
La regla del agotamiento de la jurisdicción interna en el sistema interamericano de derechos humanos*

Jorge Toyama Miyagusuku

Abogado. Profesor ordinario de derecho laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

Juan Carlos Morón Urbina

Abogado. Asesor Jurídico en la Contraloría General de la República de Perú.

Uno de los interesantes temas de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos es el agotamiento de la jurisdicción interna antes de reconocer la competencia de una corte internacional.

Por el agotamiento de los recursos internos, se pretende reconocer la soberanía interna de los gobiernos sobre lo ocurrido en sus territorios. Además, el agotamiento de los recursos internos está planteado para que los gobiernos tengan la posibilidad de conocer y resolver sobre una violación de un derecho humano, antes de que ella sea conocida internacionalmente.

El presente artículo pretende estudiar los aspectos más relevantes de la regla del agotamiento de los recursos internos en el seno del sistema americano; para cumplir con esta agenda, hemos tomado como referente lo expuesto en las normas sobre derechos humanos en el sistema americano, lo expresado por la doctrina especializada y, muy especialmente, los criterios empleados por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han

establecido una interesante jurisprudencia sobre el tema que nos ocupa.

Es importante dejar por sentado la función que tiene tanto la Comisión como la Corte del Sistema Americano quienes, mediante interesantes resoluciones, han establecido una jurisprudencia sólida sobre la regla del agotamiento de los recursos internos en los diversos procesos que llegan a su competencia. Como se podrá apreciar, gran parte del artículo se ha elaborado teniendo en cuenta los criterios empleados por los referidos órganos internacionales para resolver los casos que llegan a su conocimiento, sin dejar de tener en consideración las denuncias peruanas como los casos Neyra Alegría y Otros, Castillo Páez, Loayza Tamayo, Magistrados del Tribunal Constitucional o Cayara.

El tema del agotamiento de los recursos internos no resulta ajeno a nuestra realidad. Existen muchas resoluciones, expedidas por los organismos del sistema americano decidiendo sobre las excepciones

(*) El presente artículo ha sido elaborado sobre la base de la monografía presentada en el curso de dogmática de los derechos humanos y sistemas de protección internacional, a cargo del doctor Enrique Bernales Ballesteros, en la Maestría de Derecho Constitucional de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

promovidas por nuestro gobierno referidas a la falta de agotamiento de los recursos internos. Estas resoluciones han desestimado las excepciones planteadas e inclusive se han permitido condenar diversos aspectos del sistema jurídico peruano.

1 Naturaleza de la regla del agotamiento de la vía interna.

1.1 Marco general.

El agotamiento de los recursos internos permite que un caso interno pueda ser conocido por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Como veremos, poco se ha regulado con carácter general sobre esta regla y hay muchos temas específicos que han tenido que ser abordados por la jurisprudencia internacional a partir de casos concretos.

La regla del agotamiento previo de los recursos internos no tiene como fuente originaria lo expuesto en las normas internacionales de protección a los derechos humanos. En rigor, es una regla que tiene como precedente la costumbre internacional aplicada por los estados por tribunales arbitrales y cortes internacionales⁽¹⁾, especialmente para la protección diplomática.

Posiblemente, el antecedente más remoto sea la protección diplomática que es un privilegio que tienen los estados para proteger a sus ciudadanos que residen en el exterior. Por medio de este mecanismo, los estados pueden representar a sus ciudadanos que radican en el exterior, en la medida que previamente, tales ciudadanos hubieran cumplido con agotar las vías internas en el país donde se encuentren residiendo.

Lo expresado, se aprecia en el conocido caso *Interhandel* (Suiza contra Estados Unidos de Norte América). En este caso -que conjuntamente con los casos *Ambatielos* (Grecia contra Gran Bretaña) y *pescadores finlandeses* (Finlandia contra Gran Bretaña)

son los primeros en referirse a este tema- la Corte Internacional de Justicia (sentencia del 31 de marzo de 1959) señaló que Suiza no podía hacer suya la reclamación de la empresa suiza *Interhandel* que operaba en Estados Unidos de Norte América porque ésta no había cumplido con agotar previamente las vías internas: “La regla de que los remedios locales deben ser agotados antes de que puedan iniciarse procedimientos internacionales, es una regla bien consagrada del derecho internacional (...). Antes de que pueda acudir a una corte internacional, se ha considerado necesario que el Estado en donde se ha cometido la violación tenga una oportunidad de repararla”.

La necesidad de agotar las vías internas antes de acudir a la jurisdicción interamericana se encuentra prevista en el artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este dispositivo prevé lo siguiente: “1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos”.

La regla se encuentra también establecida en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando califica que sus órganos del sistema supranacional actuarán en forma coadyuvante o complementaria a la protección prevista en cada ordenamiento jurídico nacional.

En las resoluciones que comentaremos nos referiremos a esta regla que ha sido empleada reiteradamente por los organismos interamericanos. A título de ejemplo, en la resolución del caso *Salvador Jorge Blanco* del 14 de abril de 1989, la Comisión Interamericana señaló que su competencia era subsidiaria a las vías judiciales previstas internamente en cada país miembro⁽²⁾. Por otro lado, también existen resoluciones que se respaldan en el sentido coadyuvante o complementario de la vía supranacional

(1) SANJOSÉ GIL, Amparo. *La protección de los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p.48.

(2) En el caso *Handyside*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló (sentencia del 7 de diciembre de 1976) que los mecanismos supranacionales de protección de derechos humanos tenían carácter subsidiario con relación a los sistemas nacionales ya que solamente pueden ingresar al conocimiento de los casos después que se agoten todos los recursos internos.

(casos Velásquez Rodríguez del 26 de junio de 1987, Godínez Cruz del 26 de junio de 1987, Fairén Garbí y Solís Corrales del 26 de junio de 1987, así como Gangaram Panday del 4 de diciembre de 1991 -excepciones preliminares de la Corte Interamericana-).

Nótese que se emplean hasta tres términos diferentes: coadyuvante, complementaria y subsidiaria. En nuestra opinión, las tres denominaciones serían válidas por las características de la institución analizada: es coadyuvante en la medida que la participación de los organismos internacionales -como terceros entre el Estado y los denunciantes- pretende asistir a quienes acuden a éstos alegando la vulneración de normas sobre derechos humanos; además, complementaria porque la principal protección la debería tener cada Estado en cuyo defecto se acude al sistema supranacional; y finalmente, subsidiaria dado que es sucesiva o posterior en el tiempo a las vías nacionales.

Finalmente, es oportuno indicar que la obligación de los ciudadanos de agotar la jurisdicción interna se encuentra establecida en otros sistemas que tutelan los derechos humanos. Tenemos el acápite 5.2.b del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el ítem 22.5.b de la Convención de Naciones Unidas Contra la Tortura; el precepto XIV 7.2 de la Convención de Eliminación de Discriminación Racial; el punto 26 de la Convención Europea de los Derechos Humanos; y el numeral 56 de la Carta Africana de Derechos Humanos y Pueblos. Más todavía, el acápite 6.b de la Resolución No.1503 del ECOSOC, "Procedimiento para examinar las comunicaciones relativas a las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales", prevé que la investigación de violaciones sistemáticas sobre derechos humanos procederá si se han cumplido con agotar previamente todos los recursos disponibles en el plano interno.

1.2 Naturaleza procesal o sustantiva.

Se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de la regla del agotamiento de los recursos internos. Concretamente, si tiene naturaleza procesal o sustantiva, esto es, si estamos ante una obligación de carácter sustantiva que supone que la violación internacional en materia de derechos humanos, se produce solamente cuando se han agotado los recursos internos. O, por otro lado, si tal obligación tiene naturaleza procesal en la medida que la violación se produce con el mismo hecho del Estado que se opone a las reglas de derechos humanos y el agotamiento de la vía interna constituye, un requisito del procedimiento⁽³⁾.

En nuestra opinión, estamos ante una regla de carácter procesal en la medida que el agotamiento de los recursos internos no pretende lesionar la soberanía interna, busca que la violación de un derecho humano se solucione por las vías internas y supone una obligación positiva de actuación para el Estado de contar con vías procesales que conozcan las violaciones sobre derechos humanos.

Además, los organismos internacionales -en nuestro caso, la Corte y la Comisión americanas⁽⁴⁾- deben apreciar si el denunciante cumplió con agotar la vía previa interna -prácticamente, como si fuera un mero requisito de admisibilidad de la demanda- y, especialmente, el Estado puede -como se verá más adelante- renunciar o simplemente no invocar la regla del agotamiento de las vías internas y someter el diferendo a las cortes internacionales.

Para Faúndez Ledesma⁽⁵⁾, no es un requisito de admisibilidad, en la medida que constituye un derecho del Estado su alegación o no -y, por ello, se admite la renuncia como un hecho válido-; empero, nosotros consideramos que sí calificaría también como un requisito de admisibilidad (así, con esta denominación, lo trata el artículo 47 de la Convención

(3) Las diversas posiciones que se han elaborado sobre estas dos posturas pueden encontrarse en SANJOSÉ GIL, Amparo. Op. Cit., pp.55 y ss.

(4) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene la obligación de declarar inadmisibles toda petición o comunicación cuando no se hubiera cumplido, previamente, con agotar todos los recursos internos (artículo 47 de la Convención Americana).

(5) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Caracas: IIDH, 1996. p.197.

