

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, APERTURAS DIALÓGICAS E INFLUENCIAS JURISDICCIONALES RECÍPROCAS

Víctor Bazán*

*Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público
Facultad de Derecho. Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina)*

SUMARIO

I. EL RECORRIDO PROPUESTO.- II. OBSERVACIONES ADICIONALES.-
III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN FOCO: 1. Acercamiento conceptual. 2. La edificación jurisprudencial del instituto identificado

*Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Investigador Máxima Categoría de dicha Universidad. Autor, coautor y/o coordinador de alrededor de 75 libros y 200 artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, publicados en Argentina y el extranjero. Profesor de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA, 2011). Profesor de la “Maestría en Derecho con Orientación en Derecho Civil Constitucionalizado”, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo (Buenos Aires, 2011). Profesor en diversas Maestrías y otros programas de Posgrado en Universidades argentinas y extranjeras. Investigador Visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Grupo de Expertos Latinoamericanos en “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Miembro del Grupo de Expertos Latinoamericanos en “Pluralismo Jurídico”, del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer. Miembro Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en París. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, en el que forma parte de su Junta Directiva. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en la que ha desempeñado diversos cargos directivos. Ha realizado numerosas actividades académicas, dictado cursos y conferencias e intervenido como Profesor Visitante en Universidades, Centros de Estudio y organismos públicos de Argentina, España, Francia, Grecia, Italia, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, EE.UU., Guatemala, Honduras, México, Perú, Uruguay, Venezuela.

como “control de convencionalidad”. 3. Fundamentos y finalidad. 4. Control de convencionalidad y principio de adecuación normativa. 5. Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos.- IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA VISIÓN DE CIERTOS ÓRGANOS MÁXIMOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LATINOAMÉRICA: 1. Corte Suprema de Justicia argentina. 2. Corte Constitucional de Colombia. 3. Suprema Corte de Justicia de México.- V. UN TÁNDEM DE ARDUAS CUESTIONES QUE ABREN CONTROVERSIALES INTERROGANTES PROSPECTIVOS EN EL ESCENARIO JURÍDICO ARGENTINO: 1. Prolegómeno. 2. Valor de las recomendaciones de la Comisión IDH. 3. Un tamiz para la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH respecto del Estado argentino.- VI. APERTURAS DIALÓGICAS E INFLUENCIAS JURISDICCIONALES RECÍPROCAS: 1. Encuadre del problema. 2. Aproximación al constructo “margen de apreciación nacional”. 3. Ciertas señales aperturistas de la Corte IDH hacia los órganos de cierre de la justicia constitucional de algunos Estados del sistema interamericano.- VII. EPÍLOGO.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Control de convencionalidad; Diálogo interjurisdiccional; Corte Interamericana de Derechos Humanos y justicia constitucional en Latinoamérica; Jueces nacionales; Derecho comparado; Jurisprudencia.

RESUMEN

El desarrollo del control de convencionalidad plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas latinoamericanas. La estimulación de relaciones sinérgicas entre éstas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la paulatina construcción de diálogos críticos entre ambos órdenes jurisdiccionales, puede facilitar el descubrimiento de caminos idóneos para optimizar la protección multinivel de los derechos fundamentales, que son expresión directa de la dignidad humana.

I. EL RECORRIDO PROPUESTO

Las presentes líneas no tienen mayor pretensión que explorar algunas cuestiones de suma relevancia y actualidad y de palpitante prospectiva: *el control de convencionalidad y la necesidad de propiciar esfuerzos correlacionados y diálogos jurisdiccionales tangibles* entre las instancias

internas de los Estados partícipes del sistema interamericano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Por esa razón, intentaremos no abundar en especulaciones teóricas (salvo las indispensables a efectos de construir las argumentaciones sobre algunos puntos de la indagación) y procuraremos centrarnos directamente en ciertos aspectos concretos y conflictivos de las citadas problemáticas, sus contornos y entornos.

No es superfluo recordar que la garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica tanto al Estado Constitucional cuanto al sistema protector transnacional, éste dinamizado básicamente por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Tomando en cuenta tal trascendente pauta jurídica y axiológica, comenzaremos nuestro recorrido ofreciendo algunas sumarias consideraciones para contextualizar el problema y enfatizar la exigencia que pesa sobre los operadores jurisdiccionales (y demás autoridades competentes) de llevar adelante una interpretación de la normativa interna conforme al derecho internacional de los derechos humanos (ap. II).

Seguidamente (ap. III) ingresaremos al “mundo” del control de convencionalidad, intentando responder –escuetamente– a un manojito de interrogantes al respecto, tales como: de qué hablamos cuando hablamos de control de convencionalidad; cómo se ha venido construyendo progresivamente hasta el presente dicha fiscalización en el seno jurisprudencial de la Corte IDH; cuáles son algunos de los fundamentos en que se asienta y los objetivos que persigue; cómo se concreta la conexión de esta modalidad de contralor de compatibilidad convencional con el principio de adecuación normativa consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y de qué manera el control de convencionalidad puede funcionar como una importante pieza del mecanismo de protección multinivel de los derechos humanos.

A continuación (ap. IV), relevaremos algunas experiencias de órganos latinoamericanos de clausura de la justicia constitucional para compulsar el grado de recepción del examen de convencionalidad y el singular modo en que el mismo ha impactado en ciertos escenarios jurídicos, trayendo consigo significativos desafíos además de exigencias de reacondicionamiento jurídico.

El ap. V nos ofrecerá la ocasión de anunciar y enfocar un tándem de asuntos complejos y de incierto futuro, que más temprano que tarde deberá afrontar y definir el Máximo Tribunal argentino: *i*) sobre el valor de las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH); y *ii*) acerca de si comparte o no la posición de la Procuración General de la Nación que plantea una discriminación de criterios hermenéuticos de la Corte IDH que resultarían vinculantes para el Estado argentino, de otros que no lo

serían, tópico que directa o indirectamente habrá de repercutir en la zona de influencia del control de convencionalidad.

Ya en al ap. VI enfocaremos otro ítem de interés: la necesidad de fortalecer cualitativamente una relación concertada y de diálogo entre la Corte IDH y los tribunales de cúspide en materia constitucional de los Estados Partes del sistema interamericano, a partir de la función de integración que ostentan los derechos humanos. Allí, y después de formular sucintas consideraciones generales sobre el tópico, hilvanaremos algunas reflexiones sobre la doctrina del “margen de apreciación nacional” e identificaremos determinadas señales de apertura y deferencia de la Corte IDH hacia los Estados que conforman la CADH.

