un plano más alto que las reglas o requisitos, y los orientan (...) informan y conforman las normas y

reglas de los sistemas jurídicos y, sedimentados a lo largo de los años, constituyen el sustrato de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, son indispensables (conformando el *ius necessarium*, el cual va mucho más allá del mero *ius voluntarium*), y dan expresión a la idea de una justicia *objetiva* (propia del pensamiento ius-naturalista), de alcance universal” (99). Y no nos genera duda alguna que el mentado *ius necessarium* significa *ius cogens* (100).

### IV. LAS CONSECUENCIAS QUE ORIGINA LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES EN MATERIA DE IUS STANDI, EN EL PROCESO ANTE LA COMISIÓN IDH

---

A. “(P)ara que exista ‘debido proceso legal’ –repetimos la *ratio* de la Corte IDH– es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables” (*supra* III.b, A). Si hay un principio del debido proceso que apuntala a todos los demás, es el de igualdad (101). Luego, resulta palmario que el art. 61.1, CAmérica DH, dista con holgura de satisfacer ese requerimiento (102). “(L)a impo-

(96) Matscher, Franz, “Le principe du contradictoire”, *Documentação e Direito Comparado*, 1998, nros. 75/76, p. 122; asimismo: ps. 126 y 131. El carácter contradictorio lleva implícito el necesario reconocimiento del principio de la igualdad de las partes en el proceso, que obliga a exigir una igualdad práctica, real y efectiva en todo procedimiento contencioso (Gros Espiell, Héctor, “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Separata de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1985/2, p. 133 y su cita de Corte IJ).

(97) “Plateau continental (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne)”, sentencia, 24/2/1982, *Recueil* 1982, § 71. La Corte IJ precisa, incluso, que “la aplicación de los principios de equidad debe distinguirse de una decisión *ex aequo et bono*” (*idem*; *vid.* Estatuto, Corte IJ, art. 38.2).

(98) *Vid.* texto *infra* B; VIII.a, A y B; VIII.b, D. También: Corte IJ, “Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua...”, cit., § 31; asimismo: § 59. Ya la Corte Permanente de Justicia Internacional, en una de sus primeras sentencias, había invocado la “buena administración de justicia” como un elemento para esclarecer situaciones procesales no previstas ni por el Estatuto ni por el Reglamento (*vid.* “Concessions Mavrommatis en Palestine”, sentencia, 30/8/1924, A nro. 2, p. 66). Asimismo: “Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis”, *exceptions préliminaires, ordonnance*, 30/6/1938, A/B nro. 75, p. 56: “la Corte puede, siempre que los principios de la buena administración de justicia se lo requieran, acumular las excepciones preliminares con el fondo del asunto”.

(99) *Joinder of Proceedings*, order, 17/4/2013, § 10 y ss; las citas refieren a los §§ 23 y 27.

(100) “(...) la emergencia y consagración del *ius cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium*”. (Corte IDH, Condición... Migrantes, voto del juez Cançado Trindade, § 73). Recuérdese el texto correspondiente a la nota 77.

(101) Burgorgue-Larsen, Laurence y Ubeda de Torres, Amaya, “The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary”, Ed. Oxford University Press, 2011 p. 665. También derivan este principio del principio general imperativo de igualdad (*idem*, p. 666, con cita de Corte IDH, Condición... Migrantes).

(102) A igual conclusión llegaríamos, mayormente por lo que veremos en el texto *infra* C y D, si nos atuviéramos a la matizada postura de la Corte EDH, *i.e.*, que el “justo equilibrio” entre las partes que reclama el principio de

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

sibilidad del autor de apelar contra un fallo adverso (...) mientras que el Fiscal sí tenía esa posibilidad –ha resuelto con todas las letras el Comité DH en un caso de extradición– equivalen a una violación del derecho del autor a la igualdad ante los tribunales, amparado por el párr. 1º del art. 14 (PIDCP)” (comunicación nro. 1086/2002, “Weiss v. Austria”, 3/4/2003, CCPR/C/77/D/1086/2002, § 9.6). Se trata, por lo pronto, de un precedente que ha dejado huella (103). Y sobre él insiste el Comité DH en su observación general N° 32. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (2007, §13), al paso que agrega: “(e)l derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza también la igualdad de medios procesales” (ídem).

B. En este orden de ideas, resulta de importancia mayor puntualizar que la Corte IJ tuvo oportunidad de atender a este último documento, y de apoyarse en su doctrina, al pronunciar la opinión consultiva *Jugement nro. 2867 du Tribunal administratif de l’Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole* (1/12/2012, Recueil 2012) (104). En efecto, después de tomar nota de la “evolu-

ción” que mostraba la materia desde 1946 (momento en que fue establecido el procedimiento de revisión en juego, *vid.* nota anterior), de lo que eran testimonio las “importantes diferencias” entre la antedicha observación 32 del Comité DH, de 2007, y la que éste había dictado en 1984 (observación general 13), afirmó que, según aquélla, 32, “el derecho a la igualdad garantiza la igualdad de acceso y la igualdad de armas. En materia no penal, el derecho a la igualdad de acceso no implica el derecho de apelar; empero, cuando son concedidos derechos procesales, ello debe hacerse a todas las partes por igual, salvo que motivos objetivos y razonables justifiquen una distinción” (§ 39). Y retomó este pasaje, y la mentada evolución, para sostener, lisa y llanamente, previo recordatorio de su precedente de 1956 sobre análoga cuestión (“el principio de igualdad entre las partes deriva de las exigencias de una buena administración de justicia”), que la “igualdad de acceso a los medios de apelación o a otros recursos disponibles, salvo excepción fundada en motivos objetivos y razonables, debe ser considerada actualmente (*now / désormais*) como parte integrante de ese principio” (§ 44) (105). Sumemos a esto, apostilla mediante, que también la Corte

---

igualdad de armas se ve desvirtuado cuando una de aquéllas es puesta en una posición de “neta desventaja” en relación a su o sus adversarios (*supra* III.b, B). La última expresión entrecomillada, en todo caso, podría dar un espacio excesivo a la interpretación (*vid.* Medina Quiroga, C., “La Convención Americana...”, cit., p. 306).

(103) *Vid.* “Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy”, A/HRC/8/4, 2008, § 21; Comisión Internacional de Juristas, “Manual de Observación de Procesos Penales. Guía para Profesionales nro. 5”, Ginebra, 2009, p. 89; Kälin, Walter y Künzli, Jörg, “The Law of “International Human Rights Protection”, Ed. Oxford University Press, 2009, p. 451; Conte, Alex y Burchill, Richard, “Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee”, 2ª ed., Ed. Ashgate Publishing, 2009, p. 161; Gilbert, Geoff, “Responding to International Crime”, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 144.

(104) Las circunstancias del caso, para lo que interesa y más que brevemente expuestas, fueron las siguientes: el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (Fondo) presentó ante la Corte IJ una solicitud de opinión consultiva sobre la validez de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (TAOIT), en la cual éste había resuelto favorablemente un reclamo de la actora, Sra. Saez García, en la controversia que ésta mantenía contra el Fondo (demandado), derivada del contrato de trabajo que los unía. La mencionada vía (“opinión consultiva”) estaba prevista en el art. XII del Anexo del Estatuto del TAOIT, de 1946, pero sólo en favor de una organización internacional (en el caso, el Fondo), y no del individuo (en el caso, la Sra. Saez García). Señalamos, a título informativo, que a la diferencia en el *ius standi* se sumaba otra en materia de *locus standi in iudicio*, pues el Estatuto, Corte IJ, no lo admite respecto de los individuos.

(105) Para los requerimientos de la “buena administración de justicia” y la relación “primordial” o “central” que tiene con ésta la igualdad procesal de las partes, *vid.* asimismo: §§ 30, 35, 43 y 47, y, en el texto, *supra* III.b, D e *infra* VIII.a, A y B: VIII.b, D. En el § 44, *Jugement nro. 2867...*, la Corte IJ considera que el igual acceso a las cortes y tribunales resulta un principio actual (*present-day principle / principe moderne*). No por ello dejó de señalar que, ya para 1950, había expresado que “según una práctica generalmente aceptada, los medios recursivos contra una sentencia están abiertos por igual a una y otra parte” (§ 37). “Si la desigualdad en cuestión podía parecer aceptable hace cincuenta años, aun cuando ya algunos jueces habían mostrado su alarma al respecto en casos anteriores –puntualiza el juez Greenwood en su voto– no creo que ocurra lo mismo en la actuali-

## Doctrina

---

IDH ha entendido que “(e)l desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales” (106).

Retomando *Jugement nro. 2867...*, digamos que sólo razones de espacio nos impiden dar cuenta del fundado y extenso voto con el cual el juez Cançado Trindade, si bien acompañó la decisión de la mayoría (que desestimó sustancialmente el “recurso”), precisó las deficiencias o limitaciones que ésta mostraba en resguardo del “principio fundamental de la igualdad de armas en los procesos judiciales internacionales”, el cual se encuentra “firmemente asentado en el derecho internacional procesal contemporáneo” (107).

Y a ello añadiríamos su voto en otro estrado: “(e)l derecho de petición individual es una conquista definitiva del derecho internacional de los derechos humanos. Es de la propia esencia de la protección internacional de los derechos humanos la contraposición entre los individuos demandantes y los Estados demandados en casos de supuestas violaciones de los derechos protegidos. Fue precisamente en este contexto de protección que se operó el rescate histórico de la posición del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos, dotado de plena capaci-

dad procesal internacional”. El mentado derecho de petición “abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional” (108).

C. En rumbo análogo al que venimos exponiendo se orienta la Corte EDH: el art. 6º.1, CEuropea DH, no obliga a los Estados parte a establecer cortes de apelación o de casación. Empero, si las crearan, el procedimiento debería contar con las garantías previstas en el citado art. 6º, especialmente la de asegurar a los litigantes un derecho efectivo de acceso a los tribunales para la decisión de cuestiones relativas a sus derechos y obligaciones de carácter civil” (“*Andrejeva v. Lettonie*”, Gran Sala, cit., § 97 y sus citas).

D. Dejemos esclarecido, además, que la salvedad antes mencionada (*supra* A): “excepción fundada en motivos objetivos y razonables”, en nada atenúa o enerva el carácter perentorio del principio de igualdad procesal. Condición... Migrantes reconoció este último principio bajo análogas condiciones: una cosa es la “distinción”: admisible “en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo(a)”, y otra la “discriminación”: “exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos” (§ 84; asimismo, §§ 89, 90, 105, 119 y 168) (109). Este parteaguas, desde lue-

---

dad. Lejos de reducirse a un simple detalle técnico, esta desigualdad constituye un vicio fundamental del sistema creado por el art. XII (*vid.* nota anterior). No debería ser requerido a la Corte participar en un procedimiento que, al no asegurar la igualdad de las partes, es incompatible con los conceptos modernos de debido proceso y de integridad de la función judicial” (§ 3; *vid.* asimismo, § 4). El precedente de 1956 aludido en el texto, es *Jugements du Tribunal administratif de l’OIT sur requêtes contre l’UNESCO*, opinión consultiva, 23/10/1956, *Recueil* 1956, p. 86. Tal como habrá sido advertido, la observación general 32 reemplazó a la observación general 13 (*vid.* el § 1 de la primera).

(106) El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular..., cit., § 117.

(107) La mayoría de la Corte IJ pareciera haber entendido que la desigualdad en materia de *ius standi*, cuya existencia reconoció (*vid.* en el texto *infra* D), resultaba más bien teórica ya que, habiendo ganado la Sra. Saez García el litigio en el TAOIT, no tendría agravios que formular ante la primera (*vid.* § 37). La desigualdad del régimen del TAOIT también la exhibía, en análogos términos, el régimen de acceso a la Corte IJ respecto de las decisiones del Tribunal Administrativo de la ONU. Ello condujo a que, en 1995, la Asamblea General de dicha Organización aboliera ese régimen. *Vid.* asimismo: Cançado Trindade, Antônio A., “Some Reflections on Basic Issues Concerning the Responsibility of International Organizations”, en Ragazzi, M. (ed.), “Responsibility of International Organizations: Essays in Memory of Sir Ian Brownlie”, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2013, ps. 8 y ss; Murphy, Sean D., “What a Difference a Year Makes: The International Court of Justice’s 2012 Jurisprudence”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, vol. 4, nro. 3, ps. 546/547: “uno se pregunta cómo pudo haber sido dictada una opinión consultiva desfavorable a la persona, dadas las preocupaciones de la Corte en torno de la desigualdad de armas” (p. 547).

(108) Corte IDH, “Castillo Petruzzi y otros v. Perú”, excepciones preliminares, 4/9/1998, C nro. 41, §§ 5 y 35.

(109) “Es sabido que la igualdad reconociendo la diversidad de los seres humanos acepta y propicia determinadas distinciones siempre que tiendan a fortalecer, no a impedir, el goce y el ejercicio de todos los derechos,

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

go, es regla en el Derecho Internacional DH (110). Añadamos, a la par, que uno de los autores del aludido *caveat* (Comité DH) descartó, implícitamente, que resultara objetivo y razonable que a Weiss se lo privara de lo que sí se le concedía al fiscal (derecho a un recurso, *supra* A). Y lo afirmó sobre la sola base de la igualdad ante las cortes y tribunales, *i.e.*, el inc. 1º del art. 14, PIDCP. Agregáramos, aún, las tajantes conclusiones vertidas en *Jugement 2867...*: la Corte IJ “no advierte nada que justifique una posibilidad de revisión de las decisiones (del TAOIT) que aventajaría al empleador en detrimento del funcionario”; “reafirma su preocupación ante la desigualdad de acceso a (sus estrados) derivada del procedimiento de revisión del art. XII del anexo del Estatuto, TAOIT” (cit., §§ 39 y 48). Y, necesario es destacarlo, la competencia de la Corte IJ en el caso era, incluso, más reducida que la de la Corte IDH, la cual examinaremos renglones más abajo, pues refería a dos supuestos: que el TAOIT hubiese erradamente declarado su competencia o que su decisión estuviese viciada por defectos esenciales en el trámite del proceso (*vid. idem*, § 29).

E. En estas circunstancias, nada razonable, ni proporcional ni objetivo puede verse, hoy, en el art. 63.1, CAmérica DH. El régimen niega a aquel a quien debe proteger, la persona, lo que

confiere a aquel a quien debe limitar, el Estado (111). Balanza de fiel marcadamente torcido, si se atiende, amén de lo antedicho, a que la presencia de condiciones de desigualdad real “obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses” (112); “(e)s así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales” (113). El distingo convencional, al menos en el reinante estado del arte del Derecho Internacional DH y por parafrasear a la Corte IDH, no sólo conduce a situaciones contrarias “a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”, sino que también resulta “arbitrario”, “caprichoso”, “despótico” y “repugna” a la dignidad de la persona humana (114). El derecho a una protección igualitaria ante la ley se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” (Corte IDH, Condición... Migrantes, § 100 y sus citas; asimismo: § 87). Otro tanto puede afirmarse del derecho al debido proceso (115).

F. La calidad de parte procesal del requirente en el trámite ante la Comisión IDH, por lo demás, es incuestionable (116). También lo es que dicho trámite constituye un proceso, y en el sentido técnico de la palabra (117). Poco importa, a la vez,

---

incluida la misma igualdad. Estas distinciones, en consecuencia, no afectan el derecho a no ser discriminado. Tampoco restringen el concepto de igualdad” (Corte IDH, Condición... Migrantes, voto del juez Salgado Pesantes, § 3; asimismo: § 4 y ss.).

(110) *Vid.* Gialdino, R. E., “Derecho internacional...”, cit., ps. 153/154 y 163/165.

(111) Tomado desde lo que llamamos la *tectonique* de los fundamentos contemporáneos del derecho internacional, derechos del Estado contra derechos de la persona, aunque cubra en parte a los dos, el *ius cogens* se muestra como una palanca, poderosa y precaria a la vez, para intentar afirmar la prioridad de los segundos sobre los primeros (Dupuy, P.-M., “L’unité...”, cit., p. 312).

(112) Corte IDH, “Velez Loor...”, cit., § 152.

(113) *Ídem*, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular..., cit., § 119. *Vid.* Comisión IDH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 2007, IV, B, 1: “El principio de igualdad de armas”, y § 227. *Vid. supra* nota 69.

(114) *Vid.* Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., § 47; Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, 19/1/1984, A nro. 4, § 57. Asimismo: Condición... Migrantes, §§ 91 y 92.

(115) *Vid.* Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular..., cit., § 116.

(116) Dicha calidad fue reconocida por la Corte IDH en su primera sentencia (“Velásquez Rodríguez v. Honduras”, excepciones preliminares, 26/6/1987, C nro. 1, §§ 58, 67 y 75). Asimismo: Comisión IDH, Reglamento, arts. 13, 17.2.b, 25.1 y pássim; Corte IDH, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana...”, cit., § 49.

(117) Se trata de un procedimiento “regido por garantías que aseguran a las partes el ejercicio del derecho de defensa (...) Tales garantías son: a) las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (arts. 44 a 46 de la Convención), y b) las relativas a los principios de contradicción (art. 48 de la Convención) y

## Doctrina

---

que la Comisión IDH se considere a sí misma, para estos fines, un órgano cuasi-jurisdiccional (*vid.* Corte IDH, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana..., cit., § 13) **(118)**. Incluso que pueda entenderse que el derecho de petición individual tiene carácter judicial **(119)**. Y si bien no es correcto considerar que el mentado sometimiento de una causa a la competencia contenciosa de la Corte IDH constituya el ejercicio de un recurso, la cuestión no atañe al *nomen iuris*, sí a la sustancia. De ser llevado un caso a San José, sea por la Comisión IDH, sea por el Estado en el litigio (no se registran antecedentes) **(120)**, se le abre a éste la posibilidad de requerir al tribunal que ejerza “el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión (...)” **(121)**, lo cual comprende, *inter alia* y cuestionamiento mediante, la revisión de lo “actuado” ante la Comisión y lo “decidido” por ésta,

“en aras de asegurar la procedencia de los requisitos de admisibilidad y los principios de contradicción, equidad procesal y seguridad jurídica”, de lo cual es un ejemplo patente “Grande v. Argentina” **(122)**. En otras palabras, en “caso de *discrepancia* con el informe emitido por la Comisión Interamericana en virtud del artículo 50 de la Convención Americana, el Estado tiene la facultad, conforme a los arts. 51.1 y 61 de dicho tratado, de someter el caso a conocimiento de esta Corte para que determine los hechos y aplique el derecho conforme a su competencia contenciosa” **(123)**. La Corte IDH –dijo para sí en “Cayara y otros v. Perú”– “debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos humanos, fin último del sistema, y la seguridad jurídica y equidad procesal que aseguran la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional. En el caso *sub iudice*, continuar con un proceso en-

---

equidad procesal”; al cabo del trámite, la Comisión IDH “debe pronunciarse sobre la existencia de la violación”. Corte IDH, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-19/05, 28/11/2005, A nro. 19, §§ 27 y 28, cita omitida). Esto es así, por cierto, aun cuando hemos puesto en el tapete, parcialmente, lo relativo a la “equidad procesal”.

