Tribunal
Constitucional

REVISTA PERUANA DE

# DERECHO CONSTITUCIONAL

## Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social

5 | NUEVA ÉPOCA
Edición especial | 2012

# SUMARIO

**REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**N.º 5, NUEVA ÉPOCA**
**EDICIÓN ESPECIAL 2012**

***Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social***

---

**PRESENTACIÓN** ..... 13

**ESTUDIOS**

**Oscar Súmar Albujar**
*Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico* ..... 17

**Raffo Velasquez Melendez**
*Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa* ..... 35

**Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama**
*Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución Económica peruana en materia de inversión* ..... 85

**Daniel Yacolca Estares**
*Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú* ..... 111

**Eddie Cóndor Chuquiruna**
*Conflictividad socio-ambiental y marco constitucional* ..... 135

**Roque Benavides Ganoza y Vanessa Farah Chávez**
*La minería en el contexto de las actividades de explotación de recursos naturales* ..... 147

**Arelí Valencia Vargas**
*Salud, derechos y desarrollo extractivo: Revelando interconexiones apropósito del caso peruano* ..... 153

**José Francisco Gálvez**
*El desarrollo del derecho indígena en el Perú* ..... 181

**Vanessa Tassara Zevallos**
*¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149° de la Constitución?* 203

**Nadia Iriarte Pamo**
*Derechos colectivos de los pueblos indígenas* ..... 219

**Juan Ramón Rivero Mejía**
*Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas* ..... 233

**Juan Carlos Ruiz Molleda**
*Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios* ..... 255

**Martha Cecilia Paz**
*La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano.* ..... 287

**Avigail Eisenberg**
*El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá* ..... 305

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS*
*DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS*
*(2005-2012)*

1) *STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI, de fecha 27 de setiembre de 2005. Sobre la competencia de un Gobierno Regional para legalizar el cultivo de la hoja de coca.* Por Evelyn Chilo Gutiérrez. ..... 315

2) *STC 03343-2007-PA, de fecha 20 de febrero de 2009. El Caso Cordillera Escalera y la primera piedra sobre la consulta previa.* Por Cynthia Vila Ormeño. ..... 325

3) *STC 04611-2007-PA, de 15 de abril de 2010. Legitimidad activa de las comunidades nativas en los procesos de tutela de derechos y titularidad del derecho al honor: aspectos procesales y sustantivos*. Por Fabiana Orihuela Silva. ..... 333

4) *STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos.* Por Jaime de la Puente Parodi. ..... 341

5) *STC 06316-2008-PA, de fecha 30 de junio de 2010. El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Caso AIDESEP I.* Por Aldo Blume Rocha. ..... 349

6) *STC 05427-2009-PC, de fecha 23 de agosto de 2010. Sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión en el caso de la consulta previa.* Por Victorhugo Montoya Chávez. ..... 357

7) *STC 00025-2009-PI, de fecha 17 de marzo de 2011. Derecho de consulta de pueblos indígenas y la Ley de Recursos Hídricos N.º 29338.* Por Susana Távara Espinoza. ..... 365

8) *STC 0001-2012-PI, de fecha 17 de abril de 2012. Conga: un problema minero aún sin solucionar.* Por Victorhugo Montoya Chávez. ..... 369

9) *STC 00316-2011-PA, de fecha 20 de julio de 2012. Carácter autoaplicativo de las normas, prohibición de dragas y derecho de propiedad.* Por Fabiana Orihuela Silva. ..... 377

10) *STC 1126-2011-PHC, de fecha 24 de setiembre de 2012. La garantía constitucional de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas.* Por Javier Adrian Coripuna. ..... 385

**JURISPRUDENCIA COMPARADA**

**Francisco Balaguer Callejón**
*Crisis económica y crisis constitucional en Europa* ..... 391

**Rolando Luque Mogrovejo**
*La solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* ..... 409

**RESEÑA BIBLIOGRÁFICA**

**NOTICIAS DE LIBROS**

**Laura Rangel Hernández**
*Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* ..... 443

**REVISTA DE REVISTAS**

*Cuestiones Constitucionales* ..... 457
*Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura* ..... 459
*Revista Española de Derecho Constitucional* ..... 461

# LA SOLUCIÓN AMISTOSA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

ROLANDO LUQUE MOGROVEJO**

**SUMARIO: I.** *Introducción.* **II.** *El papel de la comisión interamericana de derechos humanos frente a los objetivos de la convención.* **III.** *Análisis del procedimiento de solución amistosa.* **IV.** *El procedimiento de solución amistosa desde la teoría de conflictos.*

## I. Introducción

El rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un proceso mundial de creciente interacción entre los Estados y los ciudadanos, y de flexibilización de sus soberanías, resulta indispensable para promover y garantizar la investigación de hechos considerados violatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esa dirección, el presente artículo llama la atención sobre la necesidad de fortalecer el trabajo de la Comisión potenciando el procedimiento de so-

---

* Este artículo se basa en una investigación de mayor alcance en la que se incluyen todos los casos revisados y clasificados en base a indicadores como, año, nombre del peticionario o de la presunta víctima, Estado, fecha de presentación de la petición, la de inicio del procedimiento de solución amistosa y la de aprobación por la Comisión, el tipo de derecho vulnerado, modalidad de negociación, las reglas de la negociación, reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, restitución de derechos, reparaciones económicas o simbólicas, indemnizaciones y garantías de no repetición.

** Abogado por la Universidad Católica Santa María de Arequipa, Licenciado en Filosofía por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos por la Universidad Alcalá de Henares de Madrid, y egresado de la Maestría en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como Adjunto para la Prevención de Conflictos Sociales y Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo y profesor del Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN), de la Universidad del Pacífico y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

lución amistosa regulado en la Convención y el Reglamento de la Comisión. Dicho procedimiento contiene imprecisiones a nivel normativo y carece, a nivel operativo, de una definición clara y de un conjunto de pautas y herramientas que garanticen una negociación colaborativa e igualitaria entre las partes, teniendo en cuenta las dificultades de una negociación enmarcada en derechos, la representación de los intereses de la sociedad y el papel que la Comisión debe jugar en el proceso de diálogo negociador.

En ese contexto, no alcanzo a percibir que el procedimiento de solución amistosa[1] esté suficientemente valorado y promovido como una opción perfectamente válida y aconsejable. Su perfeccionamiento, por ende, sería de gran utilidad para los ciudadanos, los Estados y el Sistema.

## II. El papel de la comisión interamericana de derechos humanos frente a los objetivos de la convención

### *2.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los objetivos de la Convención*

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) no trajo consigo la inmediata implementación de los órganos institucionales que la hicieran valer sino hasta 1960 en que entra en funciones la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada un año antes. No obstante este importante avance, la Comisión no tramitaba ni se pronunciaba sobre las denuncias de casos individuales de violaciones a los derechos humanos planteadas por los afectados.

Esta facultad le fue otorgada recién en 1966 y ha sido ejercida con el principal contratiempo de no recibir de parte de los Estados las respuestas a las denuncias trasladadas, o recibirlas de manera escueta y con información poco relevante. Pese a ello, Felipe González deja en claro que "La importancia de este mecanismo radica, por una parte, y como es obvio, en la posibilidad de levantar públicamente una violación específica y procurar alcanzar una solución a ella;

[1] Este artículo se basa en una investigación de mayor alcance en la que se incluyen todos los casos revisados y clasificados en base a indicadores como, año, nombre del peticionario o de la presunta víctima, Estado, fecha de presentación de la petición, la de inicio del procedimiento de solución amistosa y la de aprobación por la Comisión, el tipo de derecho vulnerado, modalidad de negociación, las reglas de la negociación, reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, restitución de derechos, reparaciones económicas o simbólicas, indemnizaciones y garantías de no repetición.

por otra parte, su presencia es central desde el punto de vista del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, ya que significa en la práctica y de manera concreta, hacer efectivo el carácter de sujeto internacional que la persona humana posee conforme a dicha normativa"[2].

Este paso fue sin duda histórico. Significaba ir más allá de una retórica que podía envejecer sin grandes resultados, y fortalecía al individuo, a la víctima, al peticionario para que pudiera activar por su propia iniciativa e interés la capacidad protectora de la Comisión.

En 1969 los Estados parte de la OEA suscriben la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en una etapa de la historia política del continente caracterizada por el predominio de gobiernos dictatoriales. No obstante ello, la Convención fortaleció a la Comisión y creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dentro del Sistema, es la Comisión el órgano encargado de recibir las peticiones individuales. El trámite que se le da es el de un proceso contradictorio entre el Estado y el peticionario. De acuerdo a la Convención los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos y libertades.

Cuando este mandato es incumplido poniendo en riesgo valores humanos de primer orden, se justifica la protección internacional a través del Sistema. La Comisión en virtud al art. 41 de la Convención "tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos… ", esto es, la tarea de que los Estados cumplan con su obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades. Y la Corte, de acuerdo al art. 63 de la Convención "dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada".

La realidad de nuestros países informa que estamos aún lejos de considerar que nuestros Estados están en condiciones de garantizar la vigencia plena de los derechos humanos. Ante ello, y sin dejar de trabajar internamente en los planos político, jurídico, social y cultural, se debe examinar continua y críticamente el sistema interamericano a fin de desarrollar al máximo sus capacidades en concordancia con los tiempos actuales. La región experimenta una primavera democrática, desigual en calidad e intensidad, pero a no dudarlo una oportunidad extraordinaria para que el sistema se desarrolle al máximo.

---

[2] F. GONZÁLEZ, "Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1969-1990)", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 46, 121-155, p. 126.

Carlos Ayala, ex presidente y ex miembro de la Comisión (1996-1999) señala que la utilidad del sistema depende de cómo los Estados aprecien sus objetivos. Será un aliado si el Estado ve en el sistema un complemento y un correctivo de sus obligaciones y una oportunidad de hacer justicia. Pero si ve en él a una instancia ajena a su soberanía que perturba el ejercicio de su poder y lo desprestigia internacionalmente, el sistema será, sin duda, un elemento incómodo y potencialmente peligroso para dicho Estado[3].