El cierre de esta contribución (ap. VII) vendrá de la mano de unas breves consideraciones primordialmente enderezadas a insistir en la conveniencia de instar aquella aproximación jurisdiccional sináptica, como puente de vinculación e interacción de las instancias protectorias de los derechos esenciales en las dimensiones vernáculas e interamericana.

II. OBSERVACIONES ADICIONALES

Una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto¹.

En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento cabal del sistema de derechos.

Tales premisas confirman que la medular problemática de los derechos humanos es una incumbencia –y debe ser una preocupación– concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional. Por cierto, ello sin olvidar que esta última ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de las de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la CADH, párr. 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos², estrechamente vinculada al carácter subsidiario de la dimensión interamericana, ha sido concebida para brindar a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos en la materia

¹ Cfr. J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 165.

² Sobre el punto, ver por ejemplo el art. 46.1 ‘a’ de la CADH.

sin necesidad de verse enfrentados a un eventual litigio en el marco transnacional que pudiera acarrearles responsabilidad internacional.

En la lógica descripta, se impone como premisa irrecusable a los magistrados constitucionales en la dimensión interna acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales *de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, lo que involucra la exigencia de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas.

Tal mandato de *interpretación conforme* a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o *favor libertatis*), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH.

La Constitución Política de un Estado, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas –*inter alia*– en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la defensa y la realización de los derechos fundamentales*.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN FOCO

1. Acercamiento conceptual

La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de puntos de contacto no siempre pacíficos ni lineales.

Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*, que para algunos autores no deja de ser una especie de diálogo interjurisdiccional.

Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

A) Ámbito internacional

Una de las modalidades se desarrolla en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo

efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “control de convencionalidad”.

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia –v.gr.– la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (asunto que retomaremos).

B) Contexto interno

La restante tipología se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas –según lo ha entendido recientemente la Corte IDH–) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus juris*³ capital en materia de derechos humanos acerca del cual aquél ejerce competencia material.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que –en principio y siempre que sea adecuadamente empleado– puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurisdiccionales *conozcan* el citado bloque jurídico de derechos humanos y el acervo jurisprudencial

³ Se ha señalado que la expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional (vid. D. O’Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57).

de la Corte IDH y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios *soberanistas* a la hora de concretarlo.

2. La edificación jurisprudencial del instituto identificado como “control de convencionalidad”

A) Antes del *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*

Todo lleva a presumir que fue el hoy ex Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*⁴, quien en el seno de la Corte IDH utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte (párr. 27).

Aunque es preciso consignar que el citado ex magistrado centraliza el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concibe *-mutatis mutandi-* como una suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional.

Retomando el hilo secuencial de las referencias que el nombrado jurista realiza al “control de convencionalidad”, ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el *Caso Tibi vs. Ecuador*⁵, explicó que el Tribunal Interamericano “*analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*”, pretendiendo “*conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía*” (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el *Caso López Álvarez vs. Honduras*⁶, y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”–, debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el *Caso Vargas Areco*

⁴ Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101.

⁵ Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.

⁶ Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

*vs. Paraguay*⁷ (resuelto el mismo día que el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*⁸, del que nos ocuparemos *infra*), el varias veces citado ex juez del Tribunal Interamericano precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo– con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

Adviértase por último que, por ejemplo, en su intervención como Presidente de la Corte IDH en la ceremonia de apertura del Período Extraordinario de Sesiones del Tribunal en Brasilia, el 28 de marzo de 2006, García Ramírez ya expresaba: “La Corte Interamericana no es un órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Ni lo es, ni pretende serlo. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida. Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la Convención Americana y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sentido –si se me permite emplear un símil– es corte de convencionalidad, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales”⁹.

B) El empleo plenario del enunciado “control de convencionalidad” por la Corte IDH a partir del *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*

Los primeros fallos en los que el Tribunal Interamericano se refirió plenaria y particularmente al *control de convencionalidad*, se profririeron (en línea temporal) en los siguientes casos: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*¹⁰, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs.*

⁷ Corte IDH, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

⁸ Si bien existe coincidencia cronológica en el dictado de ambas sentencias, fuera de la alusión del juez García Ramírez no hay en el fallo recaído en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay* mención alguna al control de convencionalidad.

⁹ Cfr. www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_31_03_06.pdf.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154.

Perú¹¹ y *La Cantuta vs. Perú*¹².

En el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, específicamente en el párr. 124, sostuvo: “*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, 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 sobre Derechos Humanos. 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 última de la Convención Americana*”.

Por su parte, en el párr. 128 del fallo recaído en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, expresó que: “... los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘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”.

Ya en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, en su párr. 173 directamente reprodujo lo que expusiera en el párr. 124 del *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

Del breve *racconto* efectuado, se desprende que en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* empleó un mayor nivel de determinación jurídica en relación con la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad *vis-à-vis* de lo que verbalizara en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

Así, mientras en éste sostuvo un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’.

O sea que ya no se refirió laxamente a una “especie” de control de convencionalidad, sino que aludió específicamente a la *obligación judicial*

¹¹ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158.

¹² Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162.

de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

Es preciso subrayar, a modo de síntesis, que en el decisorio citado en último término (*Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*), la Corte avanzó en la conformación de la doctrina del control de convencionalidad, decantándose por su viabilidad *incluso de oficio*, además de poner énfasis en la búsqueda del efecto útil de los tratados sobre derechos humanos y en el necesario resguardo del objeto y el fin de los mismos (temas que oportunamente retomaremos).

Aunque quizá sobreabundante (¿o tautológico?), recordamos que la faena de desenvolvimiento del control de convencionalidad implica discernir si una norma o un acto internos *son o no convencionales*. Es que, como el Tribunal Interamericano advirtió en el *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano competente decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH (párr. 78)¹³.

Puede señalarse que en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: “*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 Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (párr. 225)¹⁴.

Al panorama someramente descripto debe aún agregarse un ingrediente no precisamente menor. En efecto, en una reciente sentencia (de 24 de febrero de 2011) dictada en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en esa ocasión que “*...particularmente en casos 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*

¹³ Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 169.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (párr. 239)¹⁵.