(118) Digamos, a todo evento, que: a) “(s)i bien el art. 8º de la Convención Americana se titula ‘Garantías judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino (al) conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos (...) Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (Corte IDH, “Baena Ricardo y otros”, fondo..., cit., § 124, citas omitidas); b) “tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana” (ídem, “Ivcher Bronstein v. Perú”, fondo, reparaciones y costas, 6/2/2001, C nro. 74, §104); c) “el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” (ídem, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay”, fondo, reparaciones y costas, 29/3/2006, C nro. 146, § 82); d) “en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos” (ídem, “Palamara Iribarne”, cit., § 178).

(119) Cançado Trindade, A. A., “International Law for Humankind...”, cit., p. 321: “judicial character”.

(120) El 22/7/2002, Perú envió a la Corte IDH el caso de Lori Berenson, pero la Comisión IDH lo había presentado días antes, de modo que San José consideró el envío del primero como una contestación a la presentación de la segunda (Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos: introducción a sus mecanismos de protección”, Centro de Derechos Humanos/Universidad de Chile-Facultad de Derecho, 2007, p. 77, nota 240). *Vid.* asimismo: Corte IDH, “Asunto de Viviana Gallardo y otras”, cit.

(121) Corte IDH, Control de Legalidad..., cit., punto 4 de la opinión. Ante la Corte IDH “alegará el Estado lo que estime pertinente para la defensa de sus derechos y la cabal observancia de la legalidad en la tramitación y solución de la controversia, ajustándose para ello a las estipulaciones contenidas en la Convención y en otros ordenamientos que integran el *corpus iuris* del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, particularmente el Estatuto y el Reglamento de la Corte. Por este medio, el tribunal ejerce la función controladora que explícitamente le confieren esos instrumentos” (ídem, § 28).

(122) Ídem, excepciones preliminares y fondo, 31/8/2011, C nro. 231, § 46 y ss.

(123) Ídem, “Castañeda Gutman v. México”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6/8/2008, C nro. 184, § 63, *itálica agregada*.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

derezo a lograr la protección de los intereses de las supuestas víctimas, estando de por medio infracciones manifiestas a las reglas procedimentales establecidas en la propia Convención, acarrearía la pérdida de la autoridad y credibilidad indispensables en los órganos encargados de administrar el sistema de protección de derechos humanos” (124). No pretendemos, en esta oportunidad, poner en crisis ese razonamiento (125). Sí precisar que, si para algo sirvió el “justo equilibrio”, fue para hacer lugar a la excepción preliminar formulada por el Estado y declarar que la demanda había sido interpuesta por la Comisión IDH extemporáneamente (art. 51.1, CAmérica DH). Hemos de recordar, además, insistiendo en lo del *nomen iuris*, que las consideraciones de la Corte IJ en *Jugement 2867...* (*supra* B), tuvieron como marco una petición que conducía a que aquella, bajo el nombre de “opinión consultiva” (!), pudiera revisar, con fuerza vinculante, una sentencia del TAOIT (126).

G. Más aún, de acuerdo con su Reglamento, la Comisión IDH, si “establece que no hubo violación en un caso determinado, así lo manifestará en su informe sobre el fondo”, el cual “será transmitido a las partes, y será publicado e incluido en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA” (art. 44.1). Para el individuo actor, en breve, esta hipótesis da lugar, directamente, a una decisión tan definitiva como obligatoria, dado que carece absolutamente de *ius standi* ante la Corte IDH. Y ello, desde luego, con notorio beneficio para el Estado demandado, habida cuenta de la suerte de *res iudicata* o *non bis in idem* que contempla el sistema (CAmérica DH, art. 47.d; Comisión IDH, Reglamento, art. 33.1.b).

H. Otro tanto ocurre cuando la Comisión IDH declara inadmisibles una petición, por cuanto ello determina que “el trámite de la denuncia no continúe y ésta se archive”; a partir del momento en que la Comisión declara inadmisibles el asunto, “ésta carece de competencia para resolverlo” (Corte IDH, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana...”, cit., §§ 41 y 42). En cambio, el Estado está habilitado a plantear a la Corte IDH la revisión de una declaración de admisibilidad dictada por la Comisión IDH, de ser interpuesta una demanda –sea por el primero o por esta última– con motivo de la cuestión de fondo (127). “(I)njusticia considerable, en detrimento de la presunta víctima” (*vid. infra* VIII.b) (128).

Los Estados, además, no se han privado de invocar ante la Corte IDH, en su favor, por cierto, que el trámite en la Comisión IDH había “resquebrajado el equilibrio procesal” y “vulnerado el debido proceso” (129).

I. Resulta así expuesto, con transparencia, que lo que puede una de las partes, el Estado, “no lo puede la otra”, la persona, glosando al juez García Ramírez (*supra* nota 52). Vale decir, “desequilibrios procesales”, y nada menos que, insistimos, en perjuicio de la parte “ostensiblemente más débil *vis-à-vis* el poder público” (Corte IDH, “Castillo Petruzzi y otros...”, excepciones..., cit., voto del juez Cançado Trindade, §§ 43 y 34).

J. Y todo ello, a pesar de que a) el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso “se aplica no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna” (130); b) la “recta interpretación” del proceso internacional

(124) Excepciones preliminares, 3/2/1993, C nro. 14, § 63.

(125) Pero *vid.* Pinto, Mónica, “Las relaciones entre los órganos del sistema”, en Méndez J. E. y Cox, F. (eds.), “El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, San José, IIDH, 1998, ps. 183/184.

(126) La Corte IJ alude a esta vía como “demande de réformation de jugement du TAOIT” / “review a judgment of the ILOAT” (§ 29).

(127) En “Osorio Rivera y Familiares v. Perú”, por tomar un ejemplo reciente, la Corte IDH, ante el planteo del Estado, examinó la legalidad del Informe de Admisibilidad de la Comisión IDH, en punto a si la presentación de la petición ante esta última había respetado el plazo del art. 46.1.b, CAmérica DH (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26/11/2013, C nro. 274, §§ 16/23).

(128) Corte IDH, “Gangaram Panday v. Surinam”, excepciones preliminares, 4/12/1991, C nro. 12, voto del juez (*ad hoc*) Cançado Trindade, § 8.

(129) Como fue el caso “19 Comerciantes”, excepción..., cit., § 24; asimismo: “Alfonso Martín del Campo Dodd v. México”, excepciones preliminares, 3/9/2004, C nro. 113, §§ 41 y 59.2.

(130) Corte IDH, Condición... Migrantes, § 122.

## Doctrina

entendido como un todo ha de basarse “en un presupuesto de igualdad” entre los contendientes (131) y ha de buscar un “justo equilibrio” o “equidad procesal” (132); c) el exégeta de tal procedimiento “debe reconocer y resolver los factores de desigualdad” que éste apareje (133), y d) “(e)n todo proceso deben concurrir determinadas elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos” (134). ¿Habrá dejado de ser el debido proceso legal “la esencia de las garantías judiciales establecidas en la CAmérica-n DH”? (135).

K. Se dirá, quizás, que la Comisión IDH sufre la grave limitación (*rectius*: exclusión) *sub discussio*,

mayormente cuando, a partir de la entrada en vigor del Reglamento que adoptó para diciembre de 2000 (1/5/2001), en oportunidad de notificar al peticionario la adopción del informe y su transmisión al Estado “le dará la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte” (art. 43.3) (136). Además, “(s)i el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el art. 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo con el art. 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión” (ídem, art. 44.1;

(131) Ídem, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana...”, cit., § 48.

(132) Ídem, “Informes de la Comisión Interamericana...”, cit., §§ 47 y 48.

(133) Ídem, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular..., cit., doctrina del § 119. El “principio y derecho” de igualdad, “aplicado como igualdad procesal, no parece permitir ninguna posible distinción, aun cuando, como principio general, sean permitidas ciertas distinciones para sectores de la población que por determinadas circunstancias se encuentran en situación de discriminación (conforme a la máxima ‘igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales’).” (Rodríguez Rescia, V. M., “El debido proceso legal y la Convención Americana...”, cit., p. 1301). *Vid. supra* nota 69.

(134) Ídem: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., § 132, *itálica agregada*; asimismo, Artículo 55..., §§ 62, 72 y 73.

(135) Ídem, “Castillo Petruzzi y otros”, fondo..., cit., § 221.

(136) Esta norma es el art. 44.3 del Reglamento vigente desde el 1/8/2013. Con todo, en esta situación subyace otra desigualdad procesal, de la cual hemos dado cuenta, críticamente, en otros trabajos: Gialdino, Rolando E., “Le nouveau Règlement de la Commission Interaméricaine de droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2003, nro. 55, p. 895, 3.1.3; “El nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, ED 200-884, 3.1.3. Lo que se transmite a la persona litigante es la “adopción” del informe, no este último. “Ahora la Comisión hace lo siguiente, le trasmite el informe al Estado y al peticionario le envía una carta diciéndole ‘mire en su caso hay una decisión y se la envío al Estado’. Claro ahí la igualdad de armas se rompe, ¿cómo sabe el peticionario qué decidieron, qué se recomendó, cómo se acerca al Estado para supervisar el cumplimiento? Ahí hay un desfase a raíz de la opinión consultiva 13”. (Ayala Corao, Carlos, “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, XVII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, 2001, p. 14). Dicho desfase, ciertamente, es fruto de la interpretación que la Corte IDH dio al art. 50.2, CAmérica-n DH, para 1993, en Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana..., según la cual, el informe debe ser transmitido sólo al Estado interesado (cit., §§ 48/59). Es algo paradójico, pero San José apoyó esta conclusión en “(u)na recta interpretación del art. 50, basada en un presupuesto de *igualdad de las partes*” (§ 48, *itálicas agregadas*). Como fuere con ello, la doctrina del tribunal llevó, en su momento, a que la Comisión IDH modificara el Reglamento a la sazón vigente, en cuanto prescribía: “(e)l informe se transmitirá a las partes interesadas (...)” (art. 47.6), lo cual se fundaba en entender que el art. 50, al señalar que sólo se daría traslado a los Estados interesados, se refería a los casos de denuncias interestatales. (González Morales, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, “Anuario de Derechos Humanos 2009”, Universidad de Chile-Facultad de Derecho, p. 53, nota 42). En sentido fundadamente crítico de la antedicha posición de la Corte IDH: Méndez, Juan, “Una aproximación crítica a la independencia vigente de los arts. 50 y 51 de la Convención”, en Méndez J. E. y Cox, F. (eds.), “El futuro...”, cit., ps. 245/246. Asimismo: Vivanco, José M., “Fortalecer o reformar el Sistema Interamericano”, en ídem, ps. 68/69; Burgorgue-Larsen, L. y Ubeda de Torres, A., “The Inter-American Court...”, cit., p. 32; Pasqualucci, Jo M., “The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights”, Ed. Cambridge University Press, 2003, ps. 150/151. Con todo, *vid. infra* nota 224. La mentada desigualdad se volvería más cruda si la Comisión IDH admitiera que el Estado pudiese plantear la reconsideración del informe del art. 50 cit., posibilidad que hemos descartado por las antedichas razones, en los artículos citados al comienzo de esta nota.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

actual art. 45.1; *vid. infra* nota 224). Empero, no obstante lo positivo que resultó esta reforma, la cual hemos estudiado en otro momento (137), igualmente queda en manos de la Comisión IDH la decisión final al respecto (*vid. infra* VIII.a). Diríamos, en síntesis, que la vía procesal no es “directamente accesible” al individuo justiciable, como sí lo es para el Estado (138). De ahí que, en su comentario al Protocolo nro. 9, CEuropea DH (*vid. infra* VII, D), J.-F. Flauss haya expresado que la situación que aquél tendía a conjurar implicaba el desconocimiento del “derecho de acceso efectivo a un tribunal”, en la medida en que ello significa el derecho del individuo de poder impulsar “personalmente” una acción en justicia (139).

L. Más todavía, es absolutamente decisivo para dilucidar esta problemática, parar mientes en lo ya anticipado respecto del Reglamento, Comisión IDH (*supra* G). En efecto, mediante lo que entendemos resulta una insostenible interpretación de los arts. 50 y 51, CAmérica DH, dicho cuerpo adjetivo ha descartado la posibilidad de que el órgano lleve a San José los casos más negativos pa-

ra los actores, *i.e.*, aquellos en los que haya considerado no producida una violación de derechos humanos (140). Y esto es así, no obstante el llamado de la doctrina de los autores a seguir una derrota opuesta (141).

Y, sobre todo, la motivada y directa postura crítica de la propia Corte IDH: “(a) pesar de lo expresado por uno de los delegados de la Comisión en la audiencia del 8 de noviembre de 1985, ni el art. 50 ni el 51 de la Convención requieren que la Comisión haya concluido que ha habido violación de la Convención, para que se pueda referir un caso a la Corte (...) Dado que los individuos no están legitimados para introducir una demanda ante la Corte y que un gobierno que haya ganado un asunto ante la Comisión no tiene incentivo para hacerlo, la determinación de esta última de someter un caso semejante a la Corte, representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece. Por ello, en tales hipótesis, la Comisión está llamada a considerar especialmente la posibilidad de acudir a la Corte” (*vid. infra* VIII.a, B) (142).

(137) Gialdino, R. E., “Le nouveau Règlement de la Commission...”, cit., p. 895, III; “El nuevo Reglamento de la Comisión...”, cit., p. 884, III.

(138) El recurso invocado por el Estado en su excepción preliminar es inatendible, pues sólo el procurador general podía interponerlo. Luego, no era directamente accesible a los justiciables (Corte EDH, “Öztürk v. Turquie”, Gran Sala, 28/9/1999, § 45); asimismo: “Kucherenkov. Ukraine”, nro. 41974/98, dec. 4/5/1999, 4ª Sección. Un recurso extraordinario cuyo ejercicio depende del poder discrecional de una autoridad no es un recurso efectivo (Comisión Europea de Derechos Humanos, “Kustannus Oy Vappa Ajattelija Ab, Vapaa-Ajattelijain Liito Fritänkarnas Förbund y Sundström v. Finlandia”, aplicación nro. 20471/92, 15/4/1996, D.R. 85-A, ps. 29, 42).

(139) Flauss, Jean-François, “Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l’homme - Le protocole nro. 9 à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Annuaire Français de Droit International*, 1990, vol. 36, p. 509.

(140) “Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el art. 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que *no ha cumplido las recomendaciones* del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo (...)” (Reglamento, art. 45.1, *itálicas agregadas*).

(141) *Vid.* Nikken, Pedro, “Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin Reformar al Pacto de San José”, en Méndez J. E. y Cox, F. (eds.), “El futuro...”, cit., p. 35; Gros Espiell, H., “El procedimiento contencioso...”, cit., p. 121; Faúndez Ledesma, Héctor, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales”, 3ª ed., IIDH, 2004, p. 599. Y agrega este último autor: “(e)n realidad, y sin perjuicio de que esta conclusión no refleje exactamente la intención de lo expresado en los pasajes pertinentes, en los primeros casos en contra de Honduras el tribunal llegó a insinuar que, una vez agotado el procedimiento dispuesto por los arts. 48 a 50 de la Convención sin que se hubiera logrado un resultado satisfactorio, dentro del respeto debido a los derechos humanos reconocidos en la Convención, y como parte del mecanismo de intensidad creciente previsto por ésta, el recurso a la instancia jurisdiccional debería operar de manera automática (...) lo que ciertamente privaría de todo carácter discrecional a la decisión de la Comisión” (*idem*, p. 600).

(142) La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13/11/1985, A nro. 5, §§ 24/26. En interés de sus diversas funciones, la Comisión debe tener completa independencia frente a las partes involucradas en un caso de violación de los derechos

## Doctrina

---

M. Nótese, además, que aun cuando la Comisión IDH resuelva llevar el caso a San José, sigue siendo de su solo resorte “la identificación de las presuntas víctimas” y “cuáles de los hechos contenidos en el informe al que se refiere el art. 50 de la Convención somete a la consideración de la Corte” (Corte IDH, “J. v. Perú”, cit., §§ 23/25; Reglamento, art. 35.1 y 3).

N. Procede memorar que la primera sentencia que registra el repertorio oficial de la Corte EDH atañe a una demanda formulada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, la cual, si bien previamente había descartado, por mayoría, la existencia de la violación alegada por el actor, igualmente procedió de la manera indicada ante la importancia fundamental de los problemas jurídicos litigiosos (143). Según lo explicó C. H. M. Waldock, a la sazón presidente de esta última Comisión, se procedió de tal manera por dicha razón (“aspectos jurídicos de importancia fundamental para la interpretación de la Convención Europea”), no porque sus miembros hubieran cambiado de criterio o tuvieran dudas sobre los fundamentos de su decisión (144).