Americana) ya que resulta indispensable acreditar el agotamiento de la vía interna antes de iniciar cualquier procedimiento internacional; solamente se permiten dos excepciones a esta regla: el Estado puede aceptar la inobservancia a dicho requisito y, por otro lado, existen determinados casos donde, por diversas consideraciones, no se exige el agotamiento de las vías internas.

Sobre este tema, en una opinión consultiva de la Corte sobre las excepciones al agotamiento de los recursos internos, del 10 de agosto de 1990, se señalaba lo siguiente: “El agotamiento de los recursos internos es un requisito de admisibilidad y la Comisión deberá tenerlo en cuenta en su momento y dar la oportunidad tanto al Estado como al reclamante de plantear sus respectivas excepciones sobre el particular”.

Así, para que la Corte pueda conocer un caso, se necesita que sean agotados ante la Comisión los procedimientos previstos. Esta exigencia es ineludible, como lo ha reconocido la Corte en su jurisprudencia (caso Viviana Gallardo y otras, sentencia de la Corte No.101/81 del 13 de noviembre de 1981) y condiciona la posibilidad de ejercer, por su parte, la competencia contenciosa. Pero, como a su vez, la Comisión no puede admitir una petición o comunicación sin que se hayan agotado “los recursos de jurisdicción interna”, resulta que estos dos extremos determinan la posibilidad de la actuación de la Corte y son condiciones de admisibilidad de un caso a la Corte Interamericana. La propia Corte los ha denominado “presupuestos procesales” (caso Viviana Gallardo y otras).

Finalmente, si estuviéramos ante una regla sustantiva, como apunta Sanjosé Gil⁽⁶⁾, se otorgaría importancia al agotamiento del recurso interno por sobre lo realmente trascendente: la violación del Estado a los derechos humanos. Por lo demás, consideramos que conferir el carácter sustantivo a la regla estudiada vaciaría de contenido todo el tema de las excepciones

a la regla del agotamiento de las vías internas ya que se aplicarían criterios rigurosos para determinar si se agotaron o no los recursos internos pues ello sería lo “sustantivo”.

1.3 Finalidad.

La regla del agotamiento de los recursos internos tiene relación estrecha con el reconocimiento a la soberanía interna de los países ya que, como se ha dicho, un organismo internacional no debería conocer de un caso de violación de derechos humanos si no se ha cumplido con agotar las vías internas o domésticas.

Empero, el respeto a la soberanía interna no es la única finalidad de la regla estudiada. La exigencia del agotamiento de la vía interna es el correlato de la exigencia impuesta al Estado de contar con vías eficientes para solucionar las afectaciones a los derechos humanos, además de presumir que esa exigencia ha sido acatada. En palabras de Cancado Trindade⁽⁷⁾ -probablemente, quien más ha estudiado este tema en el ámbito americano- la obligación de los estados de proveer a los ciudadanos de recursos internos eficaces según los tratados sobre derechos humanos, es el necesario fundamento en el derecho interno para justificar la obligación de los ciudadanos de agotar los procedimientos internos.

Por ello, la regla del agotamiento de las vías internas debe observarse, inclusive, en los casos donde no exista ninguna norma interna que así lo considere. De este modo no se violaría la soberanía del Estado⁽⁸⁾, porque se reconoce que una de las finalidades de la regla del agotamiento de los recursos internos radica en la necesidad de que el Estado trate de contar con adecuados y eficaces mecanismos de control jurisdiccional.

La obligación de los estados de contar con vías internas eficaces está reconocida por el artículo 25 de la Convención Americana. Esta misma obligación la podemos encontrar en el acápite 2.3.2 del Pacto

(6) SANJOSÉ GIL, Amparo. Op.cit.; p.60.

(7) CANCADO TRINDADE, Antonio. *La interacción ante el derecho internacional y en el derecho interno en la protección de los derechos humanos*. En: AAVV. *El juez y la defensa de la democracia*. Coordinado por Rafael Nieto. San José: Instituto Interamericanos de Derechos Humanos, 1993. p.258.

(8) CARDENAS GUERRERO, Fernando y ROMAN BUSTAMANTE, Mauricio. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá, Tesis PUJ, 1985. p.186.

Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el ítem 14 de la Convención de Naciones Unidas Contra la Tortura; el precepto VI de la Convención de Eliminación de Discriminación Racial; el punto 13 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y; el numeral 13 de la Carta Africana de Derechos Humanos y Pueblos.

Por otro lado, siguiendo a Faúndez Ledesma⁽⁹⁾ como estamos ante una obligación del Estado, se puede entender que el agotamiento de las vías internas también beneficia al individuo en la medida que un eficiente funcionamiento del sistema jurídico garantiza una pronta reparación de los derechos transgredidos.

En resumidas cuentas, la protección y eficacia del ejercicio de los derechos humanos será mayor si se suman a las leyes y jurisdicción internas, una protección procesal internacional para intervenir activamente en el respeto y ejercicio de los derechos humanos⁽¹⁰⁾.

1.4 Soberanía interna y externa.

Uno de los temas más complicados del derecho internacional público, particularmente en lo que atañe a los derechos humanos, reside en los conflictos que se generan entre la soberanía interna y la externa.

Primeramente, no se discute la soberanía interna que tienen los estados para organizarse, regularse y establecer las normas y los mecanismos de solución de conflictos jurídicos. Empero, la soberanía interna no puede ejercerse en forma absoluta, como lo proclamaba Bodino, pues debe ser atemperada con un control supranacional que determine las violaciones de los derechos humanos.

Ahora bien, si el respeto de los derechos humanos es *ius cogens* y si existen instrumentos internacionales que defiendan tales derechos y los mecanismos de protección de los mismos, no es posible sostener jurídicamente que la materia de los derechos humanos es de jurisdicción interna de los estados⁽¹¹⁾.

Para salvar la posible lesión a la soberanía

interna por la intervención de organismos internacionales, una fórmula conciliatoria es, precisamente, el agotamiento de la vía interna antes de acudir a la jurisdicción supranacional.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 205 de la Constitución de 1993, reconoce la vía jurisdicción internacional, en la medida que, previamente, se cumpla con agotar la jurisdicción interna⁽¹²⁾. De esta forma, en nuestro sistema, como existe un reconocimiento expreso en el ámbito constitucional, no se atenta contra la soberanía interna cuando un organismo internacional aprecia un caso peruano que fue desestimado en sede judicial interna⁽¹³⁾.

Pese a la trascendencia de contar con un dispositivo que reconozca expresamente la competencia de los organismos internacionales de derechos humanos, luego de agotada la vía interna, consideramos que la competencia de tales organismos no tiene por fuente originaria el citado precepto constitucional ya que, previamente al mismo, tenemos la Convención Americana aprobada por el Perú y el reconocimiento expreso a las reglas y resoluciones que expidan tanto la Corte como la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos.

No existe, entonces, atentado alguno contra la soberanía interna si, luego de agotada la vía interna, se acude a los organismos internacionales. Como indicó la Corte en el caso Godínez Cruz (sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 150), no es admisible que se insinúe que las personas que acuden a la jurisdicción supranacional de protección de los derechos humanos incurran en deslealtad hacia su país, ya que los derechos humanos son valores superiores que no nacen del hecho de ser nacionales de un Estado sino que tienen como fundamentos los atributos de la persona humana; por lo demás, los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos se basan en el supuesto de que el Estado esté al servicio de la comunidad y no a la inversa.

(9) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. Op.cit.; p.196.

(10) BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991. p.325.

(11) MONROY CABRA, Marco. *Los derechos humanos*. Bogotá: Thémis, 1980. p.41.

(12) Además, la Ley No.23506, prevé que, agotada la jurisdicción interna, se puede acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 39 y ss.).

(13) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Fundación Konrad Adenauer, 1996. p.728.

1.5 Privilegio disponible del Estado.

Uno de los temas que se plantearon inicialmente en el seno del sistema interamericano fue la posibilidad de renuncia del Estado a la regla del agotamiento de la jurisdicción interna. En otras palabras, apreciar si la Comisión y Corte podían conocer un caso que no había sido ventilado en la vía interna o, habiéndose iniciado la vía interna, no se había cumplido con agotarla, pero donde el Estado, abiertamente, declaraba que sometía el diferendo a las reglas y la jurisdicción internacionales.

En el sistema americano, tanto la Comisión como la Corte han resuelto que la regla del previo agotamiento de los recursos internos se ha establecido en provecho del Estado (entre otros, casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, resoluciones del 26 de junio de 1987 y 20 de enero de 1989, respectivamente) y, en esta medida, es renunciable por el Estado interesado en hacerla valer -este criterio puede apreciarse en los casos Viviana Gallardo (resolución del 13 de noviembre de 1981); Velásquez Rodríguez; Godínez Cruz y Fairén Garbi y; Solís Corrales (resolución del 26 de junio de 1987)-.

La posibilidad de renuncia del Estado al agotamiento de las reglas domésticas no solamente tiene reconocimiento en el sistema americano. En efecto, el Tribunal Europeo ha declarado que el Estado puede renunciar al derecho de hacer valer el requisito del previo agotamiento de los recursos internos⁽¹⁴⁾.

La renuncia a la regla del agotamiento de la vía interna puede ser expresa o tácita; en este último caso, la renuncia ocurre cuando el Estado interesado asume una actitud incompatible o no la opone oportunamente ya que debe ser invocada en las primeras etapas del procedimiento. Al respecto, son interesantes las excepciones preliminares, en los casos Caballero Delgado y Santana (sentencia de la Corte del 21 de enero de 1994), Castillo Páez (sentencia de la Corte del 30 de enero de 1996) y Loayza Tamayo (sentencia de la Corte del 31 de enero de 1996).