En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de realizar control de convencionalidad a *cualquier autoridad pública*, lo que representa un mandato con un tenor tal de generalidad que, de no ser debidamente delimitado por aquélla en futuros pronunciamientos, es posible intuir que traerá aparejadas diversas dificultades operativas en el plano interno.

Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la secuencia creciente de *destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno*, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

- i)** *Poder Judicial (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile);*
- ii)** *Órganos del Poder Judicial (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú);*
- iii)** *Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México); y*
- iv)** *Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (Caso Gelman vs. Uruguay).*

3. Fundamentos y finalidad

Una de las ideas medulares que pretendemos rescatar aquí es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias de la Corte IDH tenga eco en los órganos nacionales competentes al efecto.

Dicho de otro modo, debe hacerse foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación y la interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales¹⁶.

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones inherentes al derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del “control

¹⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

¹⁶ Cfr., *mutatis mutandi*, L. Jimena Quesada, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en M. Revenga Sánchez (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

de convencionalidad” están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

La lógica de funcionamiento del nombrado mecanismo sería la siguiente: la Corte IDH fija un criterio o estándar (que es un umbral cuyo alcance puede ser ampliado por las jurisdicciones internas, tomando al principio *pro persona* como fuente nutricia) y, control de convencionalidad mediante, los órganos competentes locales lo aplican (en la medida de lo aplicable) en los casos concretos que se les presenten.

Así, se aligera prospectivamente la carga de trabajo del Tribunal Interamericano, relevándolo de un conjunto de casos que pueden y deben ser asumidos por magistrados y demás autoridades competentes en los órdenes internos, siempre dentro del marco de sus respectivas atribuciones.

De tal manera, la exigencia del control de convencionalidad intraestatal obedece a la dinámica de *irradiación* de la jurisprudencia de la Corte IDH hacia los Estados que han aprobado y ratificado la CADH y reconocido la jurisdicción contenciosa de ese Tribunal.

Al respecto, no puede soslayarse como material de análisis para ponderar debidamente la cuestión, el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (premisa fundamental, de raigambre metajurídica¹⁷, del derecho de los tratados); cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional), e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones –según nuestro criterio–) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales¹⁸. Todo ello de acuerdo, en lo respectivamente

¹⁷ Sobre el particular, y en su voto disidente en el *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* (Sentencia de Reparaciones y Costas, 29 de enero de 1997, Serie C, N° 31), el ex Presidente del Tribunal, Antônio A. Cançado Trindade, dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, “al buscar basarse, mas allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales” (párr. 8).

¹⁸ Sólo por traer aquí una cita ejemplificativa, evocamos que la Corte IDH ha sostenido: “Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (...). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” (cfr. Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención [arts. 1 y 2]”, 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, N° 14, párr. 35).

correspondiente, con los arts. 26, 31.1 y 27 (éste sin omitir la hipótesis excepcional contemplada en el art. 46) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969¹⁹, conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los instrumentos internacionales convencionales²⁰.

Desde otro perfil, se advierte nítidamente que tampoco sería válido eludir la premisa de vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH por parte de los Estados que, al haberse sometido voluntaria y soberanamente al radio de alcance competencial que aquélla ostenta, se encuentran integrados en el modelo de justicia internacional que dicho Tribunal encabeza y, por tanto, deben obrar en consecuencia y de buena fe²¹.

El Presidente de dicho Tribunal, Diego García-Sayán²², en su voto concurrente emitido en el *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, ha precisado que *“...los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos”* (párr. 30)²³.

¹⁹ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

²⁰ Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDT, y su reflejo en el art. 31.1, *ibíd.*, que al enunciado tradicional en punto a que *“los pactos deben ser cumplidos”*, la disposición añade *“de buena fe”*, que naturalmente –y como se anticipó– es un principio general del derecho. Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado igualmente literalizadas en el Preámbulo de la misma, que en su párr. 3º reza: *“Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma pacta sunt servanda están universalmente reconocidos”*.

A su tiempo, entre los principios de la Organización de Naciones Unidas, su Carta establece en el art. 2.2. lo siguiente: *“Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”*.

Sobre tales tópicos, ver para ampliar E. De la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, pp. 94-95.

²¹ Vid. arts. 33, 62.3, 67, 68.1, y ccds. de la CADH.

²² El Dr. Diego García-Sayán es Presidente de la Corte IDH desde enero de 2010. Durante el 93º Período Ordinario de Sesiones de dicho Tribunal, finalizado el 1 de diciembre de 2011, fue reelegido para un nuevo período de dos años iniciado el pasado 1 de enero de 2012.

²³ Corte IDH, *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, Nº 213; voto concurrente del juez Diego

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer recinto de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma Pérez Tremps “...no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia”²⁴.

Convergente y acertadamente, García Ramírez resalta que *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*²⁵.

4. Control de convencionalidad y principio de adecuación normativa

De la conjugación de los arts. 1.1 y 2 de la CADH surge que los Estados Partes de la misma se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si ese ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*²⁶.

En ese contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

Es doctrina consolidada del citado Tribunal Interamericano que aquella adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes: “i) *la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de*

García Sayán, párr. 30.

²⁴ P. Pérez Tremps, “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n° 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

²⁵ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, cit., voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

²⁶ Algunas referencias a éste y otros temas pueden verse en V. Bazán, “En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2010, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, pp. 151-177.

*normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*²⁷.

El principio de *adecuación normativa* que aquí abordamos implica la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ésta reconocidos.

Ello significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del *control de convencionalidad*; mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

Presentada la idea en otras palabras (las de la Corte IDH), quien lleve adelante el control de convencionalidad en el marco local “*debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos*”²⁸.

5. Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos

Como insistentemente ha expuesto la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los

²⁷ Cfr., *inter alia*, *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párr. 207; y *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Sentencia de Excepción Preliminar y Fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C, N° 179, párr. 122.

²⁸ Vid., v.gr., Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párr. 180. También, lo puntualizado al respecto en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *cit.*, párr. 124; en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, *cit.*, párr. 128, y en el *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, *cit.*, párr. 113.

individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados²⁹.

Se aprecia que sólo sería una prédica discursiva baldía e infecunda referirse a un modelo *multinivel* de protección de los derechos humanos (emergente de la supuesta combinación “tuitiva” de las dimensiones nacionales e internacional), si no se contara con genuinos y eficaces recursos judiciales, que operen como llaves de ingreso a la jurisdicción abriendo el camino para que adquieran anclaje efectivo criterios hermenéuticos cardinales del derecho internacional de los derechos humanos, tales como las pautas *pro persona* y *pro actione*, que puedan ser trasvasados –interpretación conforme y/o control de convencionalidad mediante– al ámbito interno.