Hace nueve años Antonio Cancado planteó dos desafíos: la asignación de recursos humanos y financieros de la Corte y la Comisión y el establecimiento de un mecanismo internacional del monitoreo del cumplimiento de las decisiones de los dos órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Quisiera agregar que la revisión de sus procedimientos y la reelaboración conceptual y práctica de una figura como la solución amistosa es también un desafío del corto plazo. Al respecto Montiel sostiene que "Si pasamos a lo que ha sucedido en la práctica, nos encontramos con que la Comisión no ha podido cumplir a cabalidad el papel que le ha encomendado la Convención en materia de solución amistosa. En los primeros años de su funcionamiento, la Comisión omitía rutinariamente ese procedimiento y después lo ha practicado en forma poco eficaz"[4].

Es desde esta óptica que ponderamos la contribución que puede hacer un procedimiento como el de solución amistosa. Uribe Vargas recuerda que "Sobre el particular, el mecanismo de separar las instancias internacionales entre la Comisión y la Corte, ofrece como ventaja que la primera, por no ser un órgano jurisdiccional, puede utilizar procedimientos diplomáticos más próximos a la solución política"[5]. Es este rasgo el que quiero destacar prioritariamente porque contiene un elemento propiciador de las negociaciones y le abre el paso al fortalecimiento del procedimiento de solución amistosa.

¿Se puede ver rebajada o distorsionada la responsabilidad del Estado en un mecanismo de negociación? Lo fundamental para el sistema es que se restituya el derecho violado, que se repare a los afectados, pero en ese esfuerzo se va construyendo una narrativa del caso que debe satisfacer el derecho a la verdad, punto de apoyo para establecer la responsabilidad y garantizar la no repetición.

Las ideas de "respeto" y "protección" marcan el sentido de la tarea del sistema y lo ubican frente a problemas que hay que resolver. Esta mirada que

---

[3] C. AYALA CORAO, "Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos", *Revista IIDH*, pp. 92-127, p. 99.

[4] A. MONTIEL, "La solución amistosa". *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario*, Tomo I (1999), pp. 219-225, p. 221.

[5] D. URIBE VARGAS, *Los derechos humanos en el sistema interamericano*, Madrid, 1972, p. 312

privilegia el caso como un "problema" a resolver más que como una conducta que penalizar, introduce en la cultura del sistema actitudes propositivas, asertivas, constructivas que pueden ser de enorme eficacia. En ese orden de ideas, el procedimiento de solución amistosa es un carril por donde "el problema" puede discurrir con fluidez y expectación.

### *2.2 El sistema jurídico y la negociación integradora*

¿Sólo se protege derechos declarándolos en resoluciones judiciales? No, también se protege, promoviendo negociaciones igualitarias orientadas a forjar acuerdos. Promover, propiciar, facilitar, interceder, mediar, homologar, etc. son también comportamientos de protección de derechos porque están encaminados al establecimiento de acuerdos en los que los derechos serán restituidos y reparados.

María José Añón sostiene que "Tradicionalmente, se ha puesto el acento en la vía jurisdiccional como único vehículo de protección óptima, aún cuando, la existencia de protecciones adecuadas no garantiza sin más las posibilidades de tutela efectiva de los derechos fundamentales, como denunciara L. Ferrajoli. ´Como se ha señalado en varias ocasiones la *justiciabilidad* solo es una vía de defensa de los derechos aunque no siempre la mejor. Seguramente el órgano judicial no es el más adecuado para definir una política pública; ni el contexto limitado de un caso judicial el más apto para discutir medidas de carácter general, puesto que su adecuación es idónea para la tutela protectora en caso de violación de un derecho. De ahí que esta tutela no puede sino plantearse en términos de interacción entre instituciones políticas y órganos jurisdiccionales como un planteamiento más coherente con el modelo democrático, incluso confiando la tutela de modo deferente en las autoridades políticas antes que en las jurisdiccionales"[6].

Hay que tener presente, además, que en cuanto al resultado, los acuerdos satisfactorios para las partes y que son compatibles con los derechos humanos reconocidos por la Convención no solo resuelven voluntariamente un problema sino que abonan en favor de restablecer la relación y hasta la confianza entre un Estado que reconoce su responsabilidad y se enmienda, y una víctima que valora este hecho y abre las posibilidades de la reconciliación.

---

[6] M. J. AÑÓN ROIG, *"Categorías de los derechos fundamentales"*, Material de estudio del VI Máster en protección Internacional de los Derechos Humanos, 2009-2010 de la Universidad de Alcalá, Alcalá, 2009 p. 11. Texto tomado de M. J. AÑÓN, *"Derechos sociales: inconsistencias de un relato compartimentado"*, en: M. J. AÑÓN y VV.AA, *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. III, Madrid, (2008), pp. 21-47, pp. 13-14.

La justicia de los tribunales es una forma de negociación distributiva o competitiva en la que las partes compiten por una suma fija de valor. Aquí la ganancia de una de las partes se hace a expensas de la otra. En cambio en la llamada negociación integradora, las partes cooperan integrando sus intereses en un acuerdo y buscando alcanzar los máximos beneficios. Cada parte crea el máximo de valor para sí misma y para el contrario. Los casos en los que ambas partes salen ganancias son ideales y pueden ocurrir en algunas circunstancias pero, generalmente, se colabora en un momento y se compite en otro. Hay acuerdos satisfactorios pero otros habrán significado cesiones en pos del bien mayor.

Este juego deja, además, el menor resultado de violencia, es decir, las partes salen del proceso menos enemistadas que antes, tienen esperanza en la implementación de los acuerdos, están pensando en el futuro más que en el pasado. No obstante esto, cuando ha habido violaciones graves a los derechos humanos las heridas no son fáciles de cerrar, la memoria del horror está presente y hay un deseo de revancha que no sale fácilmente de la consciencia de las víctimas.

Frente a esto, el procedimiento de solución amistosa puede ser también un espacio para la reconciliación. Aunque este no sea su propósito explícito, es posible que surta ese efecto. En esto comparte con las comisiones de la verdad algunos de sus propósitos. "Todas las comisiones de la verdad en el mundo han recogido en los testimonios de las víctimas el recado de su reivindicación moral. Que los demás sepan lo que sufrieron, que ese sufrimiento fue terriblemente injusto y que la sociedad haga algo por devolverles lo que perdieron, aunque sea de un modo simbólico. La verdad de su historia se deberá configurar en la aceptación del otro, y la solidaridad más que generosidad debe significar adhesión y protección frente a la experiencia de menosprecio. Si no fuera así, la tensión moral se mantendrá como una energía subterránea de pronóstico reservado"[7].

## III. Análisis del procedimiento de solución amistosa

### *3.1 Precisiones Jurídicas*

#### *3.1.1 El inicio del procedimiento.*

Tanto la Convención como el Reglamento muestran una clara convicción de promover el procedimiento de solución amistosa poniendo a la Comisión

[7] R. LUQUE MOGROVEJO, "Atisbos conceptuales sobre la realidad de los conflictos sociales en el Perú", en: *Conflictos sociales y respuestas del Estado: del orden interno a la protección de derechos*, Lima, (2007), pp. 37-45, p. 45.

a disposición de las partes. ¿Desde qué momento se abre esta alternativa para el Estado y los ciudadanos? Jorge Nelson Cardozo sostiene que "Frente a una demanda ante la CIDH debe existir previo a toda negociación una declaración formal de admisibilidad. A partir de ella la Comisión está en condiciones para ponerse a disposición de las partes con el fin de alcanzar una solución amistosa"[8]. Por su parte Héctor Faúndez señala que "Para que la Comisión pueda ofrecer a las partes actuar como órgano de solución amistosa del asunto, es necesario que se hayan precisado suficientemente las posiciones y pretensiones de las partes y que, a juicio de la Comisión, el asunto sea -por su naturaleza- susceptible de resolverse por esta vía. Obviamente estas condiciones no se aplican con igual rigidez si quienes propician la solución amistosa son las propias partes en la controversia. Si concurren las circunstancias anteriores, y siempre que la otra parte acepte este procedimiento. La Comisión puede interceder por propia iniciativa o aceptar la propuesta de alguna de las partes para actuar como órgano que promueva una solución amistosa"[9].

Sin embargo habría un punto problemático derivado de la forma cómo está redactado el Reglamento. El art. 40 del mismo señala que la Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas. Una "petición" se tramita antes de su admisibilidad (art. 30 del Reglamento) y se convierte en "caso" a partir de su admisibilidad (art. 36.2 del Reglamento). Si esto es así ¿por qué en el art. 37.4 del Reglamento se señala que antes de pronunciarse sobre el fondo la Comisión fijará un plazo para que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa? Da la impresión de que la Comisión redujera la oportunidad de iniciar la solución amistosa a un plazo que ella fija discrecionalmente y a poco de pronunciarse sobre el fondo. El art. 40 del Reglamento y el 48.1, f, de la Convención no establecen plazo.

No obstante ello, la intención de estos últimos artículos que acabo de citar parece ser la de dar la más amplia oportunidad a las partes para que se pongan de acuerdo en cualquier momento (incluso después del ingreso de la petición y antes de la admisibilidad) porque a fin de cuentas ello depende sobre todo de su propio consentimiento. Quizá se entienda también como un plazo que la Comisión fija a modo de invocación final, de última oportunidad para intentar una solución por la vía de la solución amistosa antes de que se pronuncie sobre el fondo.

Más allá del análisis que este punto pueda suscitar, considero que el procedimiento de solución amistosa solo es posible en el marco de la Convención y

[8] CARDOZO, *loc. cit.,* p. 396.

[9] H. FAÚNDEZ. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, 2004, p. 450.

si el caso es declarado inadmisible obviamente no habría manera de acogerse a él. En consecuencia, una vez admitida la petición, nada limita a la Comisión a ponerse inmediatamente a disposición de las partes; después de todo es en el decurso del procedimiento de solución amistosa que se irán esclareciendo las posiciones de las partes y se verá hasta qué punto es viable o no. Pero conviene que la Comisión dé facilidades inmediatas para impulsar el mecanismo, ofreciendo su capacidad mediadora.

