

**RESEÑA SOBRE EL ORIGEN, CONCEPTO Y
CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

María Clara Evangelista



Trabajo Integrador Final

Especialización en Derecho Constitucional

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Nacional de La Plata

Director: Miguel O. Berri

RESEÑA SOBRE EL ORIGEN, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

María Clara Evangelista

Resumen: Se realiza una descripción del “control de convencionalidad”, los diferentes criterios en la aplicación que ha realizado nuestro máximo Tribunal Nacional. Se ilustra también sobre los principios a tener en cuenta en el momento de aplicar dicho control y por último, las diferentes miradas de “la soberanía y el control de convencionalidad”.

Abstract: A description of the “conventionality control” is made, the different criteria in the application that our Superior National Court has made. It also illustrates the principles to be taken into account at the time of applying said control and, finally, the different views of “sovereignty and control of conventionality”.

Palabras clave: “Control de Convencionalidad”, “Derechos humanos”, “Principio pro persona”, “Soberanía”.

Keywords: “Control of Conventionality”, “Human Rights”, “Pro Person Principle”, “Sovereignty”.

"Ya veis que no soy pesimista ni un desencantado, ni un vencido, ni un amargado por derrota ninguna; a mí no me ha derrotado nadie; y aunque así hubiera sido, la derrota sólo habría conseguido hacerme más fuerte, más optimista, más idealista; porque los únicos derrotados en este mundo son los que no creen nada, los que no conciben un ideal, los que no ven más camino que el de su casa o su negocio, y se desesperan y reniegan de sí mismos, de su patria y de su Dios, si lo tienen, cada vez que les sale mal algún cálculo financiero o político de la matemática de su egoísmo. Trabajo va a tener el Enemigo para desalojarme a mí del campo de batalla! ...Y después el Enemigo no puede renovar su gente, por la fuerza o por el interés, que no resisten mucho tiempo; y entonces, o se queda solo, o se pasa al Amor, y es mi conquista, y se rinde con armas y bagajes a mi ejército invisible e invencible" (Fragmento de una página del discurso de Joaquín V. González "La Universidad y el alma argentina" del 18 de septiembre de 1918- Museo Samay Huasy-).

ÍNDICE DE CONTENIDO

I. Introducción	9
II. Consideraciones y origen del control de convencionalidad. Breve reseña.	11
III. Principios rectores en la materia.....	20
IV. Dos pautas interpretativas a la hora de realizar el control de convencionalidad.....	28
V. Comentario introductorio, respecto de las decisiones de la corte suprema.....	36
VI. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y el control de convencionalidad. Alcance de los fallos de la CIDH.	40
VII. Doctrina de los autores.....	59
VIII. Los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Su valor jurídico. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	72
IX. ¿Cambio de criterio de la Corte Argentina? Un fallo particular y resonante.....	84
X. Soberanía y control de convencionalidad.....	107
XI. Conclusión.....	126
XII. Bibliografía.....	129

I. INTRODUCCIÓN

La importancia y trascendencia que desde 1994 ha tenido el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional junto con el Capítulo de “Nuevos Derechos y Garantías” (arts. 36 a 43) y otras cláusulas referidas a las atribuciones del Congreso (incs. 17, 19 y 23 especialmente), **ha producido una verdadera actualización ideológica de la Constitución y ha colocado a nuestro país en el concierto de las naciones que se comprometen a respetar los derechos humanos y se someten al control de los tribunales internacionales** (Ibarlucía E. A., 2011).

En ese contexto, la aplicación de las convenciones internacionales enumeradas en el art. 75 inc. 22, en particular la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESYC) han traído como consecuencia una revaloración de los derechos humanos, cuestión que por supuesto "festejamos" de la mano del "control de convencionalidad".

Reproduciendo lo dicho por el jurista Miguel Carbonell, respecto a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de México en el 2011, pero pudiéndolo perfectamente transpolar, en ese sentido, del mencionado país al nuestro, con la reforma de nuestra Carta Magna en 1994, refiere que "La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 tiene como uno de sus ejes vertebradores la apertura del sistema jurídico, en este caso, argentino, al ordenamiento internacional, con todo lo que ello supone: recepción de los tratados e incorporación de los mismos al derecho interno con rango constitucional, pero también reconocimiento derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por el Estado argentino, entre otras muchas cuestiones".

El mencionado "**control de convencionalidad**" puede definirse como "**la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con**

la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia", concepto que ha surgido de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana (CIDH). (OEA, 2015).

Coincidiendo con el Dr. Bianchi, puede decirse entonces que el control de convencionalidad es a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), lo que el control de constitucionalidad es a la Constitución. A lo que agrego que, la Corte Nacional no sólo debe efectuar el control clásico de constitucionalidad sino que tiene la obligación de realizar también el control de convencionalidad.

¿A partir de ello, cuál es la relación existente entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad? En mi opinión ambos controles pertenecen al mismo género. La diferencia es que uno protege la integridad de la Constitución y el otro el de la CADH, pero siendo ésta última parte integrante de la aquella, esta distinción no parece ser sustancial, salvo que en el control de constitucionalidad la que marca el ritmo jurisprudencial es la Corte Suprema, mientras que en el de convencionalidad es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Esta diferencia exige preguntarse (a) en qué medida la jurisprudencia de la CIDH es vinculante para los países que han suscripto la CADH y (b) si la CIDH puede imponer a los tribunales de los países miembros las reglas procesales de ejercicio del control de convencionalidad. (Bianchi, Octubre 2014).

Y es básicamente en esa dirección donde apunta el presente trabajo, tratando de desarrollar y dilucidar algunos criterios al respecto.

II. CONSIDERACIONES Y ORIGEN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. BREVE RESEÑA.

Empecemos por una obviedad: los tratados se firman para ser cumplidos ("pacta sun servanda"). Esta afirmación que parece ser muy obvia, en ocasiones, para algunos de los Estados, a la hora de efectivizarla parece que no lo es tanto.

El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente.

Los artículos 1 y 2 de CADH sientan los deberes específicos para los Estados a ella adheridos.

Así el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece pero también a "garantizar" su pleno y libre ejercicio.

Por otro lado, el art. 2 de la Convención Americana establece el deber de adoptar disposiciones de carácter interno a efecto de dotar de plena efectividad a sus normas. El mencionado artículo expresamente se refiere a "medidas legislativas o de otro carácter", encontrándose dentro de este último grupo, la actuación de los jueces, los cuales juegan un rol fundamental en el cumplimiento de los mandatos de la Convención. Resalto también que dentro de este artículo 2 de la CADH se alude al "efecto útil" que debe tener el Pacto.

En esa línea se encuentra una previsión similar en el art 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.1. del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los Estados Nacionales, cuando firman un tratado internacional, deben hacer todo aquello que esté a su alcance para cumplirlo, lo que incluye adaptaciones normativas, puesta en marcha de diagnósticos, implementación de políticas públicas y reorganización (desde el punto de vista procesal, pero también sustantivo) de la forma de resolver de los jueces. Los tratados obligan a todas las autoridades, de todos los niveles de gobierno (atento al federalismo

vigente), sin que sea posible oponer ninguna norma o interpretación de derecho interno para dejar de observarlos. (Carbonell, 2015, pág. 175)

En lo que respecta a la Corte IDH, el respaldo normativo a la existencia y funcionamiento de la misma surge explícitamente de los arts. 33.b, CADH y 1 de su Estatuto, que la define como "una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y el presente Estatuto".

Su competencia se ejerce a través de dos funciones que surgen de ambos documentos: 1) por un lado, la función jurisdiccional (arts. 61 , 62 y 63 , CADH), la cual concluye en una sentencia con efecto de cosa juzgada; 2) por otro lado, su función consultiva (art. 64), ante consultas tanto de los Estados miembros de la OEA, acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales, como de los propios organismos de la OEA.

La función jurisdiccional es ejercida conforme a las disposiciones de la Convención, el Estatuto y el Reglamento de la Corte, y tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, a fin de declarar si ha existido por parte del Estado demandado alguna violación a los derechos y garantías reconocidos por la Convención, y que en su caso, y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 63.1 , ordene: 1) se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados; 2) se reparen las consecuencias de la medida o situación configurante de la vulneración de esos derechos; 3) se abone a la parte lesionada una justa indemnización. (Haro, 2010)

Es importante señalar, sobre qué normas supranacionales ejercen el control de convencionalidad los jueces tanto domésticos como los de la CIDH, ya que no sólo les compete realizarlo sobre la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), sino respecto a otros tratados

internacionales ratificados por la Argentina, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH. (Hitters, 2009).

El ex magistrado García Ramírez aclaró en su voto razonado, en el fallo "*Trabajadores Cesados del Congreso* (del 24/06/2006) que el "control de convencionalidad" se debe desplegar no sólo respecto de la CADH sino también, por idénticas razones, de otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus iuris* convencional de los derechos humanos de los que son partes los Estados americanos: Protocolo de San Salvador, Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y Convención sobre Desaparición Forzada.

A nivel local, Gil Domínguez sostiene que el control de convencionalidad no se debería limitar a la CADH sino a todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. (Rey, 2013-II).

En lo referente a los tratados internacionales, a modo de ejemplo enumeramos los indicados en el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, es decir: *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño*. Pero como se dijo en el párrafo anterior, no son sólo ellos los susceptibles del control de convencionalidad, y no es necesario que tengan rango constitucional.

En cuanto al legitimado activo, éste será la Comisión o un Estado miembro (art. 61 C.A.D.H.) y el legitimado pasivo, siempre será un Estado miembro (art. 44 C.A.D.H.).

El Dr. Sagues sostiene que el "control de convencionalidad" se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *iuscommune* interamericano, en materia de derechos personales constitucionales. Su éxito dependerá del acierto de las sentencias de la Corte Interamericana y de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales. (Sagues N. P., 2011).

En lo referente al **origen** de la doctrina del control de convencionalidad, la misma fue ***insinuada por primera vez*** en los votos del juez Sergio García Ramírez de la CIDH en los casos "Myrna Mack Chang vs. Guatemala" de 2003 y "Tibi vs. Ecuador" de 2004, y ya por el pleno del tribunal en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile" de 2006. Dijo allí este tribunal que cuando un Estado había ratificado un tratado internacional como la Convención, *sus jueces*, como parte del aparato del Estado, también estaban sometidos al mismo, lo que los obligaba a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vieran mermadas por aplicación de leyes contrarias a ese objeto y fin. "*En otras palabras – expresó – el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana*". Y agregó: "*En esta tarea, el Poder Judicial debe **tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación** que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, **intérprete final** de la Convención Americana*".

Se desprende de este importante caso que cuando la CIDH adoptó (por todos sus miembros) la doctrina del control de convencionalidad no se limitó a decir que los jueces de los Estados parte debían velar no sólo porque se respetaran las normas de la Convención sino también que se *tuviera en cuenta la interpretación* que de ellas hacía el propio tribunal. Y aquí, como veremos, surgen las dudas y discrepancias entre los doctrinarios y los operadores del derecho en la Argentina.

Pero sigamos, por ahora, con los fallos de la CIDH.

Lo mismo que en "Almonacid" dijo el tribunal en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" de 2007. Y aún más: llegó a decir que el control de convencionalidad debía ser ejercido **de oficio** por los jueces. Es decir, lo que en la Argentina llevó ciento cuarenta años de discusión – me refiero a la pertinencia o no del control de oficio de constitucionalidad (recién en 2001 la Corte Argentina admitió, por mayoría de sus miembros, el control de oficio en el caso "Mill de Pereyra, Rita", Fallos: 324:3219) -la CIDH lo impuso para todos los jueces a los pocos años de que fuera ratificada la Convención por la mayoría de los Estados americanos.

Pero debe destacarse que el tribunal hizo la salvedad de que debía ejercerse *de acuerdo a los supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones*. En otras palabras, el tribunal quiso dejar a salvo que respetaba los sistemas particulares de cada Estado en cuanto a la organización judicial. ¿Implica ello que si un Estado tiene control concentrado de constitucionalidad, los jueces ordinarios no pueden declarar una *inconventionalidad*? Parecería que sí, siempre y cuando la cuestión llegue a conocimiento del Tribunal Constitucional.

Tal doctrina se reiteró en el caso "*Raxcacó Reyes vs. Guatemala*" de 2005, y luego, en "*Boyce vs. Barbados*" de 2007, la CIDH criticó a la Corte de ese país por no ejercer el control sobre la base de la Convención (Ibarlucía E. A., 2011).

En este contexto creo oportuno mencionar el caso "*Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra v. Ejército Argentino*" (del 27/11/2012) de nuestra Corte Suprema, por el cual nuestro más Alto Tribunal, definió de manera categórica la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad **"de oficio"**, despejando cualquier duda al respecto y tomando, entre otros argumentos, las directrices emanadas de la Corte IDH en el precedente "*Mazzeo*" (CSJN -2007-), recordando los considerandos de la Corte IDH en el caso "*Almonacid Arellano y otros v. Chile*" (de 2006).

Vanossi (Vanossi, 2013-A), al comentar el fallo "*Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino*", dice algo que a mi parecer, merece ser resaltado: El

reconocimiento de la Constitución como norma de orden público es el principal argumento para la explicación racional de la necesidad de mecanismos que aseguren el control de constitucionalidad con relación a las normas y actos inferiores: sin ese control se tornarían ilusoria la supremacía constitucional como norma de orden público, ya que los órganos de aplicación y los particulares podrían "disponer" de los contenidos constitucionales, que perderían así la nota de imperatividad que es propia de su jerarquía normativa. Por lo demás, esa condición o calidad de "orden público" también milita a favor de la defensa de la posibilidad de un control de oficio de la constitucionalidad de los actos estatales, dado que el sometimiento al recaudo de la "petición de parte interesada" puede importar tanto como permitir que el silencio o la abstención de las partes sirvan para convalidar un acto violatorio de la Constitución, con la complicidad del funcionario jurisdiccional que así disponga la aplicación de ese acto o norma en lugar de declarar su inconstitucionalidad (Conf., Vanossi, "Teoría Constitucional", 2ª ed., t. II, pp. 9 y 10, Depalma, Buenos Aires, 2000).

En el caso "*Cabrera García y Montiel Flores v. México*" (del 26/11/2010), el tribunal precisó a qué se refería cuando manifestó que "los órganos del Poder Judicial deben ejercer el control de convencionalidad *ex officio*, en los siguientes términos: los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles* están en la obligación de ejercer *ex officio* un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". En su voto razonado, Ferrer MacGregor Poisot explicó que existirían distintos grados de intensidad del control de convencionalidad, que será menor en aquellos sistemas en que no se permite el control difuso de constitucionalidad, donde los jueces, si bien no podrán dejar de aplicar la norma, deberán realizar una "interpretación convencional" de ésta, buscando lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional. En caso de incompatibilidad absoluta, cuando no exista "interpretación convencional" posible, el constitucionalista mexicano propone que el juez que carezca de facultades para desaplicar la norma "se limitará a señalar la inconvencionalidad de la misma o, en su caso,

'plantear la duda de inconvencionalidad' ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el 'control de convencionalidad' con mayor intensidad", quienes serán los que efectivamente deberán declarar la invalidez de la norma contraria a la CADH. Finalmente, a fines de 2012 el tribunal brindó dos precisiones más con respecto al "control de convencionalidad". En el caso *"Gudiel Álvarez (Diario Militar) v. Guatemala"* estableció que dicho control se debe hacer no sólo en relación con la CADH, sino también con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará. Asimismo, puso este deber tanto en cabeza de los jueces como del Ministerio Público. Finalmente, en el caso *"Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador"* (del 25/10/2012) sostuvo que "todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, se encuentran obligados a ejercer un control 'de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". En síntesis, de lo expuesto se desprende que la doctrina del control de convencionalidad de oficio para la Corte IDH debe ser ejercida por todos los niveles del Poder Judicial y de los Ministerios Públicos, así como por los demás poderes y órganos estatales. (Rey, 2013-II)

Elena Highton dice que de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos surge un agregado importante en cuanto al sistema Interamericano, porque los jueces también deben realizar el "control difuso de convencionalidad", debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. El "control difuso de convencionalidad" convierte al juez nacional en juez interamericano. Son así los primeros intérpretes de la normatividad internacional.

Este tipo de control no implica optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino que significa en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una "interpretación convencional" de la disposición nacional. El

"control concentrado de convencionalidad" lo realiza, fundamentalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Pero ahora constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes, que la CIDH reconoce en sus sentencias y entiende que conviene reconocer, sostener y acrecentar, en tanto se ha ampliado al extender el control a todos los jueces nacionales.

Dice la propia Corte Interamericana que resulta evidente que ella crea la doctrina del "control difuso de convencionalidad" al advertir la tendencia hacia la "constitucionalización" o "nacionalización" del derecho internacional de los derechos humanos y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento "hermenéutico" y de "control" de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear su nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad".

En cambio, el grado de intensidad del control disminuirá en aquellos sistemas donde se impide el "control difuso de constitucionalidad" y no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley. Al no tener esa potestad tendrán que aplicar la norma debiendo, en todo caso, realizar una "interpretación conforme", no sólo a la Constitución nacional, sino también a la Convención Americana y a la jurisprudencia convencional. En caso de incompatibilidad absoluta, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar su inconvencionalidad o, en su caso, "plantear la duda de inconvencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad (Nolasco, 2014).

Ahora bien, como se ha preguntado un constitucionalista argentino, ¿a partir de "Almonacid Arellano", la CIDH ha establecido que su jurisprudencia es *vinculante* para los tribunales de los Estados parte de la Convención? En otras palabras, ¿hay una suerte de "*stare decisis*" interamericano?

Evidentemente ello es lo que pretende la CIDH, pero la respuesta dependerá del seguimiento que en cada país se haga de la jurisprudencia del

tribunal, tema que desarrollaremos más adelante en lo atinente a nuestro Alto Tribunal Nacional (Ibarlucía E. A., 2011).

III. PRINCIPIOS RECTORES EN LA MATERIA.

La adopción de medidas legislativas que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales, implica el deber estatal de adoptar medidas que adecuen el derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado Parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares el Estado tiene siempre la libertad de asegurar mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente. En la materia rigen como reglas interpretativas básicas contenidas en la misma Convención, en su art. 29, los postulados o ***principios de "progresividad" y "favor persona"***, éste último derivado del art. 29, literal b) de la CADH, lo que posibilita aplicar los estándares de otros tratados en que el Estado forme parte que establecen estándares superiores de atributos y garantías de los derechos que los contenidos en la CADH.

El ***principio pro homine o favor persona***, consiste en que entre dos enunciados normativos que contienen atributos y garantías de derechos fundamentales, siempre debe aplicarse aquel que asegura mayor cantidad de atributos o garantías de los derechos, como asimismo debe aplicarse siempre en caso de normas restrictivas o limitadoras de derechos aquella que restrinja menos los atributos y garantías de derechos, como asimismo dichas restricciones o limitaciones deben considerarse para el caso específico determinado normativamente sin poder extenderse a otros casos por analogía . Ello implica que en materia de derechos humanos el principio que impera no es el de jerarquía normativa, sino aquella norma que mejor protege los derechos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, ha aplicado el principio *pro homine* o *favor persona* no solo para interpretar en la forma más favorable a la persona los derechos asegurados por la Constitución y los tratados internacionales, sino también entre estos últimos, como ocurre en la sentencia *Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros*, 11.8.2009 – Fallos:

332:1835 65. Como asimismo ha concretado el control de convencionalidad, siendo doctrina de la Corte Suprema que garantizar los derechos humanos “implica para el estado el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de aquellos, lo que comprende el ejercicio del ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, haciendo cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo de sus derechos constitucionales que sufra un menor en esta situación, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio” (CS, *García Méndez, Emilio*, 02/12/2008 – Fallos:331:2691. (Alcalá, 2015).

En lo referente al ***principio de progresividad***, también previsto en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y siguiendo las pautas interpretativas que, a partir de 1989, han sido expuestas en las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo de contralor del PIDESyC, como así también las elaboradas por la doctrina, especialmente las que han sido enunciadas por sendos grupos de expertos en derecho internacional convocados al efecto y que son conocidas bajo el nombre de Principios de Limburgo (1986) y Directrices de Maastricht (1997), podemos decir que, si bien la expresión "lograr progresivamente" utilizada en el Pacto implica reconocer que no podrá lograrse en forma inmediata la plena efectividad de todos los DESC, dicha expresión no ha de interpretarse como que priva a las obligaciones impuestas a los Estados de todo contenido significativo; por el contrario, aunque carezca de recursos propios o se presenten otras dificultades, cada Estado parte tiene la obligación de asegurar, por lo menos, la satisfacción de "niveles esenciales" de cada uno de esos derechos (Observ. Gral. 3, párr. 10; Principios de Limburgo, párr. 25; Directrices de Maastricht, párr. 9) (Vidal, 2011).

En relación con este tema señalan Abramovich y Courtis (Abramovich & Courtis, 2004), el goce de los derechos económicos, sociales y culturales

requiere justiciabilidad, tanto como el de los derechos civiles y políticos. Corresponde entonces proyectar las posibilidades de reclamo judicial de esta obligación de no regresividad. A continuación esbozaremos un esquema conceptual tendiente a señalar los puntos fundamentales que requeriría una construcción jurídico-dogmática que haga posible dicha aplicación judicial. Desde algunas posiciones teóricas, todas las obligaciones vinculadas con los derechos económicos, sociales y culturales tienden a entenderse como simples directivas de política pública dirigidas a los poderes políticos, de modo que -de acuerdo a estas visiones- las posibilidades de revisión judicial de las medidas tomadas sobre la materia son escasas. Creemos que se trata de una posición no sólo incorrecta, sino además lesiva de la potencialidad de los derechos económicos, sociales y culturales que pretenden defenderse. La obligación de no regresividad constituye justamente uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales que resulta directamente aplicable por el Poder Judicial. Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde el punto de vista del ciudadano, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del PIDESC, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía sustancial, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.

Sagues dice que pueden distinguirse dos niveles diferentes sobre lo que ha sido el control de convencionalidad gestado jurisprudencialmente por la

CIDH, **a**) Desde años atrás existía el control de convencionalidad (aunque no se llamase así) realizado por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien reputaba inválidas a normas del derecho local opuestas al Pacto de San José de Costa Rica. En el caso *La última tentación de Cristo* (2001), por ejemplo reputó violatoria del Pacto a una cláusula de la Constitución de Chile en materia de censura televisiva, y exigió su reforma, cosa que finalmente ocurrió. A esta variable se la llama, según los autores, control inter (o supra) nacional de convencionalidad o "desde arriba". Y **b**) a partir de 2006, en *Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana va a reclamar a los jueces nacionales que inapliquen, ellos mismos, las normas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, a su propia jurisprudencia. Tal es el segundo nivel del control de convencionalidad, que usualmente se denomina control "nacional" de convencionalidad, o "desde abajo", que otros prefieren llamarlo "interno" (respecto del Estado local). Es decir que se advierte una transformación de tipo quizás copernicana, a partir de 2006, que es el lanzamiento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la doctrina del control de convencionalidad a practicar por los operadores nacionales (Sagues N. P., 2013).

Claudio Nash sostiene que el "control de convencionalidad" claramente tiene su fuente de inspiración en la figura del control de constitucionalidad ampliamente desarrollado en el ámbito interno de los Estados. Así, la Corte Interamericana en el fallo *"Cabrera García y Montiel Flores vs. México"* (del 26/11/2010), cita como fuente del control de convencionalidad, jurisprudencia dictada por tribunales superiores de Costa Rica, Bolivia, República Dominicana, Perú, Argentina y Colombia.

En definitiva, parece evidente que el derecho internacional de los derechos humanos, en particular en su jurisprudencia, ha recogido estándares desarrollados en el ámbito interno, para dar contenido y alcance a los derechos consagrados internacionalmente. También se ha desarrollado la idea de un mecanismo de garantía interno de los derechos con consagración

internacional, inspirado en un sistema de control de constitucionalidad ampliamente desarrollado en el ámbito interno (Nash, 2013).

El control de convencionalidad desempeña un doble papel, por un lado es represivo, puesto que obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto, y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otro lado, es constructivo, también los obliga a interpretar el derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Se busca una interpretación armonizante o adaptativa del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.

Rosatti plantea que la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad 'por fuera' del control de constitucionalidad porque los tratados (aprobados y ratificados por nuestro país) no están desligados de la Constitución, ya que la introducción del art. 75 inc. 22 no autoriza a desligar la interpretación judicial de los tratados realizada por un tribunal nacional en el marco de un caso concreto (el llamado control de convencionalidad) del control general de constitucionalidad. En este sentido, Rosatti hace hincapié en que el inc. 22 del art. 75 de la C.N. expresa que los tratados internacionales ingresan al orden jurídico argentino "en las condiciones de su vigencia".

Algunos sostienen que tal expresión -en las condiciones de su vigencia- remite a las modalidades de la incorporación de tales tratados en el orden jurídico argentino (vgr: con o sin reservas (y en este último caso "según ellas"), con o sin jerarquía constitucional). En este sentido la reserva es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado

(art. 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Otros entienden que ello se asimila a la forma en que tales convenciones son interpretadas por los órganos internacionales competentes para hacerlo. De modo que no sólo el texto sino también la interpretación de tales tratados serían incorporados al sistema jurídico argentino, obligando a los tribunales locales 'a considerar' (como "imprescindible pauta de interpretación" y aún 'a seguir' (de modo 'imperativo') a este bloque normativo-doctrinario, que prevalecería —en caso de conflicto— sobre toda otra disposición o interpretación nacional.

La Corte Federal, a pocos meses de la vigencia de la reforma, se expidió sobre el alcance de la frase en análisis en el caso "*Giroldi*" (del 07/04/1995) donde afirmó que "La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación". Asimismo, destacó que "La jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. art. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2º ley 23.054)".