Es que, como afirma Cançado Trindade, el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* en los planos nacional e internacional, corresponde al “derecho a la realización de la justicia material”³⁰.

En el escenario descrito, el diálogo jurisdiccional puede visualizarse como ruta de interacción entre las diversas instancias de protección de los derechos humanos (internas e internacionales), para que permeen influencias y condicionamientos mutuos, como argumentaremos más adelante (ap. VI).

IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA VISIÓN DE CIERTOS ÓRGANOS MÁXIMOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LATINOAMÉRICA

Despojados naturalmente de cualquier desmedido propósito de exhaustividad, recorreremos la praxis de algunos tribunales de clausura

²⁹ Citar., por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, N° 2, párr. 29. Un acercamiento a tal opinión consultiva puede compulsarse en V. Bazán, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en G.J. Bidart Campos *et al.* (coords.), *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza, 2000, pp. 91-165.

³⁰ A.A. Cançado Trindade, “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, en A. von Bogdandy, E. Ferrer MacGregor, y M. Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, T° II, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) - Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 2010, p. 214.

de la justicia constitucional en Latinoamérica para observar el grado de desarrollo que exhiben en cuanto a la recepción del constructo “control de convencionalidad”, las fórmulas que utilizan al respecto y el impacto que éste ha ocasionado en los ordenamientos internos.

En esa línea, enfocaremos los casos de la Corte Suprema de Justicia argentina, la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México.

1. Corte Suprema de Justicia argentina

Para ponderar el tenor de permeabilidad del Máximo Tribunal argentino acerca del control de convencionalidad diseñado por la Corte IDH, vale traer a colación lo que resolviera en las relevantes causas *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*³¹, de 13 de julio de 2007, y *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*³², de 31 de agosto de 2010.

A) “Mazzeo” y el seguimiento de los primeros trazos conceptuales de la Corte IDH en materia de control de convencionalidad

Por mayoría³³ y para moldear su plataforma argumental en un *hard case*, aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional (también convencional) de la atribución presidencial de emitir indultos que benefician a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (cfr., por ejemplo, el consid. 31 de la moción triunfante).

A efectos de dar cuerpo a tal razonamiento, rezeptó expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el citado párr. 124 de la sentencia recaída en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde ésta mantuvo que “... 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 sobre Derechos Humanos. 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 última de la Convención Americana”³⁴.

³¹ Fallos, 330:3248.

³² Fallos, 333:1657.

³³ Los alineamientos fueron: por la mayoría, los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el juez Fayt y en disidencia parcial lo hizo la ministra Argibay.

³⁴ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, *cit.*

Dicho en otros términos, en el particularmente relevante consid. 21 de la posición triunfante en “Mazzeo”, el Máximo Tribunal nacional extrapoló a su recorrido argumental las pinceladas caracterizantes del control de convencionalidad que la Corte IDH había bosquejado hasta ese momento.

B) “Videla” y la recepción del control de convencionalidad de oficio

Es importante destacar que en este fallo la Corte Suprema³⁵ se apoyó en la doctrina sentada por la Corte IDH en el nombrado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, en cuanto al deber de los *órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio* (consids. 8º y 10).

Desde hace bastante tiempo venimos defendiendo la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio³⁶. Y, obviamente desde fecha más reciente, hemos hecho lo propio respecto del control de convencionalidad *ex officio*³⁷.

La aplicación oficiosa del control de convencionalidad, que simboliza una manifestación de la observancia por los jueces locales (y demás autoridades competentes) de la jurisprudencia internacional, puede *inter alia* explicarse -empleando *mutatis mutandi* las palabras de Jimena Quesada- “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [ya que] la aplicación de las normas internacionales por los

³⁵ Votaron de modo coincidente los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

³⁶ Sobre el punto puede verse de V. Bazán, por ejemplo: “La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente”, *El Derecho*, 1 de octubre de 1998, Buenos Aires, pp. 1-6; “El control judicial de constitucionalidad de oficio frente a la alegada violación del principio de separación de poderes”, en M.H. Resnik (coord.), *Teoría del Estado. Colección de análisis jurisprudencial*, La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 381-403; “Recurso extraordinario federal y control de constitucionalidad de oficio”, *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial sobre “Recurso Extraordinario Federal”, LexisNexis, Buenos Aires, 26 de marzo de 2003, pp. 2-19.

³⁷ Sin perjuicio de algunos trabajos anteriores, ver V. Bazán, v.gr. en “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 16, 2º Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, España, 2011, pp. 15-44; y “Principios del recurso extraordinario federal, acceso a la Corte Suprema de Justicia y protección de los derechos fundamentales” (3ª parte), *El Derecho. ‘Serie Constitucional’*, Buenos Aires, 13 de junio de 2011, en esp. pp. 9 y 11.

jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”³⁸.

De hecho, la Corte IDH abre el espacio para una interpretación extensiva en ese sentido, pues –basándose en el citado principio *jura novit curia*–, al desarrollar su actividad jurisdiccional en casos contenciosos no se autolimita a las alegaciones que expresamente hubieran realizado la Comisión IDH en el escrito de demanda o la víctima y/o sus representantes en las presentaciones que articulan. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional) “*para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella...*”³⁹.

Siendo así, y si los jueces nacionales tienen el *deber* de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan, pocas alternativas quedan para obtener discursivamente la posibilidad de que aquéllos lo hagan *ex officio*, esto es, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado.

La declaración de anticonvencionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *derecho aplicable* para dirimir la contienda.

Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a los puntos introducidos y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (y otros instrumentos internacionales acerca de los cuales la Corte IDH ejerza competencia *ratione materiae*), quehacer en el que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes⁴⁰.

C) Síntesis del criterio moldeado hasta el presente

³⁸ L. Jimena Quesada, *cit.* en nota 16, pp. 542-543 y nota 96 a pie de página.

³⁹ *Cfr.*, entre numerosos precedentes, Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5, párr. 172; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párr. 54; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párr. 186; y *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párr. 61.

⁴⁰ Para redactar este párrafo, nos hemos servido –*mutatis mutandi*– de parte de lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por G.J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.