Se exceptúa, desde luego, la situación planteada en el art. 36 inc. 4, que establece que "Cuando la Comisión proceda de conformidad con el art. 30 inciso 7 del presente Reglamento, abrirá un caso e informará a las partes por escrito que ha diferido el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo". El art. 30 inciso 7 le da a la Comisión la facultad de solicitarle al Estado la presentación de su respuesta y observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto cuando, de acuerdo al inciso 4 del mismo artículo, se trate de un caso de gravedad y urgencia en el que la vida o integridad de una persona se encuentren en peligro real e inminente. En circunstancias así, se debe entender que el procedimiento de solución amistosa puede iniciarse apenas la Secretaría Ejecutiva de la Comisión dé trámite a las peticiones que reúnan los requisitos previstos en el art. 28 del Reglamento.

### 3.1.2 *El carácter no obligatorio del procedimiento de solución amistosa: ponerse a disposición.*

La Comisión debe ofrecer el procedimiento de solución amistosa, sin que se lo soliciten, y mantenerse a disposición de las partes, promoviendo el mecanismo, explicando sus beneficios, colaborando en la negociación y, ciertamente, mediando en ella, que sería lo ideal, por razones que desarrollaré más adelante.

Mónica Pinto opina de manera diferente señalando que "De lo expuesto surge inequívocamente que la solución amistosa no es una etapa inexorable en el trámite de una petición sino un paso que, eventualmente, la Comisión está facultada a decidir"[10]. Creo que la Comisión no podría negarle a las partes el pedido ni dejar de ponerse a disposición de ellas. El art. 48.1 inc. f, de la Convención señala que cuando la Comisión recibe una petición "se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención". La misma expresión "se pondrá" se observa en el art. 40 inc. 1 del Reglamento de la Comisión, lo que indica claramente que es una obligación de la Comisión ha-

[10] M. PINTO, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de derechos Humanos*, Buenos Aires, 1993, p. 128.

cerlo inmediatamente le sea posible conforme a su procedimiento, esto es, luego de haber admitido la petición. Para ello tomará la iniciativa y comunicará a las partes su ofrecimiento; pero, puede también acoger el pedido de una de las partes y comunicarlo a la otra a fin de conocer su disposición a negociar. Sea cual fuere el caso, la CIDH no puede sustraerse a mostrar su disposición que, en buena cuenta, significa solamente abrir la puerta a una posibilidad de arreglo. Asunto distinto es si una vez hecho el ofrecimiento, no hay en las partes o una de ellas un interés explícito, o si como lo señala el inc. 3 del citado art. 40 del Reglamento, "el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, o alguna de las partes no consiente en su aplicación, decide no continuar en él, o no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos".

Pero aquí estamos ante la necesidad de que la Comisión cautele que el procedimiento no se convierta en una treta dilatoria o que la situación muestre evidentes signos de confrontación que hacen inviable un acuerdo.

### *3.2 Casos excluidos de la solución amistosa por la naturaleza de los hechos.*

La mayor parte de las opiniones se orientan a seleccionar ciertos casos que por el tipo de hecho violatorio ocurrido no podrían tratarse por la vía del procedimiento de solución amistosa. Faúndez por ejemplo señala, "Por otro lado, la naturaleza de la denuncia formulada en contra del Estado –en lo que se refiere a la gravedad de los hechos y el carácter primordial de los derechos involucrados- supone, igualmente, que en ciertos casos el procedimiento de conciliación no resulta procedente". Y agrega que la Comisión declaró que el caso Neira Alegría y otros en el que la muerte de 111 personas luego del debelamiento de un motín carcelario, era un caso inapropiado para una solución amistosa[11]. A su turno, César Sepúlveda señala de manera frontal que la solución amistosa "no cabe, por ejemplo, cuando se trata de violaciones tales como el arresto injustificado, la detención prolongada sin sujeción a proceso judicial, o en los casos de tortura, o en el de las ejecuciones ilegales, o tampoco en el de las desapariciones forzadas"[12]. La Comisión a su turno ha señalado que el irrecuperable derecho a la vida y la irrevisable absolución contra evidencia que los priva para siempre al derecho a que se les haga justicia, no son por su naturaleza susceptibles de ser resueltos a través de la solución amistosa.

---

[11] H. FAÚNDEZ, *op. cit*., p. 439, pie de página 26.

[12] C. SEPÚLVEDA, "El procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de derechos Humanos", en: *Derechos Humanos en las Américas, homenaje a la memoria de Carlos A, Dunshee de Abranches*, CIDH, Washington D. C., 1984, p. 247.

En primer término, ni la Convención ni el Reglamento de la Comisión establecen un límite al mecanismo de solución amistosa en razón a la naturaleza de los hechos o al tipo de derechos afectados. Al parecer son tres los argumentos basados en la materia que se denuncia: a) la gravedad, b) el irrecuperable derecho a la vida, c) las resoluciones irrevisables. Sin embargo, me pregunto ¿por qué un hecho de estas características no puede ser tratado en una negociación si siempre está presente en ella la posibilidad de que el Estado esté dispuesto a reconocer su responsabilidad, procurar el acceso a la justicia, la reparación a las víctimas y hasta la toma de medidas de no repetición? Cuando la Corte sostiene que no cabe solución amistosa en los casos de desaparición forzada si el Estado niega que los hechos hayan ocurrido, lo que está afirmando es el principio general de que toda negativa a reconocer su responsabilidad frustra en cualquier caso la solución amistosa.

En mi opinión el procedimiento de solución amistosa es siempre apropiado y lo que conspira contra él es la falta de voluntad de las partes en términos de cooperación y entendimiento. Tampoco los tribunales pueden restituir el derecho a la vida pero pueden ofrecer un juicio con todas las garantías y este derecho de las víctimas –de un juicio justo- también puede ser parte de una agenda de negociación.

Sin embargo, no queda muy claro qué debemos entender por hechos, casos, situaciones que "por su naturaleza" no pueden ser resueltas a través del procedimiento de solución amistosa. Cuando se usa la expresión "naturaleza" en el Derecho, se suele aludir a ciertos componentes esenciales de algo que se verían trastocados si se les expusiera a determinada situación, en este caso a una negociación. Habría algo sustancial en ellos que hace imposible su tratamiento por esta vía.

Creo que esto debe entenderse desde dos perspectivas, una de orden moral por la cual la sola idea de negociar con un violador de derechos humanos sobre crímenes especialmente graves, ofende la memoria de las víctimas y escamotea la condena más severa; y otra, de orden jurídico, que sostendría que en general no hay lugar a negociar sobre derechos y menos sobre aquellos derechos que protegen la vida, la integridad, la libertad.

En efecto, la percepción de negociación como un arreglo indigno pueda que esté muy presente y que la imagen de la víctima y el victimario sentados a la mesa tratando de ponerse de acuerdo sobre algo que solo merece una severísima pena, es difícil de aceptar, a menos que se sepa que la negociación no es con el autor de los crímenes sino con un funcionario de Estado; que el objetivo de la negociación puede ser lo mejor para la víctima en la situación real que confronta; y que cualquier acuerdo se hará en el marco de los derechos establecidos en la Convención.

En suma, una cosa es la naturaleza de los hechos y otra las circunstancias que rodean los hechos y que limitan o bloquean la voluntad de dialogar. Si el

procedimiento de solución amistosa no es viable, lo será por voluntad expresa o tácita de las partes (el Estado se niega a reconocer su responsabilidad, a emitir una ley indispensable, a garantizar un juicio imparcial y ajustado al debido proceso, etc.) pero no por la naturaleza de los hechos violatorios o los derechos violados. Quizá en ocasiones sea más difícil negociar y llegar a acuerdos pero el caso no es inviable *per se*.

Por ejemplo si el Estado negara los hechos no es posible proseguir con la solución amistosa. En el caso Velásquez Rodríguez que motivó un pronunciamiento de la Corte en el sentido de considerar difícil lograr un acuerdo amistoso[13] sobre desaparición forzada, no fueron los hechos sino la negativa del Estado lo que hizo inviable el procedimiento.

Felipe González recuerda que "Algunos autores como Patricia Standaert se han preguntado por la adecuación de un mecanismo de esta naturaleza respecto de violaciones a los derechos, por lo gravoso de los hechos así como por la desigualdad que podría existir entre el Estado y la víctima. El punto es que en el contexto del Sistema Interamericano, y sin que ello signifique que el recurso a este mecanismo sea apropiado para todo tipo de casos, la recurrente falta de cumplimiento por parte de los estados de las resoluciones emanadas de la Comisión, convierte a veces a la solución amistosa en una vía más eficaz que las propias resoluciones"[14]. Sin dejar de anotar sus objeciones, Patricia Standaert acepta el procedimiento por un criterio práctico de eficacia. Me parece interesante que se le reconozca eficacia pero las cosas no están bien solo porque funcionen, tienen además que funcionar sin cuestionamientos que mellen su fundamento.

El Reglamento del 2009 y el del 2002 no facultan a la Comisión a señalar de antemano qué casos son susceptibles de solución amistosa por la naturaleza de los hechos o de los derechos violados sino que la autoriza a concluir su intervención en el procedimiento si el asunto no es susceptible de resolverse por esa vía, no mencionando en ninguna parte la palabra "naturaleza". Hace bien el Reglamento en optar, en el fondo, por darle a la Comisión facultades para evaluar la "situación" y no la "naturaleza" de los hechos. En el primer caso estamos ante evidencias de la viabilidad real de la negociación derivadas principalmente de la voluntad de las partes, aspecto que es plenamente coincidente con el inc. 2 del art. 40 del Reglamento.

---

[13] Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C Nº1, párrafo 46.

[14] F. GONZÁLEZ MORALES, "Las transformaciones del sistema interamericano de derechos humanos en el contexto de transiciones a la democracia", Madrid, 2009, en: *Materiales del VI Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá*, (2009), p. 9.