Así es como recibe fortalecimiento y comienza a imponerse la doctrina de la Corte Suprema sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional. Al respecto se afirma que esta interpretación permite invocar ante los tribunales domésticos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ingresa así a nuestro sistema. En opinión de Rosatti no estaba en el ambiente de la Convención

Constituyente de 1994 inaugurar —a partir de la cláusula en examen— un control jurídico "nuevo" (de convencionalidad) desligado del control jurídico "viejo" (de constitucionalidad) y —menos aún— darle prevalencia al control "nuevo" sobre el control "viejo". Afirma que no es históricamente cierto que la expresión "en las condiciones de su vigencia" —en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos— haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a "con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes". Sigue sosteniendo que no se pensó detraer (de modo abierto o encubierto) competencias a la jurisdicción nacional (menos aún a la Corte Suprema de Justicia), ni dejar una 'cláusula gatillo' accionable a futuro por un tribunal internacional que pudiera contradecir el texto expreso de la Constitución Nacional, reformándola por un mecanismo distinto del art. 30. "En definitiva — expresa Rosatti - (y con expresa referencia a lo que creo de buena fe era la intención de la Convención reformadora de 1994) sostengo que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75 inc. 22) y 118 de la C.N. (Abalos, Julio-2014).

Los operadores jurídicos nacionales deben tratar con cuidado las relaciones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. NO se trata de teorías, sino de instrumentos vivos y además, exigidos en un caso por las normas constitucionales internas, y en el otro por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El tema, paralelamente, tampoco es asunto de "derecho comparado", sino de derecho en el que se involucra el propio Estado, cuando se ha insertado en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica y mientras permanezca en él (Sagues N. P., 2011).

Agrego también que rige en la materia, y siguiendo en estos conceptos a Alfonso Santiago (Santiago, 2010): a) la necesidad, en la mayoría de los

supuestos, del **previo agotamiento de las instancias locales para poder acudir a los tribunales internacionales**. En ese sentido lo estipula el art 46 de la CAADH. Este principio guarda cierta relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida que esta última garantía exige que las demandas sobre posibles violaciones a los derechos humanos sean adecuadamente atendidas y decididas, en primer lugar, por los tribunales nacionales. Si ello no ocurre, más allá de la resolución que se adopte sobre el fondo de la cuestión, existirá una lesión a la garantía de la tutela judicial efectiva que deberá ser remediada en sede internacional y b) el **criterio de subsidiariedad**, por el cual, el Derecho internacional de los derechos humanos tiene un carácter subsidiario y sólo corresponde la intervención de los órganos supranacionales en aquellas violaciones más claras y graves de los derechos humanos y en los cuales, por el motivo que sea, el accionar de los órganos y procedimientos internos hayan sido marcadamente insuficientes para reparar el agravio ocasionado.

IV. DOS PAUTAS INTERPRETATIVAS A LA HORA DE REALIZAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Por otra parte, se han esbozado dos pautas interpretativas al momento de tener que abordar el "control de convencionalidad", ellas son: la "*interpretación conforme*" y el "*margen de apreciación nacional*".

El Dr. Sagüés sostiene que el control de convencionalidad no solo actúa como una suerte de rayo exterminador de normas locales, en su "faceta destructiva" de ese control, sino que se avizora otra de tipo "constructivo" o positivo. Si se acepta ello, no solamente habría que reputar inválidas (por "inconvencionales") las normas constitucionales y subconstitucionales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, sino también deberían, en todo lo posible, **interpretarse "de acuerdo", o "de conformidad"** a dicho Pacto. Ello es así por analogía con la doctrina de la interpretación de las normas subconstitucionales, "conforme" con la Constitución. También, deberían, asimismo, en todo lo posible, ser interpretadas las normas domésticas en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Consecuentemente, si una cláusula de la Constitución nacional (o una norma subconstitucional) permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención Americana de derechos humanos. A *contrario sensu*, ello significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional nacional, que resulten incompatibles con la Convención Americana, o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Mediante el uso de la **interpretación "conforme"**, el operador puede a menudo evitar la declaración de invalidez, por "inconvencionalidad", de normas constitucionales o subconstitucionales *prima facie* colisionantes con el Pacto de San José de Costa Rica. Se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione, para aplicarlas, sus interpretaciones posibles "conformes" con la

Convención Americana, y se descarten las interpretaciones conflictivas con la misma Convención, o con la jurisprudencia de la Corte.

El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Rosendo Radilla Pacheco vs México", ha sentado en sus considerandos 338 a 340 la doctrina de la necesidad de la interpretación "conforme" del derecho local, con el Pacto de San José de Costa Rica y su interpretación según la misma Corte. (Sagues N. P., 2010). Sentencia que luego influyó para la reforma constitucional mexicana de junio de 2011.

En el ámbito latinoamericano también se ha reconocido expresamente este canon interpretativo sobre los derechos humanos en diversos textos constitucionales, como la Constitución de Colombia, de Perú y de México. (Alvarez Cibrián, Becerra Ramíres, & Benítez Pimienta, 2015)

Por otro lado, nos encontramos con otra pauta interpretativa, que se ha denominado "**margen de apreciación nacional**", que conlleva la conveniencia de interpretar la Convención Americana, dentro de lo posible y razonable, atendiendo las particularidades locales.

Un problema se presenta cuando la Corte Interamericana ha definido algún artículo del Pacto de San José de Costa Rica, en un litigio concreto, admitiendo en esa interpretación el uso de la *doctrina del margen de apreciación nacional*, que como se sabe, distingue en todo derecho un núcleo "duro" o "fundamental", no reducible ni negociable, y otro segmento, más maleable, donde los Estados pueden introducir variantes de contenido atendiendo razones, por ejemplo, de buenas costumbres, moral pública, interés social, etc., diferentes de nación en nación. Si la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado en una causa una tesis recurriendo al "margen de apreciación nacional" de un país puntual, tal doctrina, a la medida para ese Estado, no debería obligar a los demás. En otras palabras, la obligación de seguimiento a las interpretaciones formuladas por la Corte Interamericana, obliga a distinguir entre "interpretaciones en lo fundamental" o "esencialistas", o "definicionales", e "interpretaciones contingentes", o "ad hoc", de valor solamente (en principio) para el caso en donde fueron formuladas. (Sagues N.

P., 2010) .

El "margen de apreciación nacional" no es otra cosa que el mecanismo que permite medir con distintas varas la vigencia de los derechos humanos, en determinado momento, en uno de los Estados parte.

Genéticamente, la institución en tratamiento es creación del derecho supranacional europeo en la que ha sido definida como espacio de discrecionalidad con la que cuentan los Estados parte para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, tomando en consideración circunstancias jurídicas, sociales y culturales, en el entendimiento de que su ejercicio se encuentra sujeto al control del Tribunal Europeo y, a su labor continua en la construcción de un consenso europeo.

En 1971, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizó por primera vez la expresión y, lo hizo para justificar la detención de un grupo de vagabundos registrada en uno de los países de la Comunidad, afirmando que respecto de ellos no se vulneró el derecho contenido en el art. 8.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, toda vez que el Estado que produjo la medida pudo tener razones valederas para defender el orden y preservar infracciones penales contra la moral, la salud y reputación de otros.

La Corte IDH adoptó la doctrina cuando debió evaluar si algunos proyectos de reformas a la Constitución Política de Costa Rica violentaban las garantías de igualdad y no discriminación previstas en la CADH. En el caso, las iniciativas sometidas a su juicio establecían condiciones diversas para acceder a la nacionalidad costarricense, por naturalización, a favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros.

Al aclimatar la práctica, el órgano supranacional manifestó que "la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e

injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados (OC 4/84 Serie A nro. 4 del 19/1/84).

Volvió a valerse del mismo recurso en oportunidad de emitir la Opinión Consultiva 7/86 (del 29/8/86), al referirse a la variabilidad de las condiciones que hacen al ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, afirmando que "el art. 14.1 no indica si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, que terminología es admisible, etc. De acuerdo con el art. 14.1, estas condiciones serán las que 'establezca la ley', frase que implica un lenguaje que, a diferencia del utilizado en otros artículos de la Convención ('estará protegido por la ley' , 'expresamente fijadas por la ley', etc.), requiere el establecimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta por medio de la 'ley', cuyo contenido podrá variar de un Estado a otro, dentro de ciertos límites razonables y en el marco de los conceptos afirmados por la Corte".

La justificación de este recurso interpretativo pasa por el hecho de que entre los numerosos Estados parte existen, en lo tocante al ejercicio de los derechos, diferencias que en algunos casos tornan conveniente regímenes de excepción hermenéutica cuya evaluación concierne al propio Estado donde se materializan, ya que se entiende que son sus autoridades las más idóneas para evaluar la situación.

La doctrina que explica al instituto del llamado "margen de apreciación nacional" precisa que, en todo derecho "duro", esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo a las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país, su idiosincrasia y experiencia.

Naturalmente que ese margen resulta muy amplio cuando la Corte de la región no ha sentado opinión sobre algún tema en particular, puesto que en esa situación la judicatura local no tiene ninguna cortapisa para llevar a cabo la

hermenéutica que le parezca más adecuada teniendo en cuenta las normas locales y su compatibilización con los tratados internacionales.

Una primera evaluación des esa particular modalidad arrima la advertencia de que el diseño puede lucir contrario a la esencia misma del proceso integrativo. Es que si por su intermedio se ha propuesto la existencia de un derecho común en diversas naciones en materia de derechos humanos, abrir brechas para que cada uno de los asociados tenga la posibilidad de exégesis locales parece contrario a ese objeto.

Por eso, no es casual escuchar que su recepción pondría en grave peligro la primacía que debe tener el derecho internacional de los derechos humanos por sobre todas las disposiciones internas, generando incluso que un mismo derecho pueda tener dimensiones o proyecciones según sea el país donde se aplique o según sean las pautas tenidas en cuenta para apreciar el contenido del derecho que se trate, como también que asoma paradójico conceder a los Estados flexibilidad para interpretar derechos que son considerados universales.

Objeciones a la que bien podría sumarse que los regímenes de excepción, en la experiencia latinoamericana, generalmente no son provechosas en lo institucional no sólo por la singularidad de sus notas, como por el uso y abuso que de ellas se hace, praxis que en el tiempo conduce a ordinarizar lo extraordinario.

Consciente de ese y otros peligros que quizá se nos escapen, no obstante pensamos que la viabilidad de la figura descrita es parte de los riesgos mismos de la integración y muestra de lo que un estudioso denomina típica institución del pluralismo constitucional.

Claro está, para que no queden dudas, ciertos particularismos religiosos o discriminatorios que contravienen la universalidad de la dignidad humana no tienen cabida siquiera en las adyacencias de este margen de apreciación nacional. A título de flagrante ejemplo, Villán Durán enumera las penas que estableciera la ley islámica de 1993, herramienta que previó como sanciones la lapidación, amputación, como flagelos diversos y, respecto de la mujer casada,

consagró el expreso consentimiento del marido para viajar, obtener pasaporte o trabajar.

En tren de cautelas que garanticen la realización de los objetivos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al tiempo que permitan la vigencia de este margen, es válido concebir a esta discrecional figura sujeta a su propia naturaleza, que no es otra que la recreación de una contingencia sociológica diseñada para la convivencia de la pluralidad de asociados.

A lo que debe añadirse que, respecto del uso que se le dé a este "margen", siempre tendrá la última palabra la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para aprobarlo o rechazarlo.

Por supuesto, nada de esto ocurrirá si el Sistema Interamericano de Derechos Humanos estuviera conformado por Estados absolutamente iguales. Pero la praxis de los fenómenos asociativos demuestra que ella también agrupa a los diferentes y, eso de convivir con lo heterogéneo es un desafío para que en medio de la diversidad se fortalezca la homogeneidad del bloque de comunes derechos humanos (Midón, 2016).

Traigo a colación el caso “ARTAVIA MURILLO”, en el cual considero que la Corte IDH, ha efectuado una de sus más lúcidas actuaciones y en el que hizo caso omiso respecto del uso del MAN (margen de apreciación nacional).

En el caso *"Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencia"* –resolución 26 de febrero de 2016- (en adelante "Artavia Murillo II") la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH) analizó las condiciones de cumplimiento del Estado de Costa Rica de la sentencia oportunamente dictada en el caso *"Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica"* –sentencia del 28 de noviembre de 2012- (en adelante "Artavia Murillo I").

Tres años más tarde del dictado de la sentencia condenatoria, la Corte Interamericana analizó el cumplimiento o incumplimiento de lo oportunamente dispuesto a efectos de reparar la violación de los derechos a la vida privada y familiar y a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el

derecho a decidir a tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción humana asistida, el derecho a la salud sexual, el derecho gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el derecho a la no discriminación que habían sido conculcados a través de una decisión jurisdiccional dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica mediante la cual declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S-1995 que regulaba a el acceso a la fecundación in vitro (en adelante FIV), lo cual en la práctica implicó, que se prohibiera esta clase de técnica de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) en dicho Estado.

Transcurridos más de tres años del dictado de la sentencia en "Artavia Murillo I", el Estado de Costa Rica seguía incumpliendo lo oportunamente ordenado por la CorteIDH respecto de la prohibición de acceso a la FIV.

En "Artavia Murillo II", frente a la situación descrita, surgieron dos posturas. La mayoría desarrolló una estructura argumental y dispositiva mediante la cual sostuvo un intenso nivel de instrumentación de la fuerza normativa de la convencionalidad aplicada en el caso como garantía eficaz de los derechos humanos violados por Costa Rica al impedir el acceso a la FIV. La minoría, expuso una suerte de regresión al dualismo o profundización extrema del margen de apreciación de los Estados para cumplir con las obligaciones internacionales emergentes de una sentencia dictada por la CorteIDH.

La mayoría de la CorteIDH reafirmó su permanente y clara postura sobre la expansión y tutela útil de los derechos humanos sin permitir que el margen de apreciación de los Estados sea aplicado a una etapa del proceso trasnacional donde ya se verificó la existencia de una violación y se ordenaron concretas medidas de reparación. Si de lo contrario hubiera permitido que el Estado de Costa Rica mediante el uso de sus laberintos internos hubiese transformado una obligación de satisfacción de derechos humanos violados en un supuesto de incumplimiento, la legitimidad del sistema de protección cacería de sentido. Bastaría para incrementar el dolor de la violación de un derecho humano que un Estado se refugiase en su lógica interna para que la fuerza

normativa de la convencionalidad se convirtiera en mera retórica política sin concreción alguna.

La mayoría de la CorteIDH dejó sentado un mensaje contundente: *una vez dictada una sentencia condenatoria contra un Estado y habiendo pasado un tiempo razonable sin que se hayan cumplido las obligaciones impuestas, la CorteIDH tiene la facultad convencional de adoptar todas las medidas que sean necesarias para transformar el dolor de las personas en satisfacción de sus derechos humanos.*

Un nuevo elemento en el debate que sostengo en torno a la legitimidad del control de convencionalidad con aquellos que abogan por una restricción del mismo y un mayor margen de apreciación de los Estados libre de imposiciones convencionales. El caso "Artavia Murillo II" es un buen ejemplo de cuáles serían las consecuencias para una u otra postura en torno al amor filial y la construcción de una familia (Under-Constitucional, 2016).

Concluyendo, podría decirse que "la interpretación de la constitución conforme" que hacen los operadores jurídicos de los tribunales domésticos con la Convención Americana de Derechos Humanos, es el paralelo o el símil de la "doctrina del margen de apreciación nacional" a la que puede recurrir la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ciertas situaciones.

V. COMENTARIO INTRODUCTORIO, RESPECTO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta ser el último intérprete de la Constitución Nacional, y tanto ella como los jueces inferiores, en virtud del art. 116 de la Constitución Nacional actúan en las causas concretas. Sin perjuicio de ello, se advierte que sus sentencias, además de tener efecto directo sobre las partes que intervienen en el caso sometido a decisión, son un antecedente relevante para la decisión de casos futuros, es lo que Eduardo Oteiza denomina EFECTO HORIZONTAL.

Si bien podría discutirse el grado de flexibilidad que puede atribuirse al respeto por parte de la Corte Suprema de la regla del precedente, es evidente que el apego a lo fallado con anterioridad es imprescindible para dar seguridad a los derechos establecidos en la Constitución Nacional y para resguardar el principio de igualdad ante la ley. La aplicación del derecho al caso concreto supone más que la pura y mecánica utilización del material legislado, ya que exige también compulsar cómo se han resuelto situaciones análogas en el pasado. Al constatar que la Corte Suprema y los jueces tienen el poder para fijar distintas lecturas y alcances del material legislado, cabe interrogarnos sobre cómo dan solidez y seguridad a la integridad del sistema jurídico. El principio de igualdad exige que situaciones asimilables sean tratadas en forma semejante. El ordenamiento en su conjunto debe ofrecer un determinado grado de previsión sobre cómo se resolverán los casos futuros. Es importante destacar que es tan necesario permitir encontrar cuál es la ley aplicable al caso y qué interpretaciones emplearán los jueces al resolverlo como dotar el sistema de criterios que permitan que evolucione aplicando soluciones nuevas cuando la necesidad de cambio se encuentre justificada. Se trata de lograr un fino equilibrio entre solidez y flexibilidad en el uso de los parámetros de interpretación. Una dialéctica consistente con respecto a la utilización del precedente debería permitir emplear las reglas interpretativas del pasado hasta que buenas razones, debidamente motivadas, persuadan sobre la necesidad de un cambio de lectura del material jurídico utilizado previamente. La

permanencia de por vida en el cargo de los jueces de la Corte Suprema se corresponde con un anhelo de estabilidad en la interpretación de la Constitución Nacional y del derecho federal. El principio de inamovilidad de los jueces se vincula también con la importancia de poder predecir cómo la Corte Suprema decide casos futuros. A las dificultades generadas por la falta de continuidad en el tiempo de las sucesivas integraciones de la Corte Suprema y las derivadas de una carga de trabajo se ha sumado la relativa perdurabilidad de los criterios utilizados en temas de una gran repercusión pública. La Corte Suprema ha tomado decisiones contradictorias en temas relevantes y de menor significación, lo cual permite sostener que el efecto horizontal del precedente es una práctica en la que se advierten excepciones de diversa significación.

Ahora bien, en cuanto el EFECTO VERTICAL (que para el desarrollo de este trabajo es lo que más nos interesa), las decisiones de la Corte Suprema condicionan las sentencias de los tribunales inferiores. La jerarquía del tribunal, su posición de máximo intérprete y la inutilidad práctica de requerir su intervención cuando ella ha consolidado una interpretación son algunos de los argumentos que imponen el respeto de los precedentes de la Corte Suprema por los jueces de otras instancias.

La Corte tampoco ha seguido una línea uniforme en cuanto a la obligatoriedad de sus precedentes (efecto vertical). Durante la breve vigencia del texto constitucional modificado en 1949, la jurisprudencia de la Corte Suprema fue obligatoria y se le asignó el carácter de tribunal de casación. Tanto la Constitución Nacional como la legislación nada dicen con respecto a la fuerza vinculante de los fallos de la Corte. Tampoco ésta ha mantenido un criterio consolidado sobre el efecto de sus fallos más allá del caso concreto.

En una de sus primeras decisiones, la Corte Suprema, en el caso "*Magdalena Videla*" (1870), entendió que los jueces deben ajustar sus sentencias a lo por ella decidido. Más tarde, en "*Bernardo Pastorino*" (1883), sostuvo que las sentencias de la Corte Suprema sólo obligan legalmente en el caso concreto sometido a decisión. Consideró que ese criterio derivaba de la diferencia entre la función legislativa y la judicial; sin perjuicio de entender allí

que los jueces inferiores tienen el *deber moral* de conformar sus decisiones con lo fallado por la Corte Suprema en casos análogos, solución que tiene por objeto evitar recursos inútiles. Luego, en "*Ferrocarriles del Sud v. Pedro U. Draque y Cía.*" (1919), la Corte Suprema entendió que los jueces inferiores tienen una amplia libertad de convicción para interpretar la ley y la jurisprudencia. Poco tiempo después, con similar integración, en "*Miguel Barreta*" (1919) sostuvo que sería inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos, sin que ello implique la aplicación de la doctrina del *stare decisis* sin las debidas reservas.

Con una integración distinta, luego de producido el juicio político a los ministros de la Corte Suprema en 1947, en el caso "*Santín*" (1948) agregó que, si bien era incuestionable la libertad de juicio de los jueces, asimismo lo era la *autoridad definitiva que tenía la interpretación de la Constitución Nacional desarrollada por parte de la Corte Suprema, debido a la superioridad institucional de la que estaba investida*. De allí que en "*Santín*" la Corte Suprema hablara de *deber institucional más que de deber moral*. Con integraciones más cercanas en el tiempo, la Corte Suprema en el caso "*Cerámicas San Lorenzo*" (1985) *ha vuelto a aplicar el precedente "Draque y Cía." al señalar que sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, no obstante el deber de los jueces de conformar sus decisiones con aquéllas*. Es importante señalar que en "*Cerámicas San Lorenzo*" la Corte Suprema decidió que era arbitraria la sentencia que omite considerar la inteligencia acordada por ella a una norma determinada, aplicada en un caso análogo, que resulta conducente para la solución, ya que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte Suprema *sin aportar nuevos argumentos*. En "*Cerámicas San Lorenzo*", la Corte cita también los precedentes "*Santín*" y "*Sara Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba*", en los cuales, como hemos visto, *se alude no ya al deber moral sino también al deber institucional*, bajo una concepción fuerte sobre el efecto vinculante de los precedentes, las contradicciones entre los casos citados y lo

decidido. Luego en sentido similar a "*Cerámicas San Lorenzo*" la CSJN se expidió en el caso "*Fermín*" (2008) y "*Romero*" (2009).

Para saber en qué medida la jurisprudencia de la Corte IDH tiene un efecto vinculante determinado resultaba necesario examinar primero si la propia Corte Suprema, con respecto a sus propias decisiones, tiene una doctrina del efecto de sus propios precedentes. En ese sentido, el recorrido intentado permite concluir que no hay una doctrina consolidada en la materia. Los precedentes de la Corte Suprema son "generalmente" seguidas por los tribunales inferiores, pero ella no ha desarrollado posiciones conclusivas ni exentas de contradicciones. (Oteiza, 2012).

VI. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ALCANCE DE LOS FALLOS DE LA CIDH.

A esta altura del desarrollo del presente trabajo, creo oportuno transcribir parte del articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, sobre ésta específica cuestión.

Convención Americana de Derechos Humanos: Artículo 29. Normas de Interpretación. *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.* **Artículo 62. 1.** *Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2.* *La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3.* *La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido,*

*siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial. **Artículo 68. 1.** Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.*

Convención de Viena. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. **Artículo 31. Regla general de interpretación. 1.** Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.*

La solución brindada por la Corte Suprema a los conflictos entre normas del texto histórico y otras de tratados internacionales con jerarquía constitucional, ha sido a favor de las segundas. En especial, cuando el enfrentamiento lo fue con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte se ha inclinado por la prevalencia de esta última, lo que fortalece la tesis de la "Constitución convencionalizada". Tal es la doctrina actual del último intérprete de la Constitución, lo que, ciertamente, implica un cambio notable de la concepción clásica de la supremacía constitucional en nuestro país. (Ibarlucía E. A., 22/8/2013). Comentario aparte merecerá el fallo "Fontevicchia" (del 14/02/2017), en el cual la Corte Suprema hace una interpretación diferente; sin perjuicio que destaco la particularidad del mencionado caso.

Veamos.

El maestro Sagues es quien acuña la terminología "**Constitución convencionalizada**", la cual considero resulta muy atinada y gráfica.

La Corte Suprema argentina, en la línea del fallo "Almonacid Arellano" de 1992 (doctrina que se ratificó en 1993 en "Fibracca Constructora S.C.A. c.

Comisión Mixta de Salto Grande”, Fallos: 316:1669), luego de la reforma constitucional de 1994 emitió numerosos fallos que se pronunciaron por el seguimiento de los pronunciamientos (recomendaciones, opiniones consultivas y fallos) de los organismos interamericanos (Comisión y Corte Interamericana), inclinándose progresivamente por su acatamiento (“Giroldi” [Fallos: 318:514] 1995, “Bramajo” [Fallos: 310:1840] 1996, “Arancibia Clavel” [Fallos: 327:3294], “Espósito” [Fallos: 327:5668] 2004, “Simón” [Fallos: 328:2056] 2005, “Mazzeo” [Fallos: 330:3248] 2007, entre los más importantes. El fallo “Espósito” es particularmente importante dado que la Corte dijo que estaba obligada a acatar lo resuelto por la CIDH en el caso “Bulacio vs. Nación Argentina” del año anterior [2003] pese a que no estaba de acuerdo y a que no se compadecía con sus propios precedentes. En el caso, la CIDH consideró contraria a los derechos proclamados en la CADH la prescripción de la acción penal respecto del imputado [Miguel Espósito, comisario de Policía] en relación a la muerte del joven Bulacio en una comisaría) (Ibarlucía E. A., 2011).

En especial, ese tipo de decisiones se tomaron en los casos en que la Corte debió pronunciarse en los casos de la represión ilegal durante la dictadura militar. En primer lugar, en el caso del juzgamiento de los crímenes vinculados con el asesinato del general chileno Carlos Prats en Buenos Aires, que, en principio estaban prescriptos según el derecho interno (“*Arancibia Clavel*”, Fallos: 327:3294, 2004), y luego en relación a la validez constitucional de las leyes de punto final y de obediencia debida, que se habían sancionado en 1986 y 1987 y que habían implicado una suerte de amnistía parcial de los imputados de esos crímenes (causa “*Simón*”, Fallos: 328:2056, 2004), y de los decretos de indulto que dictara el Presidente Menem en 1989 (causa “*Mazzeo*”, Fallos: 330:3248, 2007).

Ambas cuestiones habían sido avaladas constitucionalmente por la Corte en fallos de 1987 (la ley de obediencia debida, “causa incoada en virtud del decreto 280/84 del PEN” del 22/06/87 [conocida como causa “Camps, Ramón”]) y 1990 (los decretos de indulto, causa “Riveros, Santiago” del 11/12/90 [Fallos: 313:1392], y otras), de manera que no era fácil para la Corte -

aún cuando su composición había cambiado— volver atrás sobre pronunciamientos que, en principio, gozaban de la autoridad de la cosa juzgada.

No es cuestión de entrar a detallar los fundamentos de dichos fallos, pero interesa, a los efectos de este trabajo, destacar que la Corte se basó fundamentalmente en la jerarquía constitucional que luego de 1994 habían adquirido los tratados de derechos humanos, y en especial en la jurisprudencia de los tribunales internacionales que declararan que los crímenes de lesa humanidad eran inamnistiables, no susceptibles de indulto e imprescriptibles.