En resumen, el tándem de sentencias reseñadas testimonia cómo la Corte Suprema argentina ha sido pionera en Latinoamérica al acoger ya desde 2007 el deber paulatinamente cimentado por la Corte IDH (preponderantemente a partir de 2006) en torno al control de convencionalidad.

Así, en “Mazzeo” denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el Tribunal Interamericano en la materia; mientras que en “Videla” patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquél, como la referida al ejercicio incluso *ex officio* de tal fiscalización convencional.

2. Corte Constitucional de Colombia

A) La Sentencia C-442/2011 y otros precedentes a los que remite

Nos concentraremos en un reciente pronunciamiento, sin perjuicio de efectuar alusiones a otros decisorios de importancia en cuanto a la magnitud que la Corte Constitucional (C.C.) asigna a los fallos de la Corte IDH.

En la Sentencia C-442⁴¹ de 25 de mayo de 2011, la Sala Plena de la C.C. aludió expresamente al “control de convencionalidad”.

En el caso, se había planteado una acción pública (art. 241 de la Constitución Política) denunciando, en definitiva, la inconstitucionalidad de los arts. 220 a 228 (tipificación penal de los delitos de injurias y de calumnias) de la Ley 599 de 2000 –por la cual se expide el Código Penal–, por vulnerar los artículos 20, 29 y 93 constitucionales y los arts. 9 y 13 de la CADH.

Para conformar su argumentación, la C.C. evocó su posición –forjada en decisiones anteriores– en torno a que la jurisprudencia de la Corte IDH “es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad” (cfr. ap. II. “Consideraciones”, pto. 7. “El precedente sentado en el Caso *Kimel vs. Argentina*”⁴²). En esa línea, y en idéntico

⁴¹ Su texto puede consultarse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-442-11.htm>.

Fue Magistrado Ponente (M.P.) el Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴² Caso identificado en nota 39, *in fine*.

subapartado II.7., apuntó que *“la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad”*⁴³ – énfasis del original–.

Convergentemente, ya en la Sentencia C-228 de 3 de abril de 2002⁴⁴, la Sala Plena de la C.C. había destacado la importancia de valorar la doctrina sentada por la Corte IDH, en punto a que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la CADH, para efectos de estudiar la constitucionalidad del art. 137 de la Ley 600 de 2000⁴⁵, demandado en aquella ocasión (id. subap.).

Asimismo, en la Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006⁴⁶, al analizar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005⁴⁷ relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Sala Plena de la C.C. reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, *“... por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos,...”* (id. subap.).

En nota N° 54 de la Sentencia C-442/11, localizada al finalizar el párrafo que acabamos de transcribir parcialmente, la C.C. señaló que en definitiva la línea argumentativa adoptada *“resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH”*; lo que el Tribunal Interamericano ha realizado en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (párr. 124) y en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (párr. 128).

Ya refiriéndose al *Caso Kimel vs. Argentina*⁴⁸ de la Corte IDH, la C.C. indicó que, *“aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede*

⁴³ En este punto la C.C. cita las Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010 (ver nota N° 53 del fallo analizado).

⁴⁴ Fueron sus MM.PP. los Dres. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁵ Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

⁴⁶ Actuaron como MM.PP. los Dres. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁷ Ley por cuyo intermedio *“se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”*. Es comúnmente conocida como *“Ley de Justicia y Paz”*.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, cit. en nota 39, in fine.

ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales,..." (id. subap.).

En definitiva, y con salvamento de voto del Presidente de la Corporación, Dr. Juan Carlos Henao Pérez, y de la magistrada María Victoria Calle Correa, la C.C. declaró exequibles los citados arts. 220 a 228 de la nombrada Ley 599 de 2000.

B) Recapitulación

Más allá de la decisión puntual adoptada por la C.C. en la sentencia centralmente enfocada, consideramos que la misma exhibe algunos perfiles dignos de destacar: *i)* pone de resalto su visión y convicción en cuanto a que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, y en punto a que dicha jurisprudencia ostenta "carácter vinculante"; *ii)* utiliza explícitamente la expresión "control de convencionalidad"; y *iii)* cita, bien que en nota, los fallos de la Corte IDH recaídos en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (párr. 124) y en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (párr. 128), lo que –luego de anudar tal referencia a los otros puntos aquí colacionados– permite inferir que acepta las emanaciones de vinculatoriedad y pertinencia del ejercicio de semejante modalidad de fiscalización convencional, incluso *ex officio*.

3. Suprema Corte de Justicia de México

A) El *Caso Radilla Pacheco* y su impacto "sísmico" en la Suprema Corte

Básicamente a partir del *Caso Radilla Pacheco*⁴⁹, el asunto del control de convencionalidad ha convulsionado a la Suprema Corte de Justicia de México (SCJM), desencadenando fuertes movimientos y debates internos en orden a encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento internacional.

Completan el cuarteto de sentencias del período 2009/2010 de la Corte IDH referidas a la obligatoriedad del contralor de convencionalidad, las

⁴⁹ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, N° 209.

condenas pronunciadas en el *Caso Fernández Ortega y otros*⁵⁰, el *Caso Rosendo Cantú y otra*⁵¹ y el nombrado *Caso Cabrera García y Montiel Flores*⁵².

Retomando el tema del *Caso Radilla Pacheco* y sus implicaciones, durante 2010 el entonces Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a trámite para determinar cuáles eran las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación derivadas de aquella sentencia de condena de la Corte IDH, cuyo proyecto fue confeccionado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, aunque luego del debate (llevado a cabo los días 31 de agosto y 2, 6 y 7 de septiembre de aquel año) fue rechazado por exceder los términos de la consulta planteada.

Dicha desestimación generó el Expte. "Varios" 489/2010, del que fue ponente la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, cuyo proyecto fue debatido en el Tribunal Pleno en diversas sesiones de julio de 2011 y resuelto el 14 de julio de dicho año. Vale recordar que el encargado del "engrose" de la decisión fue el Ministro José Ramón Cossío Díaz.

En apretada e incompleta síntesis, entre otras, en el Expte. "Varios" 912/2010 dentro del Expte. "Varios" 489/2010, se fijaron las siguientes pautas:

- i)** las sentencias condenatorias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano sea parte, son obligatorias en sus términos para el Poder Judicial de la Federación.
- ii)** los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- iii)** existe un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto, y en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.
- iv)** todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o

⁵⁰ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, N° 215.

⁵¹ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216.

⁵² *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit.

declarar la incompatibilidad de las mismas.