### *3.3 La voluntad de las partes*

El art. 40 inc. 2 dice "El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con base en el consentimiento de las partes". Para que esta manifestación de voluntad tenga efectos jurídicos debe hacerse de manera expresa y formal. Desde luego que la autonomía de la voluntad del peticionario descansa en sí mismo como agente capaz y en el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 28 del Reglamento. En el caso del Estado, esa voluntad deberá ser expresada a través de los canales legales internos de las instituciones llamadas por ley a intervenir.

Pero, más allá del inicio, en realidad la voluntad de negociar y llegar a acuerdos se debe demostrar a lo largo del procedimiento a través de actos, gestos, decisiones que evidencien ausencia de dobleces, simulaciones o engaños. Es necesario que la Comisión se mantenga atenta observando la actuación de las partes y formándose una idea de la transparencia y buena fe de su comportamiento. De ello dependerá, además, que la Comisión aplique el art. 40 inc. 4 respecto del término de su intervención en el procedimiento de solución amistosa.

La Comisión deja librada al consentimiento de las partes el inicio y desarrollo del procedimiento porque su intervención no se agota con la opción dialogante sino que si ésta no da resultado, la investigación sobre el fondo continúa. En este punto Héctor Faúndez trae a colación una atinada opinión de la Corte que sostiene que "Todo enfoque que conduzca a negar a los individuos, en especial a las víctimas, el procedimiento ante la Comisión los privaría del importante *derecho de negociar y aceptar libremente una solución amistosa*…"[15]. Lo de la aceptación libre de la solución amistosa me parece concordante con la idea del "consentimiento" pero lo que resulta muy interesante para esta investigación es que la Corte frasee el tema en términos de "derecho a negociar".

Evidentemente no hay en la Convención, en los reglamentos de la Comisión o de la Corte, o en las constituciones latinoamericanas nada consagrado como "derecho a negociar", pero si estos instrumentos reconocen el derecho de libre expresión, el derecho a ser protegido por el Sistema, el derecho a presentar peticiones, entonces el derecho a negociar se presenta como una alternativa que el Sistema ofrece, como una estrategia particular de defensa y como un derecho exigible, en este caso a la Comisión.

---

[15] H. FAÚNDEZ, *op. cit*. p. 436. La referencia en el pie de página 12 es la siguiente: "Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto Viviana Gallardo y otras, Nº G 101/81, serie A, decisión del 13 de noviembre de 1981, serie A, párrafo 24.

### *3.4 El reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado.*

¿El inicio del procedimiento de solución amistosa significa que el Estado tiene responsabilidad? No. Significa que hay una denuncia de violación de derechos humanos que las partes han decidido tratar por medios distintos a los contenciosos. ¿El inicio del procedimiento de solución amistosa significa que el Estado ha admitido su responsabilidad? No. Significa que la verdad de los hechos es uno de los puntos de la agenda y que necesita ser esclarecida hasta un nivel tal que permita continuar con la negociación. ¿La obtención de un acuerdo en el procedimiento de solución amistosa, implica que el Estado ha aceptado algún tipo de responsabilidad? Sí. Recordemos que los acuerdos a los que se llegue, por razones éticas y lógicas, deben partir de la responsabilidad del Estado. La restitución de derechos, la reparación, las garantías de no repetición son consecuencias que se derivan de la admisión de responsabilidad. Llegar a acuerdos sin admitir responsabilidad equivaldría a consentir la impunidad. ¿Esta responsabilidad se llega a establecer de la misma manera que lo hace un tribunal penal? No. La responsabilidad internacional de los Estados en materia de derechos humanos es de otra índole.

En el Caso de las niñas Yean y Bosico, la Corte "considera que para alcanzar una solución amistosa es necesario que exista un consenso básico entre las partes, en el cual se pueda constatar la voluntad de éstas de poner fin a la controversia, en lo que respecta al fondo del asunto y las posibles reparaciones"[16]. El fondo del asunto no puede omitir el reconocimiento de responsabilidad del Estado.

El reconocimiento de responsabilidad es el punto inicial de la agenda de negociación y se debe establecer sobre la base de las evidencias que se muestren y la evaluación práctica que haga tanto el Estado como el peticionario. No obstante, es válido preguntarse qué puede negociar el Estado en relación a su responsabilidad. En mi opinión podría negociar el reconocimiento de responsabilidad total o parcial, sobre la base de evidencias pero también de su propio análisis político y práctico. Ciertamente podría negociar también un compromiso de administración de justicia con todas las garantías o la creación de comisiones *ad hoc* para la investigación de hechos, etc.

Si lo que preocupa es la pregunta por la impunidad, es decir, si se puede evitar el proceso penal posterior o si se puede transar que no se denuncie a las personas involucradas en hechos violatorios o a más de ellas. La respuesta es que ningún acuerdo puede incluir formas de impunidad respecto de los delitos cometidos. En el caso Velásquez Rodríguez, la Corte dijo lo siguiente: "El Estado está en el deber jurídico de *prevenir* razonablemente, las violaciones a los

[16] Corte I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico, Sentencia de 8 de setiembre de 2005, Serie C Nº 130, párrafos 72-74.

derechos humanos, de *investigar* seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de *imponerles las sanciones* pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada *reparación*[17]. Y si se tratara de crímenes internacionales, el Derecho Penal Internacional prevé mecanismos de persecución y garantías de no impunidad que no es del caso ver ahora.

### *3.5 Cuatro Temas Centrales.*

#### *3.5.1 Tipos o planos de la negociación: política, jurídica, práctica.*

Teóricamente estos tres tipos de negociación pueden analizarse por separado pero en la experiencia de la Comisión los tres se presentan al modo de planos o niveles de la misma negociación. Recordemos que toda negociación es un evento complejo en el que se superponen y entrecruzan intereses diversos que buscan ser expresados en formas específicas del lenguaje y en distintos momentos, todo dentro de un proceso de diálogo en el que se informa, se argumenta, se debate, se negocia, se colabora, se crea opciones, se acuerda. Esto produce una densidad comunicacional que necesita ser plenamente comprendida. Veamos:

##### *3.5.1.1 Negociación política.*

La denuncia es contra el Estado y por ende la responsabilidad es en principio política. El peticionario cuestiona el incumplimiento del Estado de su obligación de respetar el derecho establecido en el art. 1 de la Convención. Esta es una de las razones por la que cabe una negociación. La política diseña instituciones y reglas para configurar y limitar el uso del poder y de este modo regular intereses en base a valores compartidos. Las decisiones que se tomen contienen elementos como la estabilidad política, el prestigio internacional del Estado en un contexto de fortalecimiento de los regímenes democráticos y de economía de mercado, el futuro político del gobernante, etc. De manera que se cruzan los intereses de Estado y los intereses inmediatos y concretos del gobernante. El Estado y sus gobernantes analizarán su posible respuesta frente a los intereses del peticionario o de la víctima y verán hasta dónde es su deber o su conveniencia reconocer su responsabilidad. Dicho esto con todo realismo, dado que la palabra "politización" nos lleva tanto al espacio de los intereses colectivos representados por el Estado como al de los intereses del gobernante que pueden ser eminentemente personales y pragmáticos.

[17] K. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, 1999, p. 69.

#### *3.5.1.2 Negociación jurídica.*

Toda petición, de acuerdo al art. 28, inc. d) y f) del Reglamento, debe señalar los hechos denunciados y la acción u omisión del Estado responsable de la violación de algunos de los derechos consagrados en la Convención, aunque no se mencione el artículo específico. Esto nos lleva al mundo del Derecho que no tendría los márgenes que si se observan en la política. No obstante esta difundida idea, derivada de una visión positivista del Derecho y de una práctica meramente aplicativa de la norma, en el Derecho y específicamente en los derechos humanos sí es posible negociar. Cuando es posible identificar los intereses contenidos en los supuestos de la norma que declara el derecho, se abre el espacio de la negociación sin que *per se* se nieguen o contradigan derechos.

#### *3.5.1.3 Negociación práctica.*

El reconocimiento de responsabilidad da lugar a la restitución de derechos, a las reparaciones, indemnizaciones y garantías de no repetición y, todo esto, debe tomar la forma de decisiones realizables, oportunas, orientadas a producir cambios positivos y que revelen una voluntad clara de cumplimiento. El sentido práctico, entonces, también debe expresarse en las decisiones operativas dirigidas a implementar los acuerdos. Hay una necesidad de dar respuesta en el momento oportuno y con ofrecimientos mutuos muy concretos a un problema y salir de él de manera satisfactoria porque su prolongación solo perjudicará a ambos, por distintas razones, pero a ambos.

### *3.5.2 Representación de la sociedad.*

Todo ciudadano tiene el deber de denunciar a un Estado violador por afectar sus derechos, pero también por lealtad al conjunto de los ciudadanos. El papel de la sociedad en la defensa de derechos está estrechamente relacionado con la construcción de lo público y con la llamada "sociedad de la información". Las instituciones, los derechos, las prácticas democráticas, las manifestaciones de la sociedad en la esfera pública, el pago de los tributos y su uso transparente, son elementos que contribuyen a forjar una idea de lo público y a asentarla a nivel de la cultura.

Sin lo público, lo privado no existiría o por lo menos no en la forma que la conocemos en las democracias modernas. "Lo propio de la esfera pública en sentido político, entonces, es que en ella ciudadanos no sometidos a coerción ninguna, tratan discursivamente de asuntos de interés general y vinculados con

la práctica del Estado"[18]. La relación entre ciudadanos y entre éstos y el Estado está intermediada por los derechos. "El poder es una fuerza institucionalizada, es decir, abierta a valores, los valores morales de la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, que impulsa y apoya la existencia del Derecho, y que, al tiempo, es limitado y organizado por el Derecho"[19], así lo deja dicho Gregorio Peces Barba, confirmando que el Derecho le da forma y expresión al poder y que en esa medida el Estado es por excelencia el representante de lo público.