En especial tuvo en cuenta la Corte el fallo de la CIDH en el caso “*Barrios Altos*” de marzo de 2001, en el que consideró contrarias a la Convención las leyes de amnistía dictadas en Perú para los crímenes cometidos por fuerzas de seguridad entre 1980 y 1995, calificados de “lesa humanidad”.

En el fallo “*Simón*” dijo que la jurisprudencia de la CIDH y las directivas de la Comisión IDH constituían una “imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención, y siguiendo el precedente de “*Barrios Altos*” sostuvo que la traslación de sus conclusiones era “imperativa” si es que debían interpretarse de buena fe como pauta jurisprudencial. En función de ello, dijo la Corte que la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impedía que el principio de irretroactividad de la ley penal fuera invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.

Y tres años después, en la causa “*Mazzeo*” fue más allá. Citó textualmente el fallo de la CIDH en “*Almonacid Arellano vs. Chile*” en la parte que decía que cuando un Estado había ratificado un tratado internacional como la CADH, sus jueces debían tener en cuenta no solamente su texto sino “*también la interpretación*” que del mismo había hecho la CIDH. A continuación pormenorizadamente analizó la jurisprudencia de este tribunal para arribar a la

conclusión que el decreto de indulto cuestionado era inválido por ser contrario a la Convención. (Ibarlucía E. A., 2011)

Destaco que, la Corte en el año 1987 había avalado la ley de obediencia debida con el argumento central de que se trataba de una amnistía dictada por el Congreso en uso de las atribuciones que le reconocía el art. 67 inc. 17 de la C.N. (hoy art. 75 inc. 20), causa invocada en virtud del decreto 280/84 del PEN" del 22/06/84", conocida como "*causa Camps*". La Corte sostuvo que si bien el art. 67 inc. 17 habla de "amnistías generales" ello no le impedía al Congreso dictar amnistías parciales, como la ley de obediencia debida, y en 1990 había reconocido validez a los decretos de indulto dictados por el Presidente Carlos Menem sobre la base de que entraban dentro de las facultades reconocidas por el art. 89 inc. 6 de la C.N. (hoy art. 99 inc. 5) (Fallos:313:1392, causa "*Riveros, Santiago*"). En los nuevos fallos citados la Corte se desdijo argumentando con la jerarquía constitucional que habían adquirido los tratados internacionales de derechos humanos luego de la reforma de 1994 y en particular con la jurisprudencia de los tribunales internacionales que declararan que los crímenes de lesa humanidad no eran amnistiables o susceptibles de indulto y eran, además, imprescriptibles. ¿No implican estos fallos de la Corte decir que la Convención Americana deroga, al menos parcialmente, el inc. 20 del art. 75 y el inc. 5 del art. 99 de la C.N.? Adviértase que estas normas no prevén excepciones a la facultad de amnistiar o de conceder indultos, pero ahora sabemos que existe un tipo de delitos que no pueden ser alcanzados.

Estos precedentes, junto con los relativos al art. 115 de la C.N. (caso "Brussa") y sobre la garantía de la doble instancia (casos "Giroldi" y "Casal") son, a mi juicio, un claro ejemplo de que puede hablarse de que tenemos una "Constitución convencionalizada".

Néstor P. Sagués, sostiene que el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de convencionalidad, sino que debe partir de una constitución "*convencionalizada*"; o sea de "una constitución acorde con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de ese tribunal, lo que implica; i) una constitución depurada de ingredientes

anticonvencionales y ii) una constitución conformada con ingredientes convencionales decisivos para el núcleo esencial de los derechos enunciados en ella". En otras palabras —agrega—, "la constitución convencionalizada es una constitución opuesta a la constitución autista que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan".

Nada mejor que transcribir las palabras con que explicita estas ideas: *"Ya no es posible un autismo constitucional, o una interpretación solamente 'nacionalista' de la constitución. El intérprete operador debe reciclar toda la constitución según el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: tiene que repensar y modelar las cláusulas constitucionales de acuerdo a estos lineamientos; manejarse solamente con las interpretaciones posibles de la constitución acordes con ellos; realizar modulaciones adaptativas (vía interpretaciones aditivas o sustractivas, aptas para hacer empalmar la constitución con aquellas directrices), realizar integraciones a las lagunas constitucionales conformes a dichas pautas, y por último, en su tramo más traumático, inaplicar los preceptos constitucionales irremediabilmente colisionantes con aquella convención y jurisprudencia interamericana. En definitiva, el intérprete debe manejarse con una nueva versión de la constitución nacional: la constitución convencionalizada".*

Ahora bien, la conclusión de Sagüés puede decirse que entra en crisis si se la confronta con el dictamen que el Procurador General de la Nación Esteban Righi emitió en el caso *"Acosta, Jorge"* en marzo de 2010. (Fallos 335:533) Se trató de la causa en la que son juzgados militares de la Marina por la represión ilegal llevada a cabo en el centro clandestino de detención "ESMA", y algunos de ellos que llevaban varios años detenidos sin condenas, solicitaron la excarcelación por estar excedido el "plazo razonable" previsto en el art. 7.5 de la C.A.D.H.. La Sala II de la Cámara de Casación partió de lo resuelto por la Corte Nacional en la causa *"Bramajo"* (Fallos 316:1840 -1996) en el sentido de que dicha cláusula debía ser interpretada "en las condiciones de su vigencia", lo que significaba que debía hacerse de acuerdo a cómo había

sido interpretada por la C.I.D.H., e indagando en ello —en especial en el fallo "*Bayarri vs. Nación Argentina*" de 2008—, teniendo en cuenta el carácter imperativo que la Corte le había dado a tal interpretación, sostuvo que no podía exceder de tres años, y ordenó la libertad, la que no se hizo efectiva debido a los recursos extraordinarios interpuestos por el Ministerio Público.

El Procurador se pronunció en un sentido muy distinto a lo que hasta el momento la Corte había sostenido. Dijo que había que distinguir los fallos de la C.I.D.H. en que el Estado había sido parte y aquellos en que no lo había sido (conforme art. 68.1 de la C.A.D.H.), que aún respecto de los primeros las decisiones de ese tribunal no tenían efectos generales sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado y que la eficacia general de la jurisprudencia de la C.I.D.H. no podía inferirse de las sentencias de ese tribunal en que lo afirmaba, sino que debían encontrarse otras razones. Pasando, entonces, a analizar la cuestión desde el derecho nacional, sostuvo que no podía dotarse a las sentencias del tribunal interamericano de una eficacia vinculante que no tenían las de la Corte argentina, ya que de lo contrario se convertiría a la C.I.D.H. en intérprete supremo de una porción del derecho constitucional argentino en contra de los arts. 108 y 116 de la C.N., que no podían considerarse modificados por el término "en las condiciones de su vigencia" del art. 75 inc. 22. Agregó que la convención constituyente, de acuerdo a la ley 24.309, no tenía facultades para reformar dichos artículos y que era inadmisibles entender que cada vez que la C.I.D.H. modificara su jurisprudencia a su vez estuviera modificando la C.N. Terminó diciendo que "tener en cuenta" la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos no podía implicar desconocer el orden jurídico interno y la competencia asignada por la Constitución a los tribunales nacionales para resolver los procesos judiciales internos. Dictaminó a favor de la revocación de la sentencia recurrida.

La Corte adhirió al dictamen en cuanto a esto último, pero expresamente dijo que lo hacía con exclusión de los apartados IV y V del mismo (considerando 11 del fallo), o sea los que contenían toda la argumentación que

acabo de sintetizar. Resolvió el tema por otras vías que no viene al caso reseñar. Lo importante es que se visualiza una clara intención de rechazar la tesis del Procurador y por ende mantener la tesis de la obligatoriedad de seguimiento de los fallos de la Corte Interamericana.

Esta doctrina fue ratificada por la Corte en el fallo "*Rodríguez Pereyra*" del 27/11/2012 (28), en el que ratificó el control de oficio de constitucionalidad que venía sosteniendo desde "*Mill de Pereyra*" de 2001, vinculándolo con el control de convencionalidad, el que, siguiendo a la C.I.D.H., debía hacerse "ex officio" por los tribunales de los Estados miembros del sistema interamericano. (Citó al efecto el fallo "*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*") Argumentó en tal sentido que era un contrasentido aceptar esa regla interpretativa de la C.I.D.H. —lo que dio por sentado— y no hacer lo propio respecto del control de las normas locales en relación a la C.N.

Estos fallos terminan, a mi juicio, por fortalecer la tesis de la "Constitución convencionalizada", a contramano de los respetables argumentos sostenidos por algunos autores (por ejemplo, Horacio Rosatti, quien fuera convencional constituyente en 1994 y en tal carácter dice que la interpretación auténtica de la cláusula "en las condiciones de su vigencia" del art. 75 inc. 22 de la C.N. nada tiene que ver con la doctrina emanada de los fallos de la C.I.D.H.), y en consonancia con lo que es una tendencia que paulatinamente se impone en el derecho comparado: la supremacía del derecho internacional sobre los derechos nacionales de los Estados. Asimismo, al respecto, Luis Alberto Zuppi, dice que: "Aunque existe una persistencia en la declaración de la supremacía constitucional también hay una creciente tendencia a reconocer al derecho internacional como parte de la Constitución... Esta tendencia que se anticipa parecería mostrar, por un lado, a los Estados protegiendo la supremacía constitucional con elocuencia, pero por el otro, sucumbiendo ante la realidad del incontenible empuje que impone el mundo comunicado y globalizado...". Y más adelante: "No existe diferencia para el derecho internacional en la circunstancia de que la transgresión provenga de una

violación a un tratado, de una ley o se origine en la propia Constitución..." (Ibarlucía E. A., 22/8/2013).

Ahora bien, es necesario destacar lo ocurrido con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico.

Así, siguiendo a Hitters (Hitters, 2013), señalo que este país fue por primera vez condenado por la Corte regional en el año 2002 en el Caso "Cantos" , por violentar los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al perjudicar el acceso a la justicia del reclamante. Ese Tribunal mandó —entre otros tópicos— fijar nuevamente de manera razonable los gastos de un pleito por considerar que los determinados con anterioridad implicaban limitaciones económicas para el acceso a la justicia. Dicho fallo de la Corte IDH del 28/11/2002, (en principio no habiéndose dado acatamiento total del mismo, invocando razones de derecho interno), luego de varias supervisiones de sentencia es dado por concluido en la resolución de supervisión de sentencia del 14/11/2017.

Luego, en el Caso "*Bulacio*" la Corte IDH (en sentencia del 18/09/2003) condenó otra vez al país por violar los artículos 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención, en esta oportunidad por la muerte de un joven por parte de la policía. Dispuso allí que se investigue y se sancione a los responsables y que sean indemnizados los familiares. La Corte Nacional —en un interesantísimo decisorio y por entonces ya con una nueva integración— cambió de tornas y —con algunas disidencias pero en concordancia argumental— acató a cabalidad aquella sentencia, a tal punto que dejó sin efecto un fallo local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado (Comisario Espósito), disponiendo que se juzgue nuevamente al mismo, orden que se cumplió, cuando el 08 de Noviembre de 2013, el ex comisario Espósito fue condenando por Tribunal Oral en lo Criminal nro. 29 de la ciudad de Buenos Aires, a la pena de tres años y medio de prisión en suspenso, por lo que no fue detenido (en el mencionado fallo la Corte IDH "*Puso énfasis siguiendo sus precedentes, en que son inadmisibles las disposiciones sobre prescripción o de cualquier otro obstáculo de derecho interno (párr. 116) mediante los cuales se*

pretenda impedir la investigación (arts. 1.1, 2 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica). Ninguna disposición de la legislación doméstica puede impedir el cumplimiento de las obligaciones del Estado en cuanto a investigar y sancionar a los responsables (párr. 117) ni obstaculizar decisiones de órganos internacionales (párr. 119), se ha configurado, añadió, un caso de impunidad por lo que el Estado debe concluir la investigación e informar sobre sus avances (párr. 191)".

Vemos en "*Espósito*" ("*Bulacio*") un avance en la jurisprudencia interna. En efecto, sostuvo sin eufemismos por el más alto órgano jurisdiccional del país —por mayoría— que "... la decisión de la Corte IDH [...] resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional ..." (párr. 6) [énfasis agregado].

Recordemos que el art. 68. 1 de la CADH establece que: "*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*"

Continuando con el análisis de Hitters (Hitters, 2013), señalamos que, dicho criterio fue ampliamente confirmado y ampliado en el caso "*Simón*", donde la Corte Suprema, parando mientes en los delitos de lesa humanidad decretó —por mayoría— la inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad como las llamadas de "obediencia debida" (Ley 23.521) y "punto final" (Ley 23.492). Para ello —con buen tino— siguiendo el modelo regional dinamitó varios postulados jurídicos, tales como el de la irretroactividad de la ley penal (en este caso en perjuicio del reo), el de la cosa juzgada y el de la prescriptibilidad de las acciones.

La Corte IDH con base en lo dispuesto por los arts. 62.3 y 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica ha dicho que `sus fallos` son —en el caso concreto—, de cumplimiento obligatorio para los Estados. Los países del sistema interamericano, salvo algunas excepciones como la de Perú, que finalmente luego aceptó una condena, y Venezuela que solicitó su retiro de la Corte IDH, han sido casi siempre respetuosos de los fallos regionales no sólo

en cuanto a la reparación económica, sino también cuando ordenan al poder público llevar a cabo ciertas conductas reparatorias tanto de hacer como de no hacer. Respecto de Venezuela, vale recordar que el 6 de septiembre de 2012 se presentó ante la Secretaría General de la OEA la solicitud de Venezuela —firmada por el entonces Canciller Nicolás Maduro Moros—, de denuncia (retiro) a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Fundamentó su decisión en que ese país había recibido varias medidas cautelares y decisorios injustos en su contra por parte de la Corte IDH, y algunos casos de la Comisión IDH que violarían la soberanía de ese país, sobre todo emitiendo medidas de seguridad sin agotar —dicen— los recursos internos. El artículo 78 de la Convención autoriza esa situación, si el retiro se impetra mediante un preaviso de un año. La denuncia no tiene efectos de desligar al Estado parte de las obligaciones incumplidas hasta la fecha en la cual la denuncia produce efecto (art. 78.2). El plazo de un año vence en este caso el 6 de septiembre de 2013. Este apartamiento de la Convención sólo es válido con respecto a la Corte Interamericana, ya que no es posible retirarse de la Comisión IDH por formar parte éste órgano de la Carta de la OEA. Esto significa que este organismo puede dictar medidas y resoluciones respecto de Venezuela luego de producirse su retiro. Esta postura vino como consecuencia —entre otros motivos— de un movimiento producido por varios países por ejemplo: Bolivia, Ecuador, Venezuela, Colombia y El Salvador, que se quejaron por la dureza de las medidas cautelares dictadas en su contra por la Comisión IDH. Ello generó la creación de un Grupo de Trabajo y Reflexión por el Consejo Permanente de la OEA en el año 2011, que luego de varias reuniones culminó con un Informe, el 22 de marzo de 2013 —AG/Res. 1 (XLIV-E/13)—. Una de las consecuencias de todo ese proceso fue la modificación del Reglamento de la Comisión, el 13 de mayo de 2013, por lo que a partir de allí podemos hablar de un nuevo Reglamento".

Por último y para demostrar esta influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno, podemos citar el caso "*Verbitsky*" (LA LEY, 2005-C, 276) donde la Corte Suprema de la Nación, siguiendo los pronunciamientos interamericanos, ordenó al Poder Judicial

bonaerense adaptar las condiciones carcelarias a los conceptos modernos y a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a llevar a cabo acciones en tal sentido.

Abordaré ahora los 1) Efectos generales de las sentencias para todo el ámbito doméstico y 2) El efecto amplio “erga omnes” de sus sentencias.

1) Hace ya algún tiempo la Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano y a partir de los casos: "*Barrios Altos*" (LA LEY, 2001-D, 558), "*El Tribunal Constitucional de Perú*" y especialmente en "*La Cantuta*" (entre otros), había parado mientes en señalar los efectos erga omnes de sus fallos no sólo para el asunto concreto sino para todo el derecho interno de un país, aun fuera del caso juzgado.

Dicho órgano doméstico peruano tomó nota de los efectos atrapantes de los decisorios de marras diciendo que: "... La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal [...]. En efecto, la Corte IDH en el caso "*La Cantuta*" había expresado que "... De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso *Barrios Altos* está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales,

esa declaración conforma ipso iure parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia".

Por ende, vale la pena recordar que tanto en "*Barrios Altos*", como en los casos "*Tribunal Constitucional de Perú*" y en "*La Cantuta*" ya referidos, la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando —indirectamente— las leyes de amnistía, con efecto erga omnes (cabe reparar en este punto, en la similitud que evidencian estos precedentes con lo actuado por la CSJN en el citado caso "Simón").

Obsérvese cómo dicho Tribunal interamericano había "amplificado" notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo a partir de allí que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive, (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres Poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

Ya dijimos que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para el caso concreto, y en algunas circunstancias para los demás asuntos de la misma esencia (como en Perú).

La duda aparece cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de "doctrina legal" para todos los casos similares, en cualquiera de los Estados signatarios del Pacto de San José.

En este orden de pensamiento resulta preciso acotar que el **postulado de la buena fe** impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena (Adla, XXXII-D, 6412), dispone que si un Estado firma un Tratado internacional — particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (arts. 1.1 y 2 de la CADH).

Empero, lo cierto es que ninguna norma del Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250) le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH. Salvo —reiteramos—,

para el caso concreto (arts. 62 y 68 del Pacto de San José).

Por ello, para resolver este desideratum es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana.

2) Efecto amplio "erga omnes" de sus sentencias

El Caso "*Gelman vs. Uruguay*" sobre Supervisión (inaplicabilidad de los fallos domésticos que contradicen a la jurisprudencia de la Corte Interamericana)

La cuestión vuelve a tener rigurosa actualidad a raíz de la Resolución del Tribunal Regional del 20 de marzo de 2013, donde a nuestro modo de ver éste avanzó con relación a la obligatoriedad de sus pronunciamientos no ya en el caso particular, sino para todos los signatarios de la Convención, dándole una vuelta más de tuerca a esta álgida problemática (Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013).

En efecto, en el año 2011 sostuvo que la República Oriental del Uruguay había infringido la CADH con relación al caso "*Juan Gelman, María García de Gelman, y María Macarena Gelman García*" atinente a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, acaecida a fines del año 1976, quién fue apresada en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en un avanzado estado de embarazo; y que fuera trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija quién fuera entregada a una familia de ese país (Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrs. 1 y 2. Dijo lo siguiente: "*La Corte declara que el Estado es responsable por haber violado, desde el nacimiento de María Macarena Gelman y hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos del niño y a la nacionalidad, reconocidos en los artículos 3, 4, 5, 7, 17, 18, 19 y 20.3, en relación con los artículos 1.1 de la Convención y los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada,*

en perjuicio de ella" [...] "Además, el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, reconocidos en los artículos 5 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Juan Gelman").

Con anterioridad el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento Uruguayo había aprobado la Ley de Caducidad (ley 15.848), similar a las de Obediencia Debida y Punto Final dictadas en Argentina. Vale la pena recordar que la normativa del país vecino pasó —como es sabido— por varias vicisitudes en el ámbito doméstico.

Finalmente llegado el asunto a la Corte Interamericana, ésta concluyó que el Estado había violado los derechos y las garantías judiciales previstas en los artículos 8 .1 y 25.1 del referido Pacto, sosteniendo en particular que la aplicación de la Ley de Caducidad carece de efecto jurídico respecto de las graves violaciones de los Derechos Humanos llevadas a cabo en el Uruguay con motivo de los hechos antes relatados.

En efecto, la Suprema Corte de Justicia de ese país en el decisorio del 22 de febrero de 2013 declaró —por mayoría— que lo dispuesto por la Corte Interamericana en el ya nombrado fallo "*Gelman*" y en general, en los demás pronunciamientos de ese organismo internacional no son vinculantes para quienes no han sido parte de ese proceso judicial. Para ello puso en juego la doctrina denominada "margen de apreciación nacional".

En síntesis, podemos decir, que la Suprema Corte local entendió que los decisorios del Tribunal Interamericano sólo son atrapantes "en el caso concreto".

El Tribunal regional en la Resolución de la Supervisión del caso *Gelman* (del 20 de marzo de 2013) ya referida replicó con severidad los basamentos de los jueces domésticos, poniendo sobre el tapete varios argumentos, entre ellos uno que nos parece innovador.

Dijo en ese sentido con referencia al control de Convencionalidad que "... en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido

parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana".

El pronunciamiento sobre Supervisión de Cumplimiento ya aludido (20 de marzo de 2013) del cuerpo jurisdiccional con asiento en Costa Rica reiteró —algo ya indiscutido— sobre el carácter vinculante de sus sentencias en el caso concreto y ratifica entonces —y en esto es muy claro—, que el decisorio emitido por ella en un asunto particular es totalmente vinculante para el Estado condenado.

Pero aclara luego, que "...es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional".

Diversa es la circunstancia —añade el fallo— cuando el Estado no ha sido parte en el proceso internacional donde se fijó la jurisprudencia. En tal hipótesis por el solo hecho de ser Parte en la Convención, la conducta de sus autoridades públicas y la de la totalidad de sus órganos incluidos en las instancias democráticas, están obligadas por el Tratado debiéndoselo acatar y considerar los precedentes y lineamientos judiciales del Tribunal Interamericano.

Respecto del Control de Convencionalidad reiteró que éste debe hacerse primero a nivel interno a través de los órganos locales —control primario—, teniendo en consideración —obviamente— las interpretaciones de aquélla, y si las domésticas se contraponen, subsidiariamente a la Corte IDH (Principio de Subsidiariedad) le quedará hacer el control complementario de convencionalidad.

A través de esta "inspección" de convencionalidad los jueces locales deben llevar a cabo una tarea preventiva para evitar potenciales infracciones a los Derechos Humanos (Hitters, 2013).

El Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-GregorPoisot, pone de relieve la proyección de la eficacia hermenéutica erga omnes que tiene la sentencia con respecto a todos los países que se han plegado al sistema interamericano. Ello significa —dice— que la totalidad de las autoridades domésticas deben aplicar no sólo el principio convencional —que surge del Tratado—, sino la norma convencional interpretada, (res intepretata). Esto es —valga la redundancia—, la interpretación que de la misma ha hecho el órgano jurisdiccional interamericano (art. 62.1 CADH) que resulta atrapante (arts. 1.1 y 2 CADH).

Además, el citado sufragio habla de la "efectividad mínima" como piso de marcha del modelo, ya que el art. 29 del Pacto de San José señala que si en el ámbito interno surge una protección mayor (es decir más eficaz) debe ponerse en juego el esquema local y no el internacional.

Queda claro entonces que los decisorios de la Corte Interamericana producen efectos no solamente para el país condenado —vinculación directa, inter partes—, sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional (vinculación relativa erga omnes), pero sólo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo. Salvo que no exista —ya lo dijimos— una interpretación local más favorable al ser humano en cuya hipótesis vale la más ventajosa (art. 29 CADH).

En suma, según este elevado criterio —que comparte el Dr. Hitters—, las sentencias del Tribunal Interamericano originan dos tipos de

consecuencias, a saber: uno de vinculación directa —y obligatoria— para el país condenado (arts. 62 y 68 CADH); y otra de vinculación relativa —erga omnes— para todos los miembros del modelo, que no participaron del proceso.

Es por ello que la norma interpretada en la decisión, no puede ser controvertida en el ámbito doméstico, y que, de serlo, tolera el control de convencionalidad secundario (subsidiario) por vía de la Corte IDH, que debe declararla "inaplicable", es decir "inconvencional".

Por lo que concluye el Dr. Hitters que en el caso *Gelman vs. Uruguay*, y en particular el decisorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Supervisión de Cumplimiento del mismo, este último Tribunal regional, ha dado un paso adelante al sostener, sin requilorios, que sus sentencias no sólo son atrapantes en el caso concreto (vinculación directa inter-partes), sino que también producen efectos vinculantes para todos los Estados signatarios de la CADH, en lo que respecta a la interpretación que dicho Tribunal efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta erga omnes).

Puede decirse finalmente que la doctrina legal o judicial de ese cuerpo jurisdiccional es obligatoria (vinculante) para el conjunto de los países plegados al sistema en cuanto a la hermenéutica que él hace de las normas regionales interpretadas (res interpretata) (Hitters, 2013).

He aquí una cuestión de suma importancia. Si seguimos el criterio de “Gelman 2” (supervisión de sentencia de marzo de 2013), nos encontramos con que cualquier autoridad que no sea judicial, esto es, de la órbita del poder legislativo y del ejecutivo, podrían declarar inconvencional una norma y no aplicarla, siendo que a estos poderes a nivel interno les está vedado ejercer el control de constitucionalidad, lo que pareciera ser una inconsistencia entre ambos sistemas.

Un ejemplo concreto del control de convencionalidad administrativo, es el caso del "poliamor". Una pareja de mujeres casadas (Susana y Valeria), junto con un hombre amigo de ambas (Hernán), ejerciendo la voluntad procreacional de forma conjunta, recurrieron a una inseminación artificial asistida y, por dicho medio, tuvieron un hijo (Antonio), con el deseo de

que el niño fuera reconocido como hijo de sus dos mamás y de su papá, sin que ninguno de ellos debiera resignar sus derechos y obligaciones. Los tres, con patrocinio de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans., la Mesa Nacional por la Igualdad y la Defensoría LGBT, se presentaron ante el Registro Provincial de las Personas de la Provincia de Buenos Aires y solicitaron la inscripción de la triple filiación de Antonio. El organismo provincial, mediante el dictado de la Resolución nro. 2062/2015, dispuso hacer lugar a la solicitud de reconocimiento paterno solicitado por Hernán respecto de Antonio y estableció que a partir de dicho reconocimiento Antonio tendrá los tres apellidos. La resolución dictada sostuvo como principal argumento que el derecho a la identidad está contemplado en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional y en la jurisprudencia internacional producida por los órganos de interpretación y aplicación de ellos, y que el actual Código Civil que regirá hasta agosto de 2015 no establece un *numerus clausus* respecto de la cantidad de integrantes en un vínculo filial, por lo que no surge expresamente de la legislación civil aplicable la prohibición de una triple filiación.