### V. EL LOCUS STANDI IN IUDICIO DE LA PERSONA ANTE LA CORTE IDH

---

A. El *locus standi in iudicio* del título es asunto que está por fuera del presente estudio. Empero,

hemos creído apropiado traerlo brevemente a cuento, puesto que es ilustrativo, por un lado, de las enormes dificultades que planteaba el respeto del debido proceso y de la igualdad de armas de la persona, ahora en el trámite ya abierto ante la Corte IDH y, por el otro, de los esfuerzos que han desplegado los órganos convencionales, sobre todo San José, con el fin de superar esos escollos. En todo caso, estos últimos no dejan de ser sino consecuencia de la negación del *ius standi* de la persona.

B. Los mentados esfuerzos surgen de manera manifiesta de las diversas y sucesivas reformas que la Corte IDH ha introducido en sus reglamentos, desde 1991, con motivo de dos datos realistas sobre el proceso que se desarrolla ante aquélla.

Primero, las verdaderas partes (materiales) son el Estado y las víctimas o presuntas víctimas.

Segundo, el carácter híbrido que exhibía la Comisión IDH: órgano imparcial y neutro durante el procedimiento que se desarrolla en su seno, por un lado, y órgano-parte ante la Corte IDH, responsable de representar los intereses de las víctimas, por el otro (145). Máxime cuando la Comisión, “naturalmente”, podía tener puntos de vista diferentes de los de los representantes (146). Las mudanzas reglamentarias tendieron, pues, *inter alia*, al logro de la “igualdad de armas” (147).

---

humanos. Esta independencia parece imposible de ser mantenida si la Comisión se transforma en la defensora de una víctima particular. Tampoco parece esto factible si se piensa que es posible, aunque la Comisión *nunca lo ha permitido*, que un asunto llegue a la Corte cuando la Comisión no ha encontrado que haya habido una violación por el Estado parte, en cuyo caso las posiciones de la presunta víctima deberían ser defendidas por la Comisión, que no las comparte. (Medina Quiroga, C. y Nash Rojas, C., “Sistema interamericano...”, cit., p. 80, *itálicas agregadas*).

(143) *Vid.* “Lawless” (exceptions préliminaires et questions de procédure), 14/11/1960, A nro. 1.

(144) *Vid.* Eissen, Marc-André, “Le premier arrêt de la Cour européenne des Droits de l’Homme: affaire *Lawless*, exceptions préliminaires et questions de procédure”, *Annuaire Français de Droit International*, 1960, vol. 6, ps. 452/453.

(145) *Vid.* Gialdino, Rolando E., “Le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine...”, cit., p. 979, I; “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana...”, cit., p. 903, I. Asimismo, Corte IDH, art. 55..., § 50 y su nota 36.

(146) *Vid.* Salvioli, Fabián Omar, “Derechos, acceso y rol de las víctimas”, en Méndez J. E. y Cox, F. (eds.), “El futuro...”, cit., ps. 328 y ss. En ocasiones, ante la Corte IDH, la Comisión IDH ha concordado con el Estado en la inexistencia de violaciones o la improcedencia de reparaciones planteadas por las víctimas. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL, “Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, CEJIL, Buenos Aires, 2008, p. 24). En tal sentido, *vid.* Corte IDH, “Familia Pacheco Tineo v. Bolivia”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25/11/2013, C nro. 272, § 19.

(147) “Informe y Propuestas del Presidente y Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade...”, OEA/Ser.G CP/CAJP-1781/01, 2001, p. 17, § 43.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

C. Incluso la última de las anteriormente aludidas reformas [2009], tuvo como eje “principal” modificar algunos aspectos de la participación de la Comisión IDH en el procedimiento ante la Corte, “otorgando más protagonismo al litigio entre los representantes de las víctimas o presuntas víctimas y el Estado demandado, permitiendo así que la Comisión juegue más un papel de órgano del sistema interamericano” (148). Y si algo fue buscado, tal como había ocurrido con las reformas anteriores, fue “el equilibrio procesal entre las partes” (149). Las mudanzas también significaron una respuesta “a recomendaciones de la propia Asamblea General, OEA”: los Estados “ya no son los únicos actores en los procesos internacionales” (*vid.* Corte IDH, art. 55..., §§ 50 y su nota 36, y 85). Aun para 2000, dada la iniciativa asumida a la sazón por la Corte IDH de modificar su Reglamento, la mentada Asamblea General le había sugerido a aquélla que considerara la posibilidad de permitir la participación directa de la víctima, en calidad de parte, en los procedimientos seguidos, a partir del momento en que el caso fuese sometido a su competencia, teniendo en cuenta la necesidad de preservar el “equilibrio procesal” y de “redefinir el papel de la Comisión IDH en dichos procedimientos (*locus standi*)” (150).

### VI. *IUS COGENS VERSUS IUS DISPOSITIVUM*. OBLIGACIONES *ERGA OMNES*

A. El aseguramiento de la igualdad de armas –“clave de bóveda” de la noción de debido proceso y derivada del principio general de igualdad (151)–, por su pertenencia al cimero universo del *ius cogens*, compromete a todo Estado, “independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional” (Corte IDH, Condición... Migrantes, § 100; asimismo, § 110 y opinión punto 4). Los Estados no pueden derogar las normas imperativas mediante tratados, ni por normas consuetudinarias ordinarias, vale decir, carentes de la misma fuerza normativa que el *ius cogens* (CViena DT, art. 53) (152). Y, por aplicación del principio *ex injuria non oritur ius*, la continua violación de un precepto de *ius cogens* no conduce a su modificación (153); al tiempo que, a diferencia de otras normas de derecho internacional general, no es oponible al *ius cogens* el principio de objetor persistente (154).

B. Por cierto, el derecho perentorio –observa A. Orakhelashvili– es una limitación inherente también a las organizaciones internacionales y al ejercicio de sus poderes (155). Y no faltan decisiones jurisdiccionales al respecto, sobre todo vincula-

(148) Corte IDH, “Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria”, 2009. Queda aludido, por cierto, el actual Reglamento, aprobado por el tribunal en 2009 y que entró en vigor el 1/1/2010 (art. 78).

(149) Ídem, itálicas agregadas.

(150) Resolución AG/RES. 1716 (XXX-0/00), 5/6/2000. El pasaje de esta resolución recordado en el texto, también es citado por la Corte IDH en art. 55..., § 50, nota 36.

(151) Canivet, Guy (Premier président de la Cour de Cassation), “L'égalité d'accès à la Cour de cassation”, en “Rapport de la Cour de Cassation 2003”, Ed. La Documentation Française, París, 2004, p. 34 y su cita.

(152) Asimismo: Comisión DI, “Projet d'articles sur le droit des traités...”, cit., p. 284, § 1.

(153) Nieto-Navia, Rafael, “International Peremptory Norms (*ius cogens*) and International Humanitarian Law”, en Vohrah, L. C. et al. (eds.), “Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese”, Ed. Kluwer Law, La Haya, 2003, p. 623.

(154) Linderfalk, Ulf, “The Effect of *Ius Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?”, *European Journal of International Law*, 2008, vol. 18, nro. 5, p. 868 y sus citas; Drnas de Clément, Z, “Las normas imperativas...”, cit., p. 12; Scheinin, Martin y Vermeulen, Mathias, “Unilateral Exceptions to International Law: Systematic Legal Analysis and Critique of Doctrines to Deny or Reduce the Applicability of Human Rights Norms in the Fight against Terrorism”, *EUI Working Paper Law 2010/8*, p. 20. Afirma el juez Cançado Trindade, a propósito de la “figura nebulosa del así llamado ‘objetor persistente’”, que sobre todo a partir de la sentencia de la Corte IJ en los casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte [1969], “la jurisprudencia internacional ha venido confirmando de forma inequívoca que el elemento subjetivo de la costumbre internacional es la *communis opinio iuris* (de por lo menos la mayoría general de los Estados), y de forma alguna la *voluntas* de cada Estado individualmente” (Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular..., cit., § 27).

(155) Orakhelashvili, A., “The Impact of Peremptory Norms...”, cit., p. 60. El proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales, adoptado por la Comisión DI en 2011, sigue a la letra, en su art. 26, al igual en número relativo a la responsabilidad de los Estados (*supra* nota 45) (“Draft articles on the

## Doctrina

das con la aplicación nacional de resoluciones del Consejo de Seguridad (capítulo VII, Carta, ONU) y su compatibilidad con el *ius cogens* (156) e, incluso, más acá de éste (157). Materia de notoria actualidad (158) y que ha atraído la atención, *inter alia*, del Instituto de Derecho Internacional (159). Si los Estados Miembros de la ONU no pueden concertar acuerdos válidos en discordancia con el *ius cogens* —expresa el ya mencionado informe elaborado por M. Koskenniemi—, tampoco deben poder conferir a una organización internacional atribuciones que vayan contra las normas imperativas. Tanto la doctrina como la práctica confirman inequívocamente que los conflictos entre la Carta de la ONU y las normas de *ius cogens* no producen la preeminencia de las obligaciones establecidas en la primera sino su invalidez. En ese sentido, dicha Carta es un acuerdo internacional como cualquier otro tratado (160). Ya P. Tavernier, al considerar los sujetos calificados para identificar las normas perentorias, había descartado al citado Consejo (161). La OEA, por consiguiente, no podría obrar, en manera alguna, negando o soslayando el *ius cogens*.

C. En breve, un orden jurídico que, en su totalidad, pueda ser derogado por las partes mediante un acuerdo es impensable como derecho (162). Y las normas imperativas de derecho internacional general, vistas desde cualquier corriente doctrinaria, se hallan en la cúspide del sistema normativo, teniendo la capacidad de invalidar cualquier norma que se le oponga, sea ella consuetudinaria o convencional (163).

D. Pongamos de relieve, además, itálica mediante, que el art. 53, CViena DT, según un pasaje incorporado durante la Conferencia de Viena, al mencionar a “la comunidad internacional de Estados *en su conjunto*”, tuvo como fin dejar de lado el requisito de la aprobación unánime (164). Aunque a primera vista esto pueda parecer extraño, es la lógica consecuencia del objetivo del *ius cogens*, es decir, la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional y no los intereses particulares de determinados Estados (165). Añádase, ciertamente, que ni siquiera el estado de necesidad podría excusar la violación de una norma imperativa (166), res-

---

responsability of international organizations”, 2011, p. 53). Asimismo, Cançado Trindade, A. A., “Some Reflections...”, cit., ps. 7 y ss.

(156) *Vid.* Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, sala Segunda ampliada, “Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation v. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas”, caso T-306/01, 21/9/2005, § 282; *vid.* §§ 277, 278 y 281. En iguales términos: “Yassin Abdullah Kadi v. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas”, caso T-315/01, 21/9/2005.

(157) *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), asuntos acumulados C402/05 P y C415/05 P, 3/9/2008, §§ 326/327, en los que fueron revisadas las sentencias de la nota anterior.

(158) *Vid.*: Corte EDH, “Nada v. Switzerland”, Gran Sala, 12/9/2012; Com/DH, comunicación nro. 1472/2006, “Nabil Sayadi y Patricia Vinck v. Bélgica”, 22/10/2008.

(159) “Judicial Control of Security Council Decisions”, Rüdiger Wolfrum (relator), first draft, “Yearbook 2013”, Sesión de Tokyo.

(160) Comisión DI, “Fragmentación...”, cit., § 346 y sus citas. “(E)l Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes (...) no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación (...)” (Corte IDH, Condición... Migrantes, § 100).

(161) Tavernier, P., “L’identification...”, cit., p. 4.

(162) Barberis, J.A., “Algunas ideas...”, cit., p. 242. Y agrega: “(...) puede concluirse que el *ius cogens* es propio de todo orden jurídico, interno o internacional, y es una característica de alguna de sus normas” (p. 243).

(163) Drnas de Clément, Z., “Las normas imperativas...”, cit., p. 12.

(164) Ruda, José María, “Nulidad de los Tratados”, en Dinstein, Y. (ed.), “International Law at the Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne”, Ed. M. Nijhoff, Dordrecht, 1989, p. 674; Danilenko, G. M., “Law-Making in the International...”, cit., ps. 229/230.

(165) Danilenko, Gennady M., “International *Ius Cogens*: Issues of Law Making”, “European Journal of International Law”, 1991, nro. 2, p.; Wouters, Jan y Verhoeven, Sten, “The Prohibition of Genocide as a Norm of *Ius Cogens* and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide”, K.U. Leuven Faculty of Law, Institute for International Law, Working Paper nro. 69, 2005, p. 4 y su cita.

(166) Comisión DI, “Projet d’articles sur la responsabilité de l’État...”, cit., art. 26, § 4; Linderfalk, U., “The Effect of *Ius Cogens*...”, cit., p. 868 y sus citas. Recuérdese lo señalado en el texto *supra* III.a, B, acerca del Comité DH y la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

pecto de las cuales no operan las circunstancias excluyentes de ilicitud (167). Asimismo, en la etapa actual del derecho internacional, “las reglas de *ius cogens* son siempre operativas” (168). Y, de contener un tratado normas que deben ser calificadas de perentorias, aquéllas no admitirían reservas (169), como sería el caso del derecho de acceso a justicia (170) y a un juicio con las debidas garantías (171).

E. En este contexto, suele afirmarse que sólo las normas que resultan inderogables según los tratados como el PIDCP son perentorias. Mas una norma no es perentoria por el mero hecho de que las partes hayan dispuesto que resulta inderogable. Lo “crucial” es si el derecho en juego resulta, por su naturaleza, derogable; si protege los intereses de la comunidad más allá de los inte-

reses individuales de los Estados. “Los derechos a la libertad personal, a un juicio imparcial (*fair trial*) y al debido proceso (...) si bien son derogables según determinados tratados, protegen ciertamente un interés comunitario que va más allá del interés individual del Estado, y el mero hecho de que sean derogables bajo los tratados de derechos humanos no los priva de su carácter perentorio” (172). Ello no quita, sin embargo, que la inderogabilidad pueda ser un factor útil para determinar el carácter imperativo de una norma (173). Agreguemos que el “concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el art. 27 de la misma” (174).

(167) Cebada Romero, Alicia, “Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos lícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, nro. 4, p. 4; Comisión DI, “Projet d’articles sur la responsabilité de l’État...”, cit., p. 91. *Vid. supra* notas 45 y 155.

(168) Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., “El derecho internacional en la Constitución Nacional”, en Bidart Campos, G. J. y Sandler H. R. (coords.), “Estudios sobre la reforma constitucional de 1994”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 264.

(169) GIALDINO, R. E., “Derecho internacional...”, cit., p. 131; Kadelbach, S., “*Jus Cogens*, Obligations...”, cit., p. 26; Linderfalk, U., “The Effect of *Jus Cogens*...”, cit., p. 868 y sus citas; Scheinin, M. y Vermeulen, M., “Unilateral Exceptions...”, cit., p. 31. La “Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados”, aprobada por la Comisión DI en 2011, expresa en su directriz 4.4.3: “1. Una reserva a una disposición convencional que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afectará al carácter obligatorio de esa norma, que continuará aplicándose como tal entre el Estado o la organización autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales. 2. Una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general” (“Informe de la Comisión de Derecho Internacional”, 63º período de sesiones, 2011, A/66/10/Add.1, ps. 24 y 517).

(170) Cassese, A., “For an Enhanced Role of *Jus Cogens*”, cit., ps. 161 y 171 y sus citas.

(171) Las disposiciones del PIDCP “que son de derecho internacional consuetudinario (y *a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas (...) Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías” (Comité DH, observación general nro. 24, 1994, § 8).

(172) Orakhelashvili, A., “The Impact of Peremptory Norms...”, cit., p. 65; en sentido análogo, con referencia al acceso a la justicia (protección judicial y garantías judiciales) como norma de *ius cogens*: Cançado Trindade, A. A., “International Law for Humankind...”, cit., p. 308 y ss., y su voto en “Penal Miguel Castro Castro”, interpretación..., cit., § 156. Los derechos susceptibles de derogación pueden contener dimensiones no derogables, porque se superponen con normas del *ius cogens* o con normas convencionales no derogables (Scheinin, M. y Vermeulen, M., “Unilateral Exceptions...”, cit., p. 24). Sobre el PIDCP, *vid. texto supra* II.a, B.

(173) De Wet, Erika, “*Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*”, en Shelton, D. (ed.), “The Oxford Handbook on Human Rights”, Ed. Oxford University Press, 2013, § 2.

(174) Corte IDH, “Garantías judiciales en estados de emergencia...”, cit., § 29. El derecho a un real y efectivo acceso a la justicia, a la luz de los arts. 8º y 25, CAmérica DH, en relación con sus arts. 1º.1 y 2º, “no puede ser arbitrariamente restringido ni reducido o derogado” (Corte IDH, “Trabajadores Cesados”, fondo..., cit. § 119). “El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario comparten muchos de los mismos prerequisites mínimos que rigen el derecho de los individuos al debido proceso y a un juicio justo. Cuando los Estados miembros se empeñan en investigar, procesar y sancionar a personas por delitos relacionados con el terrorismo, continúan obligados en todas las instancias por las protecciones fundamentales

## Doctrina

---

F. Toda norma imperativa, desde luego, genera obligaciones *erga omnes* (Corte IDH, Condición... Migrantes, § 110 y opinión punto 5) (175). En el caso, obligaciones *erga omnes* en general (o *lato sensu*), vale decir, obligaciones derivadas del derecho internacional general que un Estado debe cumplir, en toda circunstancia (176).

No nos resistimos a la tentación de reiterar el famoso *obiter dictum* de la Corte IJ expresado en la sentencia “Barcelona Traction”: las obligaciones *erga omnes* “derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana (...) Algunos de los correspondientes derechos de protección se han integrado al cuerpo del derecho internacional general (...) otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal (Second Phase, 5/2/1970, Reports 1970, § 34, itálicas agregadas) (177). La emergencia y la firme consolidación del *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes* constitu-

yen dos elementos que refuerzan la idea de que el derecho internacional está fuertemente orientado por los valores (178).

### VII. EL IUS COGENS SUPERVENIENS. EL DERECHO INTERTEMPORAL

---

A. El cuadro que hemos venido configurando en los puntos precedentes es indicativo de que el ingreso del principio de igualdad en el nivel del *ius cogens*, así como el del debido proceso y la igualdad de armas, son sobrevinientes a la adopción de la CAmericana DH. Luego, nuestra mirada debe volverse hacia la CViena DT, pero menos sobre su art. 53, que sobre el art. 64, el cual resulta un “corolario lógico” del primero (179).