En el sistema americano lo más frecuente es que se produzca la renuncia de manera tácita y hasta

inadvertida, lo que ocurre, por ejemplo, cuando el Estado demandado invoca el no agotamiento por primera vez después que el caso ha llegado al conocimiento de la Corte, sin haberlo hecho en la fase de admisibilidad.

La regla del agotamiento de los recursos internos está impuesta en interés del Estado pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputan antes de haber tenido la ocasión de remediarlos por sus propios medios. Es un medio de defensa y, como tal, renunciable. Esta ha sido la tesis sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Viviana Gallardo y otras) y por la Corte Europea, una de cuyas sentencias citó al respecto la Corte Interamericana⁽¹⁵⁾.

El leading case es el asunto Viviana Gallardo y otras, propuesto ante la Corte por el gobierno de Costa Rica. En la sentencia del 13 de noviembre de 1981 se expuso como principio la renunciabilidad a la regla del agotamiento previo de los remedios internos: “La regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen (...). Se le ha considerado así como un medio de defensa y como tal, renunciable, aun de modo tácito. Dicha renuncia, una vez producida, es irrevocable”.

Es importante advertir el voto salvado del juez Rodolfo E. Piza en este mismo caso. En este voto, se precisó lo siguiente: “(...) ‘ese principio puede tener, como tal particularidades en su aplicación en cada caso’ (...), con lo cual no hizo sino establecer una prudente reserva. Un caso típico sería aquel en que la violación alegada fuera precisamente una ‘denegación de justicia’, la cual no se configuraría sino en virtud de la imposibilidad de obtener satisfacción a través de esas vías internas”.

En función a lo expresado, quedaría claro que los estados miembros tienen la posibilidad de oponer o no la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos. No obstante ello, consideramos

(14) “Nada impide a los estados renunciar al beneficio de la regla de agotamiento de los recursos internos cuyo propósito esencial es el de proteger su orden jurídico nacional”. Bozano Case. En: *De Wilde, Ooms and Versyp cases*. Judgement of december 18, 1986. Publi. Eur Court. H. R. (1986), p.31.

(15) *De Wilde, Ooms and Versyp Cases*. Judgement of june 18, 1971. Op.cit.

interesante el voto salvado del juez Rodolfo E. Piza en el caso Viviana Gallardo ya que, en un caso, podríamos encontrarnos ante una real inconveniencia de la renuncia del Estado a la falta de agotamiento de los remedios internos. Piénsese, por ejemplo, en un Estado que no se preocupe por tener un sistema judicial que tutele las transgresiones a la libertad personal y que, cada vez que se presenta un conflicto interno, insta al afectado a demandar ante la jurisdicción internacional. En este caso, la jurisdicción internacional se comportaría como un verdadero órgano de resolución de conflictos cuando tiene, en principio, carácter subsidiario.

2 Características del agotamiento de la vía interna.

El artículo 46 de la Convención Americana indica que, para la admisión de una petición o comunicación, se requerirá: “a) Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos”.

2.1 Naturaleza “jurisdiccional” de los recursos internos a agotarse.

En primer lugar, debemos encontrarnos ante una vía interna jurisdiccional o judicial vigente en el Estado donde se alega la violación de un derecho humano. Por ello, los recursos internos que deben agotarse no serían los procedimientos administrativos si existen procedimientos judiciales que contradigan las respectivas resoluciones administrativas ni los que no resulten de etapas previas a un procedimiento judicial propiamente dicho.

En el caso Loayza Tamayo, la Corte (sentencia del 17 de setiembre de 1997) alegó que la excepción del Estado peruano referida a la existencia de vías de defensa interna como era la investigación a cargo del Ministerio Público no debía estimarse como un recurso

interno en la medida que el artículo 25 de la Convención Americana, cuando alude al recurso efectivo, se refiere a un recurso que es conocido por un ente jurisdiccional.

En la misma resolución de la Corte del caso Loayza Tamayo, resulta interesante un voto concurrente conjunto de los jueces Oliver Jackman y Antonio Cancado: cuando los tribunales militares especiales que juzgan civiles y militares no alcanzan los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad previstos en el artículo 8.1 de la Convención Americana ni cuentan con el debido proceso legal, no sería necesario agotar la vía interna -constituidos por jueces y tribunales militares- para acudir a la instancia supranacional.

Lo frecuente debería ser que los recursos internos queden agotados con la resolución judicial respectiva de última instancia. Ahora bien, el criterio correcto sería que el caso se haya ventilado en cuanto al fondo a través de todos los procedimientos y recursos internos hasta que se cuente con una resolución que no sea posible de reconsideración legal alguna⁽¹⁶⁾. En otras palabras, debe apreciarse que el denunciante actuó en forma razonable de acuerdo al comportamiento que podría exigírsele para acudir a las vías judiciales respectivas y defender sus derechos lesionados⁽¹⁷⁾.

Sobre esto último, en derecho internacional, en el caso Ambatielos, el tribunal arbitral resolvió (1956) que no se habían agotado las vías internas porque el denunciante no interpuso un recurso de apelación contra la resolución desestimatoria en el respectivo procedimiento judicial interno.

Finalmente, si bien la Corte actúa como una suerte de última instancia en el sistema americano, ello no supone que deban observarse las reglas procesales previstas en los procedimientos internos de los países en los cuales se produjo la violación de un derecho humano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene la característica de ser una institución judicial autónoma e independiente (artículo 1 del

(16) FRAGA, Gabino. *El agotamiento de los recursos internos previo a la acción internacional*. En: OEA, Ser. L/V/II.28, doc.19. pp.7 y ss.

(17) TINOCO CASTRO, Luis. *El agotamiento de los recursos internos en los estados federales*. En: *Derechos Humanos en las Américas*. Libro Homenaje a Carlos Dunshee. Washington, 1984, p.236.

Estatuto de la Corte, aprobado en la Paz en 1979), cuyo objeto y finalidad es la protección, aplicación e interpretación de los derechos humanos.

Por ello, la Corte, al tener funciones jurisdiccionales internacionales, no puede atribuirse las mismas formalidades que las que pueden aplicarse en los ordenamientos jurídicos internos⁽¹⁸⁾. En el caso Castillo Páez (sentencia de excepciones preliminares de la Corte del 30 de enero de 1996, párrafos 24-33), el Perú alegó (siguiendo la legislación interna y la práctica internacional) que el plazo para las excepciones preliminares es de 30 días hábiles (en ese entonces, artículo 31.1 del Reglamento de la Corte)⁽¹⁹⁾ y para contestar la demanda de tres meses considerando a los días como naturales (artículo 29.1). La Corte no aceptó esta posición porque las reglas internas no pueden trasladarse al ordenamiento internacional, menos cuando las normas de la Corte no establecen tal distinción; por ello, consideró que estamos ante días naturales. Pese a ello, la Corte analizó las excepciones formuladas porque consideró que había una omisión formal que podía ser dispensada en tanto se conservaba el adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica (siguiendo el criterio contenido en el caso Cayara y en el Caso Paniagua y Otros).

2.2 Significado de la remisión a los principios del derecho internacional.

La última frase del literal a del artículo 46 de la Convención Americana ha motivado el análisis de muchos entendidos y por la propia Corte Interamericana⁽²⁰⁾, por ello surge la inquietud siguiente: ¿cuál es el significado de la frase “conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos”, como marco de interpretación a la regla del agotamiento de los remedios internos?

La jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado afirmando que esta referencia debe entenderse como la derivación de algunos criterios reconocidos en la práctica internacional que se orientan a la mejor aplicación procesal tanto de la regla como de sus excepciones, adaptándola a la realidad con tendencia a la flexibilidad (tales como: su renunciabilidad, la oportunidad de su alegación, la carga de la prueba y, principalmente, a la eficacia de los recursos cuyo agotamiento se exige). Tal interpretación se desprende de sus sentencias en los siguientes casos.

En el caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares (26 de junio de 1987), la Corte estableció expresamente este criterio, desprendiendo varias consecuencias procesales de los “principios del derecho internacional generalmente reconocidos” que ha sido reiterado por la propia judicatura en otros casos⁽²¹⁾:

“87. (...) esos principios no son relevantes solamente para determinar en qué situaciones se exime del agotamiento de los recursos, sino también porque son elementos necesarios para el análisis que la Corte haga al interpretar y aplicar las reglas establecidas en el artículo 46.1.a, por ejemplo, al tratar problemas relativos a la forma como debe probarse el no agotamiento de los recursos internos o a quién tiene la carga de la prueba o, incluso, qué debe entenderse por recursos internos.

88. De los principios de derecho internacional generalmente reconocidos resulta, en primer lugar, que se trata de una regla cuya invocación puede ser renunciada en forma expresa o tácita por el Estado que tiene derecho a invocarla, lo que ya ha sido reconocido por la Corte en anterior oportunidad (ver Asunto de Viviana Gallardo y otras, decisión del 13 de noviembre de 1981). En segundo lugar, que la excepción de no agotamiento de los recursos internos,

(18) CACADO TRINDADE, Antonio. *La interacción ante el derecho internacional y en el derecho interno en la protección de los derechos humanos*. En: AAVV. *El juez y la defensa...* Op.cit.; p.48.