El Registro Provincial de las Personas dictó la Resolución registral ejerciendo, en el ámbito de sus facultades y de forma progresiva, el control de convencionalidad interno aplicando los estándares internacionales fijados por la Corte IDH (específicamente, los casos "Bulacio c/ Argentina" de 2003, "Caso de las Hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador" de 2005, y "Caso de las Niñas Yean y Bosico c/ República Dominicana" de 2006) para evitar dilaciones o entorpecimientos violatorios de los derechos en juego (Gil Dominguez, 2015).

VII. DOCTRINA DE LOS AUTORES

En lo que a la **doctrina de los autores** se refiere, el criterio propuesto por el Procurador General de la Nación, Esteban Righi, en su dictamen en el ya referenciado caso “*Acosta, Jorge*” de 2010, ha ocasionado distintas opiniones. Por un lado están los que lo consideran un retroceso en relación a los avances que la Argentina hasta el momento ha dado en cuanto a la sumisión al derecho internacional, lo que importa también una subordinación no sólo a las normas expresas de los tratados internacionales que el país ha suscripto, sino también a las decisiones y a la jurisprudencia emanadas de los órganos y tribunales que esos tratados contemplan para velar por su plena vigencia. Néstor Sagüés ha dicho, por ejemplo, que si un Estado no comparte la doctrina del control de convencionalidad lo más correcto sería que se retirara del sistema, mediante los procedimientos de denuncia del Pacto. Federico Abel también considera un retroceso al dictamen.

Por el otro están los que estiman que el dictamen del Procurador es jurídicamente correcto, claro y de rigor analítico. Entiendo que es la posición de Aberto B. Bianchi explicada en su trabajo “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”. Otros autores, como María Angélica Gelli, sin cuestionar el acierto del dictamen, han manifestado sus dudas de que la doctrina que emana del mismo sea general y aplicable a todos los casos en que se discuta la aplicabilidad de la Convención, o si se trata de un criterio selectivo y exclusivo para los casos en que se juzguen delitos de lesa humanidad, lo que, a su criterio, afecta la aplicación igualitaria de las garantías de la libertad y de la defensa que se debe a toda persona en un Estado de derecho.

Ibarlucía comparte este último punto de vista, aunque admite que, en el caso concreto de la cuestión del *plazo razonable*, el hecho de que la CIDH haya dicho expresamente que el plazo máximo es el previsto por la ley 24.390 genera serias dudas.

De ninguna cláusula de la CADH surge que la jurisprudencia que de la misma haga la CIDH sea de aplicación obligatoria para todos los órganos

judiciales de los Estados partes. El art. 68.1 reza: “*Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte*”, y en ninguna otra parte de la Sección 3 del Cap. VIII, referida al “Procedimiento” y en especial a los fallos que la CIDH emite, se mencionan efectos de los mismos en relación a los Estados que no han sido parte en el caso sometido a decisión. (Ibarlucía E. A., 2011).

En ese sentido se expresa el Dr. Bianchi, que dice "*la doctrina argentina ha dividido sus aguas entre (a) los autores que entienden que la jurisprudencia de la CIDH siempre es vinculante para todos los Estados, aun cuando no hayan sido parte en el caso y (b) aquellos para los cuales la misma solamente es una pauta o guía sin carácter vinculante, salvo para el Estado que ha sido parte en el proceso. **En mi opinión, tal como lo he sostenido anteriormente, esta última es la posición correcta, pues así lo establece expresamente el artículo 68-1) CADH "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes"**. Por esta misma razón es que entiendo que las reglas procesales sobre el control de convencionalidad no son vinculantes para los Estados cuando éstos no son parte en el juicio, sin perjuicio de que pueden ser tomadas como referencia por los tribunales de cada país*" (Bianchi, Octubre 2014).

Como vimos, la CIDH en sus primeros pronunciamientos comenzó diciendo que sus fallos debían servir de *guía* o *pauta* de interpretación de la Convención para todos los órganos de los Estados partes. Luego dijo que llevaba a cabo una especie de control de convencionalidad (“*Almonacid Arellano*”), y que los jueces de todos los países debían llevarlo a cabo aún de oficio; más adelante directamente aludió al control de convencionalidad liso y llano (“*Trabajadores Cesados*”).

Naturalmente la CIDH se erige en el *último intérprete* de la Convención, y como todo máximo tribunal constitucional pretende que la interpretación que de la misma haga sea seguida por todos los órganos de los Estados partes. Es lógico que así sea. En primer lugar, porque previene futuras violaciones de los derechos tutelados por la Convención. En segundo lugar, porque facilita que,

en caso de que las violaciones se hayan producido, que se llegue a un acuerdo amistoso en el marco de la Comisión Interamericana, evitándose de esa manera que la CIDH se inunde casos con circunstancias de hecho similares en los cuales no haga otra cosa que repetir los criterios de sus propios precedentes.

Reitero que todo máximo tribunal constitucional de un país pretende lo mismo respecto de la interpretación que hace de las distintas cláusulas de las respectivas leyes fundamentales. En algunos casos no necesita decir que las soluciones o doctrinas que emanan de sus fallos son obligatorias para todos los tribunales del país, dado que ya lo dicen las constituciones (es el caso de los países con sistema de control de constitucionalidad concentrado, en que las fórmulas adoptadas varían entre la “derogación”, la “pérdida de vigencia” de la ley declarada inconstitucional, o la obligatoriedad de acatamiento de los fallos respectivos). En otros – en los países del sistema de control judicial difuso de constitucionalidad – lo dicen empleando distintas alocuciones - debido a la “autoridad institucional” de la Corte, a su “autoridad moral”, por ser el “último intérprete”. En EE.UU. se elaboró la doctrina del “*stare decisis*” para imponer la obligatoriedad de seguir los precedentes de la Corte Federal.

En Argentina – donde ninguna norma expresa prescribe efectos vinculantes a la doctrina del máximo tribunal, y para algunos autores en la práctica impera el mismo criterio norteamericano (tesis de Alberto B. Bianchi, “Control de constitucionalidad”, T. 1, Abaco, Abaco, Bs. As., 2da. ed., p. 353 y ss) - la Corte Suprema ha elaborado la doctrina del “*sometimiento condicionado*”, que implica que los tribunales deben seguir la doctrina de la Corte a menos que agreguen nuevos argumentos que no hayan sido tenidos en cuenta por ella en su oportunidad; de lo contrario el fallo puede ser descalificado por arbitrariedad. Es de señalar que, en definitiva, esta doctrina de la Corte fue la que permitió que los jueces federales (de primer y segunda instancia) reabrieran las causas de la represión durante la dictadura militar declarando la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida, pese a que la Corte en 1987 en la causa “Camps” las había

considerado constitucionales. Así procedió el Juez Federal Gabriel Federal en el año 2001 en la causa “Simón” con argumentos que luego la Corte en 2005 aceptara en lo sustancial). En definitiva, es una obligatoriedad de seguimiento relativa porque si se encuentran nuevos argumentos se justifica el apartamiento.

En el orden interamericano entiendo que ocurre algo parecido pero existen todavía mayores razones para relativizar la obligatoriedad de acatamiento de la interpretación de la Convención por la CIDH. Cuando Argentina ratificó la CADH ninguna norma expresa de esta decía que la interpretación de la CIDH tenía efectos fuera de los Estados que habían sido parte en el proceso respectivo, y tampoco cuando elevó aquella a jerarquía constitucional. La interpretación histórica de la frase “*en las condiciones de su vigencia*” del art. 75 inc. 22 de la C.N. conduce a que la intención de los constituyentes fue referirse a las reservas con que se habían ratificado los instrumentos internacionales enumerados (Conf. Bianchi, Alberto B., “Una reflexión”, ob. cit.). Pero aún cuando se considerara que el texto no excluye que además aluda a cómo es interpretado por los órganos interamericanos encargados de su aplicación (punto de vista de Pablo L. Manili, ob. cit., p. 199), entiendo que no necesariamente significa que ello implique un acatamiento liso y llano.

Es que, en definitiva, el fallo “*Almonacid Arellano*” de la CIDH, invocado por la Corte en “*Mazzeo*”, habla de que los jueces “*deben tener en cuenta*” la interpretación hecha por aquel tribunal, y no hay una gran distancia entre dicha alocución y las de “*guía*” o “*pauta*” de interpretación. (Ibarlucía E. A., 2011).

Nogueira Alcalá sostiene que los órganos jurisdiccionales ordinarios y constitucionales domésticos deben ejercer habitualmente el “*control de convencionalidad*” para no hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado por violación de derechos humanos, sin perjuicio, que será la CIDH la que determinará finalmente si el control de convencionalidad desarrollado por parte de los tribunales nacionales resulta compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado con el sistema interamericano a la luz de

la propia jurisprudencia de la CIDH, lo que posibilita a éste último analizar de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales aquellos aspectos que implican violaciones de las obligaciones internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso específico (Alcalá, 2015).

En referencia a la obligatoriedad que pretende instalar la CIDH respecto a sus fallos, incluso no sólo para el caso en que nuestro Estado sea parte sino en lo que hace al efecto erga omnes, destaco que se ha expresado en párrafos anteriores que no hay al respecto una obligatoriedad en las sentencias a nivel doméstico, al estilo el "staredecisis" norteamericano, por lo que considero tampoco se puede pretender hacer ello, en lo atinente a los fallos de la CIDH.

Por otra parte, cuando por un pronunciamiento de la CIDH se ordena/requiere modificar nuestra Constitución, considero sería cuanto menos opinable/discutible, en virtud de la clase de Constitución que nos rige, esto es, de tipo rígida, con un procedimiento especial para poder reformarla (art. 30 CN), que en este caso no se estaría cumpliendo.

La rigidez con que los constituyentes originarios trataron la mencionada cláusula constitucional (mayoría agravada, etc.), demuestra a las claras la intención de estabilidad, presente en el texto constitucional, más allá de la incorporación de las convenciones internacionales en el art. 75 inc. 22; destacando también, que el art. 30 permaneció intacto en la reforma de 1994.

Respecto a la posibilidad del impacto que resulta de la obligatoriedad de aplicación de lo que decida la CIDH lo que podría disfrazar una reforma en una constitución de tipo rígida (como la nuestra) que para ello tiene un específico trámite constitucional, resalto la reflexión de Zagrebelsky (Zagrebelsky, Septiembre-Diciembre de 2006.) en cuanto dice que la propensión al futuro es la esencia de la constitución y la naturaleza particular de sus normas son el mejor testimonio. Quien, en nombre de los orígenes, esto es de la fidelidad a una "constitución inerte", entiende que cualquier nueva exigencia constitucional debe manifestarse no a través de renovadas respuestas a los nuevos

interrogantes, sino solamente a través de reformas, con el objetivo de que se garanticen de esa manera la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la duración en la vida constitucional. Es decir, desconoce la función de la constitución.

Una constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana.

Entre la generación constituyente y las sucesivas se instituye una relación como la que existe entre padres (los “padres fundadores”) y los hijos sucesores. A cada generación de herederos le corresponde “mejorar y perpetuar”, no echar al viento el legado, el legado recibido (ver *El Federalista*, números 14 y 49; E. Sieyès, *Opinión sur le jurielconstitutionnaire*, París, 1795). La ley de la buena vida de las constituciones es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia; la reforma es un instrumento excepcional.

El objetivo de la jurisprudencia y de la reforma es concurrente. Las líneas de mutuo respeto son elásticas, como consecuencia de la discrecionalidad en que, con distinta medida, se mueven a la una y la otra. Por eso pueden entrar en colisión y donde los procedimientos de reforma, con los cuales el legislador podría contener la expansión de la discrecionalidad judicial, son particularmente gravosos, el riesgo que corren las cortes es el de convertirse en una fuente incontrolada y de ser así rechazadas por la comunidad en la que operan (M. Rosenfeld, *Constitutionaladjudication*, cit., pp. 652 y ss.).

Eloy Espinosa Saldaña, magistrado del Tribunal Constitucional del Perú (Espinosa Saldaña, 2014), dice que, estamos pues ante parámetros que, en la lógica de pesos y contrapesos tan cara al Estado Constitucional, tienen una importancia insoslayable. Debe tenerse presente que los jueces y juezas constitucionales son muy calificados integrantes de la judicatura especializada con márgenes de acción que deben entenderse en forma acotada.

Constitucionalización del Derecho no es "hiperconstitucionalización" del ordenamiento jurídico impulsado desde sede jurisdiccional.

Jueces y juezas constitucionales no son constituyentes (pueden complementar su labor, mas no subrogarse en su lugar), pues no fueron elegidos para eso, ni cuentan con legitimidad para asumir estas tareas. Tampoco son legisladores y, por ende, no son los intérpretes vinculantes ordinarios de la Constitución, ni les corresponde dejar de lado la labor legislativa si ella puede comprenderse como conforme a los parámetros constitucionales.

No tener en cuenta ciertos recaudos o no exigir su cumplimiento, puede acarrear una serie de dificultades para el buen funcionamiento institucional y el cabal ejercicio de los derechos fundamentales en un Estado determinado. De allí la necesidad de comprometerse con asegurar su plena vigencia, salvo mejor parecer.

Considero que no escapa a los jueces de la Corte IDH, la distinción que realiza Riccardo Guastini (Guastini, 2010) , al hablar de la interpretación constitucional y de una pareja de oposición entre ***judicial restraint vs. judicial activism***, ya que a tenor del material sobre el que actúa entiendo es totalmente aplicable a la misma, agregando además, que por su papel pareciera que está mucho más cerca de la segunda posición.

Estas dos doctrinas, ampliamente discutidas sobre todo en la literatura americana, que específicamente tienen por objeto la jurisdicción constitucional, son muy elocuentes desde el punto de vista político, en cuanto a las relaciones entre legislación y jurisdicción constitucional, pero son absolutamente pobres de contenido técnico.

La doctrina del *judicial restraint* -es decir, de la (auto) limitación judicial- se inspira en el valor de la deferencia hacia el legislador democrático. Los jueces -en particular los *jueces constitucionales*- carentes, como son, de alguna legitimación democrática (no siendo elegidos por el pueblo) no deben invadir la competencia del Poder Legislativo, o usurparlo. Lo que sucedería, si se ejercitasen sobre las leyes un control de constitucionalidad muy penetrante. Por

lo tanto, una ley debe ser declarada inconstitucional sólo cuando contradiga la Constitución de modo evidente, indiscutible.

Desgraciadamente, no es fácil decir cuando una antinomia entre ley y Constitución pueda considerarse evidente o indiscutible. ¿Quizás cuando sea generalmente percibida como tal por la comunidad de juristas? ¿O cuándo sea fruto de interpretación literal (sea de la ley, sea de la Constitución)? ¿O, aún, cuándo sea fruto de una interpretación ya consolidada? La pregunta está destinada a permanecer sin respuesta. De modo que la doctrina del *judicial restraint* se reduce a una invitación del todo general, dirigida a los jueces constitucionales, a seguir una actitud de deferencia hacia el legislador (democrático).

Parece de todas maneras que la doctrina en examen conciba la Constitución, de modo tendencial, como un conjunto de normas finito, y en este sentido (amplio), "lagunoso": la Constitución no regla cualquier materia o caso posible, y en las materias que la Constitución no regla de modo alguno, a falta de cualquier "parámetro" de legitimación constitucional, el legislador es plenamente libre de disponer como él crea necesario.

La doctrina del *judicial activism* -es decir, del activismo judicial- se inspira, sobre todo, en la idea de que los jueces constitucionales tienen el deber de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos (y en las minorías políticas) contra las mayorías políticas (aún cuando democráticamente elegidas), esto es, contra el legislador.

Parece, entonces, que esta doctrina pretenda recomendar a los jueces una interpretación poco respetuosa de la letra del texto constitucional, incluso una interpretación libre de todo vínculo textual, para favorecer, así, aquélla que comúnmente se llama "creación libre" del Derecho constitucional por parte de los jueces (en algunas variantes de esta doctrina: con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, que, por supuesto, los jueces pueden identificar solo a través de sus sentimientos de justicia).

Al contrario de la precedente, esta doctrina parece, entonces sugerir, que el Derecho constitucional es un conjunto de normas "completo" (o tendencialmente completo): los principio constitucionales -en virtud de la estructura abierta que los caracteriza -son capaces de reglar cualquier materia o caso posible. De este modo, en el Derecho constitucional no queda algún espacio vacío -algún *Rechtsleerraum*- en el cual el legislador ordinario pueda libremente decidir lo que quiere: para toda la ley ordinaria habrá siempre una norma -o, más bien, un principio o un valor- constitucional con la cual dicha ley pueda ser confrontada para decidir sobre su conformidad con la Constitución.

Garay (Garay, 2015) sostiene en cuanto a la labor de la Corte Interamericana en sus sentencias, que "lo dicho" o lo "resuelto" en un caso anterior es empleado automática o mecánicamente para resolver uno subsiguiente sin tener en cuenta que los hechos de ese caso anterior no guardan analogía con los del presente. Dice también que, la interpretación que la Corte Interamericana realiza en sus fallos, de muchas disposiciones es tan genérica y extensa como irresponsable y da la sensación que la Corte IDH, integrada por jueces propuestos de manera inconsulta por los presidentes de los países latinoamericanos, se autoadjudicara una competencia legislativa general americana, de la que, obviamente, carece. Como variante de esta última característica se halla su sorpresiva y tan ambiciosa como incompetente pretensión acerca de que sus sentencias deben ser tomadas como si fueran precedentes (concebidos éstos como en la Doctrina del Precedente) y, por, lo tanto obligatorias (las reglas de ellos explicitables) para todos los supuestos análogos. Es evidente que una aspiración tal —revolucionaria en Latinoamérica— debería estar al menos mencionada en la Convención. Allí deberían existir sus lineamientos básicos, porque esa práctica es ajena a estos países y porque tiene variantes en las naciones del *Common Law* que la han adoptado. Sin embargo, como era de esperar, la Convención nada dice ni sugiere sobre el punto. Igual incompetencia posee la Comisión IDH para dictar medidas precautorias (o equivalentes) y sin embargo se auto-atribuyó tal facultad al redactar su propio Reglamento, a pesar de que la Convención no le otorga esa competencia (que sí se la reconoce a la Corte IDH). Increíblemente,

las autoridades locales las aceptan como si fuera una verdad "revelada". Se habla de control de constitucionalidad y de convencionalidad como si se tratara del mismo fenómeno, siendo que no lo son —al menos a la luz de los textos involucrados y de las experiencias locales transnacionales—.

Me parece que los gravísimos defectos aludidos deben ser encarados con seriedad, al menos, localmente. Y esto no solamente porque se trata del tribunal más alto en la materia y de su poderosa Comisión. Mi preocupación reside en su impacto local: el empleo que se hace de estas sentencias en dos áreas, a saber: por un lado, se advierte una especie de moda, prevaleciente en muchos, en citar torpemente disposiciones del Pacto de San José que, *más o menos*, parecen referirse al caso que tienen entre manos. Y lo mismo se hace, otras tantas veces, con Pactos que obligan a la Unión Europea. Es decir, como está vigente allí a través de una Convención firmada por ellos, se considera que automáticamente también lo está aquí, en aquellas disposiciones semejantes de nuestros Tratados. Como sabe el lector, hay que realizar un esfuerzo argumental serio, muy serio, para defender tal cosa. Mas el esfuerzo no se lleva a cabo. Por otro lado, no se ha establecido una aproximación metodológica acerca del deslinde, si lo hay, entre el ámbito de actuación de las garantías constitucionales (y otras prescripciones de este orden que pueden verse afectadas) y las disposiciones semejantes del Pacto de San José (por ejemplo, cuándo corresponder fundar una decisión en unas y cuándo en otras; cómo se resuelven incompatibilidades, etc.) En efecto, este deslinde no se ha trazado y creo que es imperioso hacerlo. Existe semejanza textual o conceptual (en abstracto) entre derechos y garantías constitucionales y disposiciones de la Convención Americana. Las últimas son empleadas cada día, con mayor frecuencia (no importa aquí si bien o mal) y a veces hasta se citan los derechos constitucionales al pasar, dando mayor espacio y prevalencia a las convencionales (quizá, como decía, por esnobismo intelectual o por un ambicioso afán de erudición).

Es evidente que si se persiste en esta actitud y no se modifican los hábitos y los métodos, pronto los Derechos y Garantías fundamentales no

serán definidos por nuestra Corte Suprema sino por la Interamericana, no sólo por efecto del llamado control de convencionalidad sino porque el empleo de los primeros será reemplazado por los de la Convención, tribunal este que tendrá la última palabra en lo que a la interpretación del Pacto se refiere. Francia reformó su Constitución en 2008 para ampliar el control de constitucionalidad precisamente porque algo similar le ocurría entre su Constitución, la Corte Europea de Derechos Humanos y su Convención anexa. Ellos creyeron que reformando el control de constitucionalidad podrían evitar que la Convención Europea de Derechos Humanos, interpretada en última instancia por la Corte Europea de DDHH, se fagocite a su Constitución. Es útil tener presente su experiencia.

Estoy convencido de que los legisladores que autorizaron la reforma constitucional del '94 no tuvieron en mente esta sustitución. En realidad, dejaron textualmente a salvo de cualquier reforma esos derechos y garantías y la supremacía de la Constitución y de la Corte Suprema como exponente final de ellos. Creo que los Convencionales tampoco pensaron en semejante reemplazo soberano. Pero, a pesar de ello, tengo la sensación de que esos Derechos y Garantías están siendo exterminados suavemente con la canción convencional interamericana. Creo que debemos despabilarnos pronto. No vaya a ser que lo advirtamos tarde y sólo quede la opción más costosa.

Dice Mauro Cappelletti, en un hecho bien conocido que la legislación social o de welfare conduce al Estado, inevitablemente, a sobrepasar los límites de sus tradicionales funcionales de “protección” y de “represión”. El papel del gobierno ya no puede limitarse a ser un “gerdarme” o un “night watchman”; por el contrario, el Estado social –el “Etat providence”, como lo llaman expresivamente, los franceses- debe hacer suya la técnica del control social que los politólogos llaman, a menudo, promocional. Dicha técnica consiste en prescribir programas de desarrollo futuros y promover su realización gradual, en lugar de tomar decisiones, típicas de la legislación clásica, entre “derecho” y “contravención”. Los derechos sociales requieren, típicamente, una intervención activa del Estado para su realización, por lo

general proyectada en el tiempo. Distintamente de los derechos tradicionales, para cuya protección se solicita tan sólo que el Estado no permita su violación, los derechos sociales –como el derecho a la seguridad social y médica, al hogar, al trabajo- no pueden ser “atribuidos” simplemente, al individuo. Ellos requieren, por el contrario, una permanente acción estatal, dirigida a financiar subsidios, remover barreras sociales y económicas y, en fin, a promover la realización de los programas sociales que son el fundamento de tales derechos y de las expectativas por ellos legitimadas. Es evidente que en estas nuevas áreas del fenómeno jurídico hay implicancias importantísimas que se imponen a los jueces. Frente a una legislación social que se limita, frecuentemente, a definir finalidades y principios generales, y frente a derechos sociales dirigidos, esencialmente, a una gradual transformación del presente y a la formación del futuro, los jueces de un país dado bien podrían asumir –y en efecto han asumido con frecuencia- la posición de negar el carácter preceptivo, o “*self-executing*”, de tales leyes y derechos programáticos. Tarde o temprano, como lo ha confirmado la experiencia italiana y de otros países, los jueces deberán aceptar la realidad de una concepción cambiante del derecho y de una nueva función del Estado, del cual, después de todo, ellos también son una “rama”. Y será difícil para ellos, entonces, no dar su propia contribución al intento del Estado de hacer efectivo aquellos programas, es decir, de no contribuir a dar un contenido concreto a aquellas “finalidades y principios”: esto es algo que ellos puedan hacer controlando y solicitando el cumplimiento del deber del Estado de intervenir activamente en la esfera social, un deber que está, justamente, prescrito en la legislación, por lo cual compete a los jueces hacerlo respetar (Cappelletti, 2010).

En esa línea de pensamiento es que también, considero se encuentran no sólo los jueces domésticos sino los jueces de los Tribunales Internacionales.

Sin perjuicio de ello, considero fundamental para construir una democracia sólida, el diálogo entre los tres poderes del Estado, sin dejar de reconocer que los jueces, tanto los del ámbito nacional como los del orden internacional, han tomado otro rol, debido a la distinta coyuntura en la que se

devuelven, pero creo que ello debe realizarse siempre dentro de una de las características más importantes del sistema republicano de gobierno, esto es, respetando la división de poderes en el orden interno, y las competencias en el orden internacional.

VIII. LOS INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SU VALOR JURÍDICO. OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

a) Los informes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia (OEA)

En el precedente "*Caballero Delgado y Santana v. Colombia*" (del 8/12/95), el tribunal manifestó que las "recomendaciones" de la CIDH no tienen el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Sin embargo, advirtieron que "en cuanto atañe al artículo 51, ello constituyó sólo un *obiter dictum*, dado que todo lo atinente a ese precepto fue ajeno a la competencia del tribunal regional".

Dos años después, la Corte IDH modificó su jurisprudencia que le restaba efectividad a las decisiones de la CIDH, fijando en el "*Caso Loayza Tamayo v. Perú*" (del 17/7/97) un estándar robusto respecto del valor de los informes de ésta. En efecto, declaró que "en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la CVDT, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la CADH, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la OEA, que tiene como función 'promover la observancia y la defensa de los

derechos humanos' en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)". El tribunal agregó que al ratificar la CADH los Estados partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.