Debe además advertirse que se procedió a una reinterpretación del art. 133 de la Constitución Política⁵³ a la luz del vigente art. 1, *ibíd.*, esto es, conforme la versión reformada publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011⁵⁴.

Asimismo, la SCJM ha determinado que el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no puede entenderse un control como el que se ordena en aquella sentencia si no se parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los arts. 1 y 133 de la Constitución Federal y que es parte de la esencia de la función judicial.

A ese fin se estableció que tal tipo de interpretación de parte de los jueces supone cumplir los siguientes pasos:

- i)* Interpretación conforme en sentido amplio, que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- ii)* Interpretación conforme en sentido estricto, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de un determinado precepto, supuesto en el que los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.
- iii)* Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

B) Control “difuso” de convencionalidad y otras innovaciones sustanciales en el sistema jurídico mexicano

La cuestión suscitada como consecuencia de la búsqueda de bases firmes y sustentables para encaminar el cumplimiento de las imposiciones establecidas en el *Caso Radilla Pacheco* en particular (aunque en realidad con valencia que desborda los específicos contornos del mismo), es una de las más trascendentes y complejas en la historia jurisdiccional e

⁵³ Dicho art. 133 de la Constitución mexicana está inspirado en el art. VI de la Constitución de EE.UU., tal como sucede con el art. 31 de la Ley Fundamental argentina.

⁵⁴ Una somera referencia a tan relevante reforma constitucional puede verse en V. Bazán, “Estado Constitucional y derechos humanos en Latinoamérica: algunos problemas y desafíos”, en J.M. López Ulla (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas - Thomson Reuters, Madrid, 2011, en esp. pp. 95-96.

institucional reciente de la SCJM.

Entre otros asuntos, ha traído consigo replanteos y modificaciones de gran calado que han llevado a *aggiornar* el sistema de control de constitucionalidad y, por supuesto, el de convencionalidad, para liberar la marcha hacia una modalidad difusa⁵⁵. Todo ello, en un contexto impactado por la reciente modificación constitucional (arriba citada) que ha instilado una clara impronta, originando *-inter alia-* la mutación del paradigma de los derechos humanos y un demandante y reciclado paisaje jurídico para los jueces y magistrados mexicanos y el resto de los operadores del sistema jurisdiccional.

V. UN TÁNDEM DE ARDUAS CUESTIONES QUE ABREN CONTROVERSIALES INTERROGANTES PROSPECTIVOS EN EL ESCENARIO JURÍDICO ARGENTINO

1. Prolegómeno

No obstante lo mencionado en el apartado anterior en punto al significativo nivel de seguimiento por la Corte Suprema argentina de los estándares fijados por la Corte IDH y su temprana recepción del control de convencionalidad, han tomado cuerpo ciertos controversiales criterios (aún con final abierto) que, de ser acogidos por el Máximo Tribunal, podrían hacer estancar (incluso retroceder) el desarrollo hasta ahora alcanzado.

La temática, cuyo tratamiento *in extenso* sería imposible realizar aquí, merece como mínimo algunas líneas referenciales.

Uno de aquellos problemas se refiere a la cotización que la Corte Suprema debería dispensar a las recomendaciones de la Comisión IDH, esto es, si les atribuye o no carácter vinculante; mientras que el restante gira en torno a si la obligatoriedad para el Estado argentino de las interpretaciones que formula el Tribunal Interamericano en sus fallos (y por tanto el deber de llevar adelante a su respecto el control de convencionalidad) sólo debe quedar circunscripto a los casos en que aquél fue parte.

⁵⁵ En particular sobre el tema del “control difuso de convencionalidad”, sugerimos revisar el voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pronunciado en el multitudinario *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

2. Valor de las recomendaciones de la Comisión IDH

Debe recordarse que la percepción que el Máximo Tribunal argentino tiene 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 sino más bien marcadamente intercadente.

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.*⁵⁶ (de 12 de septiembre de 1996) y *Simón, Julio Héctor y otros s/ Privación ilegítima de la libertad, etc. –Causa N° 17.768–*⁵⁷ (de 14 de junio de 2005); y otros *cuestionables*: por ejemplo, *Acosta, Claudia B.*⁵⁸ (de 22 de diciembre de 1998) y *Felicetti, Roberto y otros*⁵⁹ (de 21 de diciembre de 2000).

En alguna medida, la actual complejización de la situación obedece a la óptica que el Procurador General de la Nación vertiera en algunos dictámenes, por caso, el 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.

Disentimos de esta posición. Desde hace tiempo venimos argumentando en sentido inverso a ella⁶⁰, paralelamente a criticar la trayectoria

⁵⁶ *Fallos*, 319:1840.

La mayoría quedó integrada con los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez. En disidencia conjunta votaron los ministros Fayt, Belluscio y Bossert.

⁵⁷ *Fallos*, 328:2056.

El esquema de votación fue el siguiente: la moción que encabeza el fallo fue firmada por el Dr. Petracchi. Por su parte, en sendas concurrencias se pronunciaron los ministros Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti (los cuatro coinciden con los consids. 1 a 11 del voto del Dr. Petracchi), Argibay (quien concuerda con los consids. 1 a 6 del mencionado voto del ministro Petracchi) y Boggiano. Finalmente, el juez Fayt se expidió en disidencia.

⁵⁸ *Fallos*, 321:3555.

La mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez. Por su voto se expidieron, conjunta y concurrentemente, los Dres. Bossert y Boggiano. Por su parte, el juez Petracchi lo hizo en disidencia.

⁵⁹ *Fallos*, 323:4130.

El sentido de los votos emitidos fue el siguiente: por la mayoría, se expidieron los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez; además, hubo sendas disidencias de parte de los ministros Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert.

⁶⁰ Más allá de algunos trabajos anteriores, ver V. Bazán, por ejemplo en "La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina", *Estudios Constitucionales*, Año 5, n° 2, 2007, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 137-183.

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.

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*⁶¹) 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 internacional⁶².

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*”. 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*”⁶³.

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*

⁶¹ Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, 8 de diciembre de 1995, Serie C, N° 22.

⁶² Cfr. S. Albanese y G.J. Bidart Campos, *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998, pp. 148 y 154.

⁶³ Entre otros ejemplos, ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, *cit.*, párr. 29; Opinión Consultiva OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983, “Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, N° 3, párr. 47; y Opinión Consultiva O.C.-4/84, de 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, N° 4, párr. 24.