Pero ocurre que cuando se cometen violaciones a los derechos humanos, es el Estado el que está en cuestión, es el Estado el que ha usado la representación de lo público y el poder de todos para atentar contra los miembros de su propia Nación. En consecuencia, ¿quién representa a la sociedad en la negociación? Desde luego siempre es posible esperar que el peticionario agregue el interés de la sociedad en la negociación, dado que si no se logra un compromiso de mayor alcance, él mismo y otros seguirán estando amenazados por ese Estado. El caso Vervitsky es un ejemplo de cómo además de lograr la revocación de la sentencia contra Vervitsky, el Estado argentino se comprometió a derogar la figura del desacato del Código Penal.

Pero si no fuera así y habiendo sombras acerca del comportamiento del Estado, al parecer debería ser la Comisión la que asuma ese papel; todo depende de cómo se defina la figura de la mediación y de cuáles sean sus atribuciones dentro del procedimiento de solución amistosa.

### *3.5.3 El Procedimiento de Solución Amistosa ¿buenos oficios, facilitación, conciliación, mediación?*

El art. 48.1, f, de la Convención usa la expresión "se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa". No agrega de qué manera y bajo qué condiciones cumplirá esta función. No hay, pues, a este nivel un rol asignado específicamente a la Comisión sino un ofrecimiento de colaboración. En el caso del Reglamento, el art. 40.3, señala que "… la Comisión podrá encomendar a uno de sus miembros la tarea de facilitar la negociación entre las partes". Lo primero que se observa es que la Comisión no asume decididamente un rol sino que avalúa y decide si le encarga a uno de sus miembros esa tarea. No usa, además, el concepto "facilitación" que tiene una

[18] P. PATRÓN, "Lo viejo y lo nuevo de los espacios públicos en el Perú", en: M GIUSTI Y M. I. MERINO (eds.), *Ciudadanos en la sociedad de la información*, Lima (1999), p. 47.

[19] G. PECES-BARBA, *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid 1995, p. 80.

definición más o menos consensuada sino el verbo "facilitar" es decir, realizar determinadas acciones que hagan posible la ejecución de algo. Esta amplitud quizá tuvo la intención de dejar a la Comisión que amolde su colaboración a cada circunstancia sin restringirla a un papel previamente definido.

Según Pizzolo si la solución amistosa se intentare en las primeras etapas la Comisión debería cumplir un rol de acercamiento de las partes y dejar que ellas se entiendan y busquen acuerdos, lo que en el Derecho Internacional se denomina "buenos oficios". Pero si el procedimiento ha avanzado, correspondería que la Comisión actúe como mediadora o conciliadora, conduciendo la negociación y haciendo propuestas[20].

Por su parte, H. Faúndez señala que "Dentro de ese mecanismo de intensidad creciente previsto por la Convención Americana, ésta contempla un procedimiento de conciliación, encaminado a lograr –dentro de un marco de respeto a los derechos humanos- la satisfacción de las demandas del peticionario, evitando tener que recurrir al procedimiento de una instancia jurisdiccional"; "… la Convención confía a la Comisión la importante función de gestionar soluciones amistosas, dentro de una amplia misión conciliadora…"[21].

A su turno Montiel, afirma que "La Comisión no es un tribunal que debe abstenerse de emitir opinión alguna antes de la resolución final", avalando un rol más activo del tercero.

Cardozo entiende que "La conciliación como método de solución de conflictos existe desde la creación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos… ". Una solución amistosa "implica una negociación, una transacción entre los representantes de las víctimas y los representantes del Estado…"[22].

Piérola y Loayza señalan que "La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé el procedimiento de **conciliación**, destinado a alcanzar una solución amistosa de las denuncias que sean presentadas ante la CIDH…"[23].

Por su parte Salgado sostiene que, "No ha dejado de discutirse cuál es la naturaleza jurídica de la solución amistosa, si se trata de buenos oficios –en sentido lato- o si es una mediación o si es propiamente una conciliación: el criterio que predomina es el de la conciliación. Si bien ésta de manera general se realiza fuera del ámbito del proceso judicial, sin embargo, hoy en día, la conciliación se ha desarrollado tanto dentro del proceso como extrajudicialmente pues se considera que tiene una función importante al permitir solucionar los

---

[20] C. PIZZOLO, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe y Jurisprudencias,* México, 2007, p. 179.

[21] H. FAÚNDEZ, *op. cit.* p. 431

[22] CARDOZO, *loc. cit.* pp. 392 y 303.

[23] N. DE PIÉROLA y C. LOAYZA, *loc. cit*. p. 173.

conflictos con mayor brevedad, y en el segundo caso evita que se inicie la acción judicial"[24] (p. 93).

Creo que hay que tener presente que los conceptos "buenos oficios", "facilitación", conciliación" y "mediación", tienen definiciones propias desde la teoría del conflictos o el derecho internacional público. Pero sobre todo, que el verbo "facilitar" -única referencia en el Reglamento-, es insuficiente para derivar de él una modalidad de solución amistosa; segundo, no ha habido en la práctica de la Comisión una experiencia consolidada en torno al rol que debe cumplir y la forma que debe tomar el procedimiento de solución amistosa; tercero, cuando no hay una definición que satisfaga plenamente, ésta puede ser estipulada a condición que sea adecuadamente expuesta y fundamentada y que se use –en adelante- de manera invariable en el mismo sentido.

### *3.5.4 Cuestiones polémicas planteadas por Patricia Standaert.*

#### *3.5.4.1 El desequilibrio de poder.*

Sostiene Patricia Standaert que el hecho de sentarse a la mesa a negociar no rebaja y menos elimina la real relación de poder entre el Estado y la víctima y que el miedo, la desconfianza y la subordinación creadas por el modelo de violencia subsisten en el procedimiento de solución amistosa. Existiría incluso un lenguaje sutil de control y presión que perturbaría la negociación, tal como ocurre en la violencia doméstica[25]. Este escenario de asimetría de poder entre las partes se puede presentar en cualquier proceso de diálogo negociador. Siempre habrá quién cuente con mayores recursos informativos, habilidades negociadoras, presencia de poder y que se disponga a usarlos en su favor.

Por eso es tan importante pensar en las garantías de la negociación que la propia Patricia Standaert reconoce que puede estar en la presencia del mediador, en la fuerza moral y política de la Comisión, en la existencia de una comunidad internacional más persuadida de no tolerar violaciones de derechos humanos.

#### *3.5.4.2 El doble papel de la Comisión.*

Patricia Standaert sostiene que si la Comisión juega el papel de "buenos oficios" y enseguida, si la negociación no llegara a acuerdos, jugaría el papel de

[24] H. SALGADO, "La solución amistosa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", p. 93. En: www.jurídicas.unam.mex

[25] P. STANDAERT, "The Friendly Settlement o Human Rights Abuses in the Americas", en: *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 9:519, p. 530. "This same pattern of violence and domination is often present in situations of human rights abuses, where the allegations are of systematic abuse extending beyond the victimization of one individual".

denunciante ante la Corte, aprovechando la información brindada por el Estado en un espacio confidencial para utilizarla en su contra[26]. El procedimiento de solución amistosa no es un espacio de búsqueda exhaustiva de la verdad como lo puede ser un proceso penal, una comisión investigadora del Poder Legislativo o una Comisión de la Verdad. Desde luego que no se puede prescindir de una versión compartida de los hechos porque es a partir de ella que el Estado reconoce su responsabilidad. Sin embargo, una vez logrado esto la negociación se concentra en cómo se restituirá el derecho de la víctima, la forma en que será reparada e indemnizada y las posibles garantías de no repetición. De modo que la información sobre los hechos fluirá pero el Estado sabe que está negociando y que el caso puede seguir en otra instancia y administrará su información de manera prudente; la víctima evaluará hasta dónde le es suficiente el reconocimiento de responsabilidad para sentirse desagraviada, reconocida en sus derechos y reparada y la Comisión no deberá plantear el procedimiento de solución amistosa como un señuelo para "atrapar" al Estado y buscar luego su condena. Si cada quien entiende la lógica del mecanismo ponderará correctamente cada paso que den. Normalmente los Estados saben hasta dónde llega su responsabilidad, así que la aceptarán en un punto que para la víctima sea suficiente en términos morales y jurídicos.

#### *3.5.4.3 La verdad en el procedimiento de solución amistosa.*

Este es un tema delicado, difícil de tratar porque despierta una gran sensibilidad y porque la verdad[27] sigue siendo un concepto muy problemático. Como bien apunta Patricia Standaert cuando una sociedad confronta las secuelas de graves violaciones a los derechos humanos, aparece ante la comunidad internacional una brecha entre los principios de la justicia y la complejidad de la realidad socio-política. Para ilustrar la situación apelando a posiciones extremas, de un lado están los que piden puramente justicia retributiva y del otro los partidarios de la amnistía.

---

[26] P. STANDAERT, *loc. cit.* p. 532. "Consequently, the Comission´s dual rol may undermine the entire process. Absend genuine good faith and full acceptance of responsibility, neither side may feel confortable to come forward with a full disclosure of the truth (an end deemed vitally importand in the resolution of human rights abuses)".

[27] La Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú definió la verdad como "el relato fidedigno, éticamente articulado, científicamente respaldado, contrastado intersubjetivamente, hilvanado en términos narrativos, afectivamente concernido y perfectible, sobre lo ocurrido en el país en los veinte años considerados por su mandato". Comisión de la verdad y Reconciliación, Perú. Informe Final, Tomo I, Primera Parte, El Proceso, los Hechos, las Víctimas, Lima, 2003, p. 49.

En realidad el desafío consiste en avanzar por un camino intermedio. La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad a fin de evitar la repetición de crímenes atroces pero la víctima tiene el derecho a ser protegida aquí y ahora. Nos ubicamos, entonces, entre el derecho a la verdad[28] y la satisfacción de la víctima que ha sufrido y sufre la violación de sus derechos en una situación que no cesa y que hace de su vida un padecimiento constante.