La cuestión fue abordada en el "*Caso Blake v. Guatemala*" (del 24/1/98), "pronunciamiento por demás importante en la materia tanto por sus silencios cuanto por sus palabras", toda vez que la Corte IDH no reiteró ni citó siquiera su postura de "*Caballero Delgado*" y "*Santana*" y reforzó la consistencia del informe preliminar, al sostener que "los Estados partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes". A partir de ello, en función de los principios de buena fe y efecto útil, los magistrados consideran que el informe debe ser cumplido por los Estados. Agregan que de no ser obligatorias sus recomendaciones, "¿sobre qué base jurídica la Asamblea General de la OEA resolvió, después de reafirmar 'el valor esencial de las labores que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el perfeccionamiento de la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de derecho en el hemisferio', alentar a los Estados miembros a que 'den seguimiento a las recomendaciones de la CIDH, incluyendo, entre otras, las medidas cautelares' (Observaciones y recomendaciones al informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3/6/2008, AG/ RES. 2409 (XXXVIII-O/08), puntos 2 y 3.b; vid., en igual sentido, las resoluciones de la citada Asamblea General, Fortalecimiento de los sistemas de derechos humanos en seguimiento de los mandatos derivados de las Cumbres de las Américas, aprobadas el 4/6/2009 —AG/RES. 2521 (XXXIX-O/09)— y el 7/6/2011 —AG/RES. 2675 (XLI-O/11)—?" (votos de los jueces Fayt y Zaffaroni en "*Carranza Latubresse*" -Corte Sup, del 6/8/2013).

Lorenzetti y Highton de Nolasco concluyen, en el fallo recién citado (pero en disidencia) que "la Corte Interamericana, aun cuando ha declarado la trascendencia de las recomendaciones que pudiera efectuar la Comisión y, a su vez, alentado a los Estados a cumplir con ellas sobre la base del principio *pacta sunt servanda*, no establece respecto de las mismas un criterio de obligatoriedad so *pena* de incurrir en responsabilidad internacional del Estado

que eventualmente incumpliere, criterio que sí, en cambio, reserva para los fallos del tribunal".

Parecería que si se debe cumplir con el contenido del informe preliminar que fue redactado con la finalidad de concitar la cooperación del Estado para que adecue su conducta al respeto de los derechos humanos, con mucha más razón debe hacérselo con el "informe del artículo 51", que es definitivo (Rey, 2014-I).

b) Los informes en la jurisprudencia de la Corte Nacional.

Gil Dominguez se pregunta cuáles son los motivos para crear una distinción entre las sentencias de la Corte IDH y los informes de los Comités, si tienen la misma jerarquía constitucional apriorística dotada por las condiciones de su vigencia. Entiendo que existe una diferencia que consiste en el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH, por un lado, y el carácter cuasi jurisdiccional de los comités creados por los tratados universales de derechos humanos, que hace que sus recomendaciones no sean, en principio, obligatorias para los Estados, por el otro. No obstante ello, en función de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, todos los órganos estatales deberían adecuar sus actuaciones a las disposiciones de los tratados que un Estado haya ratificado, asegurando el efecto útil de las disposiciones del tratado en el plano del derecho interno. (Rey, 2013-II).

A diferencia del significativo nivel de seguimiento por la Corte Suprema argentina de los estándares fijados por la Corte IDH (salvo algunos "lunares") y su temprana recepción del control de convencionalidad, no ha sucedido lo mismo respecto de los informes de la Comisión IDH.

Oscilaciones jurisprudenciales

- La percepción de la Corte Suprema acerca de la obligatoriedad de las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión IDH, adoptados en el marco del art. 51 de la CADH no ha sido precisamente lineal. Basta recordar su pendular secuencia jurisprudencial en la materia para comprobar sus *corsi e ricorsi*, con precedentes que en el particular se muestran

laudables: v. gr., "Bramajo, Hernán, J." (del 12 de septiembre de 1996) y "Simón, Julio Héctor y otros s/ Privación ilegítima de la libertad, etc. -Causa N° 17.768-" (del 14 de junio de 2005); y otros cuestionables: por ejemplo, "Acosta, Claudia B." (del 22 de diciembre de 1998) y "Felicetti, Roberto y otros" (del 21 de diciembre de 2000).

- En alguna medida, la situación se re-complejizó a partir de la óptica que el Procurador General de la Nación vertiera en su dictamen de 1 de septiembre de 2009, correspondiente a la causa "*Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores- y Provincia del Chubut*" (C. 594, XLIV), en el que se muestra refractario a conceder que semejantes recomendaciones posean carácter vinculante. (Bazán, Febrero-2014)

Recordemos que en "*Carranza Latrubesse*", el actor fue removido de su cargo de juez de primera instancia de la provincia del Chubut mediante un decreto dictado por el Poder Ejecutivo *de facto* de dicha provincia el 17/6/1976. Luego del retorno de la democracia promovió una acción contencioso administrativa de plena jurisdicción en la que reclamó la nulidad de la medida y la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales que ésta le había causado, mas no la reposición en el cargo. Toda vez que en sede interna no se hizo lugar a su planteo, presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la CIDH" o "la Comisión"), sosteniendo que el Estado argentino había violado sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante, "la CADH" o "la Convención") en relación con el artículo 1.1 del citado instrumento. La Comisión emitió el informe 30/1997 el 30/9/1997, en el cual concluyó que el Estado violó los derechos de la víctima a las garantías judiciales y a la protección judicial y recomendó que lo indemnice adecuadamente. Luego de continuar el trámite en el derecho interno, el actor obtuvo una sentencia favorable de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, que condenó al Estado Nacional a pagarle la suma de \$ 400.000. En función de ello, el Estado recurrió ante la Corte Sup., que únicamente declaró admisible el recurso en cuanto al agravio relativo a que la

Cámara confirió carácter obligatorio al informe de la Comisión y a la recomendación que éste contiene. En su dictamen del 1/9/2009, el procurador general de la Nación reiteró la doctrina de "*Acosta*" (sentencia del 22/12/1998) y "*Felicetti*" (sentencia del 21/12/2000), donde la Corte Sup., además de redactar párrafos muy desafortunados como que "las recomendaciones de la CIDH no son obligatorias porque las sentencias internas no pueden ser modificadas por la jurisprudencia internacional, que no es vinculante para el Poder Judicial", afirmó que "del texto de la Convención Americana surge que la decisión que los Estados Parte se comprometen a cumplir es la de la Corte Interamericana", rechazando la idea de que las recomendaciones de la CIDH son obligatorias (Rey, 2014-I).

Bazán (Bazán, Febrero-2014) dice que, disiente con la posición adoptada en "Carranza Latrubesse" y sostiene que desde hace tiempo viene argumentando en sentido inverso a ella, paralelamente a criticar la trayectoria jurisprudencial ondulante que el Alto Tribunal argentino muestra sobre el particular y la ausencia de un pronunciamiento firme y claro que despeje dudas respecto de los ribetes mandatorios de dichas recomendaciones de la Comisión IDH. Veamos:

a) Sobre el valor obligatorio de los informes de ésta, se ha señalado que la "recomendación" no obligatoria (en los términos de la interpretación que la Corte IDH proporcionara en el "Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia" (sent. de fondo del 8/12/1995) es aquella emitida en función del art. 51.2 de la CADH, con posterioridad a la presentación del caso ante la Corte IDH; al tiempo que las restantes recomendaciones son obligatorias, concluyéndose que una interpretación de buena fe, de acuerdo con el objeto y el fin de la Convención debe afirmar tal obligatoriedad y la percepción acerca de que su incumplimiento genera responsabilidad internacional, puesto que si se desjerarquizase el valor de aquéllas no se estaría coadyuvando a la búsqueda de la perfección del sistema de protección internacional.

La propia redacción del citado art. 51.2 de la CADH pareciera refutar la tacha de no vinculatoriedad. En efecto, este tramo de la cláusula convencional

dispone: "La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada" -remarcado añadido-. Todo indica que la selección del vocablo "debe" trasunta la intención de dotar a la redacción de un tono prescriptivo antes que meramente facultativo u optativo.

Al referirse al tema de la interpretación de la CADH, la Corte IDH ha determinado que la misma debe ser efectuada de modo tal que no conduzca "de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención" y siempre teniendo en cuenta que el objeto y el fin de la misma "son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos".

b) Tampoco es desdeñable el tenor literal con que el art. 33 de la CADH ha sido elaborado. En efecto, identifica a la Comisión y a la Corte Interamericanas como "competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes" en la Convención -destacado nuestro-. Se trata de un elemento relevante y que también lleva a predicar que los pronunciamientos de uno de los dos órganos que tienen a su cargo la trascendente misión de verificar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en el marco de dicho instrumento internacional exudan imperatividad. Al respecto, la Corte IDH ha especificado que en función del citado art. 33 de la Convención, al ratificar ésta, "los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes" -énfasis agregado-.

Es también relevante que, de modo correlativo a la obligación individual que adoptan los Estados Partes de la CADH en el sentido apuntado, afrontan una garantía de carácter colectivo consistente en velar por la preservación de dicho instrumento internacional, uno de cuyos reflejos radica precisamente en procurar que la obligatoriedad de la observancia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana sea acatada.

En esa línea analítica, no cabe soslayar que tales directivas emanan de un órgano principal de la Organización de los Estados Americanos, cuya función consiste en promover la observancia y la defensa de los derechos

humanos en el hemisferio (vid. art. 106 de la Carta de dicha Organización), sin olvidar, ya desde otra vertiente argumental, que no sería sencillo defender válidamente la sustentabilidad jurídica del razonamiento estatal por medio del cual asegure no tener el deber de cumplir las recomendaciones de la Comisión IDH, pues en tal caso, los efectos, el alcance y la suerte final de ellas quedarían totalmente a merced y criterio de la propia parte remisa.

c) De su lado, con agudeza se ha afirmado que conferir obligatoriedad a las recomendaciones de la Comisión IDH (CIDH en el texto que a continuación transcribiremos) "no vacía de sentido a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. La exigibilidad de un fallo de la Corte IDH se sustenta en dispositivos convencionales más rígidos y precisos, pero ello no quita toda virtualidad a las recomendaciones de la CIDH. Ni las cláusulas del sistema interamericano pierden sentido ante dicho reconocimiento. La CADH tiene un sistema de doble vía de culminación de los procedimientos de denuncia. Eso es todo. Un caso puede terminar por un arreglo amistoso entre las partes, con un informe ante la CIDH, o por una sentencia de la Corte IDH. Afirmar la obligatoriedad, en general, de cualquiera de esas decisiones no hace que el sistema se desestabilice, por la sencilla razón, de que el sistema fue concebido y aceptado por los Estados del modo en que luce, esto es, con dos órganos con competencia final para juzgar el desempeño estatal. Las sentencias de la Corte IDH, ciertamente, están avaladas por un sistema de exigibilidad más firme y preciso pero ello no implica que sus fallos pierdan fuerza, si se otorga también algún grado de exigibilidad a las recomendaciones de la CIDH".

d) En resumen, desde nuestro punto de vista, debería consolidarse y luego evolucionar la posición que la Corte Suprema asumiera en "*Simón*", en el que retomó -aunque con mayores precisión terminológica y densidad jurídica- la huella dejada en "*Bramajo*". En éste, asentándose en la señera sentencia dictada en "*Giroldi, Horacio D. y otro s/ Recurso de casación*" (de 7 de abril de 1995), le adjudicó la calidad de "guía para la interpretación de los preceptos convencionales a la opinión de la Comisión Interamericana" -destacado agregado-, en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia

de ésta para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y la aplicación de la CADH (consid. 8° del voto de la mayoría).

De hecho, existe un reciente y auspicioso fallo en el sentido que exponemos, en la citada causa: "*Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut*", de 6 de agosto de 2013, donde el Tribunal -por mayoría- no adhirió al dictamen del Procurador General, al que hiciéramos referencia párrafos arriba.

La Corte Suprema entendió que las recomendaciones del art. 51.2 de la CADH, formuladas en el Informe 30/97 respecto de la necesidad de indemnizar a un magistrado por la destitución de su cargo, son de carácter obligatorio para el Estado Nacional, pues ello impone el sentido que debe atribuirse a los términos del precepto tanto en el contexto específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al objeto y el fin del régimen de peticiones y de la CADH en su integralidad, y a la par, es lo que mejor responde al principio de buena fe y al efecto útil del régimen, evitando así el debilitamiento del sistema, cuando no, del propio ser humano al cual está destinado a servir. Añadió que un resultado definitivo adverso para el Estado demandado ante la Comisión IDH implicará para aquél hacerse cargo de su responsabilidad internacional y del deber de remediar la situación examinada por el organismo, lo que sería consecuencia del ejercicio de su soberanía al haber asumido el carácter de parte de la CADH y, por ende, aceptado la competencia de la Comisión.

El criterio de la mayoría es tan laudable como ajustado fue el resultado de la votación de los ministros de la Corte, lo que no permite obtener certezas absolutas acerca del específico problema aquí examinado. ¿Será éste el último capítulo de la saga? (Bazán, Febrero-2014).

Recientemente la Comisión IDH, se ha expedido respecto del singular caso de Milagro Sala.

Un comunicado de prensa del 03 de noviembre de 2017 de la Comisión IDH (OEA) informa que, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitó el 3 de noviembre de 2017 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que adopte medidas provisionales a favor de

Milagro Sala con respecto al Estado de Argentina, porque considera que el Estado ha incumplido las medidas cautelares dictadas en su favor. En enero de 2016, organizaciones de derechos humanos de Argentina solicitaron a la Comisión la adopción de las medidas cautelares a favor de Milagro Sala, lideresa indígena. El 27 de julio de 2017, tras haber recibido información de ambas partes y haber efectuado una visita al centro de detención, la Comisión Interamericana otorgó medidas cautelares a favor de Milagro Sala a través de la Resolución 23/17. A juicio de la Comisión, existían suficientes elementos para considerar que, entre otros aspectos, las condiciones de detención de Milagro Sala constituían una situación de hostigamiento y estigmatización que ponía en riesgo su vida e integridad, situación agravada por el estado de la salud mental de la beneficiaria. Por lo anterior, la CIDH dispuso que el Estado argentino debía adoptar medidas para garantizar los derechos a la vida e integridad personal de la beneficiaria; concertar con ella las medidas a tomar; y teniendo en cuenta la excepcionalidad de la detención preventiva, adoptar medidas alternativas, tales como el arresto domiciliario o que la beneficiaria Sala enfrentara el proceso en libertad. Después del otorgamiento de la medida cautelar, la Comisión encontró que las autoridades judiciales de Jujuy tomaron decisiones que se distancian del cumplimiento de las medidas cautelares dictadas por la Comisión y que, por el contrario, agravan la situación de riesgo de la beneficiaria. Inicialmente las autoridades judiciales ordenaron la detención domiciliaria para Milagro Sala. Sin embargo, bajo un estricto régimen de seguridad que reproducía las condiciones de la Penitenciaría en su domicilio. Posteriormente, la Cámara de Apelaciones y Control de la Provincia de Jujuy ordenó el retorno de la procesada a la Penitenciaría. Y finalmente, un juez ordenó el reingreso de Milagro Sala al Penal porque ella se habría negado a ser trasladada a un centro médico donde se la practicarían exámenes clínicos. Además, la Comisión tuvo conocimiento de la grave situación psicológica que atraviesa la beneficiaria por la angustia que le generan las últimas decisiones tomadas por las autoridades del Estado, lo que la habría llevado a causarse una autolesión, en adición a la causada con anterioridad al otorgamiento de las medidas cautelares. La CIDH encuentra que las actuaciones descritas, no se

dirigen a cumplir las medidas cautelares. Las más recientes acciones, analizadas en conjunto con otros factores de riesgo identificados en la Resolución 23/17, agravarían el riesgo para la vida e integridad personal de la señora Milagro Sala. En consideración de la CIDH, la situación actual de Milagro Sala cumple con los requisitos de extrema gravedad, urgencia y riesgo de daño irreparable previstos en el artículo 63.2 de la Convención para el otorgamiento de medidas provisionales (OEA, 2017).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo del 5 de Diciembre de 2017, y cumpliendo con lo resuelto por la Corte IDH el 23 del Noviembre de 2017, en el marco de la "Solicitud de Medidas Provisionales respecto de Argentina. Asunto Milagro Sala" y en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 63.2 de la Convención Americana, resolvió: "1. Requerir que el Estado de Argentina adopte, de manera inmediata, las medidas de protección que sean necesarias y efectivas para garantizar la vida, integridad personal y salud de la señora Milagro Sala. En particular, el Estado debe sustituir la prisión preventiva de la señora Sala por la medida alternativa de arresto domiciliario que deberá llevarse a cabo en su residencia o lugar donde habitualmente vive, o por cualquier otra medida alternativa a la prisión preventiva que sea menos restrictiva de sus derechos que el arresto domiciliario, de conformidad con lo establecido en el Considerando 33" y "2.Requerir al Estado que realice las gestiones pertinentes para que la atención médica y psicológica que se brinde a la señora Sala se planifique e implemente...". Por ello, señalaron, esa decisión impone a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como órgano supremo de la organización judicial argentina "la obligación de adoptar las medidas conducentes, que, sin menoscabar las atribuciones de otros poderes, tienden a sostener la observancia de la Constitución Nacional" (cf. L.733.XLIII "Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de y otro", resolución del 6 de septiembre de 2006), por lo que requirió a las autoridades judiciales a cuya disposición está detenida la recurrente que adopten con carácter de urgente las medidas correspondientes para dar cabal cumplimiento con lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la referida resolución.

Paralelamente, en el mismo pronunciamiento, la Corte Suprema decidió confirmar la prisión preventiva que fuera dispuesta respecto de la misma. De ésta forma quedó firme la prisión preventiva que fuera convalidada por el Superior Tribunal de Jujuy por existir riesgo de obstaculización del proceso, en el que se le imputó la comisión de los delitos de asociación ilícita en carácter de jefa, fraude a la administración pública y extorsión.

Destaco al respecto de la prisión domiciliaria, que existen muchas personas que padecen el mismo tipo de situación en la cárcel que Milagro Sala; siendo que no tienen "la peligrosidad" que significa ésta última, atento a no poseer el poder de facto que ostensiblemente tiene Milagro Sala, ni los vínculos con el poder nacional e internacional y sin embargo no gozan de la misma protección que la referida.

Veremos también como termina ésta cuestión de la que considero la ComisiónIDH, hace una lectura muy particular de los hechos traídos a su consideración.

Párrafo aparte merecen las **opiniones consultivas de la CorteIDH**, de las que sólo me limitaré a decir que, tal como lo afirmó reiteradamente la Corte Interamericana, "la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del art. 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza al proceso contencioso". Sin embargo, la Corte Interamericana también ha reconocido que su competencia consultiva es permisiva y que consideraría inadmisibles toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, o en general, a "alterar o debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto en la Convención". En otros términos, del sistema de la Convención emergen dos carriles que pueden ser transitados por la Corte Interamericana, el de la consulta y el contencioso, ambos admisibles según las circunstancias y sus respectivas

posibilidades de garantizar de manera más eficaz los derechos bajo los tratados que los protegen (Gelli, 2009- 4ta edic-2da reimp.).

IX. ¿CAMBIO DE CRITERIO DE LA CORTE ARGENTINA? UN FALLO PARTICULAR Y RESONANTE.

Sin lugar a dudas nos estamos refiriendo al caso "**Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina**", que por supuesto amerita un capítulo aparte por su importancia y por la postura allí sentada.

Recordemos brevemente lo que necesitamos saber del caso. Hace mucho, Menem no reconocía públicamente a Carlitos Nair. La Revista "Noticias" investigó el hecho, armó una serie de notas en las que contaba que el entonces presidente tenía un hijo, incluso consiguió una foto que llevó a tapa. Carlos Menem, entonces presidente, los demandó planteando que la revista había violado su derecho a la intimidad. El decurso judicial de ese litigio fue así:

En 1997 un juez de primera instancia en lo civil rechazó la demanda interpuesta por el señor Menem. La sentencia fue apelada y en 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió la decisión y condenó a la editorial y a Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico a pagar la suma de la suma de \$150.000,00. Los demandados interpusieron un recurso extraordinario federal. En el año 2001 la Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida, aunque modificó el monto indemnizatorio, reduciéndolo a la suma de \$60.000,00.

Sobre esta base el caso escaló al Sistema Interamericano y luego accedió a la Corte Interamericana, donde lleva la carátula "Fontevicchia y D'Amico" que eran respectivamente propietario y director de "Noticias". En resumidas cuentas, allí se concluyó, en sentencia del 29 de Noviembre de 2011, que la revelación de la revista estaba justificada por tratarse Menem de una figura pública política, que la condena civil había sido un cercenamiento a la libertad de expresión, y se condenó al Estado Argentino. Para cumplir esa condena, el Estado debía hacer tres cosas:

a. dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias;

b. publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema, y

c. entregar a los periodistas las sumas reconocidas en dicho fallo (devolverles el dinero que habían pagado por la condena, más los gastos que tuvieron que hacer por el juicio)

Estando cumplido el punto *b* y el punto *c* "en vías de cumplimiento", el Ministerio de Relaciones Exteriores le pide a la Corte Suprema que haga lo suyo, el cumplimiento de *a* -cosa que la Corte no hará, según nos dice este fallo. (Saberderecho.com).

El debate principal siempre ha girado en torno al **alcance** del control de convencionalidad, que como ahondaremos ahora, en este nuevo caso, pareciera que, de alguna manera, se corta una línea jurisprudencial mayoritaria que venía siguiendo nuestro más alto Tribunal Nacional, en cuanto a la obligatoriedad de acatamiento respecto a las decisiones de la CorteIDH, en el caso concreto.

Recordemos que, (Ibarlucía E. A., 2017) ya aún antes de los fallos "*Almonacid Arellano vs. Chile*" (2006) y "*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*" (2007), la Corte Suprema, se aferró a la tesis de la obligatoriedad del seguimiento de la doctrina que emanaba de los fallos de la C.I.D.H. en varias sentencias donde debió pronunciarse acerca de la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad (Arancibia Clavel, del 2004) o acerca de la validez de las leyes de impunidad de ese tipo de delitos (Simón, del 2004), y posteriormente en relación a los decretos de indulto (Mazzeo, del 2007). Particular importancia tiene que la Corte tuvo que recurrir a tal argumento para apartarse de los precedentes en los cuales había convalidado la validez constitucional de la ley de obediencia debida (causa "Camps" de 1987) y de los indultos (causa "Riveros" de 1990). Especialmente en "Simón" la Corte invocó el fallo de la C.I.D.H. en el caso "Barrios Altos" de 2001 para sostener el

carácter de inadmisibles de los crímenes de lesa humanidad, y en "Mazzeo" — citando "Almonacid Arellano" — que los tribunales nacionales no solamente debían respetar el texto de la C.A.D.H. sino *también la interpretación* que de la misma había hecho la C.I.D.H.

Esta línea de la Corte Suprema fue reiterada en varios fallos señalando que, a mi juicio, ello culminó con el caso "Rodríguez Pereyra" de 2012, en el que dio por sentado que el control de convencionalidad debía hacerse de oficio (de acuerdo a la CIDH),. La "vuelta de tuerca" final la dio el fallo "Carranza Latrubesse c. Estado Nacional" del 6/08/13, en el que la Corte reconoció fuerza obligatoria, ya no solo a fallos de la C.I.D.H., sino también a las recomendaciones de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Estos fallos de la Corte Nacional generaron una importante discusión doctrinaria acerca de la pertinencia o no de la fuerza obligatoria de la doctrina de la C.I.D.H. de acuerdo a la interpretación que debía darse a la reforma constitucional de 1994 — en especial al art. 75 inc. 22 — y a los artículos 63 y 68 de la Conv. Americana.

Como ya se apuntó con anterioridad, para un sector de la doctrina, la fuerza vinculante era indudable (por ejemplo, Sagues); para otros, por el contrario, en caso de conflicto debía prevalecer siempre la Constitución Nacional, y finalmente otros autores sostuvieron que sólo implicaba que los tribunales nacionales debían *tener en cuenta* la doctrina del tribunal internacional (por ejemplo, Bianchi).

En realidad, el debate se planteó en el seno de la Corte Suprema. Mientras algunos ministros adoptaron una posición que podría llamarse "internacionalista" (Boggiano y Maqueda), otros, sin embargo, adoptaron una postura que por oposición podría denominarse "nacionalista": se preocuparon por dejar sentado que el art. 27 de la CN no había perdido vigencia (en especial Fayt), argumento éste que adquiere ahora, con el nuevo fallo del Alto tribunal, particular relevancia.

Sintéticamente podría decirse que la discusión siempre se centró en el alcance interpretativo que debía darse a la expresión del art. 75, inc. 22 de la CN, "*...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional...*". Para la postura "internacionalista" significaba lisa y llanamente, tal como lo interpretan los tribunales internacionales (voto del Dr. Boggiano en "Espósito"), y podría decirse que ésa era la tesis asumida hasta ahora, en cierta forma, por la mayoría de miembros de la Corte Suprema.

Contra esta interpretación reaccionó el Dr. Horacio Rosatti en un artículo publicado en febrero de 2012 en La Ley, quien como convencional constituyente, había integrado la Comisión Redactora del texto finalmente sancionado.

En síntesis, dijo el Dr. Rosatti que a ningún convencional se le ocurrió subordinar el orden jurídico local a las interpretaciones de los tribunales internacionales y que, por el contrario, el origen histórico de la expresión "en las condiciones de su vigencia" fue que, frente a la intención de algunos de consagrar en la Constitución Nacional que la vida humana comenzaba desde la concepción —lo que generó cierta resistencia a debatirlo—, otros lograron insertar la frase en cuestión, en la inteligencia de que quería decir "con las reservas y aclaraciones" con las que la República Argentina hubiera aprobado el Tratado. Ello así, porque al ratificarse la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), se había hecho la reserva de que se entendía "por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años". Explicó el Dr. Rosatti que nunca se pensó en un control jurídico nuevo —de convencionalidad—, distinto del viejo —de constitucionalidad—, y tampoco distraer competencias a la jurisdicción nacional (menos aún a la Corte Suprema), ni dejar una "cláusula gatillo" accionable a futuro por un tribunal internacional que pudiera contradecir el texto expreso de la Constitución Nacional reformándola por un mecanismo distinto del art. 30. En conclusión —sostuvo—, la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas), que subordinara

apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional, era inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75 inc. 22 y 118 de la CN.