Bajo el intitulado “(a)parición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”, el citado art. 64 prescribe: “(s)i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará” (180). No importa –añã-

---

no derogables del debido proceso y un juicio justo, ya sea en tiempos de paz, en estados de emergencia o en conflictos armados. Estas protecciones abarcan principios fundamentales del derecho penal y salvaguardias procesales y sustantivas largamente reconocidas” (Comisión IDH, “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”, 2002, § 16).

(175) “La mayoría (aunque no todas) de las obligaciones *erga omnes* han surgido en la esfera de los derechos humanos y del derecho humanitario” (Comisión DI, “Fragmentación...”, cit., § 391). Es conclusión averiguada que si bien toda norma de *ius cogens* entraña obligaciones *erga omnes*, ello no significa que todas las que producen este último efecto pertenezcan al primero (*vid.* Gialdino, R. E., “Derecho internacional...”, cit., ps. 286/287 y sus citas).

(176) Instituto de Derecho Internacional, “Les obligations *erga omnes* en droit international”, resolución, Sesión de Cracovia, 2005. *Vid.* en general: Cançado Trindade, A. A., “International Law for Humankind...”, cit., ps. 312 y ss; Gialdino, R. E., “Derecho internacional...”, cit., ps. 49 y ss. Asimismo: Kamara, Mactar, “De l’applicabilité du droit international des droits de l’homme dans l’ordre juridique interne”, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, nro. 4, 2011, ps. 114/115.

(177) “La consagración de obligaciones *erga omnes* de protección, como manifestación de la propia emergencia de normas imperativas del derecho internacional, representaría la superación del patrón erigido sobre la autonomía de la voluntad del Estado. El carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas de *ius cogens*. No es razonable que el derecho contemporáneo de los tratados siga apegándose a un patrón del cual él propio buscó gradualmente liberarse, al consagrar el concepto de *ius cogens* en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados. (...)” (Corte IDH, “Blake v. Guatemala”, fondo, 24/1/1998, C nro. 36, voto del juez Cançado Trindade, § 28). Asimismo: Condición... Migrantes, voto del juez Cançado Trindade, § 80: “(p)or definición, todas las normas del *ius cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*”; asimismo, § 76.

(178) Bianchi, Andrea, “The Act of State, the State of the Act: Judicial Interpretation and Human Rights Enforcement”, en Kohen, M. G. (ed.), “Promoting Justice...”, cit., p. 147.

(179) Comisión DI, “Projet d’articles sur le droit des traités...”, cit., p. 284, § 1.

(180) Como se lo habrá observado, mientras que los efectos del art. 53 operan *ex tunc*, los del art. 64 lo hacen *ex nunc*. El *ius cogens superveniens* se aplica a una norma que resultó perfectamente válida al momento de su adopción.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

damos— que el tratado sea bilateral o multilateral (181). Y subrayemos, con doble trazo, respecto de los apuntados efectos, que rige el principio de separabilidad, de tal manera que, si sólo alguna de las cláusulas convencionales entrara en conflicto con la norma imperativa emergente, las restantes mantendrían vigencia (182).

B. La Corte IDH, en dos oportunidades, se las vio cara a cara con el derecho perentorio sobreviniente, pero con propósitos diferentes. La primera, de 1993, se registra en “Aloeboetoe y otros v. Surinam”, cuando examinó un convenio de 1762, según el cual, los saramacas, por un lado, se obligaban, entre otras cosas, a capturar a los esclavos que hubiesen desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al gobernador de Suriname, quien les pagaría entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura, y, por el otro, estaban facultados a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieran capturar. San José, después de considerar innecesario investigar si el convenio era un tratado internacional o no, se limitó a observar “que si así hubiera sido, el tratado hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *ius cogens superveniens* (...) Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal

internacional de derechos humanos” (183). Este discurso, dado que no cita la CViena DT, supone que el *ius cogens superveniens* es norma de derecho internacional general, o que el texto vienés resulta aplicable a tratados anteriores a la entrada en vigencia de aquél (lo cual surge de lo que sigue) (184). La segunda fue, como ya habrá sido observado, la tantas veces mentada opinión consultiva Condición... Migrantes, mediante los “(h)oy día” y “(e)n la actual etapa de la evolución del derecho internacional”, que hemos transcripto *supra* (II.a, A, itálicas agregadas) y, ahora sí, con cita del art. 64, CViena DT (§ 98). Aguardamos, confiados, un tercer encuentro (*infra* 8). La Corte IJ, por lo contrario, sólo tangencialmente ha hecho referencia a este último precepto (185).

C. La cuestión del derecho emergente, por su índole, se inscribe de lleno en el llamado derecho “temporal” o “intertemporal” (*so-called intertemporal law*), por emplear las palabras del árbitro Max Huber en el siempre recordado caso “Isla de Palma”, de 1928 (186). Y, en el decir de I. Diaconu, lo que en el fondo está aquí en juego es la concepción de un derecho internacional en evolución continua, en función de las necesidades de la sociedad internacional, ella misma en evolución permanente. Y dicha evolución afecta

(181) Comisión DI, “Fragmentación...”, cit., § 367.

(182) Comisión DI: “Projet d’articles sur le droit des traités...”, cit., p. 285; “Projet d’articles sur la responsabilité de l’État...”, cit., p. 90; “Fragmentación...”, cit., §§ 366 –nota 507– y 367. Asimismo: Sinclair, I., “The Vienna Convention...”, cit., p. 225; Villiger, Mark E., “Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties”, Ed. M. Nijhoff, Leiden/Boston, 2009, ps. 794 y 881; Gómez Robledo, Antonio, “El *ius cogens* internacional. Estudio histórico-crítico”, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México D.F., 1982, ps. 104 y ss.

(183) Reparaciones y costas, 10/9/1993, C nro. 15, § 57. Se trataría, precisamente, de un caso análogo al ejemplo que dio, en su *commentaire* sobre el derecho de los tratados, la Comisión DI (“Projet d’articles sur le droit des traités...”, cit., p. 284, § 1).

(184) “Para saber si el concepto de *ius cogens* se aplica a los tratados concluidos antes de la entrada en vigor de la Convención (CViena DT) habría que establecer —señala I. Diaconu— si los artículos 53 y 64 contienen una nueva norma, aplicable desde el momento de la entrada en vigor de la Convención para las partes interesadas, o una norma que existe antes e independientemente de aquel momento. La práctica internacional y los deberes que tuvieron lugar en las Naciones Unidas y en la Conferencia de Viena, el hecho de que la existencia de normas imperativas está reconocida en el texto de la Convención de codificación del derecho de los tratados, permite, en nuestra opinión, sostener que este concepto ha entrado por la costumbre como norma de derecho internacional y que no depende del momento de entrada en vigor de la Convención para uno u otro Estado” (cit. por Gómez Robledo, A., “El *ius cogens* internacional...”, cit., p. 113). *Vid.* en el texto *infra* F.

(185) “Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie / Slovaquie)”, sentencia, 25/9/1997, Recueil 1997, § 112: “(n)inguna de las partes ha afirmado que hubiesen surgido normas imperativas de derecho ambiental después de la celebración del Tratado de 1977, por lo que la Corte no está llamada a examinar los alcances del art. 64 (CViena DT)”.

(186) “Island of Palma Case (Netherlands / USA)”, 4/4/1928, “Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales”, Naciones Unidas, 2006, vol. II, p. 845.

## Doctrina

---

necesariamente a todos los dominios del mentado derecho, a todas las instituciones y normas jurídicas. No puede haber, en el derecho internacional, sectores sustraídos a esa evolución **(187)**.

“Lo que en última instancia viene a decir el *ius cogens superveniens*, en esta recentísima aplicación del derecho intertemporal –nos ilustra A. Gómez Robledo– es que contra la historia no hay derechos adquiridos de tal índole que puedan frustrar las transformaciones sociales (...) Sólo Dios, en efecto, está por encima del tiempo, pero no los hombres ni las naciones, ni los convenios que celebran entre sí. La doctrina del derecho intertemporal, en suma, proporciona (...) un auxilio hermenéutico de gran valor para entender adecuadamente y hacer justicia a esta nueva institución del *ius cogens* en general, y sobre todo, tal vez, del *ius cogens* emergente. Cada sistema jurídico nace, medra y desaparece en consonancia con las nuevas demandas y la sensibilidad axiológica de cada época. Un orden jurídico mundial, por consiguiente, que adolece de injusticias profundas, es natural que no pueda sobrevivir ante los intereses supremos de la comunidad internacional, expresados en las normas imperativas que se imponen a la conciencia jurídica de la humanidad en cada momento histórico” **(188)**. La aspiración moral interna del derecho –expresa L. Fuller– se materializó en el derecho internacional con el advenimiento del *ius cogens* **(189)**. De ahí que E. Jiménez de Aréchaga apunte al dinamis-

mo y constante cambio del contenido sustancial del *ius cogens*, de acuerdo con el progreso y desarrollo del derecho internacional y de la moralidad internacional **(190)**.

D. A propósito de esto último, es oportuno retomar el Sistema Europeo. En la introducción hemos visto que la CAmérica DH se amoldó a la exclusión *sub examine* prevista en la originaria CEuropea DH **(191)**. Es hora de acotar, entonces, que en el marco de esta última, el 6 de noviembre de 1990, fue adoptado el Protocolo nro. 9, el cual representó una suerte de conclusión de propuestas largo tiempo formuladas, pero siempre postergadas: la facultad de los individuos de poder llevar su caso, por su propia y sola iniciativa, ante la Corte EDH (*ius standi*), previa observancia, ciertamente, del trámite ante la Comisión Europea de Derechos Humanos **(192)**. La propia Corte EDH había afirmado en 1974 y reafirmado para 1977 el gran interés que concedía a dicha habilitación, “indispensable a sus ojos”, así como de “importancia mayor” para la antedicha Comisión. Mas, para nuestros fines, importa, y sobremodera, recuperar las razones que motivaron esta realización, de las que da cuenta el informe explicativo que acompañó al instrumento. Por un lado, constituía un “desarrollo lógico del sistema de control de la Convención”; la imposibilidad de emplear plenamente dicho sistema por los individuos ya era vivido, para entonces, como una “incoherencia en relación con el espíritu de la Convención” **(193)**.

(187) Diaconu, Ion, “Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (*ius cogens*)”, Bucarest, 1971, p. 123.

(188) Gómez Robledo, A., “El *ius cogens* internacional...”, cit., p. 117.

(189) Cit. por Bianchi, A., “Human Rights and the Magic...”, cit., p. 495.

(190) Jiménez de Aréchaga, E., “International Law in the Past Third of a Century”, “Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye”, t. 159 [1978], ps. 66 y 67. *Vid. supra* texto correspondiente a la nota 49.

(191) En rigor, el historial de la CEuropea DH muestra que el Movimiento Europeo, el 12 de julio de 1949, sometió al Comité de Ministros del Consejo de Europa una propuesta que contenía un proyecto de Convención Europea de Derechos Humanos y un proyecto de Estatuto de la Corte Europea de Derechos Humanos. Preveía que las peticiones individuales serían directamente presentadas ante ese tribunal (*vid.* “Collected Edition of the ‘Travaux Préparatoires’ / Recueil des ‘Travaux Préparatoires’”, vol. 1, Ed. M. Nijhoff, 1975, La Haya, ps. 296/321).

(192) El Protocolo nro. 9 agregaba al originario art. 48, CEuropea DH, el inciso 1.e: “(...) un asunto podrá ser sometido a la Corte: (...) e. por la persona física, la organización no gubernamental o el grupo de particulares que haya sometido el caso a la Comisión”. *Vid.* en general: Jansen-Pevtschin, Geneviève, “Le Protocole nro. 9 de la Convention européenne des Droits de l’Homme”, en “Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu”, t. 2, Ed. Bruylant, Bruselas, 1992, p. 1269; Flauss, J.-F., “Le droit de recours individuel...”, cit.

(193) “Protocole 9 à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales. Rapport explicatif”, Consejo de Europa, 1992, § 12. Los §§ 1 a 11 dan cuenta de los antecedentes de esta reforma, así como de los diferentes pasos institucionales que llevaron a su realización.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

Por el otro, y en esto ponemos la tónica, revista el siguiente y revelador pasaje: puede considerarse que la CEuropea DH “en su estado actual –en la medida en que permite al Estado litigante, pero no a la persona requirente, someter un caso a la Corte– no garantizó ‘la igualdad de armas’, problema que fue planteado por (dicha) Corte en su opinión de 1974” (194). Total: la doctrina contenciosa de los órganos del sistema, ya mencionada *supra*, se volvió herramienta para el fortalecimiento de éste.

Por cierto, el Sistema Europeo ha ido mucho más lejos aún: a partir de 1998, por vía del Protocolo nro. 11, fue extinguida la antedicha Comisión, y el individuo tuvo *ius standi* para dirigirse directamente ante la (nueva) Corte EDH, quedando el régimen plenamente jurisdiccionalizado (195).

E. Se sigue de cuanto hemos expresado que el art. 61.1, CAmericana DH, en la medida en que niega *ius standi* ante la Corte IDH a una de las partes procesales, la persona actora en el trámite en sede de la Comisión IDH, padece de insanable nulidad, con arreglo a la emergencia, en el ámbito del *ius cogens*, de los principios de igualdad, al debido proceso y a la igualdad de armas.

¿Acaso la Corte IDH, como ya lo hemos indicado, no tiene dicho, por un lado, que sobre el principio de igualdad “descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e *internacional* por lo cual permea *todo* el ordenamiento jurídico” y, por el otro, que “*no podría sostenerse* una interpretación de la Convención que atente contra el principio de igualdad y no discriminación (...) el cual subyace a todos los derechos humanos, y cuya prohibición ha alcanzado carácter de *ius cogens*” (art. 55..., § 54, las dos primeras itálicas agrega-

das)? ¿No ha expresado todo ello, si rebozos, con referencia a la igualdad en el proceso internacional? Y nuevas preguntas: ¿no ha sido ese tribunal quien, inmediatamente después de lo anterior, concluyó en que la interpretación reiterada del art. 55.3, CAmericana DH, en el sentido de permitir la actuación de un juez *ad hoc* en los litigios individuales, “aun si constituyera una norma consuetudinaria internacional, no podría tener efectos obligatorios sobre una norma imperativa de derecho” (ídem)? Pero, entonces, ¿sí tendría esos efectos de ser la primera de carácter convencional? ¿No se encuentran tanto los preceptos convencionales como los consuetudinarios en un pie de igualdad y, de consiguiente, por debajo del derecho perentorio? (196).

En otros términos: el razonamiento de la Corte IDH pone de manifiesto que si el proceso de interpretación del art. 55.3 que llevó a cabo la hubiera conducido a un resultado opuesto al que arribó, *i.e.*, que la figura del juez *ad hoc* era aplicable a los casos originados en peticiones individuales (tal como lo había entendido tradicionalmente), habría entonces tenido que descalificar ese artículo, pues “no podría sostenerse” de cara al principio de igualdad procesal, componente del principio general de igualdad, el cual alcanzó el plano del *ius cogens*, de manera sobreviniente a la adopción del precepto en juego.

F. Huelga repetir que el derecho imperativo, “progreso conspicuo”, entraña la introducción de un orden jerárquico entre las normas internacionales, dando al primero el más alto rango (197). Opera, así, en el marco internacional al modo en que el derecho constitucional lo hace en el derecho nacional (198). Lo que el concepto de *ius cogens* plasma “es una norma de jerarquía *senso*

(194) “Protocole 9... Rapport explicatif”, cit., § 13. Y agrega: “(d)e igual modo, el principio relativo al derecho de acceso del individuo a un tribunal a fin de defender sus derechos, así como el vinculado con un proceso contradictorio, no han sido enteramente respetados”.

(195) *Vid.* Gialdino, Rolando E.: “La nueva Corte Europea de Derechos Humanos. El Protocolo 11”, *Investigaciones*, 1999, nro. 1, p. 101, y en ED 185-130.

(196) “El concepto de *jus cogens* obra como un concepto superior tanto de la costumbre internacional cuanto de los tratados”. (Corte IJ, “Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide”, *mesures conservatoires*, ordonnance, 13/9/1993, voto del juez *ad hoc* Lauterpacht, Recueil 1993, p. 440, § 100).

(197) Cassese, A., “For an Enhanced Role of *Jus Cogens*”, cit., p. 159.

(198) Ídem, p. 159; Peters, Anne, “Are we Moving Towards Constitutionalization of the World Community?”, en Cassese, A. (ed.), “Realizing Utopia...”, cit., p. 123.

## Doctrina

---

*strictu*, no simplemente una norma de precedencia” (199). Se trata de una categoría normativa concebida expresamente para conceder prioridad a determinadas normas en detrimento de otras, separándose así del tradicional principio de mutua flexibilidad entre las fuentes, por el cual los tratados y las normas consuetudinarias podían derogarse entre sí (200). Aun cuando el art. 64, CViena DT (así como el art. 53), atañe a los tratados, el *ius cogens* trasciende largamente este último ámbito y abarca todo el derecho internacional (201). Ejemplo de ello es su presencia en el campo de la responsabilidad internacional del Estado –rama “materialmente constitucional” del derecho de gentes (202)– y de las organiza-

ciones internacionales, que ya hemos puntualizado (203), y en el de las declaraciones unilaterales del Estado (204). El derecho perentorio, desde luego, carecería de sentido si sólo afectara a una sola de las fuentes del derecho internacional (205). De ahí que, por otro lado, el art. 53 cit. es declaratorio del derecho consuetudinario (206). Resulta inaceptable que este último precepto y el art. 64 cit. tengan carácter puramente contractual; muy probablemente, incluso, ello fue descartado al momento en que fueron adoptados. Y, naturalmente, las normas que prevén la invalidez de las normas que contravengan al *ius cogens* resultan de este último carácter. Lo contrario también carecería de sentido (207).