En consecuencia, un principio de realidad nos lleva a incluir en el análisis el contexto político del país en el que se perpetró la violación. Pueda que estemos ante un gobierno autoritario o abiertamente dictatorial que no tiene a los derechos humanos entre sus prioridades; o ante una democracia de baja intensidad que no ejerce el control de todos los agentes del estado; o ante un país que experimenta la zozobra de un conflicto armado interno; o ante un país que ha iniciado una transición política y en la que el poder que sale impone condiciones y estatutos especiales. América Latina es pródiga en ejemplos de cualquiera de estas situaciones.

Pero también hay que tener en cuenta la situación particular de la víctima que ante todo desea que cese la violación y que sus derechos le sean restituidos. Creo que en este tema no se puede caer en un maximalismo moral que en nombre de la historia y de los valores pierda de vista a las personas de carne y hueso cuyos valores personales y ubicación en la historia debemos, en principio, respetar y proteger para que el discurso general sobre los derechos humanos tenga sentido[29]. En cada caso concreto, el procedimiento de solución amistosa puede dejar ver, hasta dónde es posible conciliar la verdad y el reconocimiento de responsabilidad con los intereses de la víctima enmarcados en los derechos reconocidos en la Convención.

---

[28] Entendido como "principio emergente" y no como norma convencional y del que Juan Méndez dice lo siguiente "El derecho a la verdad es parte, entonces, de un más amplio derecho a la justicia que tienen las víctimas de este tipo de crímenes. Para ser más específicos, las obligaciones del Estado que nacen de estos crímenes son cuádruples: obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); obligación de reparar los daños morales y materiales ocasionados (reparación): y obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa que han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático). Estas obligaciones no son alternativas unas a las otras ni son optativas; el estado responsable debe cumplir cada una de ellas en la medida de sus posibilidades y de buena fe". J. E. MÉNDEZ, "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos", en: *El reto de la verdad y la justicia*, Perú 1980-2000, Lima (2001), pp. 27-45.

[29] Susana Villarán en referencia a la CIDH afirma "Hay que ponerse al servicio de la víctima", estableciendo una clara prioridad en la actuación de la Comisión y del Sistema en general. Entrevista personal hecha por el autor de esta tesina a Susana Villarán ex miembro de la CIDH, el 26 de marzo de 2010 en Lima, Perú.

## IV. El procedimiento de solución amistosa desde la teoría de conflictos

### *4.1 Algunos datos de interés*

En el análisis de las soluciones amistosas encontramos que en 35 casos la modalidad ha sido de negociación directa, es decir que en el 44.3% de los casos, las partes tomaron la iniciativa de reunirse y negociar para luego alcanzarle a la Comisión un resultado. E 27 casos, 34.1%, la negociación se hizo con la intervención activa de la Comisión, donde podrían encontrarse algunos elementos de "mediación"; y, en 17 casos, o sea, 21.5%, se combinaron ambas modalidades. De estas cifras fluye que la intervención mediadora, no es la modalidad de negociación dominante en la Comisión.

En algunos casos se suscriben minutas previas entre las partes que luego son sometidas a consideración de la Comisión para ir perfilando el acuerdo de solución amistosa. En ocasiones las reuniones se hicieron en presencia de varios miembros de la Comisión o de uno, tanto en el país cuyo Estado ha sido denunciado como en la sede de la Comisión. En el caso 11.478 incluido en el informe del 2000, el Estado ecuatoriano y las víctimas negociaron con la intervención de un párroco. Este es un caso singular de negociación asistida por un tercero que no es la Comisión. En el caso 11.525 de 1998 entre el Estado colombiano y el peticionario, Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" y Roison Mora, por afectaciones a los derechos a la vida y la libertad personal, la Comisión orientó a las partes para que conformaran un "comité de trabajo" encargado de estudiar y recomendar las medidas de reparación integral; del mismo modo se procedió en el caso 11.531 de 1998, también en Colombia.

En cuatro casos, todos de la Argentina, las partes acordaron encargarle a un Tribunal Arbitral "ad hoc" la determinación del monto de las reparaciones pecuniarias. Aunque en el caso 11.217 de 1997, los peticionarios cuestionaron el laudo arbitral.

En el 2004 el caso 12.078 con el Estado peruano, se observa que la negociación se inició después de que la Comisión emitió su informe con recomendaciones, lo que demuestra que la solución amistosa es una opción disponible para las partes incluso si el caso llegara a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En suma, vemos que entre 1993 y el 2009 el procedimiento de solución amistosa no muestra una tendencia creciente aunque sí podemos afirmar que el número de casos resueltos por esta vía constituye un expectante cuarto del total de casos ventilados ante la Comisión. En relación a los derechos, prácticamente se hace referencia a casi todos, aunque llama la atención que los derechos eco-

nómicos, sociales y culturales no hayan sido materia de soluciones amistosas siendo los que podrían tener un margen mayor de negociación.

La modalidad de negociación, como se ha podido observar, no muestra a una Comisión interviniendo decididamente como institución mediadora sino que son las partes las que toman la iniciativa y conducen la negociación de acuerdo a sus propias pautas. No es extraño que para ese efecto se produzcan asimetrías de poder y de recursos de negociación.

### *4.2 Aspectos generales*

Tomaremos la definición de conflicto que aparece en el Curso de Formación sobre Prevención de Conflictos dictado por la Escuela Superior de Personal de las Naciones Unidas (ESPNU), la ONG Fahamu y el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas del año 2006, "El conflicto es una interacción dinámica entre dos o más partes interdependientes que persiguen objetivos (relacionados con recursos materiales y simbólicos) que son incompatibles o que se perciben incompatibles por las partes… "[30].

Pero, sin ir más lejos teóricamente, preguntémonos si las violaciones a derechos humanos pueden verse como conflictos. Considero que sí porque reúne los elementos centrales de éste y debe ser entendido como un hecho complejo en el que los contextos deben ingresar realistamente en el análisis de cada situación. Esto abre la puerta al mundo del diálogo y la negociación.

La Convención plantea estas opciones: negociar a través del procedimiento de solución amistosa o continuar con el examen de la petición hasta lograr un pronunciamiento de la Comisión sobre el fondo y si sus recomendaciones no son atendidas, se abrirá la posibilidad de ir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el procedimiento es eminentemente contencioso (aunque la oportunidad de negociar acompaña a las partes hasta esta instancia).

La Corte en la decisión del 13 de noviembre de 1981 sobre caso Viviana Gallardo y otras, señala en el párrafo 24 lo siguiente: "Todo enfoque que conduzca a negar a los individuos, en especial a las víctimas, el procedimiento ante la Comisión los privaría del importante derecho de negociar y aceptar libremente una solución amistosa, con la ayuda de la Comisión y ´fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención´ (Art. 48.1.f)". Y en el párrafo 25 agrega, "Estas consideraciones bastan para ilustrar cómo el procedimiento ante la Comisión no ha sido concebido en interés exclusivo del

[30] ESPNU, FAHAMU, *Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Prevención de Conflictos*, Ginebra, 2006, p. 48.

Estado, sino que permite el ejercicio de importantes derechos individuales, muy especialmente a las víctimas".

Esta idea del "derecho a negociar" no ha sido desarrollada. Resulta, sin embargo, sumamente sugerente que la Corte frasee de esta manera la opción procesal que la Convención abre en su art. 48.1.f a los peticionarios. De algún modo confirma lo señalado en el punto II de este artículo, que la Comisión está en la obligación de poner el procedimiento de solución amistosa a disposición de las partes aunque en estricto dependa de ellas consentir en su inicio.

Creo que el denominado "derecho a negociar" impulsa aún más a la Comisión a tomar la iniciativa y garantizar que ese derecho sea ejercido en términos de igualdad entre las partes, de manejo técnico del procedimiento y de participación activa de la Comisión como institución mediadora en el caso.

Ciertamente, no a todos entusiasma el procedimiento de solución amistosa. En ese mismo caso ante la Corte, se puede ver en el voto razonado del juez Rodolfo E. Piza la siguiente opinión: "Pero aparte del valor para mí relativo y dudoso de los procedimientos de conciliación, que más bien me parecen montados en interés de los Estados… ", siempre queda abierta esa posibilidad, señala. No hay una fundamentación mayor de este párrafo pero expresa claramente las dudas sobre el valor del procedimiento.

### *4.3 El procedimiento de solución amistosa como espacio de negociación*

En resumen, diría que el procedimiento de solución amistosa, desde la perspectiva del diálogo y la negociación es un medio de protección de derechos que no es prejudicial ni mantiene la lógica de la conciliación entre Estados. El sentido práctico que se le atribuye no significa que carezca de un marco jurídico o esté desprovisto de sentido ético. Su uso puede darse de manera flexible, es decir, no está sujeto a plazos y recaudos rígidos, aunque si requiere de pautas que guíen la negociación para garantizar la igualdad entre las partes y la idoneidad del procedimiento. Depende del consentimiento de las partes. Sólo ellas deberán sopesar su decisión de iniciar el procedimiento y de mantenerse en él demostrando su voluntad negociar. El consentimiento no se limita al inicio sino que acompaña todo el procedimiento hasta que los acuerdos se cumplan.

Es un procedimiento, además, que está a disposición de manera permanente. Es decir no es una etapa procesal que *precluye*, en realidad ni siquiera es una etapa procesal sino una vía distinta con sus propias características, que las partes pueden tomar en cualquier momento del examen de la petición e incluso durante el procedimiento ante la Corte. La cercanía de las partes permite una interacción intensa que en términos de información e intercambio de argumentos resulta productiva. Es probable que las naturales aprehensiones de los peticionarios y las víctimas cedan al darse cuenta que no están negociando

con los perpetradores de los crímenes sino con funcionarios de Estado en cuya evaluación de la situación intervienen otros factores.

Héctor Faúndez señala acertadamente que el procedimiento de solución amistosa es en estricto un proceso de negociación entre el Estado y el denunciante que difiere de la negociación diplomática tradicional que es entre Estados. Es pues un procedimiento especial, alternativo y no tiene la lógica de lo jurisdiccional, lógica dominada por reglas de estricto cumplimiento, con trámites y recaudos especiales y un esquema de contradicción entre las partes que acompaña todo el proceso. En el caso de la solución amistosa, se podría decir que incluso en la parte del esclarecimiento de los hechos, lo que se busca es el reconocimiento de la responsabilidad por parte del Estado a un punto tal que permita que la otra parte pueda continuar sentada a la mesa negociando los demás puntos de la agenda. O como lo dice Mónica Pinto, "Lo que se pretende con una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos es modificar la situación denunciada de modo tal de restituir al afectado en los derechos que le han sido conculcados"[31].