Argumentos parecidos habían sido esgrimidos dos años antes por el Procurador General de la Nación Esteban Righi en el dictamen emitido en la causa "Acosta, Jorge" (ya mencionada con anterioridad) en marzo de 2010. Sostuvo, en síntesis, que no podía dotarse a las sentencias del tribunal interamericano de una eficacia vinculante que no tenían en la Corte Suprema, ya que, de lo contrario, se convertiría a la CIDH en intérprete supremo de una porción del derecho constitucional argentino en contra de los arts. 108 y 116 de la CN, que no podían considerarse modificados por el término "en las condiciones de su vigencia" del art. 75 inc. 22 de la CN. Agregó el Dr. Righi que la Convención, de acuerdo a la ley 24.309, no tenía facultades para reformar dichos artículos y que era inadmisibles entender que cada vez que la CIDH modificara su jurisprudencia a su vez estuviera modificando la Constitución Nacional.

La Corte adhirió al dictamen del Procurador (en cuanto a lo esencial: que no debían quedar en libertad los procesados, aunque por distintas razones), pero expresamente aclaró "*con exclusión de los apartados IV y V*", que eran los referidos a la argumentación arriba señalada. Es decir, la Corte tuvo oportunidad de adherir a la doctrina que es similar a la que ahora sostiene en el fallo que motiva el presente comentario. Con posterioridad, como ya dije, avaló el control de convencionalidad de oficio (citando a la C.I.D.H.) y aún extendió fuerza obligatoria a los informes de la Comisión I.D.H.

La discusión siempre estuvo centrada en la fuerza obligatoria de la doctrina emanada de los fallos de la C.I.D.H. fuera del caso que se sometiera a su decisión, pero siempre se dejó a salvo que no podía dudarse del efecto vinculante en el caso en concreto por imperio del art. 68.1 de la Conv. Americana (ni siquiera en el dictamen del Procurador Esteban Righi). Sin embargo, esto es precisamente lo que ha sido puesto en tela de juicio en la resolución de la Corte que motiva éste párrafo y por ello, es que tiene una enorme trascendencia.

Según surge de la resolución que comentamos, varios años después el Ministerio de Relaciones Exteriores presentó ante la Corte un oficio de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación "*para que cumpla, en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, la sentencia de la Corte Interamericana*" en el caso.

La Corte enumera los puntos de la parte dispositiva del fallo. Dice que algunos ya fueron cumplidos y otros no requieren intervención judicial. En cuanto al punto a) — "*dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias*" —, expresa que se le dio traslado a Carlos Saúl Menem, quien contestó: "*no ha sido parte en el juicio internacional, cuyo pronunciamiento recayó condenando al Estado argentino, por lo que nada tiene que expresar al respecto*".

En otras palabras, y como no podía ser de otra manera, el ex Presidente simplemente dijo que no le era oponible una sentencia dictada en un juicio donde no había sido parte. Así las cosas, la Corte se ve obligada a precisar el alcance de la obligatoriedad de las sentencias de la C.I.D.H. de acuerdo al art. 68.1 de la C.A.D.H. Comienza por decir que ella alcanza únicamente a las dictadas "*dentro del marco de sus potestades remediales*", y responde en forma negativa, afirmándose en los principios estructurales del sistema interamericano y en fallos de la propia CIDH.

Citando el preámbulo de la C.A.D.H. expresa que esta crea una protección de naturaleza *convencional, coadyuvante y complementaria* de la que ofrece el derecho interno de los Estados, y que esa *subsidiariedad* se manifiesta en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional, y en el principio de que la C.I.D.H. no es una *cuarta instancia*, que revisa o anula las decisiones jurisdiccionales estatales. Sobre esa base — dice — dejar sin efecto la sentencia dictada por la Corte argentina implicaría transformar a dicho tribunal en una cuarta instancia, revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano. "*Reconocer a la Corte Interamericana tal carácter implicaría, por otra parte, la*

paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba".

Hasta acá pura lógica elemental: no puede hablarse de cuarta instancia si las partes y la prueba en los respectivos juicios han sido diferentes. Pero la Corte agrega argumentos por demás importantes. Sostiene que la CIDH ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto en el texto convencional, el que, conforme al art. 31 de la Convención de Viena, debe ser interpretado de acuerdo a su letra, lo que implica que los tribunales internacionales tienen una competencia limitada y carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios que quieran. De ahí que sostiene que no surge del art. 63.1 de la CADH la posibilidad de que la CIDH disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional.

Haciendo, a mi juicio, un giro importante, en las argumentaciones desarrolladas en fallos anteriores (arriba citados), dice la Corte que dejar sin efecto la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Cita, en consecuencia, el art. 27 de la C.N. y expresa que por vía del mismo el constituyente ha consagrado *una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos por la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.*

Entre esos principios — agrega —, se encuentra el carácter de la Corte Suprema como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial (art. 108 C.N.), interpretación que es fruto de una fuerte tradición de la práctica constitucional argentina. *"Esta comprensión del art. 27, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella"*, en la medida que, al dar jerarquía constitucional a la CADH, dejó establecido que sus normas *"no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución"*.

Concluye, entonces, el voto que hace mayoría (Lorenzetti, Highton y Rosencrantz), que lo dicho no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad del art. 68.1 *debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional.*

El voto del Dr. Rosatti dice sustancialmente lo mismo, pero hace especial hincapié en la expresa indicación del art. 75, inc. 22, de que no se deroga artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional, dentro de la cual se destaca el art. 27, consagratorio de una esfera de reserva soberana, que configura un *margen de apreciación nacional*, doctrina ésta también citada por el voto de la mayoría (invocando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos) pero para ratificar el carácter subsidiario de los tribunales internacionales.

El Dr. Maqueda vota en disidencia, ratificando su postura (sostenida en los fallos a los que a continuación me referiré) acerca de la obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias de la CIDH.

El fallo que comentamos, está en línea con lo resuelto por la Corte en el caso "Cantos, José María c. Santiago del Estero, Provincia y /o Estado Nacional", sentencia del 21/08/03, pero es diametralmente opuesta a lo resuelto en los casos "Espósito, Miguel A. s. Incidente de prescripción" el 18/12/03, y en "Derecho, René Jesús s. Incid. de prescripción" del 29/11/11.

El caso "Cantos" -llamativamente no citado en la resolución que comentamos- se generó porque la C.I.D.H. en sentencia del 28/09/02 había decidido que el Estado argentino había violado los arts. 8.1 y 25 de la C.A.D.H. en un juicio que José María Cantos había promovido contra la provincia de Santiago del Estero y el Estado Nacional, y que, en consecuencia, entre otras cosas, debía fijar en un monto razonable los honorarios regulados a abogados y peritos en la causa, como asimismo levantar los embargos e inhabilitaciones que se habían decretado. El Procurador del Tesoro se presentó ante la Corte pidiendo que se diera cumplimiento a ello. La Corte, por mayoría, resolvió que el pedido no podía ser acogido dado que infringiría ostensiblemente cláusulas

constitucionales que amparaban los derechos de los profesionales que habían intervenido en la causa: "vulneraría —dijo— elementales garantías constitucionales de los así afectados. Ello, por cuanto los profesionales beneficiarios de esos derechos creditorios no han sido parte en el procedimiento desarrollado en la instancia internacional. Por lo demás no corresponde sustanciar el pedido en estudio fuera de una causa judicial". Insistió el tribunal que proceder de esa manera implicaría la violación de garantías judiciales y del derecho de propiedad tutelados por la Convención Americana. *"Así —dijo— bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional... llevaría a la inicua —cuanto paradójica— situación, de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca"*. En un voto más escueto, los ministros Petracchi y López dijeron que la Corte carecía de atribuciones para modificar pronunciamientos jurisdiccionales amparados por el atributo de la cosa juzgada. En disidencia votaron los ministros Boggiano y Maqueda. El primero, no obstante, dijo que previamente correspondía dar traslado de la petición a los profesionales interesados; y el segundo, que directamente debían reducirse los honorarios regulados.

Esta muy lógica decisión, sin embargo, no se repitió en los dos casos posteriores citados, que ciertamente fueron de mayor gravedad, porque implicó dejar sin efecto resoluciones dictadas en causas penales pasadas en autoridad de cosa juzgada en perjuicio de los imputados.

En el caso "Espósito", la Cámara Criminal y Correccional de la Capital había confirmado la resolución de prescripción de la acción penal y sobreseído definitivamente al imputado. Recurrió el Fiscal General alegando que no habían sido tenidos en cuenta actos interruptivos de la prescripción (secuela de juicio), por lo que la sentencia era descalificable por arbitrariedad. Todos los votos de los ministros coincidieron en que debía revocarse la sentencia y dictarse nuevo pronunciamiento, aunque con argumentos distintos. Recordemos que la Corte IDH en el fallo "Bulacio vs. Argentina" (del 18/09/03) había decidido la

responsabilidad internacional del Estado por la deficiente tramitación de la causa, decisión que era de cumplimiento obligatorio de conformidad con el art. 68.1 de la CADH. Destaco el voto del Dr. Fayt , quien descalificó la sentencia de la Cámara por arbitrariedad por haber omitido el tratamiento de cuestiones oportunamente propuestas. Sin embargo — en argumentación que comparto — dijo que ello no implicaba que los jueces se encontraran obligados a declarar la imprescriptibilidad en la causa como consecuencia del fallo de la C.I.D.H. en "Bulacio". El carácter vinculante de los fallos de la C.I.D.H. no significaba que en el deber de reparar pudiera entenderse incluida la especificación de restricciones a los derechos de los procesados en una causa penal. Enfáticamente sostuvo que si el objeto del proceso internacional era determinar la responsabilidad del Estado por la violación de la Convención y la reparación podía incluir el deber de investigar, no se seguía de ello que ese deber debía recaer respecto de quien se encontraba fuera del ámbito de decisión del tribunal internacional. Con cita del fallo "Cantos" dijo que no se podía llegar a la inicua situación de hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por afectar derechos y garantías cuyo acatamiento se invocaba. El tribunal internacional — sostuvo — no puede decidir sobre la suerte de un sujeto sobre quien no declaró ni puede declarar su responsabilidad penal. "*La obligatoriedad — añadió - debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional*". Coincidiendo con lo que ahora dice la Corte en la sentencia que comentamos, dijo que la función contenciosa de una Corte de Derechos Humanos no constituía una instancia de revisión de la jurisdicción interna. Respecto del art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dijo que el art. 27 de la C.N. impedía que se le diera una extensión que implicara hacer prevalecer el derecho internacional sobre el derecho interno.

Siete años después un caso parecido se planteó en la causa "Derecho, Jesús". La Corte había confirmado la sentencia que declaraba la prescripción de la acción penal. El querellante pidió aclaratoria a fin de que se indicara el alcance jurisdiccional de lo decidido frente a lo resuelto por la C.I.D.H. en el caso "Bueno Alves vs. Argentina". La mayoría del tribunal (Highton, Petracchi,

Maqueda, Zaffaroni) decidió revocar la sentencia con remisión a lo resuelto en "Espósito". El Dr. Fayt y la Dra. Argibay, en cambio, votaron en disidencia, reiterando, en lo sustancial, los conceptos del primero en "Espósito". Es decir, hicieron hincapié en que el carácter vinculante de los fallos de la C.I.D.H. no podía implicar que este tribunal pudiera decidir acerca de la responsabilidad penal de un individuo que no había sido parte en el proceso internacional. De aceptarse lo que se pretende — dijeron — el delito común aquí investigado se tornaría imprescriptible, lo que era inadmisibile.

Por razones que ignoro los dos votos de mayoría no mencionan el fallo "Cantos" de agosto de 2003, ni tampoco los argumentos desarrollados por el Dr. Fayt en "Espósito" y "Derecho" y por la Dra. Argibay en este último, que sentaron, a mi juicio, una buena doctrina acerca del alcance del art. 68.1 de la CADH.

La sentencia en comentario hace hincapié en los principios de derecho público que deben respetar los tratados internacionales de acuerdo al art. 27 de la CN. (especialmente salvaguardado con la reforma constitucional de 1994), y en tal sentido resaltan que entre ellos está el carácter supremo de las decisiones de la Corte conforme al art. 108 de la C.N. Sin dejar de reconocer la importancia de esto último, a juicio de Ibarlucía, más importante aún es que entre esos principios se encuentra el inviolable derecho de defensa y el debido proceso (art. 18 C.N.), que, ciertamente, se vulnerarían aviesamente si lisa y llanamente se dejaran sin efecto sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada en virtud de fallos de la Corte Interamericana dictadas en procedimientos en el que las partes a quienes esas sentencias benefician no han sido parte, y, peor aún, ni siquiera han sido oídas.

Como dice la Corte, hasta tal punto no es la C.I.D.H. una "cuarta instancia" que las partes del proceso que ante ella se sustancia (y la prueba) no son las mismas. Parece elemental. Cualquier estudiante de derecho no aprobaría un examen si dijera que una sentencia es oponible contra alguien que no ha sido parte en el proceso. Sin embargo, llamativamente estas cuestiones se plantean con los fallos de la C.I.D.H., que se excede en el

ejercicio de sus atribuciones, pretendiendo superar lo que surge del texto mismo del art. 68.1 de la Convención. La *decisión* a la que este artículo se refiere no puede ir más allá de la condena al Estado, el que, en casos como el que motiva este comentario, es el que debe reintegrar las sumas que por todo concepto los vulnerados en sus derechos (según el tribunal internacional) debieron afrontar, pero nunca quien no fue parte en el juicio internacional. Poco tiene que ver aquí, a mi modo de ver, el "diálogo jurisprudencial"; simplemente, so pretexto de cumplir la Convención no pueden vulnerarse derechos tutelados por el mismo tratado y por la Constitución Nacional.

Considero que lo decidido en el fallo comentado define el alcance del art. 68.1 de la Convención Americana en relación al derecho de defensa y al debido proceso, pero es independiente del tan trascendente tema acerca de los efectos expansivos de la doctrina de la C.I.D.H. fuera del caso sometido a decisión. En esta materia, a mi modo de ver, insoslayablemente los tribunales (la Corte incluida) seguirán *teniendo en cuenta* lo sostenido por el tribunal internacional como último intérprete de la Convención para fundar sus sentencias. No obstante, está claro que la Corte se reservará la última palabra apelando al art. 27 la C.N., que es, según el Dr. Rosatti, nuestro "*margen de apreciación nacional*".

Ahora bien, a los efectos de leer una opinión diferente e igualmente fundada y calificada, el Dr. Hitters (Hitters, 02/08/2017 1), señala que, El fallo "*Ministerio de Relaciones y Culto*" ha significado para el sistema interamericano un retroceso, pues al limitar el poder rectificatorio de la Corte IDH, queda minimizada la tutela que surge de los tratados internacionales a los que el país se ha adherido. Ello así, habida cuenta de que, al desconocer la competencia de ese cuerpo jurisdiccional de la región, se ha vuelto de alguna manera al dualismo y además se ha afectado el principio de no regresividad. Considera este autor también que, la mayoría se ha apegado demasiado al *dualismo*, minimizando de algún modo las potestades de la Corte IDH en lo que tiene que ver con los arts. 62 inc. 3º y 68 de la CADH. Fluye de la postura mayoritaria que si bien los pronunciamientos de ese órgano jurisdiccional regional son

obligatorios, *no pueden ordenarle a la más alta jerarquía judicial doméstica, cazar, anular o dejar sin efecto sentencias.*

Lo que importa aquí no es tanto el incumplimiento de la Corte Suprema, *sino los principios que fijó el fallo;* que puede significar un paso atrás para la Argentina en el ámbito de los derechos humanos y en el control de convencionalidad (48).

Se parte del art. 27 de la Constitución Nacional, que señala que los tratados con las potencias extranjeras *deben estar en conformidad con los principios del derecho público establecidos por la Carta Magna.* Parece surgir de ese postulado un debate que todavía continúa sobre la prioridad de la Constitución con respecto a los tratados internacionales y viceversa. Por ello el pronunciamiento de marras parte de la idea de que la jurisdicción supranacional tiene una esencia "subsidiaria" y que nuestro tribunal "supremo" nacional por su carácter de tal, *no puede recibir órdenes del cuerpo jurisdiccional interamericano.*

Lo que debe quedar bien en claro es que los fallos de la Corte IDH tienen como fuentes el *ius cogens* (la costumbre internacional), y los tratados sobre Derechos Humanos, que como vemos son de distinta esencia que los tratados entre dos Estados.

De allí que según nuestra posición el art. 27 de la Constitución Nacional obviamente no tuvo en miras —considerando la época— los Tratados sobre Derechos Humanos que implican *una cesión parcial de la soberanía* cuando el Estado se adhiere a ellos; porque la Corte IDH no es un Tribunal extranjero, sino que forma una soldadura indestructible entre el derecho interno y el derecho internacional.

Siendo ello así puede ser que la Corte IDH haya utilizado en varias oportunidades la frase '*dejar sin efecto*' de manera no muy feliz en su aspecto terminológico ya que en lugar de sostener ello pudo decir que el derecho doméstico se adapte a la Convención, sin aludir a esa expresión ("*dejar sin efecto*") que lleva a posturas ríspidas en el campo local. Por ello pensamos que en el futuro debería adaptarse esta fraseología sin mutar su esencia.

Lo cierto es que las cuestiones *sub examine* llegan al Tribunal Supremo argentino vía un oficio de la Cancillería (Dirección General de Derechos Humanos) para que ese cuerpo "...cumpla en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, con la sentencia publicada por la Corte Interamericana..." (párr. 4°).

Recuérdese que la Corte IDH había dispuesto: *a- dejar sin efecto la condena civil así como todas sus consecuencias; b- publicar un resumen oficial de la sentencia; y c- entregar las sumas reconocidas en dicho fallo.*

Uno de los puntos nucleares del fallo analizado es *que el cuerpo interamericano no tiene competencia para ordenar a los órganos jurisdiccionales de la más alta jerarquía del derecho interno 'dejar sin efecto' sus sentencias*, y otro de los argumentos basilares radica —según la mayoría (consid. 16)— en que *dejar sin efecto* una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución "*resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios centrales del derecho público argentino*".

Entre esos postulados inmovibles se halla —dice el pronunciamiento— el "carácter de órgano supremo" de la Corte de Justicia de la Nación. De ahí entonces que según esta opinión —que no compartimos— el mismo no puede recibir "*órdenes*" internacionales; se trata de una "*esfera de reserva soberana*" (art. 27 Constitución Nacional) a la cual los tratados internacionales deben ajustarse. Esta pauta es totalmente ratificada por el ministro Rosatti (consids. 4°, 5° y 6°).

Parece fácil deducir de lo antes contextualizado, que los fundamentos de la mayoría sumados a los del juez Rosatti se apuntocan en alguna medida en la disidencia del Dr. Fayt en el caso "Espósito" (consid. 13°) que a su vez venían instalados en "Arancibia Clavel". Es decir que el ex Ministro supremo enlaza los argumentos de "Arancibia Clavel" y de "Espósito" que en definitiva —eso creemos— florecen en el asunto "Ministerio de Relaciones Exteriores" ("Fontevicchia") aquí comentado.

En síntesis, de los basamentos centrales del fallo mayoritario podemos llegar a las siguientes conclusiones: 1- no es competencia de la Corte Interamericana "dejar sin efecto" un fallo de la más alta autoridad judicial del país; 2- tal mecanismo restitutivo no está contemplado en el art. 63.1 de la CADH, ni siquiera fue pensado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana; 3- la competencia de la Corte del Pacto está "limitada" sobre la base del principio de subsidiariedad. Esta comprensión —dice la Corte Suprema— está abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus doctrinas del *margen de apreciación nacional*; 4- el cimero tribunal regional no revisa los pronunciamientos domésticos; 5- dejar sin efecto equivaldría a "revocar"; 6- la *integrum restitutio* —el remedio restitutivo— visto por la Corte IDH como forma de reparación, pues ella misma ha sostenido en muchos casos que tal remedio es improcedente pues puede suceder que dicho esquema en ciertas hipótesis sea imposible o íntegramente inadecuado; 7- la cualidad de "órgano supremo" de la Corte Suprema forma parte de los principios de derecho público a los que hace referencia el art. 27 de la Constitución Nacional. El constituyente —añade— ha consagrado en la citada norma, una esfera de reserva soberana, a la cual los tratados internacionales deben ajustarse. Por ello no es posible hacer prevalecer automáticamente —sin escrutinio alguno—, el derecho internacional sobre la Carta Magna; 8- la Corte Suprema no niega obligatoriedad al pronunciamiento del tribunal internacional, solo que en este caso carece de competencia; 9- por último, tanto la mayoría como el voto coincidente del Dr. Rosatti, entienden que la cuestión debe resolverse en un contexto de diálogo jurisprudencial partiendo de la base —para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional—, que la Corte IDH es el último intérprete de la CADH (art. 62, puntos 1 y 3 CADH), y que la Corte Suprema es el último intérprete de la Constitución Nacional (arts. 116 y 117).

El Dr. Hitters refiere que no coincide con todos los argumentos del pronunciamiento local de la mayoría, pues los principios de derecho público, a los que según el mismo deben conformarse los tratados, no fueron pensados para esta época donde imperan los "Tratados sobre Derechos Humanos", sin

perjuicio —claro está— de lo dispuesto en la Reforma de 1994, esencialmente en el art. 75 inc. 22 de ese ordenamiento que obviamente los tuvo en cuenta. El *objeto y fin* de los documentos abordados en este apartado, son los derechos fundamentales del hombre, y *no quedan sin efecto* —como los otros— en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rasgos definidores es que se le reconoce al individuo la calidad de sujeto de derecho internacional. Siendo ello así fácil es colegir que cuando el voto mayoritario habla de la *fórmula argentina, de la reserva de soberanía, y de los tratados que estén en conformidad con los principios del derecho público argentino* establecidos en el art. 27 de la Constitución Nacional (consids. 16, 17 y 18), creemos que el razonamiento no se autoabastece ya que existe una notable diferencia entre aquellos tratados y los que regulan los derechos humanos ya aludidos. En efecto la Carta Magna de 1853-1860 aludía a los tratados de paz y comercio de aquel momento que nada tienen que ver con las Convenciones internacionales tuitivas de las potestades y libertades del hombre.

Asimismo, al "cambiar" la Corte nacional su anterior jurisprudencia se ha inaplicado el *principio de no regresividad*, el cual establece que no debe crearse o modificarse normativa o postulados que vengán a reducir la pantalla protectora ya existente. Esto es por vía del principio, pues obviamente, no significa que un tribunal no pueda alterar sus criterios cuando lo considerare necesario; pero debe tenerse mucho cuidado en el campo de derechos humanos. En efecto, si tenemos en cuenta que ese cuerpo jurisdiccional en "Kimel" abrió la posibilidad de 'dejar sin efecto sus sentencias', resulta que ahora ha puesto en discusión ese postulado, lo que implica una regresión (no regresividad).

La clave de bóveda para evitar desenfoques es no olvidar la doctrina legal del propio tribunal del sistema regional donde se sostiene que para interpretar una convención sobre derechos humanos, hay que tener en cuenta tres elementos fundamentales: 1- el propio tratado, 2- el *ius cogens*, y 3- la jurisprudencia de la Corte IDH.

Estas doctrinas fueron ratificadas por las Opiniones Consultivas OC-3/83 y OC-8/87 donde —ya lo adelantamos— se llega a la conclusión que el sistema de la Convención Americana está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo. Cada uno de los Convenios sobre derechos humanos debe analizarse teniendo como base el objeto y fin de los mismos. Por ello dijimos que nuestro Tribunal Supremo ha desinterpretado lo dicho por la Corte IDH en "Perozo", "Genie Lacayo", "Aloeboetoe" y "Blake", entre otros. Veamos, cuando la Corte Suprema trae a colación los casos "Aloeboetoe" y "Blake" para llegar a la conclusión que "el mecanismo restitutivo no está regulado en la CADH, importa poner de relieve que *en ambos asuntos la situación fáctica era muy distinta a la aquí analizada*, pues en sendos precedentes la *restitutio* no fue posible pues las víctimas habían fallecido. El primero de ellos abordaba entre otras la cuestión de la desaparición forzada de Nicholas Blake, de ahí que la "revisión" no era factible, aunque sí la indemnización compensatoria a los familiares. En el caso "Aloeboetoe" se trataba de cinco campesinos que vivían alejados de los centros urbanos —*cimarrones* se dice en el fallo— que fueron asesinados por las fuerzas militares de Surinam. Allí tampoco fue posible la *resitutio in integrum*, por eso se indemnizó a los deudos. La Corte Suprema haciendo referencia al caso "Perozo" sostiene que el sistema interamericano se autodefine como subsidiario y que el cuerpo jurisdiccional regional no constituye una "cuarta instancia" que revisa o anula fallos internos. Si bien ello es cierto, creemos que el citado expediente contra Venezuela tampoco es cabalmente aplicable al caso que no ocupa, porque allí la Corte IDH no pudo juzgar el fondo pues *no se habían agotado, en ese momento los recursos internos* (art. 46.1) ya que el Estado no tenía concluidas las investigaciones (civiles y penales) en sede local. Por eso dice la Corte IDH que ella sólo interviene "después" de que el país ha tenido la oportunidad de conocer.

Obsérvese que en "Ministerio-Fontevicchia" las actuaciones *concluyeron en Argentina*, fueron abordadas luego en la Comisión Interamericana y posteriormente falladas por la Corte regional; mientras que en "Perozo" —como ya se dijo— faltaban una serie de investigaciones domésticas

y por ende el proceso no estaba concluido (véase CS, "Ministerio", cit., consid. 8°). Algo similar ha sucedido en *Genie Lacayo* donde finalmente el Estado nicaraguense fue condenado por obstaculizar la investigación policial y por una demora no razonable en el proceso (arts. 8.1 y 1.1 de la CADH). Aquí la investigación —como en "Perozo"— *no había sido concluida*, por ello expresó que la Corte supranacional que "...carece de competencia para subsanar... violaciones en el ámbito interno...".

En síntesis, digamos por un lado que el art. 63.1 de la CADH es muy claro, y no hacía falta más que aplicarlo. Si hubo violación, la Corte IDH debe disponer que 'se deje sin efecto' el fallo doméstico.

Por otro lado si a todo evento se necesitaba una interpretación, no es pertinente partir sólo de la "letra" (mirada gramatical) de la Convención de Viena (arts. 31 y 32) ni acudir a los Trabajos Preparatorios del Pacto de San José (véase CS, "Ministerio", cit., consid. 12°), más correcto hubiese sido ejercitar la interpretación evolutiva de los Tratados sobre Derechos Humanos que ha hecho el cuerpo judicial de la región (arts. 26 y 29 de dicho instrumento y Opiniones Consultivas 3, 8 y 9 de la Corte IDH).