(19) El actual Reglamento de la Corte Interamericana, vigente desde el 1 de enero de 1997, prevé que el plazo para deducir las excepciones es de dos meses siguientes a la notificación de la demanda (artículo 36, numeral 1). De otro lado, en el artículo 2 define que la expresión días se refiere a días naturales (literal j).

(20) Sobre el significado de la remisión a los principios del derecho internacional véase las Excepciones Preliminares de la Corte en los casos siguientes: Velásquez Rodríguez y Otros; Fairén Garbí y Solís Corrales; y Godínez Cruz.

(21) Fairén Garbí y Solís Corrales -excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987-; Godínez Cruz -excepciones preliminares-; Gangaram Panday -excepciones preliminares, sentencia de 04 diciembre de 1981-; y Neyra Alegría y otro -excepciones preliminares, sentencia de 11 diciembre de 1991-.

para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual podrá presumirse la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. En tercer lugar, que el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad”.

En el caso Caballero Delgado y Santana (resolución sobre excepciones preliminares, del 21 de enero de 1994) la Corte retornó al tema, derivando de estos principios el aspecto de la eficacia y adecuación de los reclamos internos, para producir la exigencia de agotarlos: “(...) Estos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos (...). Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida (...) Así lo indica el principio que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable”.

En este mismo orden de ideas, estableció la Corte en su opinión consultiva del 10 de agosto de 1990 que: “(...) En los casos planteados por la Comisión, son los factores expuestos los que hacen que los recursos sean adecuados y efectivos, como lo señalan los principios generales del derecho internacional aplicables como lo exige el artículo 46.1, es decir, idóne(os) para proteger la situación jurídica infringida y capa(ces) de producir el resultado para el que (fueron) concebido(s)”.

Los principios del derecho internacional generalmente reconocidos han permitido una interpretación flexible y abierta para determinar las diversas posibles violaciones a los derechos humanos. Consideramos, por nuestra parte, adecuada la utilización de una fórmula abierta que permite analizar los casos sin ningún impedimento formal; todo ello, solamente trae como consecuencia un profundo análisis de la Comisión y Corte para apreciar si se ha cumplido o no con agotar los remedios internos.

2.3 La vía idónea y eficaz.

Según Sanjosé Gil⁽²²⁾, el agotamiento de los remedios internos supone que tales vías domésticas sean eficaces y cuenten con disponibilidad efectiva en el caso concreto. A ello, alude el precepto que comentamos de la Convención Americana.

2.3.1 La vía idónea.

El Sistema Americano evalúa los sistemas jurídicos nacionales para analizar cuál es la vía idónea, adecuada, y su grado de eficacia. Como hemos visto precedentemente, en los casos Velásquez Rodríguez Caballero Delgado y Santana⁽²³⁾ la Corte no sólo aprecia actuaciones particulares de los denunciantes o afectados en sus derechos por la violación, sino además evalúa los sistemas jurídicos nacionales para analizar cuál es la vía idónea y eficaz, utilizando el criterio de los principios generalmente aceptados por el derecho internacional. En virtud de ello, si las vías internas no resultan idóneas ni eficaces, no será necesario agotar las referidas vías para acudir a la competencia de los organismos internacionales.

En otras palabras, en cada caso concreto, la Corte debería determinar los alcances de la regla del agotamiento de los recursos internos apreciando y valorando la idoneidad y eficacia del procedimiento, la imparcialidad de los jueces, el reconocimiento del derecho de defensa, la valoración al debido proceso y la tutela judicial efectiva, etc.

En este sentido, por ejemplo, en caso de desaparición de personas, la Corte estableció el recurso de hábeas corpus, como el recurso idóneo: “(...) El recurso adecuado tratándose de la denuncia de desaparición forzosa de personas sería normalmente el de exhibición personal o hábeas corpus, ya que en estos casos es urgente la actuación de las autoridades y por tal motivo la exhibición personal o hábeas corpus sería, normalmente, el recurso adecuado para hallar a una persona presuntamente detenida por las autoridades, averiguar si lo está legalmente y, llegado el caso, lograr su libertad” (sentencia en los casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbí y

(22) SANJOSÉ GIL, Amparo. Op.cit.; p.68.

(23) Además, pueden verse los casos Godínez Cruz del 20 de enero de 1989; Fairén Garbí y Solís Corrales del 15 de marzo de 1989.

Solís Corrales).

Además, el *hábeas corpus* no debe exigir requisitos que no se ajustan al tipo de proceso demandado y la naturaleza del derecho humano invocado. Por ejemplo, en el caso Velásquez Rodríguez del 29 de julio de 1988, la Corte indicó que no sería adecuado un recurso interno que exija señalar el lugar de la desaparición y las autoridades que estuvieron involucradas, cuando, precisamente, se denuncia la desaparición de una persona en circunstancias desconocidas. Por otro lado, como señala Faúndez Ledesma ⁽²⁴⁾, tampoco es adecuado el recurso de declaración de muerte presunta cuando el objetivo es lograr la liberación de una persona detenida (caso Velásquez Rodríguez).

Por otro lado, en el caso Castillo Páez (detenido por la policía y desaparecido), la Corte (excepciones preliminares y resolución final, respectivamente)⁽²⁵⁾ consideró que el agotamiento del *hábeas corpus* representa el agotamiento de la vía interna, pese a que existe un procedimiento penal por abuso de autoridad inconcluso (iniciado por los familiares de Castillo Páez) y la referida acción de *hábeas corpus* podía ser materia de conocimiento final por el ex Tribunal de Garantías Constitucionales.

En este caso, la Corte, inclusive, analizó, detalladamente, lo sucedido en el proceso peruano: señaló que el Estado interpuso indebidamente -hecho que fue estimado por la Corte Suprema- un recurso contra la resolución de segunda instancia que había declarado fundado la acción de *hábeas corpus*, cuando las normas peruanas (Ley No.23506) indican que las acciones de *hábeas corpus* culminan con la resolución favorable de segunda instancia y solamente procede acudir a la Corte Suprema en caso de denegatoria de tal acción. Por ello, la Corte consideró que los recursos presentados por el Estado fueron extemporáneos y de este modo, operó una renuncia tácita.

Ahora bien, en el caso de atentados contra la vida, son todos aquellos dirigidos a identificar y sancionar a los responsables, lo cual permitirá las

acciones de resarcimiento respectivas. Así, lo afirma la Comisión al resolver el caso Cayara (excepciones preliminares, resueltas por la Corte el 3 de febrero de 1993): “(...) tanto los familiares de las víctimas como los reclamantes han agotado todos los recursos que pone a sus disposición el sistema jurisdiccional peruano sin que se haya llegado a la identificación y sanción de los responsables, situación que ha impedido, además, ejercer las acciones civiles de resarcimiento de daños por parte de los familiares de la víctimas, por lo cual puede concluirse que los recursos de la jurisdicción interna de Perú fueron ineficaces en el caso bajo examen”.

De lo expuesto, se desprende que la calificación de vía interna presupone que ella debe consistir en una vía procesal capaz y con objeto apto para restituir la protección al derecho afectado. Por ello se regula como tal, en caso de desapariciones, al *hábeas corpus* y no los actos de investigación de responsables, los procesos por responsabilidad ante cualquier fuero, las casaciones, declaratoria de muerte presunta.

2.3.2 La vía eficaz.

Como apunta la Corte, el recurso interno que debe agotarse antes de acudir a la jurisdicción internacional además de ser idóneo, no debe representar un recurso nominal o formal; debe tratarse de un proceso eficiente, capaz de producir el resultado para el cual fue concebido⁽²⁶⁾: “(...) el *hábeas corpus* es un derecho reconocido internacionalmente, por lo que no debe ser diferente en cada país como lo pretende el gobierno, pues ello implicaría un claro desacato del artículo 2 de la Convención que ordena a los estados partes que adopten disposiciones de derecho interno encaminadas a hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en ella. Por lo que, si a pesar de que teóricamente el *hábeas corpus* es el recurso idóneo para reparar la violación, si no ofrece garantías de eficacia real, como lo sostiene el gobierno, no sería obligatorio agotarlo (caso Caballero Delgado y Santana, sentencia de excepciones preliminares)”.

(24) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. Op.cit.; p.201.

(25) Resoluciones de la Corte de excepciones preliminares del 30 de enero de 1996 y final del 3 de noviembre de 1997.

(26) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. Op.cit.; p.201.

Más todavía, de acuerdo a la Opinión Consultiva de la Corte OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 -ante una consulta formulada por Uruguay- sobre la suspensión de garantías, no es posible la suspensión de garantías como el *habeas corpus* en situaciones de emergencia. En esta línea, de acuerdo a la opinión de la Corte, el derecho de las personas para tener acceso a un proceso judicial idóneo y efectivo en los términos expuestos, se aplica no solamente para los casos de situaciones de normalidad sino, también, para los derechos que no han sido suspendidos o no susceptibles de suspensión en casos excepcionales.