¿Hay algo en el procedimiento de solución amistosa que pueda escamotear la protección de los derechos? Estructuralmente no, los procesos de diálogo negociador son mecanismos aptos para lograr que los Estados cumplan con respetar los derechos de las personas. Sin embargo, es necesario que el referido mecanismo prevea sus propias garantías de funcionamiento para una negociación informada, igualitaria, de buena fe, y técnicamente respaldada.

De modo que, en resumen, diría que hay tres grandes elementos: voluntad de las partes, condiciones de la negociación y homologación de los acuerdos.

### *4.4 Incentivos para negociar*

#### *4.4.1 Incentivos del Estado para negociar*

Creo que el Estado considerará evitar la condena internacional, el desprestigio y la posible comparecencia ante la Corte, así como reducir la publicidad del caso que puede generar mala imagen dentro y fuera del país. El reconocimiento de responsabilidad, además, puede ser interpretado como un mérito moral y político del gobierno.

Si se buscara contribuir con la pacificación de un país, la negociación puede ayudar a no alargar más el tema. Si el contexto fuera de transición política, por ejemplo, nada más razonable que ir cerrando algunos capítulos oprobiosos a través de negociaciones justas. De este modo se va infundiendo en la sociedad

[31] M. PINTO, *op. cit.*, p. 227.

la sensación de estar pasando a una nueva etapa en la vida del país. Servirá también para evitar que la reacción social interna se incremente utilizando como bandera los casos no resueltos.

Habrá también incentivos prácticos como por ejemplo evitar costos económicos tanto por la prolongación del procedimiento ante el sistema interamericano como por los montos que eventualmente se disponga pagar a las víctimas. O el aprovechamiento de una posible superioridad en habilidades y recursos de negociación.

#### *4.4.2 Incentivos de los peticionarios para negociar*

El peticionario tendrá a la mano una vía que puede ser rápida en la solución del problema, de modo que sus derechos se vean restituidos y la reparación alcanzada, principalmente. Pero también, el reconocimiento de responsabilidad produce una sensación de justicia y reparación.

Esta vía ayudaría a evitar que las pruebas se debiliten o desaparezcan con el tiempo. Si ello ocurriera las posibilidades de acceder a justicia serán cada vez menores. Cardozo dice sobre esto que "La prolongación de las negociaciones por tiempos indefinidos generalmente juega en contra de las víctimas, los medios de prueba se desvanecen con el tiempo, deberá ser responsabilidad de los estados no utilizar estas negociaciones como una simple herramienta dilatoria para debilitar las pretensiones de las víctimas"[32].

Y puede ser, además, alentador para las víctimas comprobar que la solución no depende solo de un aparato burocrático sino de la voluntad de las partes en un esquema de negociación flexible orientado a acuerdos.

#### *4.4.3 Incentivos de la CIDH*

En el caso de la CDIH, evidentemente fortalecería más su autoridad al contribuir activamente en la resolución de casos en los que se alcanzan resultados efectivos. Economiza tiempo y recursos, tan importantes para el cumplimiento de todas las funciones de la Comisión y del Sistema en general y fortalece la cultura del diálogo constructivo y orientado a acuerdos.

### *4.5 Opciones de negociación*

El art. 40 inc. 4 del Reglamento de la Comisión señala que "Cuando lo considere necesario, la Comisión podrá encomendar a uno o más de sus miembros

[32] CARDOZO, *loc. cit.,* p. 395.

la tarea de facilitar la negociación entre las partes". Veamos de manera más puntual cuáles pueden ser esas opciones:

#### *4.5.1 Negociación "mediada" por la Comisión*

Según Cardozo, "A los términos de lo que se entiende en derecho internacional por solución de controversias la Comisión cumple un rol de mediador, desplegando tres funciones principales: acercar a las partes, coadyuvar en la búsqueda de una solución satisfactoria y finalmente lograr que el órgano competente homologue el acuerdo"[33]. En este caso la Comisión designa a uno de sus miembros para que se haga cargo de esta tarea y convoca a audiencias con el miembro de la Comisión o con la totalidad de sus miembros. En ocasiones la Comisión "ha elaborado un acta en que se indican las bases sobre las cuales se podría llegar a un acuerdo, y en la que también se señala a las partes un plazo de 30 días para formalizar y precisar los términos de un acuerdo que permita resolver el problema planteado, la cual debe ser suscrita por ambas partes y por la Comisión"[34]. Pero así como en casos como estos, 11.715 y 11.856, entre Chile y los peticionarios, la Comisión se toma la iniciativa de conducir la negociación, en otros, ha tenido una participación más distante.

Pese a todo, comparto con Cardozo la idea de que "la Comisión deberá ser el pilar de las negociaciones, en especial el miembro designado por esta ya que es quien posee los mayores conocimientos de los logros y desaciertos de las negociaciones iniciales, como así también las pretensiones de los demandantes y la voluntad de solución del Estado o de sus representantes y las dificultades a nivel nacional para cumplir con los objetivos propuestos"[35].

#### *4.5.2 Negociación directa*

Debo dejar en claro que el procedimiento de solución amistosa siempre se realiza ante la Comisión y con conocimiento de ella, sin embargo, no siempre la Comisión cumple con el rol de mediación. En la mayoría de los casos, treinta y cinco, las partes se pusieron de acuerdo en establecer directamente la modalidad de negociación, con actuaciones cuyo sentido era convenido sobre la marcha, sin mucho apego a reglas básicas de la negociación.

Hay por consiguiente el riesgo de caer en una lógica litigante o de producirse dilaciones por falta de una guía clara de cómo negociar. No obstante su

[33] CARDOZO, *loc. cit*., p. 396.

[34] H. FAÚNDEZ, *op. cit.*, p. 453.

[35] CARDOZO, *loc. cit.*, p. 396.

apuesta por la mediación, Cardozo agrega, "Entiendo que las partes deberían manejarse con total libertad en el esfuerzo de poner fin a la controversia, no excediendo, claro está, los principios y fines previstos en la Convención"[36], insinuando que hay un espacio de libertad para que las partes le den forma a su propio proceso negociador independientemente de hasta dónde quiera llegar la Comisión.

#### *4.5.3 Negociación asistida por un tercero elegido por las partes de común acuerdo*

Esta figura no está prevista, no se practica de manera extendida pero no encuentro una norma o un argumento que desestime esta posibilidad. Las partes en su decisión de negociar directamente pueden considerar que la negociación podría ser más ordenada y efectiva si cuentan con el apoyo profesional de un facilitador al que expresamente se le otorgan ciertas facultades, básicamente de conducción, de organización del proceso de diálogo, de transmisión de la información, de apoyo en la confección de una agenda de trabajo, de presentación de los problemas, de colaboración en la generación de opciones, de elaboración de actas, etc.

### *4.6 La mediación de la Comisión*

Recapitulando, entonces, de lo que estamos hablando es de un proceso de diálogo, consentido por las partes, enmarcado en derechos, cuyo lenguaje y acción principales son los de la negociación, orientado a acuerdos, promovido por la Comisión, y mediado por ésta.

¿Podrá ser neutral la Comisión? Creo que no es posible pedirle a la Comisión que sea neutral, su actuación está definida por el marco de derechos que debe promover y proteger, pero sí se puede esperar que sea metodológicamente imparcial, que establezca una cierta equidistancia de las partes, aplicando por igual las reglas y contribuyendo a forjar los acuerdos, pensando más en la situación que en las partes mismas. Hay un principio en el método de Harvard que consiste en separar a las personas del problema para concentrar el análisis en éste y no pensar en algún momento que las personas (o actores primarios del conflicto) son el problema.

Es pertinente, sin embargo, acotar lo siguiente, la formación jurídica tradicional prepara a los juristas para la controversia, para el alegato, para el cargo y el descargo. La lógica de la negociación, sin descartar por completo los ele-

[36] CARDOZO, *loc. cit.,* p. 395.

mentos mencionados, se dirige hacia la colaboración, el entendimiento, la satisfacción mutua. En ese sentido, la Comisión debe prever que estas capacidades estén instaladas en su aparato organizativo y en la formación profesional de sus integrantes.

Cabe preguntarse también hasta dónde puede llegar la Comisión como mediadora. Creo que debe asumir el liderazgo en la resolución del caso, promover las negociaciones de manera persuasiva y crear confianza entre las partes y hacia ella misma. La Comisión, debe planificar su participación analizando con cuidado cada caso, aplicando para ello las diferentes herramientas de análisis de conflictos que existen y, sin interferir gruesamente en la voluntad de las partes, colaborar activamente en la construcción de las soluciones. La Comisión puede asistir técnicamente en materia jurídica o procurarla si fuera necesaria de instituciones y personas reputadas. También puede ayudar a superar las trabas en el diálogo o los incidentes que se presenten apelando a su autoridad moral; tratar ciertos temas por separado cuando la situación así lo requiera; convencer permanentemente de que el diálogo es la mejor salida al problema; frasear adecuadamente fórmulas de solución que pondrá a consideración de las partes; alisar la comunicación introduciendo categorías conceptuales que ayuden a ver las cosas de otra manera; ayudar a superar malentendidos por errores de comunicación; poner algunos pasajes de la negociación en contexto, sin inducir a nadie; elaborar actas con acuerdos, con la mayor precisión posible, pensando en que ambas partes deben sentirse reconocidas en el texto.

Veamos a continuación algunos temas problemáticos:

#### *4.6.1 La acreditación*

El art. 40.5 del Reglamento establece que, "… Antes de aprobar dicho informe, la Comisión verificará si la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa…".