Asimismo, Hitters sostiene que el fallo de la Corte Suprema considera que la entidad judicial Interamericana no tiene "competencia" para dejar sin efecto sentencias domésticas que han pasado en autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, como se infiere de un postulado clásico del derecho procesal, es el cuerpo de la más alta jerarquía judicial el que *tiene la aptitud de juzgar sobre su propia competencia*.

Si bien es cierto que la Conferencia Especializada eliminó la potestad que surgía del art. 51 del Proyecto de la Comisión (a diferencia de su homónima europea que la contempló), la Convención Americana nada dijo sobre esta temática, aunque de su contexto se infiere tal posibilidad, por ser la Corte IDH el único órgano jurisdiccional del modelo regional. Además —como expresa Buergenthal— tal laguna fácilmente puede llenarse sosteniendo que es regla del derecho internacional generalmente reconocido, que es incumbencia del más alto cuerpo de justicia sentenciar sobre su propia

competencia, lo que los alemanes llaman *kompetenz kompetenz*. Es que decidir esto, al igual que interpretar el Estatuto y el Reglamento que rigen su organización y funciones, constituye una atribución esencial de *la independencia que debe poseer todo órgano convencional*.

Así lo ha hecho presente la Corte IDH al parar mientes en que, como todo cuerpo con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, ya que el reconocimiento de la misma por el Estado presupone la admisión del derecho del tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 62.1 de la Convención Americana. En tal sentido, ha considerado que no puede dejar a la voluntad de los países la determinación de cuáles hechos se encuentran excluidos de su competencia.

Desde otro punto de vista, como bien señalan algunos autores al no darle a los tratados internacionales la verdadera jerarquía constitucional que poseen se vuelve a la teoría dualista —por oposición a la monista— apareciendo generalmente una serie de conflictos entre ambos modelos en relación con la "autonomía" de cada uno y con la "prioridad" o "prelación" que le corresponde.

Sostiene el voto mayoritario, en el asunto comentado, que impera en el modelo regional el *principio de subsidiariedad*, criterio que compartimos ampliamente (consid. 8°). Pero de ello no puede inferirse de ninguna manera que en el sector nacional es posible resolver los juicios sin acatar los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La premisa de la CADH es que los países deben concluir sus problemas dentro de sus fronteras, *pero a sabiendas de que si se equivocan, las actuaciones pueden llegar* —vía la Comisión IDH— *a la propia Corte que es* —como varias veces dijimos— *el último y más genuino intérprete de los tratados a los que el país se ha plegado*. Cuando el tribunal cimero nacional en el voto del Dr. Rosatti hace referencia al "diálogo" pensamos que una de las formas más contundentes para lograrlo es "armonizando" el derecho nacional y el internacional de los derechos humanos a través de lo que se ha dado en

llamar "*cláusula de interpretación conforme*" (arts. 27, 75 inc. 22 y 108 de la Constitución Nacional y art. 27 de la CADH). En síntesis, el principio de subsidiariedad tiene en miras que en el ámbito doméstico se concluyen los pleitos (art. 46.1 CADH), el tribunal regional sólo interviene —y con amplias potestades— cuando no se han respetado las convenciones. Bajo esta hermenéutica, si bien el fallo analizado habla de "diálogo", no debería haber concluido en que los pronunciamientos de la corte local *no pueden ser dejados sin efecto por el tribunal interamericano*.

El fundamento del "margen de apreciación nacional" utilizado por la mayoría nos parece que no puede llegar a resultados tan contundentes. Tiene límites y juega a fondo, sólo cuando no hay jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema. La Corte Suprema señala que el tribunal interamericano no posee carácter de órgano de casación o de apelación, citando en esto un fallo del tribunal regional "Genie Lacayo". De esa manera liga los conceptos de "*margen de apreciación nacional*" con el de "subsidiariedad" (consid. 10°), deduciendo que la Corte IDH no posee el poder de dejar sin efecto la sentencia de la causa en cuestión porque esto significaría inmiscuirse en el derecho interno (consid. 11°). Uno de los temas más complicados de esta problemática es saber *cuál es el margen y qué amplitud tiene*. Tal figura ha sido utilizada —dice nuestra Corte Nacional— por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La podemos definir como una especie de "deferencia" del cuerpo supranacional hacia las autoridades locales, para que sean éstas las que fallen en determinadas cuestiones, con independencia de los organismos que imponen los tratados internacionales. Ello se da en aquellas hipótesis en las que el cuerpo jurisdiccional internacional "considera" que los judiciales internos están en mejores condiciones para fallar el asunto. Por eso pensamos que el campo se "achica" cuando existen criterios o estándares establecidos por la Corte IDH. De todos modos lo cierto es que tal cual ya lo expresamos, sería conveniente "flexibilizar" en lo posible esa posición que impone la supremacía convencional o interpretación jerárquica, por el "principio de la coordinación" entre los sistemas nacionales e internacionales y viceversa, esto es lo que ha dado en llamarse diálogo jurisprudencial entre justicia local y la internacional. Un

ejemplo que ha dado la Corte interamericana sobre la aplicación del margen de apreciación nacional fue en el caso "Castañeda Gutman c. México", donde "permitió" que la Dirección del Gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva del Estado mexicano, en ciertos temas electorales. Sin embargo asuntos como en el caso "Gelman c. Uruguay" el cuerpo regional de marras le negó a la Suprema Corte de ese país la posibilidad de poner en juego el margen de apreciación nacional. Ello ocurrió cuando el tribunal interamericano se ocupó del problema en la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, sosteniendo que ese país debía acatar el fallo dictado por ella. Este fue un caso muy similar a "Fontevecchia - Ministerio", ya que la Corte IDH entendió que la Suprema Corte oriental no había acatado su fallo "Gelman c. Uruguay".

De la forma en que la Corte Suprema juzgó el caso, se advierte que queda plasmada una contradicción, habida cuenta que el fallo nacional beneficia al ex presidente Menem y lo hace acreedor a una indemnización; mientras que la Corte IDH dice todo lo contrario. Al haber rechazado la Corte Suprema en el año 2011 la posibilidad de *dejar sin efecto su fallo del 2001*, quedan dos decisorios firmes que encierran una contradicción.

El tribunal cimero argentino había condenado en el año 2001 a los accionados por violación al derecho a la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (arts. 14°, 19° y 33° Constitución Nacional, 17° párrs. 1° y 2° del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles; y 2° y 3° de la CADH), y a pagar una indemnización a favor del ex Presidente Carlos Menem. La Corte IDH en el 2011 hizo lugar a la demanda contra el Estado argentino y dispuso dejar sin efecto aquella "*condena civil*" así como todas sus consecuencias. Recuérdese que en la vía doméstica se había dispuesto indemnizar a Carlos Menem, y que el tribunal supranacional dijo que tal reparación era improcedente. Esto implicó que al haber abonado el Estado la indemnización correspondiente por la sentencia del año 2001, luego y como consecuencia de ello, tal pago puede verse como un enriquecimiento (sin

causa) en virtud de lo dispuesto en el art. 1794 del Código Civil, lo que podría potenciar al Estado a llevar a cabo la repetición.

Lo cierto es que como acabamos de sostener, y pese a la interpretación de la Corte Argentina, la contradicción sería: por un lado pagarle a Menem (fallo Corte Suprema 2001), y por otra parte el Estado Nacional debe entregar las sumas reconocidas en el fallo regional. Si esto se acata a pie juntillas el Estado estaría haciendo un pago indebido.

Aunque la frase "dejar sin efecto" parezca —y realmente lo es— demasiado fuerte, quizá sería mejor hablar de "adaptar" las sentencias locales a los fallos interamericanos. Técnicamente no es del todo correcto hablar ni de revocación (que implica una impugnación previa) ni de nulificación o invalidamiento, ya que la Corte IHD no es un organismo *ad quem* respecto a los tribunales locales, se trata de cuerpos jurisdiccionales distintos, que no tienen un relación jerárquica. De todos modos no debemos olvidar que al dejar sin efecto, casi siempre se afectan derechos de tercero que no fueron parte en el sector interno.

Concluyo diciendo que, éste es un caso especial, ya que los hechos relevantes le dan una situación particular que lo singulariza, sin que por ello genere una doctrina que haga que el Máximo Tribunal Nacional se aparte de la sustentada con anterioridad, dado que la propia Corte señala en el fallo en análisis, que se debe seguir los lineamientos de la Corte IDH.

Ahora bien, esta saga sigue "su curso", ya que con fecha 18 de octubre de 2017, como era de esperar, la Corte Interamericana dicta una resolución por supervisión de sentencia.

En la misma principalmente se resuelve que, el Estado no ha dado cumplimiento a la reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias; que no ha dado cumplimiento al reintegro de costas y gastos; mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación ordenadas en los puntos dispositivos segundo y cuarto de la Sentencia, relativas a: a) dejar sin efecto la condena

civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias, y b) entregar los montos referidos en los párrafos 128 y 129 de la Sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos y disponer que el Estado adopte, en definitiva y a la mayor brevedad, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a los puntos pendientes de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida en el presente caso, de acuerdo con lo considerado en la presente Resolución, y con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Seguramente el fallo en tratamiento no terminará con esta supervisión, veremos cómo responde el Estado Argentino a ésta última resolución.

Acorde con la línea de pensamiento expresada ut-supra como conclusión, **creo oportuno destacar que la Corte en el marco de “Solicitud de Medidas Provisionales respecto de Argentina. Asunto Milagro Sala”, sentencia del 05 de Diciembre de 2017, expresó que, el requerimiento dirigido a los tribunales locales en cuanto a cumplir con lo resuelto por la Corte IDH, *“no compromete en nada las diversas opiniones sostenidas por los miembros de esta Corte en el pronunciamiento dictado en el precedente de Fallos: 340:47 “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe” sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”* (sentencia del 14 de febrero de 2017), ante la ostensible diversidad de las situaciones. En efecto, en el referido precedente había una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, dictada por esta propia Corte Suprema como última instancia, mientras que, en el presente, se trata de medidas consustancialmente provisorias dictadas en un proceso penal en trámite”.**

X. SOBERANÍA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Considero que, éste es el punto álgido de la temática tratada, constituyendo el tópico más controvertido, del cual en definitiva, derivan casi todo el resto de las cuestiones que atañen al tema planteado.

El maestro Sagüés (Sagues N. P., 2010) al respecto dice que las razones dadas por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son dos, y ambas de derecho internacional: 1) las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe y 2) no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme al art. 27 de la convención de Viena sobre derecho de los tratados.

Aquí conviene recordar dos temas: El primero es que, para muchos, estas reglas significan una seria restricción a la soberanía de los Estados. Sobre el punto, cabe tener presente, sin embargo, que en la cuna misma de la doctrina de la soberanía (estamos hablando del siglo XVI), Jean Bodin, que la describe y enuncia en sus rasgos esenciales, advertía que la soberanía, aun entre vista como "poder absoluto y perpetuo" del Estado, de todos modos admitía como tope que el príncipe soberano estaba obligado (como también Dios) a cumplir sus promesas, aclarando que no había mayor delito para un Rey, que ser perjuro.

El segundo comentario es que la convención de Viena sobre el derecho de los tratados permite en su art. 47 al Estado -como excepción- alegar su derecho interno para eximirse del cumplimiento de un tratado, si su consentimiento al elaborarlo hubiera sido viciado por una violación manifiesta, en materia de competencia para celebrar el tratado, y ello afectase a una norma fundamental de ese derecho interno.

Ricardo Haro (Haro, 2010) afirma que, la compleja realidad jurídica internacional exige a cada Estado parte, congruentes limitaciones a su soberanía, ya sea delegando competencias y jurisdicción en órganos supra estatales, vgr., art. 75 inc. 24, CN, ya sea obligándose al cumplimiento de las normas y resoluciones de los organismos establecidos en el tratado regional, lo

cual implica tanto que la normativa supranacional se incorpora al orden jurídico estatal como que ciertas atribuciones institucionales nacionales se ven condicionadas por la actividad competente de los órganos supranacionales. En el tema que abordamos estas limitaciones surgen no sólo por las específicas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con su respectiva Corte Interamericana, sino además por las genéricas prescripciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, cuando proclama en el art. 26 el grave principio de *pacta sunt servanda*, al disponer que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, o como cuando expresamente dispone en el art. 27 que ninguna parte podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

En este tema en particular de la soberanía, cabe resaltar ciertos conceptos desarrollados por el juez Fayt, en el fallo "*Bulacio, Walter D. v. Argentina*" (del 18/9/2003), quien avanza sobre ciertos aspectos desarrollados por la mayoría y dice que, *no obstante admitir el carácter vinculante de las sentencias de la CIDH, sostiene que ella no tiene atribuciones para emitir condenas penales, las que se reservan a la justicia local. Su función es determinar la responsabilidad del Estado en caso de encontrar violados los derechos resguardados por la CADH. Agrega que el art. 27, Convención de Viena, en cuanto al efecto de las decisiones de los órganos de protección internacional de los derechos humanos prohíbe cualquier interpretación que importe vulnerar el orden público local y que si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana, la obligatoriedad de sus decisiones debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia, pues su función contenciosa no constituye una instancia de revisión de la jurisdicción interna, en la que se pueda indicar de qué manera los jueces competentes estatales deben resolver una cuestión judicial. El art. 27 , CN constituye una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional.*

Luego en el fallo "*Simón, Julio H. y otros*" del 14/6/2005, el juez Fayt, en su voto en disidencia y en la misma línea señalada en el párrafo anterior, sostuvo que, *la aplicación de las Convenciones sobre Desaparición Forzada de Personas y sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los de Lesa Humanidad no cumplen con el requisito de lex praevia exigido por el principio de legalidad, pues no se hallaban vigentes al momento de comisión de los hechos. La aplicación de la costumbre internacional y sus fuentes difusas contrariarían el principio de legalidad. Del principio nullum crimen, nulla poena sine lege praevia (art. 18 , CN) se deriva que la ley penal no puede ser retroactiva en cuanto a la descripción del tipo legal ni en cuanto a la adjudicación de la sanción. El art. 27 , CN impide la aplicación de un tratado que prevea la aplicación retroactiva de la ley penal, pues el principio de legalidad es uno de los más valiosos de derecho público en la Constitución Nacional, y debe ser respetado estrictamente, incluso en los denominados crímenes de lesa humanidad, pues sería un contrasentido inadmisibles que por el carácter aberrante de los delitos investigados se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de un procesado.*

El ex magistrado de la Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky (Zagrebelsky, Septiembre-Diciembre de 2006.) incursiona en el tema, manifestando que el mundo jurídico contemporáneo, en muchos casos va franqueando vistosamente el territorio, el espacio circundado por fronteras a las que el derecho público ha por décadas asignado la función de especificar las colectividades humanas, sus gobiernos y sus sistemas jurídicos. Este elemento constitutivo del Estado ha representado por siglos la dimensión en la que los hechos sociales cobraban sentido y valor y, en consecuencia, la dimensión de sus repercusiones jurídicas y constitucionales.

Lo que sucedía fuera o era indiferente o, si no lo era, intervenía el derecho internacional. Este superaba las fronteras pero, siendo su matriz siempre estatal-territorial, al superarlas, se rebatía el valor del presupuesto. La *res publica* estaba en estas fronteras. Hoy en día no es más así, Las

dimensiones se han extendido. La tierra pertenece a los vivos o, quizá, los vivos pertenecen a la tierra; **tierra, no más territorio.**

La soberanía de un tiempo ha sido cambiada por la interdependencia o la dependencia.

El control de muchos factores condicionantes de nuestra existencia no depende más de nosotros. Actos y sucesos de naturaleza política, económica, tecnológica en otras partes del mundo condicionan directamente el patrimonio de los bienes constitucionales nacionales. No obstante, están sometidos a la justicia constitucional del país donde se verifican. Por otro lado, nuestros principios constitucionales, en lo esencial, tienen alcance universal: la dignidad, la igualdad y los derechos humanos, la paz, la justicia, etcétera. Su violación se produce, sobre todo desde un punto de vista moral, en cualquier lugar de la tierra en el que se genere. Sin embargo, cae bajo la competencia de las cortes nacionales. Existe una evidente incongruencia de proporciones.

Es natural, cuando los bienes constitucionales se vuelven interdependientes e indivisibles, que las justicias constitucionales de todo nivel aspiren a integrarse, si no en una forma institucional supra-nacional cosmopolita, que no está a la vista y quizá nunca lo estará, al menos en contextos deliberativos comunicantes.

La apertura de las jurisprudencias a recíprocos enlaces no es por lo tanto una moda, una pretensión de profesores, una arbitrariedad respecto a las respectivas constituciones nacionales. Es una exigencia radicada en la vocación contemporánea de la justicia constitucional. Es parte del proceso de muchas facetas de "universalización de derecho", un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico (S. Casses, *Universalità del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoles, 2005).

Nogueira Alcalá (Alcalá, 2015), nos dice que, al ratificar la CADH como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública (soberanía) ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de los

derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal. En tal sentido, ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio respeto y garantía efectiva de tales derechos, reconociendo los estados partes de la CADH, jurisdicción a la CIDH para que ésta determine con carácter vinculante y con la obligación del Estado Parte de acatar la sentencia y concretarla como obligación de resultado, aunque ello implique la reforma misma de la Constitución, como ocurrió en el caso "*La última Tentación de Cristo*", donde la CIDH ordenó al Estado de Chile modificar el art. 19 n°12, inciso final, de la Constitución, por ser contrario al artículo 13 de la Convención que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa.

Asimismo sostienen también (Alvarez Cibrián, Becerra Ramíres, & Benítez Pimienta, 2015), que el concepto clásico de soberanía, entendido como el poder absoluto, perpetuo e indivisible es, desde hace décadas, materia de debate. La polémica se ha suscitado como consecuencia lógica de la transformación de la sociedad mundial en la proliferación de relaciones internacionales en las que el Estado nacional participa y se involucra. Por una parte, las consecuencias del proceso globalizador de la economía han conducido al debilitamiento del poder estatal en tanto que los poderes privados cobran fuerza; por otra, la afirmación de valores y principios fundamentales al margen de los derechos humanos en el ámbito internacional, influye en el orden jurídico interno de los Estados. Estos factores son causa de la transformación de la soberanía.

Parte muy importante del debate sobre esta crisis de la soberanía es el proceso de integración que viven los Estados europeos y la delegación de competencias soberanas de los Estados a favor de organizaciones internacionales.

Las distintas formas en que a lo largo de la historia ha sido concebida la soberanía se deben a las circunstancias y el contexto específico externo e interno en que se encontraba el Estado. Así tenemos que el carácter absoluto de la soberanía referido por J. Bodin, atendía principalmente a la necesidad de

afianzar un poder estatal fuerte para evitar intromisiones de otros poderes, y ese poder absoluto y soberano era ostentado por el monarca. Más adelante, con el surgimiento de los Estados modernos, el poder soberano pasó, de ser detentado por el monarca, a su institución en el pueblo; se concebía más como un instrumento para la garantía de la paz y para remediar los excesos del poder arbitrario aludiendo a una organización política contrapuesta al absolutismo; los derechos fundamentales se imponen como límites al ejercicio de la soberanía. Posterior a ello, la constitución del Estado de derecho viene a dar otros matices a la soberanía, el poder y su ejercicio, siendo que este se estatuye para ejercerlo de manera positiva a través del establecimiento de normas en un documento original denominado Constitución, en el que se establece la estructura y funcionamiento del Estado, así como los derechos sustantivos de las personas para garantizar el ejercicio del poder público en favor de los intereses de la comunidad. Así surge el imperio de la ley y el consecuente Estado de derecho, cuyos límites máximos consisten en los derechos y libertades fundamentales que, a su vez, se convierten en los límites del ejercicio del poder soberano.

De igual manera, el concepto de soberanía en su manifestación exterior evolucionó hacia la imposición de límites al poder en favor de los gobernados. La Paz de Westfalia (1648) reconoció a los Estados su carácter soberano con el fin de erradicar la inseguridad de la guerra civil y alcanzar la paz y seguridad colectiva a través de la colaboración conjunta. El reconocimiento de la soberanía de los Estados trajo como consecuencia la limitación de su poder frente a la condición jurídica y soberana de los demás Estados, de tal manera que el ejercicio de la soberanía estatal se vio sometido a los límites jurídicos internacionales, la igualdad soberana de los Estados y la no intervención. Este último, el principio de no intervención está siendo desplazado por el contexto internacional de los derechos humanos, para cuya protección la soberanía se encuentra limitada tanto por el derecho constitucional en el ámbito interno, como por el derecho internacional en el ámbito externo para evitar el ejercicio del poder.

El debate en relación a las manifestaciones exteriores de la soberanía continúa intensificándose, especialmente en relación a los llamados Estados postmodernos en vías de integración, como es el caso de los Estados europeos. La postura en contra refiere que al ceder atribuciones a órganos supranacionales se vulnera la soberanía estatal; la postura a favor sostiene que la soberanía no se ve vulnerada en el marco de las relaciones internacionales, y que por el contrario, sólo adecuándose a las exigencias del orden jurídico internacional ésta podría ejercerse plenamente para el cumplimiento de los objetivos del Estado.

La cooperación entre naciones y la atribución de competencias soberanas a órganos internacionales en Europa, surge como una necesidad propiciada por las condiciones precarias de los Estados después de las dos guerras mundiales, lo cual convirtió en un imperativo la cooperación para asegurar la paz internacional y los derechos fundamentales. A su vez, propició que los Estados delegaran parte de sus decisiones soberanas en un órgano externo para el desarrollo económico; proceso que continúa reforzándose dentro del proceso globalizador de la economía en Europa.

Debido a que el Estado no puede por sí solo enfrentar o dar solución a las necesidades relacionadas con su función soberana, las naciones europeas han caminado hacia la integración paulatina construyendo organismos internacionales cuyas funciones son propias del Estado nacional. Sin embargo, estas funciones han sido cedidas voluntariamente por los Estados miembros; es así que hoy la Unión Europea, por su estructura y funcionamiento, ha sido catalogada como un organismo supranacional.

Estas circunstancias implican que a través de la integración, los Estados han logrado un desarrollo social y económico progresivo, siendo entonces que la delegación de competencias soberanas a favor de órganos externos ha constituido una herramienta para la construcción de políticas efectivas para la consecución de objetivos comunes. Esta delegación de competencias estatales a un ente supranacional para el bien común no conlleva la cesión de la soberanía de los Estado parte, sino únicamente una forma diferente de

ejercerla. La soberanía nacional de dichos Estados sigue estando vigente y presente en todos los ámbitos, pues es incluso condición esencial para las relaciones internacionales; se trata sólo de la redefinición de su concepto y ejercicio a partir de las realidades actuales.

Asimismo, los instrumentos jurídicos de los órganos internacionales instituyen principios del derecho constitucional, como es el caso del tratado de la Unión Europea, que se forja sobre el respeto de la dignidad nacional y la integridad territorial del Estado soberano. Es el Estado en ejercicio de su soberanía, el que decide ceder o delegar facultades o atribuciones soberanas en un órgano externo, sin embargo, la titularidad de la soberanía sigue residiendo en el Estado, de ahí que el ordenamiento europeo no conduce de ninguna manera a una afectación a la soberanía.

En el ámbito de las tensiones a las que el Estado Nacional se ve sujeto por la reducción de espacios de actuación y el incremento de poderes privados, debe tenderse a lo que se denomina una *soberanía virtuosa*, basada en la cooperación; conforme a la cual, los Estados deciden ceder atribuciones a órganos internacionales si estos resultan herramientas para la obtención de un mayor beneficio en comparación a su actuación aislada. La solidaridad en una soberanía virtuosa pretendida por las Naciones Unidas a fin de que mediante la cooperación se solucionen problemas internacionales de carácter económico, social, cultural y humanitario.

De esta manera, puede decirse que la soberanía estatal sigue siendo propia del Estado, sólo que el nuevo elemento consiste en la delegación o transferencia del ejercicio de atribuciones soberanas a órganos externos mediante tratados, en los que se establece la forma de pertenencia, así como de revocación, conforme a lo cual queda intacta la soberanía. Por ello, la redefinición de la soberanía consiste en la apertura de los Estados a incluir nuevos elementos en el ejercicio de sus competencias.

Ahora bien, el Estado constitucional se sustenta sobre las bases de la limitación del poder en contraposición al poder arbitrario para asegurar la garantía de los derechos fundamentales de las personas, de ahí que su

complimiento configure uno de los puntos principales del constitucionalismo, en el cual se legitima el cambio de sistema político que sustituyó al sistema absolutista o Estado totalitario.

En ese sentido, la limitación del poder implica una relación con la soberanía, cuyos límites únicamente se sujetan o se constituyen alrededor del derecho, tanto en el ejercicio del poder soberano del Estado en el exterior, como en el interior. Así se explica que el eje central de la paz westfaliana, que se encuentra en la igualdad soberana de los Estados como principio del derecho internacional, sea el que propició es establecimiento de reglas que representan límites al ejercicio del poder soberano del Estado en vista del respeto de la igual soberanía de sus homólogos; consecuentemente, por segunda ocasión ante el contexto histórico de las guerras que alcanzaron su mayor expresión en las guerras mundiales, se condujo al derecho internacional al reconocimiento de la dignidad humana sobre la que se fundamentan los derechos humanos y las libertades fundamentales, nueva fuente y eje central del desarrollo del derecho internacional, que a su vez se convierte en condicionante en el ejercicio de la potestad soberana del Estado.

De tal manera que lo que antes constituyó fuente de protección exclusiva por el derecho constitucional en el ámbito interno de cada Estado, como lo es la limitación del poder y la protección de los derechos, ahora se extiende al ámbito mundial que encuentra su punto de partida en el derecho internacional con la firma de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, a partir de la cual se sientan las bases para un sistema universal que se reafirma con la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948; instrumentos a partir de los cuales se han emitido múltiples y diversos documentos y tratados sobre derechos humanos al margen de los cuales también se han creado organismos jurisdiccionales internacionales que se encargan de darle contenido y eficacia a los derechos, así como de observar la aplicación y cumplimiento de dichos instrumentos, delineándose así un derecho internacional de los derechos humanos .