(199) Comisión DI, “Fragmentación...”, cit., § 365.

(200) Bianchi, A., “Human Rights and the Magic...”, cit., ps. 494/495.

(201) Roucouas, E., “Engagements...”, cit., p. 63; y añade, en el mismo lugar: así lo entendió la Corte IJ en “Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua...” (cit.). Asimismo: Cançado Trindade, A. A., “International Law for Humankind...”, cit., p. 295, y su voto en “Penal Miguel Castro Castro”, interpretación..., cit. § 144; Salvioli, Fabián, “El derecho internacional de la persona humana frente a la impunidad de hecho o de derecho: criterios a considerar en procesos de justicia transicional”, Ed. Fundación Social, Bogotá, 2004, 5.1.a.

(202) Pellet, Alain, “Les articles de la CDI sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin?”, *Annuaire Français de Droit International*, 1984, vol. 30, nro. 1, p. 23.

(203) Asimismo: Suy, Eric, “Article 53. Convention of 1969”, en Corten, O. y Klein, P. (eds.), “The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary”, vol. I, Ed. Oxford University Press, 2011, ps. 1232 y ss; Casado Raigón, Rafael y Vázquez Gómez, Eva Ma., “La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, en “Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo”, vol. 1, Universidad de Córdoba/Universidad de Sevilla/Universidad de Málaga, 2005, p. 343.

(204) *Vid.* el principio 8 de los “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas”, aprobados por la Comisión DI (“Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones”, 2006, A/61/10, p. 419).

(205) Zemanek, Karl, “The Metamorphosis of *Jus Cogens*”, en Cannizzaro, E. (ed.), “The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention” Ed. Oxford University Press, 2011, p. 394, aun cuando –señala– la aplicación del *ius cogens* a las normas consuetudinarias requiere algunos “ajustes” (*idem*).

(206) Villiger, M. E., “Commentary on the 1969 Vienna Convention...”, cit., p. 676. El concepto de *ius cogens* ya era parte de la costumbre general para el momento en que se adoptó la CViena DT, o lo fue rápidamente después de ésta (Kolb, R., “The Formal Source of *Ius Cogens*...”, cit., p. 100). Para el autor primeramente citado, el art. 64, CViena DT, debe ser considerado un norma emergente de derecho internacional consuetudinario (*idem*, p. 795). Según I. Sinclair, el art. 53 lleva el sello distintivo de un desarrollo progresivo más que el de una codificación (“The Vienna Convention...”, cit., p. 18). La opinión dominante antes de 1969 entre los estudiosos del derecho internacional –a pesar de algunas oposiciones– fue expresada por Georges Abi-Saab después de la Conferencia de Lagonissi en 1966: el punto focal de acuerdo que surgía de los debates era que ciertas normas de derecho internacional poseían, a la sazón, el carácter de *ius cogens*. Las opiniones diferían, sin embargo, sobre el contenido, las fuentes y los medios de determinación y aplicación de estas normas y sobre los orígenes, el papel y el significado sociológico del *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo y en la sociedad internacional (Paulus, A. L., “*Jus cogens* in a Time...”, cit., p. 301). Para E. Roucouas, el art. 103, Carta, ONU, debe ser visto como un precursor del *ius cogens* en el marco de los esfuerzos destinados a consagrar en un texto convencional la naturaleza “constitucional” de ciertas normas (“Engagements...”, cit., p. 66). Desde el punto de vista de A. Pellet, el *ius cogens* existía con anterioridad a la adopción de la CViena DT (“Article 38”, cit., p. 777 y su cita). *Vid. supra* texto B, y nota 184.

(207) Verhoeven, Joe, “*Jus Cogens* and Reservations or ‘Counter-Reservations’ to the Jurisdiction of the International Court of Justice”, en Wellens, Karel (ed.), “International Law: Theory and Practice. Essays in honour of Eric Suy”, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 205.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

Las palabras del juez Tanaka fueron un pre-nuncio (*supra* introducción); empero, más lo fueron las del juez Schocking (208). Y no olvidemos las de M. Virally, de 1984: la admisión del *ius cogens* tendrá consecuencias que no sería exagerado calificar de revolucionarias y que obligará a revisar, de manera sustancial, la concepción tradicional que nos hemos formado del derecho internacional (209).

### VIII. PUNTOS DE FUGA

A. El agravio hacia el derecho imperativo y hacia la persona, que hemos comprobado, y el carácter *erga omnes* de las obligaciones que aquél impone (*supra* VI), reclaman, con urgencia, la búsqueda de soluciones. Tal como nos lo enseña L. Condorelli, si el *ius cogens* produce obligaciones *erga omnes*, en caso de ser éstas violadas, “todos estos *omnes* (incluidos los individuos y grupos de individuos víctimas) deberían disponer de acceso a mecanismos efectivos para obtener reparaciones (*remedies*) apropiadas” (210).

B. El citado proyecto de la Comisión DI, Responsabilidad del Estado por hechos internacionales

mente ilícitos [2001], nació viejo, al centrarse en la responsabilidad del Estado respecto de otros Estados y haberse olvidado de que la cuestión de dicha responsabilidad respecto de los individuos forma parte de la responsabilidad internacional de los Estados en todos sus aspectos (211). No obstante ello, dos elementos de ese texto ameritan ser destacados. Primero, su art. 33, el cual, después de señalar que las obligaciones del Estado responsable pueden existir en “relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto” (inc. 1º), prevé, a modo de *saving clause*, que esto es así sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional de un Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado (inc. 2º) (212). Segundo, el comentario al citado precepto: en el supuesto en que la obligación primaria es debida a una entidad distinta de un Estado, puede existir un procedimiento que permita a esa entidad invocar la responsabilidad por su propia cuenta y sin la intervención de un Estado. Tal es el caso, p.ej., de los tratados de derechos humanos que confieren a los individuos afectados el derecho a ocurrir a un tribunal o a algún otro órgano (213).

(208) “No puedo imaginar que la Sociedad de Naciones haya comenzado los trabajos de codificación del derecho internacional si, en la actualidad, no fuese posible crear en ese ámbito un *ius cogens* por el cual, cuando los Estados han convenido ciertas reglas jurídicas y se han comprometido a que éstas no puedan ser modificadas sólo por alguno de aquellos, todo acto realizado en contravención de ese compromiso sea nulo de pleno derecho (...) La prescripción del art. 38 del Estatuto (Corte Permanente de Justicia Internacional) –que indica, como fuente de derecho para las decisiones de la Corte, en primer lugar, a las convenciones internacionales, sean generales o especiales, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes– no puede querer decir que el juez deba aplicar las convenciones que él sabe que no son válidas. Por ejemplo, jamás la Corte aplicaría una convención cuyo contenido fuese contrario a las buenas costumbres (*bonnes mœurs*). Y, en mi opinión, el juez se encuentra en la misma situación si, por un vicio de origen, una convención invocada por las partes resultara, en realidad, nula y carente de efecto. Es la idea del orden público internacional, la cual, a mi juicio, debe determinar la actitud del juez en un caso semejante, incluso cuando la competencia de la Corte se fundara en un compromiso” (Corte Permanente de Justicia Internacional, Oscar Chinn, 12/12/1934, A/B nro. 63, ps. 149/150).

(209) Virally, Michel, “Réflexions sur le ‘*ius cogens*’”, *Annuaire Français de Droit International*, 1984, vol. 30, p. 6.

(210) Condorelli, Luigi, “Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law”, en Cassese, A. (ed.), “Realizing Utopia...”, cit., p. 155.

(211) Pisillo Mazzeschi, Riccardo, “The Marginal Role of The Individual in The ILC’s Articles on State Responsibility”, en Conforti B. et al. (eds.), “The Italian Yearbook of International Law”, vol. 14, 2004, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2005, ps. 39 y ss. Asimismo: Weiss, Edith B., “Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century”, *American Journal of International Law*, 2002, nro. 26, p. 798.

(212) El citado proyecto, tal como lo señala el comentario al art. 25, prefirió la expresión “comunidad internacional en su conjunto” y no, como lo hace el art. 53, CVIena DT, “comunidad internacional de Estados en su conjunto” (itálica agregada). Se atuvo, así, a la terminología empleada por la Corte IJ en el ya recordado (*supra* VI, F) fallo “Barcelona Traction” (Comisión DI, “Projet d’articles sur la responsabilité de l’État...”, cit., p. 89).

(213) Comisión DI, “Projet d’articles sur la responsabilité de l’État...”, cit., p. 246.

## Doctrina

---

C. A todo evento: ¿es válido admitir que la inobservancia del derecho imperativo en perjuicio del ser humano no encuentre un estrado al que aquél pueda ocurrir? ¿Acaso la misma noción de derecho no está inseparablemente unida a la de tener un reclamo exigible (214)? ¿No es la propia CAmérica DH la que “hace expresa referencia a las normas del derecho internacional general para su interpretación y aplicación” (Corte IDH, “Familia Pacheco Tineo”, cit., § 143 y sus citas)? ¿No es la de *ius cogens*, por definición, una norma de la naturaleza antedicha?

La pretensión irreductible y permanente del sistema de derechos humanos, así como de las ideas en las que se sustenta y de los fines que persigue, es eliminar las distancias, combatir los abusos, asegurar los derechos; en suma, establecer la igualdad y realizar la justicia, no apenas como designio ético, que sería, de suyo, relevante, sino también como estricto cumplimiento de normas imperativas que no aceptan salvedades (Corte IDH, Condición... Migrantes, voto del juez García Ramírez, § 22).

D. Frente a este llamado, apremiante, desde luego, y a partir sólo de los desequilibrios que hemos tenido en cuenta, podrían pensarse diversos medios de respuesta con el fin de establecer una suerte de igualdad de armas entre la persona peticionaria y el Estado contra el que ésta reclama (puntos de fuga). Unos, que llamaremos indirectos (a), otro directo (b). Y un tercero, ya de resignación (c).

Un tratado de derechos humanos que realmente quiere estar “vivo”, ha de desprenderse de los elementos que lo esclerosan.

### a) Puntos de fuga indirectos

A. Los puntos del intitulado presuponen mantenerse dentro de las lindes de la CAmérica DH y de los estatutos de la Comisión y de la Corte IDH, requiriendo a estas últimas la modificación de lo que está a sus respectivos alcances modificar, *i.e.*, sus reglamentos, sus prácticas, sus interpretaciones (215). Los órganos judiciales tienen los medios para ajustar, constantemente, el contenido de las normas a las cambiantes demandas de la comunidad social y, de ese modo, preservar el carácter dinámico de la elaboración del derecho internacional (216). En este sentido, según lo tiene dicho y reiterado, la Corte IDH “debe procurar que la interpretación que realice de las disposiciones de la Convención Americana sea efectivamente compatible con la letra y espíritu del tratado, por lo que, cuando existen fundamentos para ello, la revisión de una interpretación elaborada previamente no sólo debe ser posible sino necesaria” (art. 55..., § 52 y sus citas). El principio de una “buena administración de justicia” (*supra* III.b, D y IV, B, e *infra* VIII.a, D), el cual requiere la igualdad procesal de los contendientes, obraría, así, como una suerte de “estrella polar” (217). Otro tanto puede decirse a la luz de tres de las pautas de interpretación normativa fuertemente enraizadas en el Sistema Interamericano y en el Derecho Internacional DH: evolutiva, sistémi-

(214) Shelton, Dinah, “Reparations for human rights violations: how far back?”, *Amicus Curiae*, 2002, nro. 44, p. 3.

(215) “(N)inguna interpretación de la Convención realizada por la Corte, inclusive de manera reiterada, puede entenderse como una práctica de los Estados en el sentido del art. 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de tal forma que impida al tribunal modificar sus criterios. Se advierte entonces que en este asunto no se está en presencia de una costumbre internacional conforme a la cual los Estados hayan adquirido derecho alguno para el nombramiento de jueces *ad hoc* en casos contenciosos originados en peticiones individuales” (Corte IDH, art. 55..., § 53). Si bien no es asunto de considerar que el Consejo de Seguridad (ONU) pueda adoptar deliberadamente una resolución que abierta y directamente desobedezca una norma de *ius cogens* o que prescriba una violación de los derechos humanos, “no debería excluirse la posibilidad de que, por inadvertencia o de manera imprevisible, dicho Consejo adopte una resolución que desemboque en tal situación” (Corte IJ, “Application de la convention pour la prévention...”, *mesures conservatoires, ordonnance*, cit., opinión separada del juez Lauterpacht, ps. 440/441, §102).

(216) Bianchi, A., “The Act of State...”, cit., p. 149. “Los jueces deben permanecer vigilantes en la búsqueda de la justicia y la igualdad (*fairness*)”. Robinson, P. (Judge), “The Right to a Fair Trial...”, cit., p. 11.

(217) Kolb, Robert, “General Principles of Procedural Law”, en Zimmermann, A.; Tomuschat, C. y Oellers-Frahm, K. (eds.), “The Statute of the International Court of Justice. A Commentary”, Ed. Oxford University Press, 2006, p. 885.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

ca o universalista y *pro persona* (218). Pautas estas también presentes en el derecho internacional general y que se inscriben en la ya examinada temática del derecho intertemporal (219).

B. La calidad de los procedimientos –la reflexión es de M. Bourquin– constituye un factor que, ciertamente, debe ser tenido en cuenta. Un buen procedimiento facilita la solución de las dificultades. Un procedimiento defectuoso, por lo contrario, hace más mal que bien. Pero lo que podría reglar por sí solo esta materia no es un mecanismo, incluso admirablemente dispuesto. Lo que aquí es necesario, sobre todo, es un cierto estado de ánimo (*état d'esprit*), del cual parecemos, desafortunadamente, bastante alejados. Lo que es necesario es la calma de la razón; es esa cosa tan simple y, sin embargo, tan rara que llamamos el buen sentido (*le bon sens*) (220). “La idea de la justicia guía la buena administración de la justicia (*la bonne administration de la justice*), tal como se manifiesta, por ejemplo, en las decisiones destinadas a garantizar la igualdad procesal de las partes en conflicto” (221). Y, al respecto, una correcta interpretación de las normas “en su contexto y de acuerdo con su objeto y fin” (CViena DT, art. 31.1) reclama, no solamente la aplicación de criterios finalistas, de razonabilidad y de justi-

cia, a la luz de los principios del derecho de los derechos humanos, sino también la utilización de las técnicas depuradas del derecho procesal en general; unos y otras, para que la interpretación no se convierta en un obstáculo sino sea un instrumento adecuado a la realización de la suprema razón de ser y finalidad de esas normas, que no son otras que la mejor protección de los derechos fundamentales del hombre. “Para esto se hicieron, y si para esto no sirven, no sirven para nada” (222).

### 1.– Comisión IDH

A. Este órgano debería someter a la Corte IDH todos los casos en los que hubiera tramitado peticiones individuales declaradas admisibles, y que dieron lugar al informe previsto en el art. 50, CAmérica DH (223). Esto incluye, por lo pronto, los litigios en los que tuvo por comprobadas violaciones a los derechos, libertades o garantías convencionales, a menos que, de manera concurrente: a) el Estado, en el plazo fijado con arreglo al art. 50.1, CAmérica DH, cumpliera acabadamente con las recomendaciones que le fueran dirigidas (*vid.* Comisión IDH, Reglamento, art. 46); b) la actora se manifestara satisfecha con las reparaciones dispuestas (224), y c) el asunto

(218) Sobre dichas pautas: Gialdino, R. E., “Derecho internacional...”, cit., ps. 429 y ss.

(219) V.gr. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 [1970], opinión consultiva, Reports 1971, p. 31, cit. en Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular..., cit., § 113.

(220) Cit. por el juez Cançado Trindade en su opinión separada, en Corte IJ, Certain Activities Carried Out by Nicaragua..., Joinder of Proceedings, order, cit., § 17.

(221) Opinión cit. en la nota anterior, § 25. “(T)odo juez tiene la obligación de asegurar que los procesos se lleven a cabo con el debido respeto de aquellas garantías judiciales, que sean necesarias para asegurar un juicio justo”. (Corte IDH, “Dacosta Cadogan v. Barbados”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24/9/2009, C nro. 204, § 84). *Vid.* texto *supra* III.b, D.

(222) Corte IDH, “Asunto de Viviana Gallardo y otras”, resolución, 8/9/1983, A nro. 101, voto del juez Piza Escalante, § 21.

(223) Según su Informe Anual 2013, la Comisión IDH presentó doce casos ante la Corte IDH en 2012 (p. 66).

(224) No es necesario advertir que las reparaciones (individuales) que fija la Comisión IDH, por lo general, suelen ser, amén de imprecisas, notoriamente inferiores a las que impone la Corte IDH. A todo evento, lo señalado *supra* nota 136, torna más que difícil que la peticionaria pueda expresarse de manera esclarecida. ¿Quedaría esto último satisfecho por las modalidades (¿coincidentes?) que la Comisión IDH dice haber seguido en “Antonio Ferreira Braga - Brasil”: “se transmitieron a los peticionarios, en carácter confidencial, ciertas consideraciones formuladas por la Comisión en el informe (del art. 50, CAmérica DH)” (informe nro. 35/08, caso 12.019, admisibilidad y fondo, 18/7/2008, § 138), o en “Horacio Aníbal Schillizzi Moreno - Argentina: se “transmitió las partes pertinentes del informe nro. 25/08 (art. 50, CAmérica DH) a los peticionarios con carácter reservado” (informe nro. 83/09, caso 11.732, fondo, 6/8/2009, § 86)? Más todavía: nada dice al respecto, entre otros, el informe nro. 66/12, caso 12.324, “Rubén Luis Godoy - Argentina”, 29/3/2012, §161. Dos circunstancias de interés surgen de “Antonio Ferreira Braga”: a) los peticionarios quisieron que el caso fuese remitido a la Corte IDH, y b) la Comisión IDH fue de un parecer contrario, pero no expuso los fundamentos de su decisión (§§ 141 y

## Doctrina

---

no planteara una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación de los instrumentos convencionales en juego, o una cuestión grave de carácter general (225). Un dato que acompañaría este camino es el actual Reglamento, Corte IDH, en la medida en que dispone, por un lado, que el caso será sometido a aquélla mediante la presentación, por la Comisión IDH, del informe al que se refiere el art. 50 cit. (art. 35.1), y, por el otro, que después de notificado el aludido escrito de sometimiento, 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).