En el caso Cayara, con anterioridad a la resolución, el Estado peruano indicó (mediante carta, dirigida a la Comisión, del 29 de setiembre de 1989) que el procedimiento interno no había concluido y la demora en brindar una respuesta se debía a la necesidad de cumplir rigurosamente con la administración de justicia prevista en la Constitución. Pese a ello, en la resolución de la Comisión sobre las excepciones preliminares, se señaló que el gobierno peruano no había cumplido con reparar a los familiares de las víctimas de la matanza de Cayara en mayo de 1988. Por ello, la Comisión concluyó que los familiares de las víctimas habían cumplido con agotar todos los mecanismos internos que existían para lograr una reparación por parte del Estado peruano, además que no se había logrado identificar a los responsables y, por ello, no se había podido iniciar una acción civil de responsabilidad. Además, la justicia militar determinó que no se habían podido individualizar a los responsables y resolvió “sobreser” la causa. Desafortunadamente, por una cuestión formal no cumplida por la Comisión -presentación oportuna de la demanda-, la demanda tuvo que archivarse y no mereció un pronunciamiento definitivo por la Corte.

Pese a lo dicho, conviene resaltar las apreciaciones de la Comisión sobre este caso y como observa los principios generalmente reconocidos y determina que se cumplieron con agotar las vías internas, señalando que se debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos humanos, y la seguridad jurídica y equidad procesal que aseguren la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional

Veamos el caso de Loayza Tamayo (sentencia

de la Corte del 17 de setiembre de 1997). Carolina Loayza demanda privación de la libertad, tortura, violación a las garantías judiciales y doble enjuiciamiento sobre los mismos hechos. La denunciante fue arrestada ante la declaración de un terrorista y presentada a la prensa como tal. En el fuero militar peruano, María Loayza, en última instancia, es declarada inocente por la Sala Penal del Tribunal Supremo Militar; pese a ello, continuó detenida porque la segunda instancia militar (Consejo Especial de Guerra de la Marina) señaló que el proceso debía ser conocido por la justicia penal ordinaria; como el proceso penal ordinario se inició, un tribunal sin rostro del fuero común la condenó, por los mismos hechos, a 20 años de prisión.

Ante la denuncia internacional, el Estado peruano señaló que todavía no se agotaban las vías internas por encontrarse vigente un proceso penal ordinario. Con fecha 31 de enero de 1996, la Corte resolvió que la excepción de falta de agotamiento de los recursos interpuestos era improcedente dado que existió un doble enjuiciamiento. Además, la Corte indicó (párrafo 62) que el procedimiento seguido en la vía ordinaria no respetó el derecho a la tutela judicial efectiva: “(...) La señora María Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso”.

Un tema adicional: la Corte señaló en el caso Loayza Tamayo que las acciones de *habeas corpus* no pueden suspenderse para la tutela de la libertad personal, que no es posible juzgar a una persona por un delito del cual no es competente (no estamos ante un delito de traición a la patria sino de terrorismo) y que, en todo caso, el procesado tiene derecho a la defensa.

Veamos ahora el reciente caso de los magistrados destituidos del Tribunal Constitucional

peruano. Si bien el proceso está en curso, ya tenemos la resolución de la Comisión⁽²⁷⁾, sobre admisibilidad de la demanda. La Comisión concluyó que los recursos internos (a la fecha de expedición de la resolución), no han sido rápidos ni eficaces en la protección y amparo de los derechos de los magistrados, existiendo un claro retardo en los recursos de amparos que interpusieron tales magistrados. De este modo, se ha afectado -señala expresamente la Comisión- no solamente a los magistrados sino al funcionamiento de un órgano básico del ordenamiento jurídico como es el Tribunal Constitucional.

Finalmente, si estamos ante violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos que no son debidamente investigadas y analizadas por el Estado, no será necesario agotar las vías internas porque no se logrará proteger a los denunciantes. Dos ejemplos gráficos lo constituyen los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, sentencias de la Corte del 29 de julio de 1988 y 20 de enero de 1989, respectivamente. Sobre este último caso, la Corte ha señalado (párrafo 71): “Cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que normalmente, estarían al alcance de los demás. En tales casos el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido”.

3 Aspectos procesales de la regla⁽²⁸⁾.

Es acertada la caracterización de la exigencia del agotamiento de la vía interna como un correlato necesario a las exigencias impuestas al Estado por la propia Convención de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar

seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes, de asegurar a la víctima una adecuada reparación y de contar con vías eficientes para solucionar las afectaciones a los derechos humanos.

En el caso Velásquez Rodríguez -excepciones preliminares, la Corte ha establecido que: “(...) los estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1) todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1)”.

3.1 Efectos procesales.

a) Los remedios internos que cada Estado debe proveer en caso de afectaciones a los derechos humanos asumen carácter de presupuestos o requisitos de admisibilidad para las demandas ante el sistema supranacional. La doctrina especializada de modo uniforme establece que, por efecto de esta regla, los remedios internos que cada Estado está obligado a proveer a la comunidad constituyen verdaderos presupuestos de admisibilidad para el acceso a la jurisdicción supranacional sobre la materia. En tal sentido se pronuncia Gros Espiell⁽²⁹⁾ cuando nos indica que “para que la Corte pueda conocer un caso se necesita que sean agotados ante la Comisión los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 (artículo 61.2). Esta exigencia es ineludible, como lo ha reconocido la Corte en su jurisprudencia (caso Viviana Gallardo y otras), y condiciona la posibilidad de ejercer, por su parte, la competencia contenciosa. Pero como, a su vez, la Comisión no puede admitir una petición o comunicación sin que se hayan agotado

(27) Resolución de Admisibilidad No.35/98 del 26 de mayo de 1998, párrafo 30.

(28) La Convención Americana señala: “Artículo 46.-1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos; b) Que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva (...)”.

(29) GROS ESPIELL, Héctor. *Derechos Humanos*. Lima: Cuzco-IPDH., 1991. p.430.

‘los recursos de jurisdicción interna’ (artículo 46, Convención), resulta que estos dos extremos determinan la posibilidad de la actuación de la Corte y son así condiciones de admisibilidad de un caso a la Corte Interamericana”.

b) Mediante esta regla es delimitada la frontera de competencia entre la jurisdicción interna y la supranacional en materia de derechos humanos. Esta regla señala no sólo una prioridad en el deber de resolver el reclamo (priorizando temporalmente la vía nacional sobre la supranacional) sino también -a través de la técnica de las excepciones a la regla- el momento procesal hasta el cual será exigible debatir el tema en la jurisdicción nacional o, desde otra perspectiva, cuando queda habilitado el reclamante para acceder a la tutela judicial efectiva de índole supranacional.

c) Para demandar ante el sistema supranacional por la violación de los derechos humanos contemplados en la Convención resulta indispensable acudir al reclamo interno previo hasta agotar la instancia, salvo causal expresa que exceptúe de esta regla. En aplicación de esta regla, resulta indispensable que el reclamante ejerza su derecho de reclamo anteladamente hasta obtener un pronunciamiento que agote la jurisdicción interna. Sólo cuando ello ocurre se puede decir que la jurisdicción interna ha quedado agotada y procede la vía supranacional. Como aspecto procesal, la regla pretende que no se lleve a conocimiento de la instancia supranacional afectaciones a los derechos humanos sin la posibilidad que el propio Estado demandado dentro de su jurisdicción pueda resolverlas eficazmente.

d) Mientras no se agote la instancia nacional, el Estado está dispensado de contestar ante un organismo supranacional por asuntos que no ha podido resolver con anterioridad, y si se planteara el caso prematuramente ante el fuero supranacional la Comisión debe declararlo inadmisibles, o en su defecto, el demandado cuenta con instrumentos procesales de defensa. Desde la perspectiva de la Corte Europea y de su sistema de derechos humanos, Burgenthal recoge el pronunciamiento de esta jurisdicción que expresa con precisión este efecto⁽³⁰⁾: “La regla del agotamiento

de los recursos internos (...) dispensa a los estados de responder por sus actos ante un organismo internacional antes de haber tenido la oportunidad de corregir el asunto a través de los medios ofrecidos por su propio sistema jurídico”. Por ello, no puede configurarse un caso internacional a partir de una materia que todavía pueda ser resuelta al nivel local, en cumplimiento del deber estatal de proteger los derechos humanos. Este criterio ha sido acogido tal cual por la jurisprudencia americana, en la sentencia del caso Viviana Gallardo y otras, donde se expresa: “(...) En este caso, según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa”. Para evitar este avance prematuro de un proceso supranacional, cuenta con dos instrumentos procesales ad hoc: la cuestión preliminar ante la Comisión, y, luego en caso que el proceso avance ante la Corte, mediante la excepción preliminar.

e) El momento del agotamiento de la jurisdicción nacional determina el inicio del cómputo del plazo de caducidad para plantear el asunto ante el sistema internacional. Esta circunstancia se funda en la inmediatez y celeridad que deben presidir los asuntos de derechos humanos, a la vez que otorgar a los temas internacionales la seguridad jurídica necesaria. Conforme al ordenamiento supranacional, la petición debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la persona cuyos derechos han sido presuntamente lesionados ha sido notificada de la decisión definitiva que agota los recursos internos, debiendo la Comisión abstenerse de conocer aquellas peticiones que sean presentadas después de dicho plazo (Convención, artículo 46.2.). Esta aparente rigidez de la regla es matizada, en los casos de excepción de no exigibilidad de agotamiento de la jurisdicción nacional por su falta de eficacia, donde la petición podrá presentarse dentro de un plazo razonable, a juicio de la

Comisión, a partir de la fecha de la presunta violación de los derechos, (Convención, artículo 46.2.). Al efecto, el artículo 38 del Reglamento de la Comisión establece que en dichas circunstancias excepcionales “el plazo para la presentación de una petición a la Comisión será un periodo de tiempo razonable, a criterio de la Comisión, a partir de la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos, considerando las circunstancias de cada caso concreto”.