Creo que desde el primer momento, el consentimiento para negociar debe estar claramente expresado por parte de las víctimas. Quien negocia debe tener título suficiente para hacerlo en nombre de otros, esto significa que debe acreditar su participación con el poder suficiente que lo autoriza a negociar y acordar por otras personas. Así se evitan las resistencias o desacuerdos que frustren a las finales todo el procedimiento.

Mónica Pinto nos previene del problema que podría suscitarse si no se aclara la acreditación, "En este sentido, cabe recordar que la distinción cardinal entre peticionario y víctima que establece el Sistema Interamericano puede conducir a la virtual imposibilidad de intentar una solución amistosa cuando

el primero carece de mandato suficiente para negociar en nombre de la persona afectada en sus derechos"[37].

Así como la representación de la víctima puede ser un problema, la del Estado también. Me pregunto si puede un representante del Poder Ejecutivo asumir compromisos que constitucional y legalmente le corresponden al Poder Legislativo. ¿Qué pasa con los gobiernos sub nacionales? Es frecuente que en todos los países y más en los nuestros por el nivel de desarrollo de la democracia, que los intereses de las distintas instituciones de un Estado y de sus titulares no sean los mismos, sobre todo en términos políticos. ¿Si fuere indispensable cumplir con el compromiso de dictar una ley y no hay viento a favor en el Poder Legislativo, cómo proceder, qué alternativas tiene el Poder Ejecutivo que sí ha manifestado su voluntad de resolver esa parte del problema a través de una ley?

#### *4.6.2 La "voluntad política"*

Los Estados están permanentemente sometidos a presiones. Una de ellas es la exigencia internacional de cumplir con los instrumentos de derechos humanos suscritos y con las instancias de protección reconocidas. Sin embargo, los Estados pueden resistir por muchos años esas presiones y vivir en medio de la condena internacional. Es verdad que en un mundo globalizado es cada vez más difícil hacerlo pero no imposible.

Es por eso que hay un elemento indispensable en el proceso de negociación y es la "voluntad política" del Estado. No obstante ser una expresión de significado elusivo, se usa con frecuencia en el discurso político y ciudadano. Cuando no se observa en el gobierno gestos orientados a realizar determinada acción o cumplir con algún compromiso, se dice que no hay "voluntad política". Oxfam GB, a propósito de la política de igualdad de género, dice que "En un sentido amplio la ´voluntad política´ es el compromiso sostenido de los políticos y funcionarios de invertir los recursos necesarios para lograr objetivos específicos. Es la *buena disposición* de estos actores para realizar reformas e implementar políticas, a pesar de la oposición. Por el contrario, la falta de voluntad política es la ausencia de dicho compromiso y buena disposición. La voluntad política puede ser, asimismo, entendida en términos de tres conceptos interrelacionados: compromiso, liderazgo y capacidad de respuesta"[38].

En este marco el Estado hará su propio análisis respecto de su participación en el procedimiento de solución amistosa y mostrará su "voluntad política" de tratar el caso colaborando con la negociación.

---

[37] M. PINTO, *op. cit.* p. 129.

[38] Oxfam GB, *Serie Educación e Igualdad de Género. Contribuciones del Programa*, Oxford, 2005, p.2

### *4.6.3 Las asimetrías del poder*

Cuando la Comisión homologa los acuerdos lo que hace es verificar si son plenamente compatibles con las obligaciones derivadas de la Convención. En mi opinión este paso es fundamental pero no es suficiente como garantía de un proceso que tiene varios momentos en los que se revelan las carencias de alguna de las partes, la desigualdad en el uso de recursos informativos, profesionales, mediáticos, etc. Todo esto puede dar lugar a una negociación inequitativa o a una inadecuada representación de los intereses de la sociedad en la negociación.

Las partes –y en especial las víctimas- tienen derecho a saber cómo proceder en el mecanismo de solución amistosa y hasta dónde podrán contar con el apoyo de la Comisión. La existencia de pautas de referencia o, en algunos casos, de reglas precisas, de una metodología de trabajo anunciada y explicada, de una presencia de la autoridad de la Comisión que nivela el poder y los recursos de las partes, permitirá que la negociación sea simétrica.

La Comisión no solo debe mediar con gran solvencia técnica sino que debe ser el factor de equilibrio entre las partes y la autoridad moral que garantiza un procedimiento transparente, de buena fe, constructivo e igualitario. No se trata solo de una verificación final sino de una evaluación permanente de que nadie se aparta de los límites establecidos por los derechos aunque en ellos pueda haber máximos y mínimos negociables.

### *4.6.4 ¿Negociación sobre derechos?*

Toda negociación implica incertidumbre. Las partes se influyen mutuamente con información, argumentos, expresiones emocionales, presiones, etc. El resultado de esta interacción es imprevisible, puede tener un desenlace de ruptura de la negociación o puede llegarse al final con acuerdos satisfactorios. Las partes en la medida que van construyendo sus acuerdos van pasando de la incertidumbre a la certidumbre. Pero a la vez, ambas se mueven dentro de los límites de los derechos establecidos en normas jurídicas vigentes. ¿Cómo se combina la incertidumbre de la negociación con la certeza de las normas?

No hay manera de responder a esta pregunta sin volver por un momento al art. 1 de la Convención que en resumen establece que los Estados Partes tienen la obligación de respetar los derechos y garantizar su pleno ejercicio. La acción de "respetar" implica no ser agente violador de derechos, y la acción de "garantizar" implica proteger los derechos de la posible acción violatoria de derechos de parte de agentes del Estado o de particulares. Es el reconocimiento de este incumplimiento el que genera consecuencias jurídicas a nivel de restitución de derechos o de reparaciones, etc. Pero tanto una cosa como la otra se plantean y negocian en el procedimiento de solución amistosa.

Hay, en principio, una dimensión política de los hechos y los contextos dentro de la cual la negociación es factible. Allí no habría esencialmente reparos, sin embargo, también hay una dimensión jurídica en la que sí surge la pregunta sobre si los derechos consagrados en la Convención son materia negociable. Dejando de lado la aprehensión moral que puede suscitar la palabra negociación en relación a derechos humanos y a hechos frecuentemente muy graves, la respuesta a esa pregunta puede hacerse de dos maneras: primero, por el lado del carácter interpretable de las normas jurídicas y, segundo, por el lado de la identificación de los intereses contenidos en la normas que declaran derechos.

Como se sabe, las normas no son cláusulas pétreas y unívocas sino que, como todo texto y como todo producto histórico, pueden y deben ser interpretadas. En ese sentido, los derechos establecidos en la Convención son materia de profusa doctrina y jurisprudencia que desarrolla y precisa su naturaleza y alcances y que demuestra que la normativa de derechos humanos está sometida a debate permanente. Esta condición de la norma jurídica flexibiliza el marco de la negociación y permite introducir otras miradas de la norma que se adapten mejor a la complejidad de los hechos reales que se ventilan.

El otro aspecto me parece más sugestivo y es el de los intereses. Lo que se negocia no es el derecho en sí, que en verdad es innegociable sino los intereses contenidos en él y que pueden ser diversos por su carácter, por su magnitud, por su alcance, etc. Esos intereses son específicos, provienen de la realidad y no de una construcción jurídica, están enmarcados en los límites de la norma pero no se explican solo por ella. Esto nos permite afirmar que en un esquema de negociación a la rigidez de la norma hay que acompañarla con la ductilidad de los intereses, que por su conexión con la realidad son de mejor comprensión por ambas partes, tanto la que carece de formación jurídica como la que teniéndola actúa con una lógica adversarial y legalista. En ese trance el derecho es más un arte que una técnica.

Lo que quiero sostener en resumen es que: a. hay intereses en la realidad de los casos particulares que llenan de contenido la forma legal de la norma; b. esos intereses se pueden expresar en máximos y mínimos durante la negociación sin que el *telos* del derecho se vea traicionado; c. el acuerdo es el interés reconocido por ambas partes y la forma de su satisfacción.

No obstante, la identificación de los intereses de las partes no es algo que esté muy claro desde el inicio, está medio oculto entre las "posiciones" que generalmente son la carta de presentación de las partes. Recordemos que los intereses son objetivos no declarados por las partes, en ocasiones no advertidos siquiera por ellas, pero que en el proceso de diálogo van apareciendo de manera natural o de manera inducida por el mediador o por un negociador hábil. "Los

intereses motivan a las personas; son el resorte silencioso detrás del ruido de las posiciones"[39].

Este enfoque de la negociación se ve mucho más claro tratándose de derechos económicos, sociales y culturales que son de naturaleza "prestacional" y que requieren por consiguiente del diseño de políticas públicas que aseguren su disfrute. Este tipo de negociación puede impulsar la obligación positiva del Estado de generar políticas.

Avances en este sentido se han podido observar en el marco de las garantías de no repetición cuando se han dictado leyes que han modificado figuras jurídicas. Pero en el caso de los DESC está por verse, dado que hasta donde abarca este estudio, ningún caso de este tipo ha seguido el procedimiento de solución amistosa.

Otro campo de negociación es el de las reparaciones e indemnizaciones. No diré que es más sencillo negociar cuando el punto es cuantificable pero si hubiera criterios de cuantificación o precedentes al respecto la negociación fluiría más fácilmente. En ocasiones las partes confían esta operación a un tercero. Pero donde sí se pueden presentarse disensos fuertes es en materia de reparaciones simbólicas. No olvidemos que todo lo simbólico constituye mensajes que trascienden al ámbito público y pueden tener un efecto político; por ello será siempre objeto de cuidadosa evaluación de parte del Estado.

Finalmente, haría falta que un nuevo enfoque del procedimiento de solución amistosa se fortalezca en la práctica con la elaboración de un protocolo que guíe a las partes y a la Comisión durante el proceso de diálogo negociador que se cumple dentro del procedimiento de solución amistosa. Ese protocolo debe contener principios claros que inspiren y orienten el procedimiento, conceptos operativos que definan su naturaleza, el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las pautas generales y específicas a las que las partes deben atenerse.

* * * * *

[39] R. FISHER, W. URY, B. PATTON, *Sí... ¡de acuerdo!, cómo negociar sin ceder*, Colombia, 1995, p. 48.