B. Empero, todos los casos también envuelve, con necesidad, aquellos en los que la Comisión IDH desechó la configuración de un menoscabo a los derechos, libertades y garantías convencionales. La única excepción atendible sería la expresión en sentido contrario de la actora (*vid. supra* nota 224), y siempre y cuando el asunto no contuviera cuestiones como las indicadas en el párrafo anterior. Para ello, descartamos que sea un impedimento el mencionado art. 35.1, Reglamento, Corte IDH, en cuanto, de un lado, expresa: “(e)l caso será sometido a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas” (inc. 1º, itálicas agregadas), y del otro, pide a la Comisión IDH que informe sobre “sus observaciones a la respuesta del Estado demandado a las recomendaciones del informe al que se refiere el art. 50 (cit.)” (inc. 1º.c, itálica agregada). De lo contrario, deberíamos entender que la Corte IDH se ha adherido, con manifiesto error, al criterio que hemos censurado, que aquélla misma objetó en La colegiación obligatoria de periodistas... (*supra* IV,

L), y que no se acomodaría al lineamiento que ha trazado en punto a las alegaciones que pueden introducir las personas actoras en sede jurisdiccional (*infra* C). Además, para la Comisión IDH nunca podrían existir hechos “supuestamente” violatorios y “presuntas” víctimas, si hubiera acogido sustancialmente a la petición (226).

En paralelo, nos preguntamos: ¿cuando el Reglamento, Comisión IDH, dispone que “(s)i establece que no hubo violación en un caso determinado, así lo manifestará en su informe sobre el fondo” (art. 44.1), este último es el del art. 50, CAmérica DH, o no? Y si la respuesta fuera por la negativa, ¿en cuál norma convencional (o estatutaria o reglamentaria) estaría previsto dicho informe sobre el fondo? Además, respecto del citado artículo: ¿con qué razonamiento puede sostenerse que prevé sólo informes que acojan favorablemente la petición? ¿Acaso cuando requiere que en el informe sean expuestas las “conclusiones”, califica que éstas resulten favorables a la procedencia de la petición? ¿No es que la Comisión “puede” formular proposiciones y recomendaciones? Por otro lado, la lectura del citado art. 35.1 que hemos acabado de sostener se ve confirmada por la neutralidad en la materia que muestra la *Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria*: “en el presente Reglamento, conforme al artículo 35, la Comisión ya no inicia el procedimiento con la presentación de una demanda, sino con la remisión de su informe de fondo, emitido conforme al art. 50 de la Convención. Al enviar este informe, la Comisión debe presentar los fundamentos que la llevaron a someter el caso a la Corte” (cit., p. 2). Agreguemos que, no por haber tenido por no probada una violación convencional, la Comisión IDH ha dejado de formular “recomendaciones”, en algunas oportunidades (v.gr., resolución 13/84, caso nro. 9054, “Jamaica”, 3/10/1984, parte resolutive § 3). Asimismo,

---

142). Esto último también se observa en “Martín Pelicó Coxic - Guatemala” (informe nro. 80/07, caso 11.658, fondo, 15/10/2007, § 197).

(225) En diversas oportunidades, la Comisión IDH ha motivado la demanda, además de en la necesidad de obtención de justicia para las víctimas, en la existencia de “cuestiones de orden público interamericano” (v.gr., casos nros. 10.932, “Comunidad Campesina de Santa Bárbara - Perú”, nota de sometimiento, 8/7/2013, anexo; y 12.577, “Rochac Hernández y otros - El Salvador”, nota de sometimiento, 21/3/2013, anexo). *Vid. infra* nota 227.

(226) De progresar la petición, las presuntas víctimas y las presuntas violaciones (Comisión IDH, Reglamento, arts. 23, 27, 29.a y b, 30.4, 32.1. y 2, 33.2.b, 40.5) pasan a ser víctimas y violaciones (*ídem*, arts. 44.3.b, 73 y 74.2.a).

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

¿cuándo sino en estos desenlaces adversos tendrá la persona el mayor interés en alegar ante la Corte IDH, de darse el supuesto, lo que ésta le permite por ser parte del caso ante sus estrados, vale decir que existió un error grave, en el trámite ante la Comisión IDH, que vulneró su derecho de defensa? (*vid. infra* VIII.a.2, E, y nota 245).

C. Desde otro ángulo, y lo siguiente nos parece central, si bien es cierto que la Comisión IDH, al referir la causa a la Corte IDH, debe indicar “cuáles de los hechos contenidos en el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención somete a la consideración de la Corte” (*supra* IV, M), y que ello, como regla, constituye el “marco fáctico del proceso” jurisdiccional (Corte IDH, “Familia Pacheco Tineo...”, cit., § 21), no lo es menos que, dentro de dicho marco, las presuntas víctimas y sus representantes pueden pretender “cambiar o variar la calificación jurídica de los hechos”, y alegar el incumplimiento o violación de otros derechos, “independientemente de que la Comisión concluyera en su informe que el Estado es responsable de su violación o incumplimiento o de que considerara innecesario pronunciarse al respecto” (*idem*, §§ 22 y 23). Así respondió nítidamente San José, procede acentuarlo, a las objeciones interpuestas por el Estado demandado a los planteos de las presuntas víctimas (§§ 17/18), para, seguidamente y con motivo de estos últimos, juzgar sobre las violaciones a los arts. 17 y 5.2, CAmérica DH, no obstante que la Comisión IDH, en su informe (art. 50), había entendido no necesario pronunciarse sobre el primero y, en el sometimiento del caso, nada ha-

bía argüido sobre el segundo (*idem*, §§ 2, 6, 200, 201, 208 y 227, y puntos resolutive 4 y 5).

D. Aclaremos, por lo demás, que la salvedad que hemos introducido en las dos hipótesis precedentes (A y B), *i.e.*, la presencia de una cuestión grave sobre la interpretación o la aplicación de los instrumentos convencionales en juego, o de una cuestión grave de carácter general, se asienta en un dato incontrastable: el proceso internacional de derechos humanos relativo a una petición individual contiene una pluralidad de objetos, amén del concerniente al interés de la persona (o grupo de personas) litigante y su “derecho subjetivo” violado o gravemente amenazado. La controversia también proporciona al juez, por un lado, la posibilidad de compeler, al adversario del titular del derecho subjetivo que se presenta ante aquél, al respeto de la obligación que le impone el “derecho objetivo”, y, por el otro, una oportunidad de afirmar una “nueva norma jurisprudencial” (227).

Agreguemos, finalmente, que las prácticas propuestas hacen que la Comisión IDH juegue el papel que le es propio: “órgano del sistema interamericano” (*supra* V, C).

### 2.- Corte IDH

A. Los arbitrios anteriores, sin embargo, dejan incólume una de las desigualdades procesales que ya hemos destacado: para la persona, la declaración de inadmisibilidad dictada por la Comisión IDH, pone fin al proceso, definitivamente (*supra* IV, H) (228). El Estado reclamado, por lo

(227) De Schutter, Olivier, “Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens”, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, p. 18 y *pássim*. Asimismo: Gialdino, R. E.: “Le nouveau Règlement de la Commission...”, cit., p. 895, III; “El nuevo Reglamento de la Comisión...”, cit., p. 884, III. Al someter a la Corte IDH el caso “Marcel Granier y otros (Radio Caracas Televisión) - Venezuela” (nro. 12.828), la Comisión IDH afirmó, *inter alia*, que ello permitirá a la primera “pronunciarse por primera vez sobre las afectaciones al derecho a la libertad de expresión en (...)”, y “profundizar su jurisprudencia en cuanto al principio de igualdad y no discriminación” (nota de sometimiento, 28/2/2013, anexo). Sobre los presupuestos indicados en el texto, entendemos, están redactados los arts. 62, 64 (Reglamento, Corte IDH), 40.5 y 41 (*idem*, Comisión IDH). “De conformidad (con los dos primeros) y en ejercicio de sus poderes de tutela judicial internacional de derechos humanos, cuestión que *trasciende la voluntad de las partes*, incumbe al tribunal velar por que los actos de allanamiento resulten aceptables para los fines que busca cumplir el sistema interamericano” –Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) v. Ecuador”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28/8/2013, C nro. 268, § 19, *itálicas agregadas*-. Además, “(c)uando la Comisión, las víctimas o presuntas víctimas, o sus representantes, el Estado demandado (...) no comparecieron o se abstuvieron de actuar, la Corte, de oficio, impulsará el proceso hasta su finalización” (Corte IDH, Reglamento, art. 29.1). Recuérdese lo expuesto *supra* nota 225.

(228) Una hipótesis de excepción, incluso difícil de poder ser aprovechada por el peticionario dado el transcurso del tiempo, es que su demanda hubiese sido declarada inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos

## Doctrina

---

contrario, de ser referido el asunto a San José, está habilitado a peticionar la revisión de la declaración de admisibilidad (ídem) **(229)**. Nuestra propuesta, al respecto, se endereza hacia la Corte IDH, pues ésta ha expresado ambas conclusiones (ídem paréntesis anteriores). Y, aun cuando lo relativo al peticionario individual puede surgir de la propia CAmérica DH (esp. art. 61.2), no ocurre lo mismo con lo vinculado al Estado demandado, según lo veremos seguidamente. Luego, ante este mayúsculo desequilibrio procesal, ¿es válido que San José persista en la aludida habilitación favorable al Estado, no obstante las perjudiciales consecuencias que irroga y el aparato de *ius cogens* emergente que se le opone? Veamos.

B. La admisibilidad de una petición “es un presupuesto indispensable para el conocimiento (por la Comisión IDH) del fondo de un asunto”; cuando aquélla “declara inadmisibile un asunto (...) no debe producirse, en los términos de los arts. 50 y 51, informe alguno” (Corte IDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana..., cit., §§ 42 y 39). Ahora bien, si esto es así, como lo es, admisibilidad y fondo son dos aspectos que difieren en sustancia, vale decir, ajenos a las formas bajo las cuales sean resueltos (*vid.* Comisión IDH, Reglamento, esp. arts. 30 y 36). Más todavía; una interpretación del art. 50, CAmérica DH, acorde con los términos del art. 31, CViena

DT, impone considerar que, como el primero refiere exclusivamente al informe de fondo, lo susceptible de ser debatido ante San José es sólo lo atinente a dicho fondo y no los temas de admisibilidad de la petición **(230)**. Esta inteligencia se ve reforzada, de un lado, por el antes citado art. 35.1, Reglamento, Corte IDH (*supra* VIII.a, A): “(e)l caso será sometido a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención”, vale decir, con la remisión del “informe de fondo”, tal como también lo expresa el tribunal en la Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria (cit., p. 3) y en sus sentencias **(231)**. Del otro, y sobre todas las cosas, por el hecho de ser la que pone al art. 50 cit. en armonía con el principio (perentorio) de igualdad. Acertadamente puntualiza A. Cassese, que una corte debería interpretar una norma convencional de una manera consistente con el *ius cogens* antes que hacerlo en sentido opuesto **(232)**. Para la Comisión DI, las normas imperativas de derecho internacional general producen poderosos (*puissants*) principios de interpretación, que deberían permitir resolver la totalidad o la mayoría de los aludidos conflictos **(233)**.

C. La proposición, que ya hemos sostenido en otras ocasiones, dista de ser novedosa **(234)**. Valga, entonces, memorar la fundada (y desoída por el pretorio) reflexión del juez Cañçado Trindade en

---

internos. En este supuesto, el reclamante podrá comparecer posteriormente ante la Comisión IDH una vez producido dicho agotamiento (v.gr. Comisión IDH, resolución 15/89, caso 10.208, “República Dominicana”, 14/4/1989, § 21).

(229) En alguna oportunidad el Estado alegó ante la Corte IDH que, con arreglo al art. 35.3 del Reglamento de ésta, el cual debe interpretarse de conformidad con los arts. 46 y 47, CAmérica DH, no pueden figurar en el escrito de sometimiento del caso “alegaciones que hayan sido declaradas inadmisibles” por la Comisión IDH (Corte IDH, “Familia Pacheco Tineo”, cit., § 17).

(230) “Esta Corte ha establecido, de acuerdo con el contexto de aplicación de la Convención Americana y el objeto y fin de la misma, que las normas relativas al procedimiento se deben aplicar con base en un criterio de razonabilidad, pues de lo contrario se ocasionaría un desequilibrio entre las partes y se comprometería la realización de la justicia. Tal como lo ha indicado este tribunal, en la jurisdicción internacional lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, y para que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados los distintos procedimientos” (Corte IDH, “Mémoli v. Argentina”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 22/8/2013, C nro. 265, § 31, citas omitidas). Nos preguntamos, entonces: ¿uno de los *fines* para el cual ha sido *diseñado* el (*distinto*) *procedimiento* ante la Comisión IDH, no sería el de determinar, de manera definitiva, la cuestión de admisibilidad de la petición?

(231) P. ej.: “J. v. Perú”, cit., §§ 2, 22 a 28, 33.

(232) Cassese, A., “International Law”, cit., p. 40.

(233) “Projet d’articles sur la responsabilité de l’État...”, cit., p. 90, § 4.

(234) Gialdino, R. E., “Le nouveau Règlement de la Cour interaméricaine...”, cit., p. 979, VI; “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana...”, cit., p. 903, VI.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

“Castillo Páez v. Perú” [1996], la cual se proyecta sobre todos los requisitos de admisibilidad examinables por la Comisión IDH: “(a) sí como se consideran definitivas e inapelables las decisiones de la Comisión de inadmisibilidad de peticiones o comunicaciones, las decisiones de admisibilidad deberían ser tratadas de igual modo, consideradas también definitivas y no susceptibles de ser reabiertas por el gobierno demandado en el procedimiento subsiguiente ante la Corte. ¿Por qué se permite que el gobierno demandado intente reabrir una decisión de admisibilidad de la Comisión ante la Corte y no se faculta al individuo demandante a igualmente cuestionar una decisión de inadmisibilidad de la Comisión ante la Corte? (...) Dicha reapertura o revisión de una decisión de admisibilidad de la Comisión por la Corte generaría un desequilibrio entre las partes, en favor de los gobiernos demandados (...) así siendo, también las decisiones de inadmisibilidad de la Comisión deberían poder ser reabiertas por las presuntas víctimas y sometidas a la Corte. O se reabren todas las decisiones –de admisibilidad o no– de la Comisión ante la Corte, o se mantienen todas pri-

vativas de la Comisión” (235). Con ello, este magistrado retomaba los conceptos que había vertido para 1991, como juez *ad hoc*, en “Gangaram Panday”: la situación reseñada “atenta (...) contra la igualdad procesal”, crea (...) una disparidad entre las partes” y “constituye una injusticia considerable, en detrimento de la presunta víctima” (236).

Una voz de similar contenido, y que corrió igual suerte, fue la del juez Martens frente a situación análoga en el marco de la CEuropea DH para 1989: tratándose de una convención que ubica a la igualdad de armas entre los principios fundamentales del proceso justo, dicha situación –dijo no sin indulgencia– “parece, al menos, singular” (237). Desde luego, la postura mayoritaria no se mantuvo inmune a una fuerte crítica (238).

D. Los Estados demandados suelen introducir las aludidas defensas de inadmisibilidad de la petición bajo las llamadas “excepciones preliminares”. Estas consisten, para San José, en “actos que buscan impedir el análisis del fondo de un

(235) Corte IDH, excepciones preliminares, 30/1/1996, C nro. 24, §§ 7/8. En igual sentido, su voto en “Loayza Tamayo”, excepciones..., cit., §§ 7/8.

(236) Corte IDH, excepciones..., cit., § 8; “(...) bajo la Convención Americana, los dos órganos de supervisión, la Comisión y la Corte, tienen poderes definidos, aquél con la competencia de decidir sobre la admisibilidad de las peticiones o comunicaciones (arts. 46-47), y éste con la competencia (en casos contenciosos) de determinar si ha habido una violación de la Convención (arts. 62.1 y 62.3). La cuestión preliminar (procesal) de admisibilidad es una e indivisible (...) Esta posición ayudaría a disminuir la *desigualdad factual* de estatus entre las presuntas víctimas y los gobiernos demandados en el procedimiento ante la Corte, y parecería cumplir con los requisitos de pura lógica (dadas la unidad e indivisibilidad de jurisdicción) y del plan general de la Convención (en virtud del cual un caso puede someterse a la Corte sólo después de ser primero examinado por la Comisión)” (§ 6, itálicas agregadas). La posición del juez Cançado Trindade también tributa a otros fines, tendentes a facilitar y aliviar el funcionamiento del Sistema, con notorio beneficio para la persona y para los órganos, Comisión y Corte IDH (*vid.* §§ 5, 7 y 9/11). En sentido concordante: Pinto, M., “Las relaciones entre los órganos del sistema”, cit., p. 179. (237) Corte EDH, Gran Sala, “Brozicek v. Italie”, 19/12/1989, la cita refiere al § 3.5. El juez Martens reiteró su opinión en la disidencia que expuso en “Cardot v. France”, la cual fue compartida, en su voto, por el juez Morenilla (19/3/1991). Y volvió sobre el punto en “B. v. France”, aunque ya en compañía, además de Morenilla, de sus pares Bernhardt, Pekkanen y Baka. Advertimos, respecto de este último caso, que si bien la mayoría se hizo cargo de la cuestión, su fundamentación resultó escasa y nada convincente, pues se limitó a sostener que no encontraba razones para abandonar una línea jurisprudencial seguida reiteradamente (*vid.* §§ 34/36). Este debate en el seno de la Corte EDH se remonta a 1971, con la sentencia “De Wilde, Ooms and Versyp (‘Vagabondage’) », oportunidad en la cual, la doctrina que estamos criticando se impuso con la disidencia de cuatro jueces (A. N. C. Ross, S. Sigurjónsson, S. Bilge y T. Wold).