3.2 Carga de la prueba.

En principio, cabe señalar que el proceso ante la Comisión no está presidido por el principio dispositivo sino que -conforme es común denominador cuando por un tratado internacional se crea una instancia encargada de conocer o investigar violaciones de derechos humanos- se atribuye a dicho órgano el análisis de oficio acerca de si se han agotado los recursos internos, conforme aparezca del expediente. Para dicho efecto, la Comisión procede del modo siguiente:

- Analizar de oficio la información proporcionada por el denunciante en su escrito acerca de la circunstancia de haber hecho uso o no de los recursos de jurisdicción interna o sobre la imposibilidad de hacerlo.

- De ser esa información insuficiente para formar convicción sobre el tema, la Comisión está facultada para solicitar informaciones previa al gobierno o a la denunciante, o a ambas, sin que ello signifique prejuzgar sobre la decisión que en definitiva adopte la Comisión sobre la admisibilidad. Para el mismo fin, puede determinar las providencias que considere necesarias para aclarar las dudas que subsistieren sobre el tema⁽³¹⁾.

Desde la perspectiva doctrinaria, Buergenthal⁽³²⁾ nos indica respecto a la obligación de probanza del agotamiento de la vía nacional ante la Corte Interamericana que no existe una carga exclusiva hacia alguna de las partes del contencioso, sino más bien la

opción es su distribución entre las mismas según las posibilidades reales de hacerlo, atendiendo al criterio de *onus probandi incumbit actore*, y que en términos generales corresponden, en principio, a lo siguiente: compete al Estado, probar la existencia y efectividad de las vías de reclamación que no han sido utilizadas; mientras que, compete al demandante, de acuerdo al caso concreto: a) afirmar y probar que agotó la jurisdicción nacional; o, b) probar que intentó infructuosamente los recursos internos.

Sin embargo, esta distribución equilibrada y general de la probanza es flexibilizada en protección de los derechos humanos de la presunta víctima, al establecer el artículo 37.3 del Reglamento de la Comisión que “(...) cuando el peticionario afirme la imposibilidad de comprobar el requisito señalado en este artículo (agotamiento de recursos internos) corresponderá al gobierno, en contra del cual se dirige la petición, demostrar a la Comisión que los recursos internos no han sido previamente agotados, a menos que ello se deduzca claramente de los antecedentes contenidos en la petición”.

Conforme a esta norma, en el supuesto que el peticionario afirme la imposibilidad de comprobar el agotamiento de los recursos internos, corresponderá al gobierno contra el cual se dirige la petición asumir la carga de demostrar a la Comisión que los recursos internos idóneos y eficientes no han sido previamente agotados. Al respecto, en el caso *Loayza Tamayo*, la Corte señaló en su sentencia final que, si bien no se podía interponer una acción de hábeas corpus y el Estado peruano indicó que la denunciante pudo interponer otra acción, no indicó cuál fue esta acción (párrafo 51).

Por su lado, la Corte del sistema americano ha contemplado el tema de la carga de la prueba en sus procesos, estableciendo los criterios siguientes, en la *Absolución de Consulta* ⁽³³⁾: “Al tenor del artículo 46.1.a de la Convención y de conformidad con los principios generales del derecho internacional, incumbe

(31) Para dicho fin, la Ley No.23506 (artículo 41) señala que la Corte Suprema de Justicia tiene los deberes de resaltar a los organismos supranacionales la legislación, resoluciones y demás documentos actuados en el proceso, así como cualquier otro elemento de juicio necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia.

(32) BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Op.cit.*; p.102.

(33) Opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A, No.11.

al Estado que ha planteado la excepción de no agotamiento, probar que en su sistema interno existen recursos cuyo ejercicio no ha sido agotado (casos Velásquez Rodríguez -excepciones preliminares-Fairén Garbí y Solís Corrales -excepciones preliminares- y Godínez Cruz -Excepciones preliminares-). Una vez que un Estado parte ha probado la disponibilidad de recursos internos para el ejercicio de un derecho protegido por la Convención, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá entonces, demostrar que las excepciones contempladas en el artículo 46.2. son aplicables”.

En el caso Velásquez Rodríguez, la Corte resolvió lo siguiente: “(...) La Corte considera conveniente precisar que si un Estado que alega el no agotamiento prueba la existencia de determinados recursos internos que deberían haberse utilizado, corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46.2. No se debe presumir con ligereza que un Estado parte en la convención ha incumplido con su obligación de proporcionar recursos internos eficaces”.

Finalmente, sobre la carga de la prueba, anotamos que, Calderón⁽³⁴⁾ no está de acuerdo con el artículo 37.3 del Reglamento de la Comisión que prevé que el Estado debe demostrar que no se han agotado las vías previas si el demandante no está en aptitud de probarlo. Para esta autora, el Estado deseará que no se cumplieron con agotar las vías internas para cuidar su imagen y, en todo caso, no es posible probar hechos negativos; en esta medida, sugiere una variación en el sistema probatorio del agotamiento de las vías previas.

3.3 Competencia para apreciarla en el sistema americano.

Establecida la necesidad de esta regla en la relación que se establece entre la jurisdicción nacional y la supranacional, ha surgido un debate al interior del sistema internacional acerca de cuál es el órgano a su interior adecuado para conocer y resolver sobre su

realización:

1) ¿Exclusivamente ante la Comisión? (en consecuencia con el análisis de la Comisión precluiría la fase de alegación de falta de agotamiento de la vía interna)⁽³⁵⁾.

2) ¿O posteriormente también ante la Corte?⁽³⁶⁾. Ahora bien si la falta de agotamiento se plantea ante la Corte, ¿cuándo debe ésta resolverlo? ¿necesariamente en la fase de excepciones preliminares? o ¿la Corte puede reservar su pronunciamiento para la sentencia final del proceso?

Desde la doctrina, Gros Espiell plantea su posición favorable a que se entienda que es un tema susceptible de considerar en dos momentos: primero, ante la Comisión y luego, ante la Corte⁽³⁷⁾.

Al respecto, dicho autor nos manifiesta: “¿La Corte puede, en la etapa procesal en que ella actúa, revisar el criterio de la Comisión respecto del agotamiento de los recursos internos, o está ligada necesariamente por el pronunciamiento de la comisión al respecto? Estimamos que la Corte tiene el poder de revisar la decisión de la Comisión sobre la cuestión del agotamiento de los recursos internos. Sería ilógico disponer que el agotamiento de estos recursos es un requisito de admisibilidad de cualquier caso ante la Corte y negar a este órgano jurisdiccional la competencia para decidir sobre el asunto”.

En el caso Viviana Gallardo, la Corte decidió que la apreciación del agotamiento de la vía interna compete en primer término a la Comisión, y luego, también a la propia Corte, en atención que se trata de un caso de interpretación de la Convención, para cuyo efecto el criterio seguido por la Comisión no le es vinculante: “(...) cabe destacar que la cuestión de saber si se han cumplido o no los requisitos de admisibilidad de una denuncia o queja ante la Comisión es un tema que concierne a la interpretación o aplicación de la Convención, en concreto de sus artículos 46 y 47, y, en consecuencia, *ratione materiae*, competencia de la Corte. Sin embargo, como estamos en presencia de

(34) CALDERON, Lourdes. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus principales problemas desde el punto de vista internacional*. Tesis de bachiller. Lima: PUC, 1989. p.205.

(35) Esta es la posición planteada por la Comisión, y dentro de la Corte seguida por el juez Cançado Trindade, en diversos votos razonados.

(36) Esta posición es seguida por reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana.

(37) GROS ESPIELL, Héctor. Op.cit.; p.431.

requisitos de admisibilidad de una queja o denuncia ante la Comisión, en principio corresponde a ésta pronunciarse en primer término. Si posteriormente, en el debate judicial se plantea una controversia sobre si se cumplieron o no los requisitos de admisibilidad ante la Comisión, la Corte decidirá, acogiendo o no el criterio de la Comisión, que no le resulta vinculante del mismo modo que tampoco la vincula su informe final”.

En el caso Velásquez Rodríguez (en un considerando reiterado en la sentencia sobre excepciones preliminares recaído en el caso Fairén Garbí y Solís Corrales) nuevamente se plantea con nitidez la opinión de la Corte respecto a su propia competencia y de la Comisión sobre este tema, no obstante que esta última había afirmado en la audiencia que “(...) la Corte no es 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”.

Sin embargo, una posición importante en esta materia la representa el pensamiento de juez Cancado Trindade, quien mediante votos razonados en las causas Genie Lacayo (resolución de 18 de mayo de 1995) y Gangaram Panday postula la exclusividad de la Comisión Interamericana para apreciar y definir la alegación de falta de agotamiento de la vía interna por parte de los estados⁽³⁸⁾, cuestionando la posibilidad que la Corte conozca esta materia en su fase de análisis. Para este juez, la posición de la Corte es susceptible de tres críticas básicas: a) Atentar contra el objetivo máximo que es la protección de los derechos fundamentales por la reapertura reiterada de materias adjetivas, convirtiendo el procedimiento en un predominio de aspectos formales y ritualistas; b) por atentar contra la igualdad procesal puesto que se facilita al gobierno contar con dos instancias para alegar el no

agotamiento en su beneficio, en detrimento del ciudadano quien a su vez, no puede cuestionar la decisión ante la Corte, si la Comisión estimara conforme la alegación del Gobierno sobre el no agotamiento de la vía; y, c) por cuanto derivada la cuestión preliminar de la admisibilidad en dos etapas cuando conforme una unidad que no puede ser reavivada repetidamente.