Se han instituido luego, sistemas de protección de los derechos humanos tales como, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo órgano jurisdiccional se concentra en el denominado Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en el sistema interamericano, surgido con la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948, se ha proclamado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, conformándose un sistema operativo para su observancia mediante la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, creadora a su vez de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta manera, el derecho internacional ha sido forjador del establecimiento de un sistema de valores universales relacionados con el reconocimiento de la dignidad humana en todos los ámbitos, identificados en el desarrollo económico, social y cultural, que tiene como consecuencia la paz, la justicia y la democracia, cuyo eco ha alcanzado la institución de sistemas regionales y ha contribuido a la formación de un consenso internacional que ejerce fuerza en el orden interno estatal y que reclama su inclusión en las Constituciones de los Estados, puesto que, al ser derechos fundamentales punto central de la dignidad humana, éstos tienen una vinculación de alcance general o universal.

Sin embargo, el proceso de apertura de las constituciones estatales ha sido lento debido a una postura cerrada que se encubre en el concepto de soberanía. Este panorama que aún persiste y que dificulta una actitud positiva hacia la apertura a lo internacional, se refleja en las disyuntivas sobre el ejercicio de la soberanía, misma que se ejecuta en un sistema de relaciones horizontales donde el Estado conserva su potestad como afirmación de su soberanía. Consecuentemente, se conserva la centralidad jurídica de la Constitución interna, puesto que, al ser dada por el poder constituyente representante del pueblo soberano, se presenta como carta de soberanía e independencia frente a otros Estados. Por ende, la aplicación del derecho internacional se realiza conforme a los términos fijados por la Constitución

frecuentemente con un rango supralegal, rechazándose en muchos casos la aplicación de norma internacionales en el orden interno.

El reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito internacional justifica la importancia de su constitucionalización por parte de los Estados, puesto que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que contribuyen al fortalecimiento del Estado constitucional.

La apertura al derecho internacional de los derechos humanos en los textos constitucionales refuerza el compromiso interno con el derecho internacional y asegura el camino hacia un Estado constitucional y democrático de derecho.

El desarrollo de los derechos humanos en el ámbito internacional se ha dado en un lento pero continuo proceso en los Estados a través del establecimiento de cláusulas de apertura en las constituciones. Así nuestra Constitución en el artículo 75 punto 22, en el caso de Colombia en su artículo 93 de la Constitución, artículo 5 del texto constitucional de Chile, etc.

La dignidad humana ha sido la premisa principal del Estado constitucional, ya que este tiene como objetivo la limitación del poder a través del derecho y, como consecuencia, la sublimación de los derechos fundamentales, eje central del derecho internacional en las relaciones en que interactúa el Estado y la sociedad mundial. En esta esfera se ha obtenido una definición y un desarrollo más amplio y protector de los mismos, de ahí que lo que antes sólo constituía competencia de las constituciones estatales o leyes fundamentales, hoy se haya extendido al ámbito internacional, lo que representa nuevos mecanismos que contribuyen a hacer factibles los derechos humanos. Así se afirma que el derecho internacional se hace útil para los fines del derecho constitucional, al tener como fin primordial la vigencia y la eficacia en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En definitiva, la vinculación cada vez más creciente del derecho constitucional con el derecho internacional, en especial la protección de los derechos y libertades fundamentales, llega a tener un soporte fuerte, en vista

de que se construye un régimen democrático propio del constitucionalismo. En ese sentido, los poderes de los Estados no deben seguir viendo a la Constitución como un sistema cerrado de ordenamiento estatal, sino que las constituciones deben estar abiertas a la adopción de nuevas formas que contribuyan a la consolidación del régimen democrático y la vigencia plena y efectiva de los derechos humanos.

Alfonso Santiago (Santiago, 2010), sostiene que, inicialmente se parte del supuesto que la violación a los derechos humanos procede ordinariamente de las autoridades nacionales. Por eso, una vez agotadas las instancias locales sin haber obtenido la adecuada tutela o reparación a esas violaciones, procede la intervención de los organismos y tribunales internacionales. Esta posibilidad es positiva y puede ser eficaz para el logro de la plena vigencia de los derechos humanos. Sin embargo, requiere de la necesaria prudencia y autolimitación por parte de las instancias internacionales, pues de lo contrario se podría dar un traspaso indebido de poder político para la adopción de decisiones en temas conflictivos que pertenecen y son, inicialmente, propias del ámbito de competencia local. El Derecho internacional de los derechos humanos ha de respetar su carácter complementario y subsidiario. Solamente las graves y manifiestas lesiones a los derechos constitucionales a las que no sea posible encontrar reparación en el orden nacional, justificarán la intervención acotada de los órganos internacionales. Por otra parte, estas intervenciones excepcionales deberán hacerlo respetando en todos los casos el principio del margen nacional de apreciación desarrollado inicialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No respetar estas pautas, no adoptar un cierto *self-restraint* por parte de los tribunales internacionales, podría llevar a que algunas decisiones conflictivas acerca de la armonización de los derechos entre sí o con bienes públicos, sean adoptadas en sede internacional, cuando por su propio contenido están llamadas a ser resueltas en el ámbito nacional. El respeto del principio de subsidiariedad, por el cual una comunidad mayor no debe abocarse a la resolución de problemas que por sí misma pueda realizar una

entidad menor, armoniza también mejor con el principio de legitimidad democrática en la toma de decisiones, ya que el origen, la legitimidad y la responsabilidad democráticas de los organismos y tribunales internacionales suelen ser más bien reflejas y secundarias. El saber permanecer dentro de sus límites naturales es uno de los desafíos más importantes que se presenta a los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Existe el riesgo de una cierta "sobreconvencionalidad" que se da cuando la interpretación expansiva que los tribunales y organismos internacionales realizan de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos invade los ámbitos de competencias propios de la Constitución o de la ley ordinaria nacional.

Un problema particularmente grave y complejo de armonización entre los sistemas internacionales y nacionales se da cuando las normas de los Tratados internacionales y/o la interpretación que de ellos hacen los tribunales internacionales entran en colisión con normas de carácter constitucional. Ello plantea, especialmente de cara a las decisiones de los tribunales nacionales, el difícil problema de cómo resolver esta clase de conflictos normativos en los que está en juego, nada más ni nada menos, que la máxima instancia normativa local. Así por ej., la Constitución chilena de 1980 en su art. 13 in fine establecía la censura previa en materia cinematográfica. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *“La última tentación de Cristo”*, ya referenciado, entendió que el mecanismo previsto en la Constitución chilena era contrario al art. 13 de la CADH. El conflicto se resolvió porque las propias autoridades chilenas procedieron a la modificación de su texto constitucional para adecuarlo a las pautas emanadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **El art. 27 de la Constitución argentina señala que los tratados internacionales que firme el país deberán estar “en conformidad con los principios de Derecho público establecidos en esta Constitución”, estableciendo de esa forma la supremacía normativa de la Constitución sobre los tratados internacionales.** Por eso, describiendo el conflicto que se plantea al juez nacional si debe aplicar una norma internacional que contradice el texto constitucional, sostiene A. Dalessio: “Cuando una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base de alguno de los tratados

incorporados por el art. 75 inc. 22, pretenda que los tribunales argentinos se pronuncien de modo que viole alguna de las garantías preexistentes en nuestra Constitución, ocurrirá lo siguiente: quedará de lado el principio del art. 27; quedará de lado que dicha incorporación se hizo con la aclaración de que no importaba derogación de artículo alguno de la primera parte de nuestra Carta, y para que fuera complementaria de los derechos y garantías establecidos en ella. Posiblemente se esté dejando de lado alguna reserva o declaración interpretativa hecha en el momento de la ratificación y, de tal modo, olvidando que la incorporación se hizo en las condiciones de su vigencia en 1994. A todo esto, los jueces los jueces que integren ese tribunal habrán asumido su cargo jurando aplicar la Constitución, por lo que no podrán acceder a violarla con tal motivo". Problemas similares de adecuación de los textos constitucionales a las exigencias de las normas internacionales se podrían dar también en otros países. La cuestión se torna especialmente compleja cuando el Estado no puede o no quiere realizar esa reforma constitucional. Los jueces nacionales están en el dilema de si deben seguir, en primer término, las normas constitucionales o las internacionales, si deben privilegiar el control de constitucionalidad o el de convencionalidad. Consideramos que, en las actuales circunstancias, la fidelidad última de los jueces nacionales e internacionales, es hacia su propia norma constitucional.

Nos parece que la supremacía es siempre constitucional, si bien cabe la posibilidad de que sea el propio texto constitucional el que establezca la primacía del Derecho internacional o comunitario sobre toda norma interna, incluida la constitucional. En ese caso, el intérprete, privilegiando la norma internacional, da plena operatividad a la propia Constitución. **Nos parece que estos criterios son los que corresponden con el estado actual de evolución de los Estados nacionales en el marco del proceso de globalización. Este ha debilitado el Estado-Nación moderno, ha relativizado partes importantes de la soberanía estatal, pero aún estamos lejos de poder decir que ha desaparecido. Los Estado nacionales siguen siendo los principales sujetos y protagonistas del sistema político y**

jurídico y las instituciones y el Derecho internacional aún está en proceso de conformación.

Me explayaré ahora, sobre un caso que ya he referenciado, pero que es esclarecedor a la hora de describir esta temática de “derechos humanos vs. soberanía popular”.

En tiempos donde es frecuente que en los conflictos jurisdiccionales se controvierta acerca de la primacía de valores (p. ej., derecho a la salud vs. libertad de culto; libertad de prensa vs. intimidad; libre expresión vs. honor; identidad sexual vs. orden público; derecho a la intimidad vs. seguridad, etc.) lo que obliga a la judicatura –en el caso concreto- a preferir a uno de ellos en detrimento del otro, no sorprende que esa disputa también se haya manifestado en el terreno del control de convencionalidad.

En el caso “*Gelman vs. Uruguay*” (ya mencionado antes), la Corte IDH debió resolver el antagonismo que enfrentaba de un lado al principio de la soberanía popular del pueblo uruguayo y, del otro, a los derechos humanos.

Los antecedentes generadores del caso tuvieron su origen en los siguientes hechos.

María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de nacionalidad argentina, y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, fueron detenidos junto con otros familiares y amigos el 24 de agosto de 1976 en la ciudad de Buenos Aires, por militares uruguayos y argentinos. Al momento de su privación, María Claudia se encontraba en avanzado estado de embarazo. Luego de mantenerla en un centro clandestino en Argentina, en octubre de 1976 María Claudia fue trasladada ilegalmente a Montevideo, Uruguay, por autoridades uruguayas y alojada en la sede del Servicio de Información de Defensa del Uruguay. Privada de su libertad dio a luz a una niña. Su hija recién nacida fue sustraída y entregada ilícitamente a un policía uruguayo y su esposa, quienes la registraron como hija propia y le dieron el nombre de María Macarena Tauriño Vivian. Desde entonces, María Claudia García Iruretagoyena se encuentra desaparecida. El señor Juan Gelman, padre de Marcelo Gelman y suegro de María Claudia García Iruretagoyena, y su esposa, realizaron por su cuenta

averiguaciones para conocer lo ocurrido a su hijo, a su nuera y a la hija de ambos, que presumían había nacido durante el cautiverio de sus padres. A finales de 1999, obtuvieron información que permitió develar la verdadera identidad y la ubicación de María Macarena.

A partir de ese momento, ella misma emprendió las actuaciones legales pertinentes para recuperar su verdadera identidad.

Por otro lado, el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (ley 15.848), que había concedido una amnistía “respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”.

Tras la promulgación de dicha ley, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay sostuvo la constitucionalidad de esa amnistía. Asimismo, la ley de caducidad contó en dos oportunidades con el respaldo de la mayoría ciudadana uruguaya por medio de mecanismos de democracia directa (un referéndum de 1989 y una propuesta de anular la ley sometida a plebiscito en el año 2009) que convalidaron esa herramienta en el plano interno.

El 24 de febrero de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado de Uruguay era internacionalmente responsable por la desaparición forzada y la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en perjuicio de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli; por la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos del niño y a la nacionalidad, en perjuicio de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, por lo que constituyó una forma de desaparición forzada desde su nacimiento hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad; por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia,

en perjuicio del señor Juan Gelman, y por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con las normas pertinentes de la Convención Americana y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, en perjuicio de Juan Gelman y María Macarena Gelman.

Además, declaró que el Estado uruguayo había incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le dio a la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos.

De manera que, al momento de sentenciar, la Corte IDH tenía, de un lado, la voluntaria decisión de la sociedad uruguaya que en dos oportunidades, apelando al principio de la soberanía popular, había proclamado libremente su determinación de amnistiar a los autores de ese tipo de delitos. Y, por el otro, la necesidad de investigar hechos que aparecían como crímenes de lesa humanidad en perjuicio de varias personas que moraban en ese Estado parte de la Convención.

Su pronunciamiento, en lo pertinente, confirió preeminencia a los derechos humanos frente a la soberana decisión de la sociedad uruguaya, cuando dijo “particularmente en caso de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad”.

El tribunal, afirmó también, que el hecho de que la ley de caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, ello no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el derecho internacional, puesto que la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por

las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana.

A la misma conclusión arriba Rey tras observar que la Corte IDH en "*Gelman*" trató el conflicto existente entre la decisión del Parlamento y del pueblo uruguayo de amnistiar a los autores de graves violaciones de derechos humanos y el derecho de estos últimos a que no se los someta a un proceso penal, por un lado, y el derecho de las víctimas, sus familiares y la comunidad internacional a que se investigue y sancione la comisión de crímenes contra la humanidad, se conozca la "verdad" de lo ocurrido -es decir, conocer cuál fue el destino de los desaparecidos y, en su caso, dónde se encuentran sus restos- y se repare integralmente a las víctimas.

Con cita de Alexy, sostiene que en caso de conflicto entre dos principios, la solución radica en la ponderación de los intereses contrapuestos.

A partir de la fórmula de la ponderación, se debe determinar en el caso concreto el grado de insatisfacción o detrimento de un primer principio. En segundo lugar, se debe establecer la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, se debe determinar si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primero. De este modo, mayor es el grado de la afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

En este caso, concluye, la Corte IDH sostuvo que la incompatibilidad respecto de la CADH incluye a todo tipo de amnistía de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas "autoamnistías", dado que no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino de su *ratio legis*, del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los arts. 8 y 25, en relación los arts. 1, incs. 1 y 2 de la CADH.

Sin embargo, no todas han sido flores para el obrar de la Corte IDH. Gargarella, por su lado juzga que el enfoque adoptado por el tribunal se mostró esquemático y carente de matices, en presencia de normas democráticamente legítimas en un grado significativo y que la democracia debe arrodillarse frente al derecho internacional. Para la Corte, simplemente, las amnistías se

encontraban prohibidas en todos los casos. Sus jueces dejaron en claro que la incompatibilidad con la Convención de Derechos Humanos no se limitaba a las "autoamnistías" (como las de Bignone en la Argentina, la de Fujimori en el Perú) sino que alcanzaba a todo tipo de amnistías, porque lo relevante no era el proceso de adopción de la norma o la autoridad que emitió la ley de amnistía, sino su *ratio legis*, es decir, dejar impune graves violaciones al derecho internacional. Desde su perspectiva, la gran dificultad que el autor encuentra radica en que una comunidad democrática debiera tener márgenes de acción más amplios, para decidir de qué manera quiere vivir, de qué modo quiere organizarse, de qué forma quiere premiar o reprochar determinadas conductas (Midón, 2016).

XI. CONCLUSIÓN.

Empiezo las conclusiones con una metáfora que, si bien ha sido utilizada para entender reformas legales, considero encaja perfecto para describir el desarrollo del "control de convencionalidad", básicamente porque si bien no constituye en sentido estricto una reforma legal, sí crea un universo normativo distinto.

Según dicha metáfora, *el derecho vigente es como un lago enorme y tranquilo, y los cambios introducidos sobre el mismo son hojas que caen sobre ese lago*. Las reformas del caso, como las hojas, se recuestan sobre el derecho existente (sobre el apacible lago) y se muestran, en principio, como ajenas al mismo. Durante un buen tiempo, el derecho nuevo y el viejo parecen cuerpos distintos y preservan, cada uno, sus propios rasgos intactos; las hojas flotan en el lago, indemnes, como no registrando su contacto con él. Sin embargo, el tiempo pasa y, poco a poco, la contextura del derecho nuevo cambia -las hojas ceden- y su arquitectura interior comienza a perder fuerza. De modo paulatino, las reformas que aparecían como cuerpos extraños frente al derecho viejo comienzan a acercar su textura a la del derecho sobre el que reposan. El tiempo pasa, y las reformas, como las hojas húmedas, ya no se muestran más como cuerpos distantes: ahora, el viejo derecho y el nuevo, como el lago y las hojas caídas, forman un solo cuerpo (Gargarella, 2014).

En la tónica descrita creo se encuentran hoy el derecho doméstico (que configuraría el lago) y el derecho convencional (las hojas), retroalimentándose mutuamente, de manera constante.

Considero que el control de convencionalidad *es y debe ser* el mecanismo que lleve a su máxima expresión, la protección de los derechos humanos, dándole efectividad a los mismos.

En el presente trabajo, se ha tratado de abordar las distintas miradas respecto del control de convencionalidad. Pienso que existe cierta tendencia en cuanto a las atribuciones, cada vez más ampliadas que de alguna manera se ha "arrogado" la CorteIDH en varias de sus sentencias, y que ello se relaciona

con la corriente neoconstitucionalista, para la cual los jueces toman un papel predominante, entendiendo que la soberana no lo es tanto la ley, sino los jueces al dictar pronunciamientos.

Por ello, creo también que en este contexto, es necesario, desde mi humilde parecer, un llamado a la prudencia por parte de los jueces de la Corte IDH, quienes en su, seguramente, afán de extremar esfuerzos en la protección de los derechos humanos, en oportunidades toman un rol, que hasta puede resultar contraproducente o debilitar su autoridad, para que esta herramienta tan valiosa como es el Control de Convencionalidad, funcione al 100% y tenga el efecto esperado en los ámbitos internos.

El control de Convencionalidad está en constante transformación y tiene todas las características para ser un instituto de máxima protección de los derechos humanos.

Muchos países, incluyendo Argentina, somos muy entusiastas a la hora de firmar Convenciones Internacionales, pero al momento de cumplirlas, es cuando en muchas oportunidades se presentan los problemas. Por eso creo que al firmar una convención internacional, también debemos ser bien conscientes que nos estamos comprometiendo con su cumplimiento y que ello significa de alguna manera ceder cierta soberanía y que firmar una Convención, trae como directa consecuencia, adherirse a la competencia del Tribunal Internacional y en su caso acatar sus decisiones.

Considero necesario destacar que luego del análisis efectuado del tema en tratamiento, no es una cuestión menor señalar que, si seguimos la jurisprudencia de la Corte IDH (el criterio de “Gelman 2” -supervisión de sentencia de marzo de 2013-), nos encontramos con que cualquier autoridad que no sea judicial, esto es, de la órbita del poder legislativo y del ejecutivo, podrían declarar inconvencional una norma y no aplicarla, siendo que a estos poderes a nivel interno les está vedado ejercer el control de constitucionalidad, lo que pareciera ser una inconsistencia entre ambos sistemas.

El derecho, más allá de su significado stricto sensu, es producto de un diálogo en la sociedad, entre las partes de un litigio, de un diálogo entre los

poderes de un Estado, y entre el más alto Tribunal local y la CorteIDH. Debe ser esa, una manera eficaz y democrática de crear consensos.

Los derechos reconocidos en los tratados internacionales constituyen un plus y se suman a los ya existentes en nuestro orden interno, por lo que se deberá dar prevalencia al orden que mayor protección brinde a las personas.

En definitiva, el principio rector en la temática de los derechos humanos, es el principio pro persona, y ese debe ser el norte inspirador tanto de la CorteIDH como de los poderes de cada uno de los Estados.

Dice el maestro Sagues *"la constitución convencionalizada es una constitución opuesta a la constitución autista que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan"*.

El operador jurídico que no trabaje con la "constitución convencionalizada", será un operador jurídico obsoleto.

Creo oportuno parafrasear al profesor mexicano Miguel Carbonell quien sostiene que, *"el control de convencionalidad está generando un tsunami constitucional, el que no lo vea venir le va a pasar por encima"*, quien se quede afuera del control de convencionalidad, hoy, se queda afuera del derecho.

Considero, por último, que siendo el control de convencionalidad, un instituto en desarrollo, todo lo que se pueda aportar o criticar de manera constructiva al respecto, resulta enriquecedor en pos de maximizar su fin. Y en ese sentido, haciendo un paralelo con la problemática de nuestro país, concluyo citando al maestro Carlos Nino quien sostiene que *muchos piensan que poner de manifiesto aspectos negativos del país de uno no es patriótico, y cree que la verdad es exactamente la opuesta, sobre todo cuando se trata de contribuir a la superación de esos aspectos, considerando que es propicio promover un proceso de discusión crítica colectiva, para superar la anomia argentina, utilizando a tal fin la concepción de la democracia deliberativa* (Nino, 2014 -4ta edic-1ra. reimp.).

XII. BIBLIOGRAFÍA

- Abalos, M. G. (Julio-2014). Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994. *La Ley*.
- Abramovich, V., & Courtis, C. (2004). *"Los derechos sociales como derechos exigibles"*. Madrid.: Trott.
- Alcalá, H. N. (2015). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. *UNED Revista de Derecho Político N°93*.
- Alvarez Cibrián, F. d., Becerra Ramíres, J. d., & Benítez Pimienta, J. H. (2015). *El constitucionalismo ante el control de convencionalidad*. México: Porrúa.
- Bazán, V. (Febrero-2014). Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos humanos. *La Ley*.
- Bianchi, A. B. (Octubre 2014). Bianchi, Alberto B. en Algunos aspectos del control de constitucionalidad (a 20 años d la reforma constitucional). *La ley Suplem. Constituc.*, 33.
- Cappelletti, M. (2010). *Jueces legisladores?* Lima: Communitas.
- Carbonell, M. (2015). *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. México: Porrúa y Universidad Autónoma de México.
- Espinosa Saldaña, E. B. (2014). Anotaciones sobre el perfil y margen de competencias propios del/a juez/a constitucional en un contexto como el actual. *Abeledo Perrot N°AP/DOC/1505/2014*.
- Garay, A. F. (2015). Killing me softly. *La Ley*.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.
- Gelli, M. A. (2009- 4ta edic-2da reimp.). *Costitución de la Nación Argentina comentada y anotada . Tomo II*. Buenos Aires: La Ley.
- Gil Dominguez, A. (2015). *El Estado constitucional y convencional de derecho en el <código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar.
- Guastini, R. (2010). *Interpretación, Estado y Constitución*. Perú: ARA .

- Haro, R. (2010). Reflexiones sobre las vinculaciones entre la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Ley*.
- Hitters, J. C. (02/08/2017 1). Control de Convencionalidad: ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efectos fallos de los tribunales superiores de los países? *La Ley*.
- Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. *La Ley. Suplem doctrina judicial procesal 139*.
- Hitters, J. C. (2013). I El valor vinculante de las sentencias en el "caso concreto" II Efecto amplio erga omnes de sus sentencias III Conclusiones . *La Ley*.
- Hitters, J. C. (2013). I.El valor vinculante de las sentencias en el "caso concreto". II.Efecto amplio esra omnes de sus sentencias. III. Conclusiones. *La Ley*.
- Ibarlucía, E. A. (agosto de 2011). La recepción del Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina y el Control de Convencionalidad. *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 1*.
- Ibarlucía, E. A. (2017). Obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y derecho de defensa en juicio. *La Ley*.
- Ibarlucía, E. A. (22/8/2013). ¿Existe una Constitución "convencionalizada"? *La Ley*.
- Midón, M. A. (2016). *Control de convencionalidad*. Buenos Aires-Bogotá-Puerto Alegre: Astrea.
- Nash, C. (2013). *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*. México: Porrúa-IMDPC.
- Nino, C. (2014 -4ta edic-1ra. reimp.). *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Ariel.
- Nolasco, E. I. (2014). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. *La Ley*.
- OEA. (2015). Control de Convencionalidad. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7*.

- OEA. (03 de Noviembre de 2017). *OEA » Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) » Prensa » Comunicados » 2017 » 173*. Obtenido de Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- OEA. (s.f.). <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/107.asp>.
- Oteiza, E. (2012). Efectos de la doctrina sobre el control de convencionalidad de acuerdo con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia Argentina.
- Rey, S. A. (2013-II). La Corte Suprema de Justicia de la Nación y su recepción de la doctrina interamericana del control de convencionalidad. *JA*.
- Rey, S. A. (2014-I). Luces y sombras del fallo "Carranza Latubrese" de la Corte Suprema sobre el valor jurídico de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *JA*.
- Saberderecho.com. (s.f.). *La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no-cumplimiento del caso Fontevecchia*.
- Sagues, N. P. (2010). El "control de convencionalidad", como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. *Programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina*.
- Sagues, N. P. (2011). En *Parlamento y Constitución*. Cortes de Castilla-La Mancha. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Sagues, N. P. (2011). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad International obligations and "Conventionality Control". *Opus Magna, Constitucional Guatemalteco. Tomo IV*.
- Sagues, N. P. (2013). *La Interpretación de la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*. México: Porrúa.
- Santiago, A. (. (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Under-Constitucional. (10 de Abril de 2016). *El caso "Artavía Murillo II": la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina con precisión la fuerza normativa de la convencionalidad aplicada a un caso concreto*. Obtenido de UNDER CONSTITUCIONAL.

Vanossi, J. R. (2013-A). El control de constitucionalidad "de oficio" y el control de convencionalidad (Una de cal y una de arena). *La Ley*, 37.

Vidal, A. F. (2011). "DERECHOS Y GARANTIAS . Derechos sociales- Generalidades. Exigibilidad de los derechos económicos , sociales y culturales". *ABELED0 PERROT NRO. 0003/402606. Publicado RDLSS 2011-4-283.*

Zagrebelsky, G. (Septiembre-Diciembre de 2006.). Jueces constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado UNAM Nro. 117.*



LA PLATA, DICIEMBRE DE 2017