(238) *Vid.*, entre otros: Cohen-Jonathan, Gérard, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme”, Ed. Presses Universitaires d’Aix-Marseille/Economica, 1989, p. 178; Picard, Etienne, “Article 26”, en Pettiti, L.-E.; Decaux, E. e Imbert, P.-H. (dirs.), “La Convention Européenne des Droits de l’Homme” París, Economica, 1995, ps. 615/618; van Dijk, P., van Hoff, G. J. H. *et alii*, “Theory and Practice of the European Convention on Human Rights”, 3ª ed., La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law, 1998, ps. 208/213; Flauss, Jean-François, “La condition de l’épuisement des griefs au sens de l’article 26 CEDH: les enseignements de l’arrêt Cardot”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 1991, vol. 3, nro. 12, p. 529.

## Doctrina

---

asunto cuestionado”. Y pueden vincularse con dos aspectos, uno de los cuales consiste en la objeción “de la admisibilidad de un caso”. Todo ello, “siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares”, vale decir, que puedan ser considerados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso (239). Ahora bien, el de las excepciones preliminares resulta un instituto que no revista ni en la CAmérica DH, ni en el Estatuto, Corte IDH. Fue introducido por ésta en su primer Reglamento (1980, art. 27) y se mantiene hasta el presente (art. 47). Asimismo, ni antes ni ahora, dicho instrumento adjetivo ha indicado cuál es la sustancia de las alegaciones calificables de excepciones preliminares. Formulamos estos tres últimos señalamientos para mostrar que la inclusión en el presente instituto de los recaudos de admisibilidad de la petición, propios del procedimiento ante la Comisión IDH, es obra sólo de la jurisprudencia de la propia Corte IDH (no sin disidencias), y que, por ende, el cuadro puede ser cambiado sin necesidad de modificar normativa general alguna (240). La “admisibilidad de un caso” ante San José bien puede, y debe, ser diferenciada de la “admisibilidad de una petición” ante la Comisión IDH.

Por lo demás, la Corte IDH no ha de olvidar la *ratio* de la Corte IJ, expresada incluso con moti-

vo de contrariedades vinculadas a las mentadas excepciones (pero relativas a la oportunidad en que éstas deberían ser resueltas). Juzgó La Haya que, “en el ejercicio del poder reglamentario que le confiere el art. 30 de su Estatuto y, en general, para enfrentar los complejos problemas que puede plantear la determinación de los procedimientos adecuados para la solución de controversias, se ha inspirado en el enfoque definido por la Corte Permanente de Justicia Internacional. Esta última se consideró en libertad de adoptar ‘el principio que considerara más apropiado para la buena administración de justicia y para un procedimiento ante un tribunal internacional, y el más conforme con los principios fundamentales del derecho internacional’” (241). No dejamos de indicar que, en la materia, el Estatuto, Corte IJ, constituyó la fuente del Estatuto, Corte IDH (242).

E. Es oportuno, entonces, que la Comisión IDH, como órgano del Sistema, y las presuntas víctimas o sus representantes, como agraviadas por la desigualdad bajo examen, arguyan ante San José, de configurarse el supuesto, el presente cuestionamiento, pero con base en el *ius cogens* (243). Ello exigiría al tribunal “un nuevo examen de (la) materia” (Corte IDH, art. 55..., § 51), “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho

(239) “Mendoza y otros”, cit., § 25 y sus citas. El segundo aspecto atañe a “la competencia del tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar” (idem).

(240) “No se puede tomar en cuenta el sentido literal de las normas reglamentarias haciendo abstracción del contexto de aplicación de la Convención Americana y del objeto y fin de la misma, a los cuales hay que vincular la interpretación de todas las disposiciones aplicables en el caso concreto. ‘(L)o esencial’, como señaló la Corte, ‘es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, y para que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados los distintos procedimientos’” (Corte IDH, “Caso de la ‘Panel Blanca’...”, excepciones..., cit., § 42 y sus citas). Recuérdese lo expuesto *supra* nota 230.

(241) “Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua...”, cit., § 38, con cita de Corte Permanente de Justicia Internacional, “Concessions Mavrommatis en Palestine”, cit., p. 16, al que refiere el pasaje puesto entre comillas menores.

(242) Gros Espiell, H., “El procedimiento contencioso...”, cit., p. 118.

(243) Por cierto, la Comisión IDH adujo, en alguna oportunidad, “que, en principio, el contenido de las decisiones de admisibilidad adoptadas de acuerdo con la Convención y el Reglamento de la Comisión no debería ser objeto de un nuevo examen sustancial”. Corte IDH, “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Araguaia’) v. Brasil”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24/11/2010, C nro. 219, § 35). Más aún; ya en el temprano “Velásquez Rodríguez” [1987] “(l)a Comisión sostuvo en la audiencia que, como la Corte no es un tribunal de apelación respecto de lo actuado por ella, tiene una jurisdicción limitada que le impide revisar todo cuanto se refiere al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de una petición dirigida a la Comisión, o de las normas procesales aplicables a las distintas etapas que deben cumplirse en el trámite de un caso ante ella”. Empero, respondió la Corte IDH: “(e)se planteamiento no se adecuaba a la Convención” (cit., §§ 28/29). *Vid.* en el texto *infra* F.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

internacional contemporáneo” (ídem, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular..., cit., § 115), el cual “ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales” (ídem, § 117). Esto es así, mayormente cuando, si existen fundamentos para ello, “la revisión de una interpretación elaborada previamente no sólo debe ser posible sino necesaria” (ídem, art. 55..., § 52). También sería oportuno, y necesario, que San José, a falta de planteo, afronte directamente la problemática, en virtud del principio general de derecho *iura novit curia* (244).

Bajo toda circunstancia, la solución requiere, imperativamente, ir más allá del (¿aparente?) avance dado por el tribunal en “Mémoli”: “(...) es la Comisión la encargada de velar por el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad dispuestos por la Convención, aun cuando, en aquellos asuntos sometidos a su conocimiento, la Corte pueda revisar las actuaciones de la Comisión en circunstancias excepcionales” (cit., § 49), como lo serían, según su remisión a los §§ 25 y 29, que alguna de las “partes” alegue fundadamente que exista un error grave que vulnere su derecho de defensa (245). Y decimos aparente, pues, al margen de su insuficiencia, de su cortedad, no faltan las dudas en cuanto a que el paso, en definitiva, haya sido dado. De un lado, por cuanto, si bien no contradice la doctrina transcrita, lo cierto es que la Corte IDH, en “Mémoli”, rechazó la alegada falta de agotamiento de recursos internos, por no haber sido interpuesta en el momento procesal oportuno ante la Comisión IDH (§§ 50/51). Del otro, ya que pocos meses antes de “Mémoli”: a) en “Mendoza y otros v. Argentina” había examinado con amplitud y minuciosidad,

*i.e.*, sin invocar “circunstancias excepcionales” y, para más, acogido favorablemente, la excepción preliminar del Estado fundada en que la petición era inadmisibile, por ser sustancialmente la reproducción de una petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión IDH (CAmericana DH, art. 47.d) (246), y b) algo análogo a lo precedente había ocurrido en “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) v. Costa Rica”, aunque con resultado adverso para el Estado respecto de la revisión del plazo del art. 46.1.b, CAmericana DH (247). En “Escher y otros v. Brasil”, San José, aun cuando también adelantó que no revisaría el procedimiento llevado a cabo ante la Comisión IDH, “salvo en casos excepcionales en que exista un error grave que vulnere el derecho de defensa de las partes”, igualmente dedicó extensos párrafos al tratamiento de la excepción formulada por el Estado en torno del agotamiento de los recursos internos (248). Otro tanto sucedió en “Gomes Lund y otros”, para llegar a la conclusión de que no se desprendía del expediente el alegado “análisis inadecuado” por parte de la Comisión IDH respecto de la excepción vinculada con dicho agotamiento (cit., § 42).

Más todavía; con posterioridad a “Mémoli”, en el recordado “Osorio Rivera y Familiares”, no obstante puntualizar, con cita del primero y de “Artavia Murillo y otros”, que los alegatos del Estado no se relacionaban con la existencia de un error grave que hubiese vulnerado su derecho de defensa (“refieren a una cuestión de pura admisibilidad de una petición ante el sistema interamericano”), San José consideró, sin más, la excepción basada en el plazo del mentado art. 46.1.b, para resolver, sencillamente, que no encontraba elementos

(244) Del citado principio “se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el *deber* de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente” (Corte IDH, “Durand y Ugarte v. Perú”, fondo, 16/8/2000, C nro. 68, § 76 y sus citas, *itálica agregada*).

(245) No pretendemos proponer inferencias apresuradas, pero sí subrayar, por lo que hemos adelantado (texto *supra* VIII.a.1, B), que en el pasaje transcrito la Corte IDH habla de las “partes”. Aun cuando de los dos casos que cita a modo de precedentes, “Trabajadores Cesados” (cit., § 66) y “Furlan y familiares v. Argentina” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31/8/2012, C nro. 246, § 48), sólo en este último empleó el término antes entrecorillado, mientras que el primero refiere sólo al “Estado”, la mención de las “partes” se encuentra en diversas sentencias de San José relativas al contencioso individual, v.gr.: “Castañeda Gutman”, cit., § 40; “Manuel Cepeda Vargas v. Colombia”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26/5/2010, C nro. 213, § 31; “Gomes Lund y otros”, cit., § 27: “alguna de las partes del caso ante la Corte”.

(246) Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 14/5/2013, C nro. 260, §§ 31/40.

(247) Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28/12/2012, C nro. 257, §§ 32/37.

(248) Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6/7/2009, C nro. 200, § 27 y ss.

## Doctrina

---

para “apartarse” de la decisión de admisibilidad adoptada por la Comisión IDH (cit., §§ 19 y 23).

Observemos, además, que en esta última controversia, de haber progresado la aludida defensa, el peticionario se habría visto privado, definitivamente, de obtener una decisión sobre el fondo, para noviembre de 2013, respecto de una demanda deducida ante la Corte IDH en junio de 2012, iniciada ante la Comisión IDH en noviembre de 1997 y declarada por ésta admisible en julio de 2010 y procedente en octubre de 2011 (ídem, §§ 1 y 2). Total: una inadmisibilidad al cabo de dieciséis años de tramitación. En “Mendoza y otros”, la procedencia del agravio anteriormente indicado produjo que quedaran fuera del litigio diversas violaciones a derechos convencionales de una de las víctimas, once años después de introducida la petición (cit., §§ 1/2). ¿Es razonable que, insumidos diez años de proceso, San José pueda revertir la decisión de la Comisión IDH y resolver que la petición fue interpuesta fuera del plazo de seis meses del citado art. 46.1b? Es esto lo que habría podido suceder en “Artavia Murillo y otros” (cit., §§ 33/36). Más todavía: causa sonora alarma la recientísima sentencia “Brewer Carías v. Venezuela”, en la cual, por primera vez en su historia, la Corte IDH acogió la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la falta de agotamiento de los recursos internos y dispuso el archivo del expediente. So color de que llevaría a cabo la revisión de lo decidido al respecto por la Comisión IDH, de haber incurrido ésta en un “error grave” que vulnere el derecho de defensa de las partes (§ 102, con cita de “Mémoli”), la mayoría (cuatro jueces) se internó, sin rebozos, en un examen ajeno a dicho límite, y que sólo evidenció un mero parecer diferente del de la Comisión. Y esto, incluso, con los serios y numerosos desaciertos (y apartamientos de la doctrina del tribunal en perjuicio de la presunta víctima) que, de manera sobria pero terminante, puso en claro la disidencia de los jueces Ventura Robles y Ferrer Mac-Gregor (excepciones preliminares, 26/5/2014, C nro. 278) (249). Con poco abrigo, pues, se abraja la última esperanza de los que no

encontraron justicia a nivel nacional, *i.e.*, el derecho de petición individual (*supra* IV, B). No es casual que a este último medio procesal se lo llame “amparo interamericano” (250).

F. El criterio de la Corte IDH, a nuestro entender, continúa expresado (y aplicado, acotaríamos) con un lenguaje “un tanto enigmático”, según lo consideró H. Faúndez Ledesma, al menos para 2004, tomando como referencia “Juan Humberto Sánchez v. Honduras”: “(e)n cuanto a los requisitos de admisibilidad establecidos en los arts. 46 y 47 de la Convención Americana que están en discusión en el presente caso, la Corte reitera la facultad inherente que tiene de ejercer su jurisdicción *in toto* en el procedimiento que se siga ante los órganos que componen el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sin que esto suponga revisar el procedimiento que se llevó a cabo ante la Comisión sobre un caso que ha sido sometido a la Corte” (251). El calificativo anterior se muestra más ajustado aún, ni bien se preste atención a dos circunstancias. Primero, lo que seguidamente expresó San José: “(l)os términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso. El tribunal es competente, por lo tanto, para decidir si se ha producido una violación a alguno de los derechos y libertades reconocidos por la Convención Americana y para adoptar las medidas apropiadas derivadas de semejante situación; pero lo es igualmente para juzgar sobre los presupuestos procesales en que se fundamenta su posibilidad de conocer del caso y para verificar el cumplimiento de toda norma de procedimiento en la que esté envuelta la interpretación o aplicación de la Convención” (§ 65) (252). Y, segundo, que en ese litigio, la Comisión IDH había sostenido que el Estado pretendía la revisión de la decisión de admisibilidad que aquella había adoptado en uso de las “atribuciones exclusivas” que le otorga la Convención (arts. 46 y 47). Estos últimos preceptos, insistió, “disponen que corresponde a la Comisión determinar la admisibilidad o no de una petición” (§ 62.b; *vid. supra* nota 243).

(249) La petición había sido presentada el 27/1/2007, declarada admisible el 8/9/2009 y procedente el 3/9/2011. La demanda ante la Corte IDH fue interpuesta el 7/3/2012.

(250) Dulitzky, A. E., “La OEA y los derechos humanos...”, cit., p. 70.

(251) Cit., § 64. Para la cita de Faúndez Ledesma, H. “El sistema interamericano...”, cit., p. 653.

(252) Con ello, reiteró a la letra “Velásquez Rodríguez”, cit., § 29.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

G. Por lo demás, si la Comisión IDH, al referir el caso, no sometiera hechos vinculados con la admisibilidad de la petición, ¿no quedarían las cuestiones relativas a ésta, en tal medida, fuera del “marco fáctico del proceso” y, por ende, de la aptitud jurisdiccional de la Corte IDH (*vid. infra* VIII.a.1, C)? El Reglamento de ésta sólo le requiere a la primera, en cuanto a los “hechos”, que exprese los “supuestamente violatorios” (art. 35.1).

### b) Punto de fuga directo

A. El punto de fuga directo reside en que la actora o peticionaria individual, llegado el trámite ante la Comisión IDH a la altura del art. 50, CAmérica DH, de considerarse agraviada, interponga de rechace su demanda en los estrados de la Corte IDH, invocando la nulidad de la exclusión del art. 63.1, CAmérica DH, con fundamento, *inter alia*, en la propia jurisprudencia de aquélla relativa al *ius cogens* y a su aplicación en la instancia internacional. San José, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, “tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence / Kompetenz-Kompetenz*)” (253).

Al control de convencionalidad que la Corte IDH habitualmente realiza, se sumaría, ahora, el

control de validez de una cláusula de la propia CAmérica DH de conformidad con el derecho perentorio emergente, vale decir, si se quiere e insistiendo, considerar la cuestión “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo” (*supra* VIII.a.2, E) (254). Art. 55... supuso, palmariamente, la posibilidad de ejercicio de este último control (*supra* VII, E) (255).

Como lo señala la “doctrina iusinternacionalista”, el *ius cogens* “realza la necesidad de control judicial de la observancia de las normas perentorias del derecho internacional” (256). Pareciera, entonces, estarle llegando a la CAmérica DH, desde el pronaos del templo de Apolo en Delfos, un célebre llamado: “conócete a ti misma”.

Algún antecedente en la materia se ha producido: parece evidente que este tribunal –juzgó el Tribunal Especial para Sierra Leona– carece regularmente de jurisdicción para revisar un tratado, o las cláusulas de un tratado, sobre la base de ser ilegal (*unlawful*), “excepto, tal vez, en el caso de que fueran aplicables los arts. 53 o 64 (CViena DT)”. Y añadió, seguidamente, que no podía poner en cuestión la validez del art. 10 de su propio Estatuto por ilegal, salvo que fuese demostrado esto último con arreglo a los citados preceptos vieneses o al derecho internacional consuetudi-

(253) Corte IDH, “Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador”, excepciones preliminares, 23/11/2004, C nro. 118, § 63, entre muchos otros.

(254) “Afirmar que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al dominio del *ius cogens*, tiene, según la Corte Europea de Derechos Humanos varios efectos jurídicos: el reconocimiento de que la norma es jerárquicamente superior con respecto a cualquier norma de derecho internacional, exceptuando otras normas de *ius cogens*; en caso de conflicto, tendría primacía la norma de *ius cogens* frente a cualquier otra norma de derecho internacional, y sería nula o carecería de efectos legales la disposición que contradiga la norma imperativa. (Tomado de los argumentos de las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito)”. (Corte IDH, Condición... Migrantes, voto del juez Abreu Burelli, I, nota 209). “Hoy ya no puede negarse más –la palabra es de 1998– como se hacía precisamente en las concepciones clásicas, el reconocimiento, cada vez más intenso, de la personalidad y legitimación jurídicas del ser humano como sujeto directo del derecho internacional de los derechos humanos e inclusive como titular de la potestad de accionar ante sus órganos de garantía (...) No es que esta nueva subjetividad del ser humano en el orden internacional esté lograda a plenitud, ni siquiera en el derecho internacional de los derechos humanos, sino que se marcha hacia ella a grandes pasos (...)” (Piza Escalante, R., “El valor del derecho y la jurisprudencia...”, cit., ps. 183/184).