Habiendo sentado el criterio que el tema también es apreciable por la Corte queda por analizar si compete apreciarlo en la fase de excepciones preliminares o puede diferirlo para la sentencia final.

La Corte reiteradamente, al resolver las excepciones preliminares en los casos Velásquez Rodríguez, Genie Lacayo, Godínez Cruz y Fairén Garbí, ha optado por la conveniencia de resolver las excepciones conjuntamente con la decisión de fondo argumentando la implicancia recíproca que ambos aspectos mantienen, sin ejercer la facultad de pronunciarse en vía incidental por la excepción⁽³⁹⁾. Precisamente en la primera decisión (excepción preliminar) se manifestó que, cuando el Estado opone, en tiempo oportuno, esta excepción, la misma debe ser considerada y resuelta, “pero la relación entre la apreciación sobre la aplicabilidad de la regla y la necesidad de una acción internacional oportuna en ausencia de recursos internos efectivos, pueden aconsejar la consideración de las cuestiones relativas a aquella regla junto con el fondo de la materia planteada, para evitar que el trámite de una excepción preliminar demore innecesariamente el proceso”.

Dentro de este marco discrecional que se reserva la Corte, expresa que -por ejemplo- en el caso de la desaparición forzosa de personas dispuesta por el poder público.

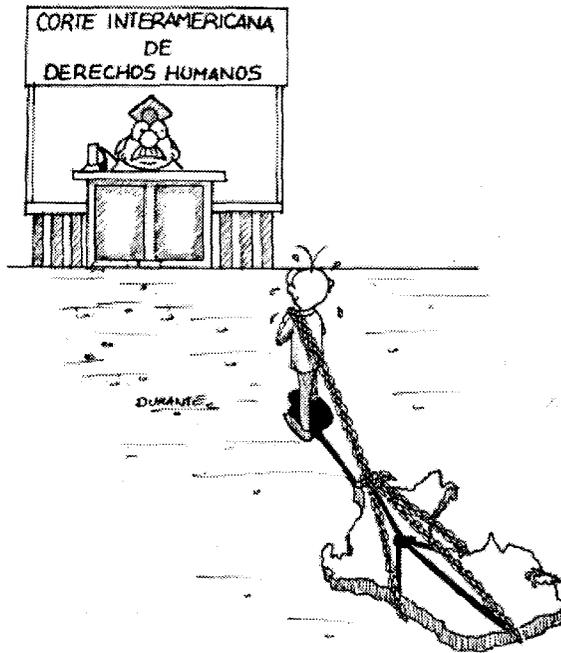
3.4 Características de la alegación del Estado.

La Corte ha sentado diversos criterios a los

(38) En el voto razonado del juez Cancado Trindade que aparece conjuntamente con la resolución del caso Castillo Páez sobre excepciones preliminares, deja sentada su conocida opinión: la Comisión es la única que resuelve, en resolución inapelable, las excepciones preliminares; no se debería permitir que el Estado pueda recurrir ante la Corte y que ésta se pronuncie.

(39) Para tal efecto el Reglamento de la Corte contempla dicha facultad cuando su artículo 26 expresa: “El presidente puede, en consulta con la comisión permanente, rechazar cualquier escrito de las partes que considere manifiestamente improcedente, el cual ordenará devolver sin trámite alguno al interesado”.

cuales se debe sujetar la alegación que el Estado presenta bajo forma de excepción preliminar. Las características que le proyecta la judicatura supranacional son las de oportunidad para su presentación, la literalidad con la que debe ser considerada, la buena fe y la claridad.



El primer criterio es el de la oportunidad, vale decir que, como pauta general, el Estado debe plantearla al iniciar el proceso ante la Comisión, con lo cual observa concordancia con su carácter de cuestión preliminar para resolver la admisibilidad. Al respecto el Reglamento de la Comisión indica que, para clarificar el agotamiento de la vía, la Comisión solicita informes pertinentes al gobierno del Estado cuestionado fijando un plazo de 90 días a partir del requerimiento, pudiendo prorrogarse hasta un máximo de 180 días, previéndose como sanción en caso de desatención al pedido que se presumirán verdaderos los hechos relatados en petición "(...) si, en el plazo máximo fijado por la Comisión (...) dicho gobierno no suministrare la información correspondiente, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa" (artículo 42 del reglamento de la Comisión).

Por su lado, la Corte ha indicado al resolver

las excepciones del caso Caballero Delgado y Santana, lo siguiente: "60. La Comisión sostiene, además que según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las excepciones de inadmisibilidad no invocadas en forma específica y oportuna por el gobierno no deben ser estudiadas por el Tribunal por cuanto ha caducado para el gobierno la oportunidad de presentarlas, y que la oportunidad para presentar esas excepciones es al inicio mismo del trámite ante la Comisión es decir en el estado inicial del examen de admisibilidad, salvo que no hubiese podido invocarlas oportunamente por razones no imputables al propio gobierno".

Para esto, el nuevo reglamento de la Carta (artículo 36) ha establecido que las excepciones preliminares "sólo podrán ser opuestas dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda".

La Corte ha incluido también el criterio de la buena fe que debe poseer quien la alega, a través de la regla del stoppel, por el cual la conducta de la parte, en este caso el gobierno, al alegar la excepción debe ser clara y uniforme por la confianza legítima a que debe responder su actuación. Precisamente, tal parecer lo hizo patente en al resolver el caso Neyra Alegría, Víctor y otros (excepciones preliminares de la Corte del 11 de diciembre de 1991), donde se investigaba la situación de los señores Víctor Neyra Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar quienes estando detenidos en el establecimiento penal conocido como El Frontón, y ante un amotinamiento de los presos, el 18 de junio de 1986, quedaron en calidad de desaparecidos cuando el gobierno delegó a las Fuerzas Armadas el control penitenciario.

En este caso, se interpuso una acción de hábeas corpus y, paralelamente, el Estado inició un procedimiento militar para determinar a los responsables. Si bien la denuncia fue presentada cuando la acción de hábeas corpus todavía no había concluido (se encontraba ante el Tribunal de Garantías Constitucionales), el Estado peruano señaló primero que no se había agotado la vía interna argumentando que estaba pendiente de resolución en el fuero militar, pero posteriormente, cuando fue publicada la sentencia denegatoria del hábeas corpus ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, el gobierno varió su argumentación para señalar que la vía interna se había

agotado luego de la presentación de la denuncia ante la Comisión. Ante esta doble sustentación del gobierno acerca de la vía no agotada, la Corte aplicando el principio del *stoppel* desestimó la excepción; sin dejar de tener en cuenta que la excepción se dedujo con posterioridad a los plazos establecidos.

Por el criterio de la literalidad, el análisis de la excepción de limita a los extremos expuestos por el Estado, habiendo establecido la Corte que planteado la excepción por el Estado, no puede apreciar de oficio otros aspectos no alegados por el Estado. Por ejemplo, en el caso Caballero Delgado y María del Carmen Santana (contra el Estado colombiano), el *habeas corpus* que agotaba la vía interna previa al Sistema Internacional sólo fue planteado en favor del primero y no de la segunda, pero la Corte no puede apreciar esta situación de oficio. Por ello, dejó expresa constancia de esta circunstancia: “66. La Corte hace notar que el recurso de *habeas corpus* sólo fue interpuesto y resuelto a favor de Isidro Caballero Delgado y no de María del Carmen Santana, a pesar de que en la relación de los hechos se menciona a una joven Carmen pero como el gobierno no invocó esta circunstancia en sus excepciones preliminares, este Tribunal no se pronuncia sobre el particular”.

Otro de los criterios que la Corte ha considerado relevante para analizar el planteamiento de la excepción es la claridad en el tenor del escrito⁽⁴⁰⁾.

3.5 El procedimiento debe dar oportunidad para los alegatos de las partes.

Si bien cuando el agotamiento de los remedios internos resulta difícilmente apreciable del texto de la denuncia, la Comisión tiene la facultad para declarar inadmisibles y archivar una petición por no mostrar con claridad haber agotado la jurisdicción nacional⁽⁴¹⁾, ha optado mayoritariamente por seguir uno de los

siguientes criterios:

a) Solicitar informaciones adicionales sobre el tema, alternativamente: al gobierno reclamado (sobre los recursos internos a ser agotados), a los reclamantes (sobre las medidas adoptadas para agotar los recursos internos), o -como sucede en la mayoría de los casos- a ambos simultáneamente, con cuyo mérito es resuelto el incidente. Aun cuando puede haber réplica y duplica, estas solicitudes de la Comisión -para mejor resolver- no prejuzgan sobre la decisión definitiva.

b) Proceder al archivamiento del caso, con la salvedad que lo realiza sin perjuicio de su posible ulterior reapertura en caso que alguna otra circunstancia amerite un nuevo examen.

Por su parte, la Corte también ha establecido como criterio del procedimiento que es esencial que una vez planteado el no agotamiento por el Estado demandado, existe el deber de la Comisión de dar oportunidad de réplica a la parte demandante, mediante el derecho a audiencia. En efecto, en la opinión consultiva de la Corte sobre las excepciones al agotamiento de los recursos internos de 10 de agosto de 1990, estableció: “40. El agotamiento de los recursos internos es un requisito de admisibilidad y la Comisión deberá tenerlo en cuenta en su momento y dar la oportunidad tanto al Estado como al reclamante de plantear sus respectivas excepciones sobre el particular”.