Estados Partes” en la Convención. 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 una dosis de imperatividad.

Al respecto, la Corte IDH ha determinado 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*”⁶⁴.

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.

Por último, 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*

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia de Fondo, 17 de septiembre de 1997, Serie C, N° 33, párr. 81.

*fallos pierdan fuerza, si se otorga también algún grado de exigibilidad a las recomendaciones de la CIDH*⁶⁵.

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*⁶⁶ (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”, 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).

3. Un tamiz para la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH respecto del Estado argentino

A su tiempo, el dictamen efectuado por el Procurador General de la Nación *in re Acosta, Jorge Eduardo y otro s/ Recurso de Casación* (S.C. A 93; L. XLV), de 10 de marzo de 2010, enciende algunas luces de alarma al introducirse en la cuestión de la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH, con lo que alimenta la incógnita sobre la prospectiva de la cobertura de alcance del control de convencionalidad.

En efecto, ha sostenido que, según el derecho interamericano, “*las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, y ello, por un lado, en los términos del art. 68.1 de la*

⁶⁵ L. Filippini, T. Gos, y A. Cavana, “El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso ‘Carranza Latrubesse’”, consultado en http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf, p. 19 de la versión en PDF.

⁶⁶ *Fallos*, 318:514.

Votaron coincidentemente los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio Petracchi y Boggiano.

En el consid. 11 la Corte puntualizó que la jerarquía constitucional de la CADH “*ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2°), 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. De ahí que la aludida jurisprudencia deba 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...*”.

Convención Americana, y, por el otro, siempre y cuando esas sentencias no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno” (subap. IV.‘a’. del dictamen).

Asimismo, entre otros argumentos y luego de transcribir el mencionado tramo del art. 68 de la CADH, ha concluido que *“la decisión de la Corte Interamericana en un caso contencioso es obligatoria respecto de un Estado Parte de la Convención Americana que aceptó la competencia de la Corte Interamericana y fue parte en el proceso internacional concreto en el cual esa decisión fue dictada y, además, lo es exclusivamente en relación con ese proceso concreto”* (id. subap.).

Naturalmente, habrá que estar muy atentos a lo que la Corte Suprema resuelva en definitiva sobre el particular⁶⁷, pues de ello dependerá en buena medida el modo en que continuará su marcha el control de convencionalidad en nuestro país.

Esto así porque de aceptarse la posición del Procurador General en el particular, se corre el riesgo de que tal fiscalización convencional sea rediseñada, deslizándose hacia una versión *light* y minimalista, que sólo lleve a considerar aplicables obligatoriamente en nuestro país los estándares hermenéuticos fijados por la Corte IDH en casos contenciosos en los que el Estado argentino haya intervenido como parte, lo que no parece quedar del todo en línea con los importantes compromisos asumidos internacionalmente en el área de los derechos humanos ni con la elevada impronta jurídica y axiológica que la innovación constitucional de 1994 inoculó a la Carta Básica argentina en tan sensible materia.

Tal vez sea oportuno puntualizar que si bien por vía de principio la parte resolutive *stricto sensu* de un fallo del Tribunal Interamericano sólo vincula al Estado parte en el proceso, la fundamentación o *ratio decidendi* –en lo pertinente y aplicable– envuelve a todos los Estados que componen el sistema interamericano y han aceptado la competencia contenciosa de aquel órgano jurisdiccional.

En un plano general de discusión, no es posible omitir el singular papel que todos los Estados asumen como garantes de la CADH, receptando de modo *individual* la obligación de cumplir los pronunciamientos de la Corte y de manera *colectiva* las de velar por la integridad de la Convención y coadyuvar a la labor de supervisión de la fiel ejecución de las sentencias a cargo de dicho órgano.

Cobran actualidad y utilidad como herramientas conceptuales algunas enseñanzas de Cançado Trindade, para quien el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo

⁶⁷ Al momento de redactar este trabajo (comienzos de 2012), la Corte Suprema aún no había pronunciado sentencia en ninguno de los dos casos, que generan estas líneas teñidas de ciertos temores: *Carranza Latrubesse* y *Acosta, Jorge Eduardo y otro*.

reactivo, es decir, cuando se produzca el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también *proactivo*, en el sentido de que todos aquellos deben previamente adoptar medidas positivas de protección de acuerdo con dicho instrumento internacional⁶⁸. Percibe como “*indudable*” que una sentencia de la Corte es “*cosa juzgada*”, *obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es “cosa interpretada*”, válida *erga omnes partes*, ya que tiene implicaciones para todos los Estados de la CADH en su deber de prevención⁶⁹; y, agregamos por nuestra parte, como ingrediente que se agrega al acervo hermenéutico a tomar en cuenta por las autoridades internas para ejercer el control de convencionalidad.

VI. APERTURAS DIALÓGICAS E INFLUENCIAS JURISDICCIONALES RECÍPROCAS⁷⁰

1. Encuadre del problema

A modo de breve preludeo teórico, entre las distintas variantes taxonómicas de “diálogo”, pueden aquí mencionarse la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental⁷¹.

Si bien esta segunda modalidad es muy importante, pues permite una suerte de intercambio de ideas y razonamientos en torno de temas comunes de tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas) entre sí; aquí nos centraremos particularmente en las posibilidades de interlocución entre estos

⁶⁸ Cfr. A.A. Cançado Trindade, “Anexo 21: Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA)”, de 16 de octubre de 2002; *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del Siglo XXI*, Tº II, 2ª ed. (A.A. Cançado Trindade [rel.], *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección*), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, mayo de 2003, p. 920.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Hemos anticipado algunas consideraciones sobre este tema, por ejemplo, en V. Bazán, en “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, *La Ley. Actualidad*, Año LXXV, nº 22, Buenos Aires, 1 de febrero de 2011, pp. 1-4.

⁷¹ Empleamos *mutatis mutandi* la presentación de G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

órganos y la Corte IDH, sin perjuicio de plantear tangencialmente que esta modalidad de diálogo también debería involucrar a otros órganos cuasijurisdiccionales, como por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En definitiva, y aun cuando tal vez resulte difícil de aceptar un enfoque en términos de “diálogo” (pues hay quienes sostienen que no puede haberlo cuando existe una relación de disímil jerarquía entre los pretendidos *dialogantes*), nos concentraremos en aquella faceta vertical de interlocución, para lo cual entendemos que debe intensificarse un ‘*rapport*’ *jurisprudencial crítico tangible y efectivo*.