(255) En los dos momentos claves de su obra de codificación, la Comisión DI precisó los efectos del *ius cogens* en el derecho de los tratados, primero, y en el derecho de la responsabilidad de los Estados después, y también expresó el deseo de que el exacto contenido de las normas imperativas fuese fijado por la práctica de los Estados y por la jurisprudencia de los tribunales internacionales. La Comisión acariciaba la esperanza de que dichas normas, en tanto que expresión jurídica de la conciencia de la comunidad internacional en su conjunto, se impusieran por sí mismas tanto a los Estados como al juez en un caso particular. (Maia, C., “Le *ius cogens* dans la jurisprudence...”, cit., p. 273).

(256) Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro”, interpretación..., cit., voto del juez Cançado Trindade, § 153.

## Doctrina

---

nario, lo cual no había ocurrido en el caso (257). Otro tanto sucedió en esa sede con la cuestión de inmunidad planteada en “Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor”, por la que fue impugnado el art. 6º.2 del Estatuto cit.: el precepto, sostuvo el Tribunal Especial, no está en conflicto con norma perentoria alguna del derecho general internacional, en cuanto habilita el procesamiento del impugnante, jefe de Estado, al momento de iniciarse las actuaciones (258).

Después de todo, la “garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana” (259), al tiempo que “el juez, como director del proceso, debe velar por que se cumplan a cabalidad las reglas del debido proceso de las partes y el incumplimiento de éste podría acarrear la aplicación de reglas de

nulidad” (260). Un tribunal, observa A. Cassese, “puede simplemente ignorar (*disregard*) o declarar nula y sin efecto (*void*) una disposición de un tratado particular que sea contraria al *ius cogens*, si las disposiciones restantes no adolecen de la misma invalidez legal” (261).

Más voces llegan desde Estrasburgo: ante un conflicto entre una norma de *ius cogens* y otra de derecho internacional, se impone la primera y, por ende, la segunda resulta “inexistente (*nulle et non avenue*) o, en todo caso, no produce efectos jurídicos que choquen con el contenido de la norma imperativa” (262).

Ha sido precisado que ni siquiera la facultad de la Corte IJ para decidir un litigio *ex aequo et bono* (Estatuto, art. 38.2) la autorizaría a prescindir del marco general del derecho internacional y, cierta-

(257) “Prosecutor v. Morris Kallos and Brima Bassy Kamara”, Appeals Chamber, casos nos. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), 13/3/2004, §§ 61 y 62. La defensa del procesado cuestionó la validez del citado Estatuto (esp. art. 10), en la medida en que, según éste, la amnistía concedida a una persona por un crimen internacional que caía dentro de la competencia del tribunal no impedía su procesamiento.

(258) Appeals Chamber, caso nro. SCSL-2003-01-I, 31/5/2004, §§ 43 y 53. *Vid.* Lagerwall, Anne, “Article 64. Convention of 1969”, en Corten, O. y Klein, P. (eds.), “The Vienna...”, cit., vol. I, p. 1465.

(259) Corte IDH, “Zambrano Vélez y otros v. Ecuador”, fondo, reparaciones y costas, 4/7/2007, C nro. 166, § 66.

(260) Ídem, “Mejía Idrovo v. Ecuador”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 5/7/2011, C nro. 228, § 77. “(L)os jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad” (ídem, “Myrna Mack Chang v. Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, 25/11/2003, C nro. 101, § 211) y con el fin de evitar “entorpecimientos indebidos” (ídem, “Bulacio v. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, 18/9/2003, C nro. 100, § 115). “Todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana” (ídem, “Palamara Iribarne”, cit., § 164).

(261) Cassese, A., “International Law”, cit., p. 40. Sobre la regla de separabilidad, *vid.* texto *supra* VII, A.

(262) Corte EDH, Gran Sala, “Al-Adsani v. Royaume-Uni”, 21/11/2001, opinión disidente común de los jueces Rozakis y Cafilich, a la cual adhirieron los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić, § 1. Y agregaron, después de señalar que las normas de inmunidad de los Estados no eran imperativas: “(s)i se admite que la prohibición de la tortura tiene valor de *ius cogens*, un Estado que la hubiese violado no puede invocar normas de rango inferior (en el caso, las relativas a la inmunidad de los Estados) para sustraerse a las consecuencias de la ilegalidad de sus actos (...) el obstáculo procesal que representa dicha inmunidad queda automáticamente levantado por cuanto, al chocar con una norma de rango más elevado, no produce ningún efecto” (§ 3). En su voto, el juez Loucaides, si bien compartió la opinión antedicha, fue, si se quiere, más lejos aún: “toda forma de inmunidad general, tenga sustento en el derecho internacional o en el nacional, que un tribunal aplique a fin de impedir totalmente una decisión judicial sobre un derecho civil, sin hacer un balance de los intereses concurrentes, a saber, los que protegen la inmunidad estatal y los relativos a la naturaleza de la demanda objeto del proceso, constituye una limitación desproporcionada del art. 6º1 (CEuropea DH), al cual, por ende, infringe. Los tribunales deben poder mensurar los intereses concurrentes en juego (...)”. La mayoría, aun cuando sostuvo que la prohibición de la tortura era norma imperativa, consideró que, a la sazón, no estaba admitido en derecho internacional que los Estados no puedan alegar su inmunidad en litigios civiles de daños y perjuicios por actos de tortura perpetrados fuera del Estado del foro (§ 66). La mayoría estuvo compuesta por nueve jueces, mientras que los ocho restantes fueron disidentes. *Vid.* Clapham, Andrews, “The *ius cogens*...”, cit., p. 151.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

mente, a decidir por fuera de las normas de *ius cogens* (263). Esto último también se daría en el supuesto de que las partes, en términos compatibles con el art. 38 cit., hubieran elegido las normas a ser aplicadas por la Corte IJ para resolver la contienda (264). Más aún; una sentencia que es, o se vuelve, incompatible con el *ius cogens* no tiene, o deja de tener, fuerza vinculante (265). El derecho imperativo, nunca será suficiente expresarlo, se proyecta sobre todo acto jurídico internacional (266).

B. Podrá replicarse que, aun admitiendo la legitimación activa de la persona, la Corte IDH se declarararía incompetente en razón de que el Estado contra el que se dirige la pretensión no habría reconocido, a esos efectos, la aptitud jurisdiccional de San José, requerida por el hoy atávico art. 62, CAmérica DH. Mas, en su sentido pasivo, competencia *ratione personae* significa que un caso puede ser llevado ante un tribunal sólo si el

Estado demandado está sujeto a la jurisdicción obligatoria del tribunal o consiente *ad hoc* a que éste juzgue el caso particular (267). Además, la “materia odiosa’ (...) debe interpretarse restrictivamente” (268). Luego, ¿habría llegado la hora, al menos, de que el tribunal, previo a la aludida declaración de incompetencia, hiciera suyo el criterio que en algunas ocasiones adoptó la Comisión IDH en punto a un Estado que no había formulado dicho reconocimiento, e invite a aquél a expresar esto último para el caso? (269). Nicaragua aceptó expresamente la competencia del tribunal para conocer en “Genie Lacayo” (270). El asentimiento del Estado demandado constituiría una forma de evitar la producción del daño que produciría a la persona toda negativa al respecto (expresa o tácita). Esto último generaría responsabilidad internacional del Estado, pues, con ello, cometería un acto internacionalmente ilícito por violar la obligación de adecuar su conducta al derecho internacional perentorio (271).

(263) Pellet, A., “Article 38”, cit., p. 734. En muchos aspectos, el procedimiento ante la Corte IJ, es *ius cogens*. Si bien dicho procedimiento concede a las partes cierta latitud, ésta se encuentra circunscripta por aspectos institucionales del tribunal y los parámetros o concepto de lo que es propio de la función judicial (*judicial propriety*). Abi-Saab, Georges, “The International Court as a world court”, en Lowe, V. y Fitzmaurice, M. (eds.), “Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings”, Ed. Cambridge University Press, 1996, p. 8.

(264) Pellet, A., “Article 38”, cit., p. 809.

(265) Brown, Chester, “Article 59”, en Zimmermann, A.; Tomuschat, C. y Oellers-Frahm, K. (eds.), “The Statute...”, cit., p. 1442.

(266) Asimismo: Cançado Trindade, Antônio A., “*Jus Cogens* - The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content”, Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2009, vol. 9, nro. 9, p. 31 y pássim.

(267) Pasqualucci, J. M., “The Practice...”, cit., p. 97.

(268) Corte IDH, “Asunto de Viviana Gallardo y otras”, decisión, 13/11/1981, cit., voto del juez Piza Escalante, § 8.

(269) V.gr.: la Comisión IDH resuelve “(i)nvitar al Gobierno de El Salvador acepte la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso específico objeto de este informe” (informe nro. 2/91, caso 10.000, “El Salvador”, 13/2/1991, punto resolutivo 2; entre otros).

(270) Excepciones preliminares, 27/1/1995, C nro. 21, §§ 21/26. La Corte IDH “entiende que la aceptación de competencia que Nicaragua formuló expresamente para este caso es independiente de la declaración que (formuló) con carácter general (...) En los términos del art. 62 los Estados pueden declarar que aceptan la competencia de la Corte ‘sobre todos los casos... o para casos específicos... relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención’” (ídem, § 23). En la causa, la Comisión IDH había dirigido a Nicaragua la invitación señalada en el texto (*vid. ídem*, § 17). Esta modalidad se encontraba expresamente prevista en el Reglamento de la Comisión IDH aprobado en 1980 (art. 47.3), pero desapareció con la adopción del Reglamento de 2000, no obstante el apoyo de la doctrina hacia esa práctica (Gros Espiell, H., “El procedimiento contencioso...”, cit., p. 117, y su cita de T. Buergenthal). “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 (art. 68.1 de la Convención)”. Corte IDH, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4º.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-3/83, 8/9/1983, A nro. 3, § 21.

(271) Los Estados no pueden disponer de los seres humanos de la forma que quieran, sin importar sus derechos reconocidos en el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos; si violan los derechos

## Doctrina

Los regímenes de control –enseña M. Delmas-Marty– son el verdadero test de la voluntad política de los Estados de asegurar la eficacia de un sistema de protección, más allá del efecto de proclamar un lista de derechos, lo que se pone de evidencia, especialmente, en si aquéllos están dispuestos a aceptar o no el principio de un recurso individual ante un órgano internacional de carácter jurisdiccional (272).

### c) Punto de fuga-resignación

Por último, si todos los arbitrios anteriores (*legé lata*) fuesen inviables, ¿no sería el turno de que los Estados Parte, la Corte IDH y la Comisión IDH propongan y, en su caso, realicen, de una buena vez por todas, la enmienda de la CAmérica DH (art. 76.1), trascendiendo los retoques cosméticos con los que suele agotarse el tan hueco como ostentadamente proclamado “proceso de fortale-

cimiento” del Sistema interamericano? (273). La inquietud al respecto, en el marco de la Asamblea General, OEA, ya se advierte desde 2001 (274). La responsabilidad de los Estados se genera no sólo por los quebrantamientos actuales del *ius cogens* de los derechos humanos, sino también por los meramente “potenciales” derivados de su acción y de su inacción (275). Asimismo: ¿podría considerarse que la enmienda, de alguna manera, se vincula con el deber de los Estados de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una norma imperativa del derecho internacional general, previsto en el art. 41, de los citados artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de la Comisión DI?

De lo que estamos seguros es de que, con el reconocimiento del *ius standi* de los individuos, los Estados americanos no sólo respetarían, como es

---

contenidos en este último, deben soportar las consecuencias emergentes, en particular, la ineludible obligación de brindar reparación a las víctimas individuales (Caçado Trindade, Antônio A., “El deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: génesis, evolución, estado actual y perspectivas”, JA, número especial: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, R. E. Galdino, coord., fascículo nro. 10, 2013-I, p. 21). Es norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados, que al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. (Corte IDH, “Trabajadores Cesados”, cit., § 142 y sus citas). Recuérdese el texto correspondiente a la nota 20.

(272) Delmas-Marty, Mireille, “Trois défis pour un droit mondial”, Ed. du Seuil, París, 1998, ps. 35 y 39. En la medida en que el derecho internacional refleje fielmente un estado de conciencia social, establecido a punto tal que los mismos gobiernos no pudieran más ignorarlo o desafiarlo, el derecho internacional no requerirá, para su realización, ni de juez ni de gendarme. (De Visscher, P., “Cours général de droit international public”, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, t. 136, 1972, p. 139).

(273) Vid. el “Resultado” del citado proceso, del que da cuenta la AG/RES. 1 (XLIV-E/13), Asamblea General, OEA, 22/3/2013. Las palabras que siguen son de 2001: “(...) quizás en un futuro más distante (que espero no sea demasiado distante), se deba dar otro paso adelante, en el sentido de la evolución del *locus standi in iudicio* al *ius standi* de los individuos ante la Corte (...) Si se acepta esta propuesta –como creo se debe aceptarla– el art. 61[1] de la Convención pasaría a tener la siguiente redacción: ‘Los Estados Partes, la Comisión y las presuntas víctimas tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte (...)’”. El día en que ello sea logrado, “tendremos alcanzado el punto culminante de una larga evolución del derecho hacia la emancipación del ser humano, como titular de derechos inalienables que le son inherentes como tal, y que emanan directamente del derecho internacional (...) estará realizado el ideal de la plena igualdad jurídica, ante la Corte Interamericana, entre el individuo como verdadera parte demandante, y el Estado como parte demandada. Todo verdadero iusinternacionalista en nuestro hemisferio tiene el deber ineludible de dar su contribución a esta evolución” (“Informe y Propuestas del Presidente y Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Caçado Trindade...”, cit., ps. 25 y 33). La función del iusinternacionalista, desde los tiempos de H. Grotius hasta la actualidad, no es la de simplemente tomar nota de lo que hacen los Estados; su función es la de decir cuál es el derecho. (Caçado Trindade, Antônio A., “Post scriptum: El primado del derecho sobre la fuerza como imperativo del *ius cogens*”, en Caçado Trindade, Antônio A. y Vidal Ramírez, Fernando, “Doctrina latinoamericana del derecho internacional”, t. II, San José, Corte IDH, 2003, p. 65).

(274) “Estudio sobre el acceso de las personas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, resolución AG/RES. 1833 (XXXI-O/01), 5/6/2001. Vid. Ventura Robles, M. E., “El acceso directo...”, cit., ps. 219 y ss.

(275) De Schutter, O., “International Human Rights Law...”, cit., p. 69.

## La emergencia del *ius standi* de la persona ante la Corte IDH...

debido, ineludible e impostergable, el derecho perentorio, sino que, a la par, producirían un nuevo y verdadero “aporte del sistema jurídico interamericano a la formación de importantes principios del derecho internacional general”, el cual, como aconteció con otros ya realizados, sería “reconocido en el plano universal” (276).

La “protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”, según lo expresan, desde 1948, los considerandos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (párr. 3º).

Desde luego, no está demás indicar, de modo preventivo ante un eventual proceso de reformas, que el derecho internacional contemporáneo no autoriza la destrucción ni la enmienda *contra homine* del sistema de peticiones, de manera que las reformas que se introduzcan sólo serán válidas si estuvieran verdaderamente dirigidas a perfeccionar y fortalecer el derecho de petición,

pero serían antijurídicas si condujeran a conculcarlo (277).

### IX. CODA

Permítasenos, ya hacia el final, insistir en las metáforas. Para esta ocasión, la de I. Brownlie: el *ius cogens* es un vehículo que no abandona el garaje con frecuencia (278). Lo hacemos sólo para observar que, cuanto hemos expuesto, es demostrativo de que el coche se ha vuelto salidero y, según lo entendemos, no ha violado las reglas de tránsito bajo el volante de la Corte IDH (279). Le espera a ambos, eso sí, un nuevo viaje. Pero, como en todas estas excursiones, tendrán un buen acompañante (*rectius*: navegador): la persona humana.

Nuestro remate, ahora sí, se reduce a una pregunta: ¿seguirán el Sistema y sus órganos viendo la “paja” sólo en el ojo ajeno (los sistemas nacionales), teniendo en el suyo una “viga”, “materia odiosa”?

(276) *Vid.*: Declaración de Panamá..., cit., considerandos, sexto párrafo; Cançado Trindade, Antônio A., “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales”, en Cançado Trindade, Antônio A. y Martínez Moreno, Alfredo, “Doctrina latinoamericana...”, cit., t. I, 2003, p. 33.

(277) Nikken, Pedro, “El sedicente ‘fortalecimiento’ del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus dobles estándares frente a las obligaciones internacionales de los Estados americanos”, Revista IIDH, 2012, nro. 56, ps. 117/118. “Las reformas deben evitar escrupulosamente cualquier iniciativa que tenga por propósito o efecto debilitar la efectividad del sistema” (Dulitzky, Ariel E., “20 puntos de reflexión sobre el proceso de reflexión”, Aportes DPLF, 2012, nro. 16, p. 11).

(278) Brownlie, Ian, en “Discussion”, en Cassese, A. y Weiler, J. H. H. (eds.), “Change and Stability in International Law-making”, Ed. Walter de Gruyter, Berlín, 1998, p. 110.

(279) La Corte IDH también ha dado rango de *ius cogens* a la prohibición de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica (“Tibi”, cit., § 143 y su cita) y de los tratos inhumanos y degradantes (“Caesar v. Trinidad y Tobago”, fondo, reparaciones y costas, 11/3/2005, C nro. 123, § 100); también a la prohibición de la desaparición forzada de personas y al correlativo deber de investigar y sancionar a sus responsables (“Goiburú y otros”, cit., § 84). “Es probable que la Corte Interamericana haya hecho más en la identificación de la expansión del *ius cogens* que cualquier otro tribunal internacional contemporáneo. Es importante que lo siga haciendo, en la construcción gradual, en este inicio del siglo XXI, de un nuevo *ius gentium*, el derecho internacional para la humanidad”. (Corte IDH, “Caesar”, cit., voto del juez Cançado Trindade, § 92). La permeabilidad del Sistema Interamericano respecto del universal (texto *supra* II.a, E), no implica que la Corte IDH haya dejado de afirmar su autonomía, consagrando principios e interpretaciones originales. (Hennebel, L. y Tigroudja, H., “La Convention américaine...”, cit., ps. 25/26).