Concordantemente con este criterio en el caso Fairén Garbí y Solís Corrales, la Corte consideró que esta falta de advertencia tenía por efecto limitar su posibilidad procesal de rechazar in limine la excepción: “La Comisión por su lado, no hizo referencia a la extemporaneidad y a la generalidad de la alusión a los recursos internos por parte del gobierno ni a los efectos jurídicos que de allí se podrían inferir. Además en sus resoluciones 16/84 y 23/86 se refirió al tema de manera

(40) Criterio incorporado al nuevo Reglamento de la Corte, en su artículo 36, al establecer: “El escrito mediante el cual se opongan excepciones preliminares se presentará ante la Secretaría y contendrá la exposición de los hechos referentes a las mismas, los fundamentos de derecho, las conclusiones y los documentos que las apoyen, así como el ofrecimiento de los medios de prueba que el promovente pretende hacer valer”.

(41) Para limitar el ejercicio de esta facultad de rechazar in limine un pedido que no demuestre haber agotado la vía interna, la Comisión ha tenido en consideración que la simple constatación de una falta de agotamiento de recursos internos o que exista una vía judicial posible de acceder en teoría, no es sinónimo que el pedido sea inadmisibles a priori, puesto que puede tratarse de un caso de excepción por la ineficacia de la vía, que luego analizaremos.

poco congruente, pues mientras en la primera consideró que las gestiones ante varios gobiernos eran suficientes para dar por satisfecho tal requisito, en la segunda se afirmó que el lesionado en sus derechos y el denunciante no habían tenido acceso a la jurisdicción interna. En esas condiciones, y sin más evidencias que las contenidas en el expediente, la Corte considera que sería impropio rechazar in limine la excepción del gobierno sin dar a ambas partes la oportunidad de sustanciar plenamente sus puntos de vista”.

Esta tendencia establecida en vía jurisprudencial sirvió para que en el nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se incorporaran los párrafos siguientes:

“Artículo 36.- Excepciones preliminares:

3. El secretario notificará de inmediato el escrito de las excepciones preliminares a las personas a quienes se refiere el inciso 1 del artículo anterior (...).

5. Las partes en el caso que deseen presentar alegatos escritos sobre las excepciones preliminares, podrán hacerlo dentro de un plazo de treinta días contados a partir de la recepción de la comunicación.

6. La Corte podrá, si lo considera pertinente, fijar una audiencia especial para las excepciones preliminares, después de la cual decidirá sobre las mismas”.

4 Excepciones a la regla.

4.1 Naturaleza y fundamento de las excepciones a la regla.

Como el régimen de protección internacional de los derechos humanos consagrado en la Convención observa una naturaleza subsidiaria respecto al derecho interno y también de alcance coadyuvante o complementaria, deviene en necesario cumplir con la obligación de agotar previamente los recursos domésticos a acudir a la jurisdicción internacional.

Pero como también es fundamento del sistema la necesidad de salvaguardar en cualquier tiempo a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público, el sistema prevé excepciones a la obligación de agotar la jurisdicción interna atendiendo a determinadas

circunstancias fácticas que evidencian de un lado, la urgencia con que el sistema internacional debe actuar por el Estado de indefensión del demandante y el grado insatisfactorio con que el Estado ha cumplido con sus obligaciones impuestas por la Convención:

- de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos;
- de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables;
- de imponerles las sanciones pertinentes;
- de asegurar a la víctima una adecuada reparación;
- de contar con vías eficientes para solucionar las afectaciones a los derechos humanos.

La propia Corte ha establecido este carácter de la obligación al resolver las excepciones preliminares del caso Velásquez Rodríguez: “(...) De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa. Esa es la razón por la cual el artículo 46.2 establece excepciones a la exigibilidad de la utilización de los recursos internos como requisito para invocar la protección internacional, precisamente en situaciones en las cuales, por diversas razones, dichos recursos no son efectivos”.

En tal contexto, estas excepciones a la regla, la delimitan y caracterizan como un deber procesal no absoluto, donde bajo algunas circunstancias, se habilita la competencia de la jurisdicción supranacional, priorizando el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva del afectado por sobre la seguridad jurídica del agotamiento de la vía local. Más todavía, siguiendo a Varela Feijoo⁽⁴²⁾, la posibilidad de conocer de casos se produce inclusive de oficio para determinar si un recurso pareciera, en un lugar y fecha determinados, ofrecer al ciudadano un recurso eficaz y suficiente según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

4.2 Causales de excepción.

Las causales de excepción a la regla representan

el consenso internacional acerca de situaciones donde se torna relativa la prioridad de la jurisdicción nacional, esto es, cuando frente a ellas es habilitada la competencia de la jurisdicción supranacional, priorizando el derecho ciudadano de acceso a la tutela judicial efectiva sobre la seguridad jurídica del agotamiento de la vía local.

Cada uno de estos casos representa circunstancias en que objetivamente se puede inferir que los recursos internos son ineficaces y que, por ende, el Estado no ha alcanzado un nivel satisfactorio en el cumplimiento de sus deberes en favor de proteger y promover los derechos humanos dentro de su jurisdicción, ya que se refiere a supuestos en los cuales la ley interna de un Estado parte no contempla el debido proceso legal para proteger los derechos violados, o en los cuales sí existen los recursos de jurisdicción interna pero su acceso se niega al individuo o se le impide agotarlos, por razones de índole legal o por una situación de hecho.

La normativa regional⁽⁴³⁾ prevé expresamente sus excepciones desde la propia Convención, en los términos siguientes:

“Artículo 46.-

2. Las disposiciones de los incisos 1.a (referido al agotamiento de la jurisdicción nacional) y 1.b del presente artículo no se aplicarán cuando:

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

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

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

En verdad, se trata de conceptos jurídicos indeterminados cuya aplicabilidad a un caso en concreto debe contemplarse por el método casuístico,

lo cual debe analizarse dentro del contexto de la tendencia tuitiva seguida por la Corte que le permite interpretarlas de modo flexible conforme a los principios del derecho internacional (excepciones preliminares del caso Caballero Delgado y Santana).

El juez Cançado Trindade, en su voto razonado al caso Gangaram Panday, expone el siguiente criterio para analizar estas excepciones, dentro del marco de los principios del derecho internacional: “13. La especificidad o el carácter especial de los tratados e instrumentos sobre derechos humanos, la naturaleza y la gravedad de ciertas violaciones de los derechos humanos y los imperativos de protección de la persona humana enfatizan la necesidad de evitar consecuencias injustas y de asegurar con este propósito una aplicación necesariamente distinta (más flexible y equitativa) de la regla de los recursos internos en el contexto específico de la protección internacional de los derechos humanos”.

Bajo esta tendencia interpretativa la Corte y la Comisión han considerado que constituyen casos de excepción incluidas dentro de los conceptos jurídico indeterminados a que se contraen las causales indicadas, las siguientes circunstancias:

- La indigencia del afectado.
- El temor generalizado de los círculos de abogados locales en asesorar para agotar los remedios locales.
- La tolerancia del Estado frente a condiciones que impidan acceder a los recursos internos⁽⁴⁴⁾.
- El carácter reiterativamente infructuoso del recurso legal idóneo para reparar una afectación.
- Frente a casos generalizados de violación de derechos humanos, graves violaciones a los derechos humanos, o virtuales estados de guerra.
- Cuando los tribunales competentes para conocer los recursos internos estén sujetos a injerencias de autoridades militares.

La Corte, en la absolución de consulta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en

(43) La Corte Europea ha previsto además como causa a través del caso Van Oosterwijk, que si el derecho interno aplicable al caso y definitivo de la vía idónea local es objeto de una interpretación controversial, al recurrente basta demostrar ante la vía supranacional que se ha hecho un esfuerzo razonable por agotar los recursos internos.

(44) “El artículo 1 de la Convención obliga a los estados partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción (...) garantizar implica la obligación del Estado de tomar

fecha 10 de agosto de 1990, consideró las dos primeras causales mencionadas para la no exigencia del agotamiento de la vía interna: “(...) debe concluirse que si los servicios jurídicos son necesarios por razones legales o de hecho para que un derecho garantizado por la Convención sea reconocido y alguien no puede obtenerlos por razón de indigencia, estaría exento del requisito del previo agotamiento. Lo mismo es válido si nos referimos a los casos en los cuales hay que pagar alguna suma para realizar los trámites, es decir que, si para un indigente es imposible depositar tal pago, no tendrá que agotar tal procedimiento, a menos que el Estado provea mecanismos distintos. Visto lo expuesto, la respuesta a esta pregunta es que si un indigente requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos”.

Por su lado, sobre el temor de los abogados para representar una causa particular se refiere a los

casos en los cuales un individuo es incapaz de obtener la asistencia legal requerida, debido al temor generalizado en los círculos jurídicos de un determinado país, cuando el ambiente ocasiona que los abogados no acepten un determinado caso o grupo de ellos, cuando creen que ello pudiera hacer peligrar su propia vida y la de sus familiares. En efecto, la Corte ha establecido, por unanimidad: “(...) Que si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento”.

Se concluye que si una persona se ve impedida, por tales razones, de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento, sin perjuicio, naturalmente, de la obligación del Estado de garantizarlos. ⁴¹⁵