Ello, con la finalidad de que no sólo los órganos de cierre de la justicia constitucional (y demás autoridades involucradas) acaten los patrones exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que a su vez éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquéllos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

Si se extrapolaran *mutatis mutandi* a este marco de discusión las apreciaciones de Jimena Quesada, podría concluirse que el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, [que] puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad”⁷².

A su tiempo, recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis y convergentemente con lo anunciado, la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente desde una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas), sino que corresponde hacer foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional”⁷³.

⁷² L. Jimena Quesada, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 15, Primer Semestre 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2010, pp. 41-74.

⁷³ M.E. Góngora Mera, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en el libro colectivo citado en nota 30, T. II, p. 429.

Corresponde, por tanto, propiciar una suerte de “fertilización cruzada” (*crossfertilization*⁷⁴) de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

2. Aproximación al constructo “margen de apreciación nacional”

Estimamos conveniente realizar siquiera una somera incursión en el tema que indica el epígrafe, para intentar dilucidar si recurrir a dicha doctrina en nuestro espacio regional puede o no operar como un elemento útil para aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre las dimensiones jurisdiccionales internacional e interna.

En primer lugar, vale advertir que la citada tesis ha mostrado (y sigue exhibiendo) una extendida aunque proteica utilización en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), asentado en Estrasburgo; sin embargo, su receptividad en la praxis interamericana ha sido discreta⁷⁵.

Desde la perspectiva que al respecto ofrece García Roca, la citada zona apreciativa responde a “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona”⁷⁶.

Por su parte, Sáiz-Arnáiz ha sintetizado su percepción sobre el tópico en cuestión en el contexto del TEDH, sosteniendo que tal doctrina es “necesaria” ante la gran diversidad cultural de los 47 Estados Partes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que empieza en las Islas Azores y termina en Vladivostok. Sin embargo, sostiene que *es un criterio muy difícil de objetivar*

⁷⁴ Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo *mutatis mutandi* de lo explicado por G. De Vergottini, *cit.* en nota 71, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.

⁷⁵ Fue empleada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva O.C.-4/84, de 19 de enero de 1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, N° 4, por ejemplo en los párrs. 58 y 62.

⁷⁶ J. García Roca, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en V. Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.

y que ha recibido diversas críticas pues el Tribunal estrasburguense en ocasiones lo ha aplicado de manera “*caprichosa*”. Alega, además, que el TEDH debería buscar un equilibrio por medio de la configuración de un *estándar común mínimo*⁷⁷.

Si por nuestra parte debiéramos describir en breves notas el instituto aludido, podríamos decir que se trata de una doctrina compleja, con contornos imprecisos (¿impredecibles?), cuya utilización ha sido voluble, pero que está destinada a no desaparecer nunca del todo, pues al TEDH le resulta funcional y útil acudir a ella para trazar las líneas argumentales de sus decisiones en casos con perfiles jurídica, política, institucional y/o socialmente dilemáticos o “inhóspitos”.

Ciertamente, un eventual empleo más intenso de semejante “margen de apreciación nacional” en el ámbito interamericano habría de ser prudente para evitar que se volatilice la esencia tutelar de los derechos humanos.

El tema no está exento de dificultades operativas por los riesgos latentes de inseguridad jurídica e inestabilidad que aquella doctrina podría traer consigo. Además, y en su caso, debería exigirse a su respecto un empleo cauteloso para sortear el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos.

En ese sentido, dejar librado al “margen de apreciación nacional” conceptos tan complejamente difusos como los de “orden público”, “bien común” y “seguridad nacional” (sólo por citar un puñado de ellos), que operan en áreas de suma sensibilidad como las de la defensa de los derechos humanos y la consolidación de la democracia y el Estado Constitucional, podría resultar altamente riesgoso, fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestren claudicantes y permeables a las presiones del poder político.

Lo ideal sería que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un *margen de apreciación y no un reservorio de arbitrariedad*, aunque en cualquier caso deberemos rendirnos ante la evidencia de que se trata de una noción “resbaladiza”.

Dicho de otra manera, en abstracto (y no sin reservas) acaso podría ser una herramienta apta –como actitud deferente hacia el Estado– sólo

⁷⁷ A. Sáiz-Arnáiz, en su disertación de 18 de noviembre de 2011 en el panel “Experiencias del control de convencionalidad y retos procesales”, en el marco del “XVIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Cortes y Salas Constitucionales de América Latina”, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, San José de Costa Rica, 16 a 19 de noviembre de 2011.

en la medida que sea empleada mesurada y razonablemente. Al hilo de esto último, no puede ya discutirse que la pauta de “razonabilidad” *ha pasado de ser requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho* –Zagrebelsky⁷⁸ *dixit*–.

3. Ciertas señales aperturistas de la Corte IDH hacia los órganos de cierre de la justicia constitucional de algunos Estados del sistema interamericano

A) Itinerancia del Tribunal Interamericano

Dentro del marco meramente ejemplificativo de este acercamiento, consideramos como un elemento positivo y de apertura hacia la sociedad civil, la descentralización de las sesiones extraordinarias que la Corte IDH realiza en distintos países del arco americano (por ejemplo, recientemente, el 10 de octubre de 2011, el Tribunal inauguró su 44º Período Extraordinario de Sesiones en Bridgetown, Barbados).

Tal temperamento suma al proceso de *tangibilización y humanización* de la existencia del Tribunal, que puede ser conocido un poco más de “cerca” por operadores jurídicos y políticos, ONGs, académicos, estudiantes y demás habitantes de distintos Estados, quienes pueden presenciar a la “Corte en acción”.

Esta aproximación del Tribunal Interamericano a los actores nacionales ha sido fecunda, por medio de la itinerancia en el desarrollo de dichas sesiones extraordinarias y audiencias públicas, permitiendo difundir el sistema de protección de los derechos humanos en el plano interamericano, su funcionamiento y alcance y la faena que aquél lleva adelante.

Asimismo, y como lo mencionan Saavedra Alessandri y Pacheco, las sesiones itinerantes “otorgan una posibilidad única de asistir y participar en diversos seminarios organizados por la Corte en coordinación con universidades o instituciones estatales e impartidos por los propios jueces y abogados de la Corte Interamericana”⁷⁹.

Esa constatación les lleva a asegurar que “[l]a posibilidad de complementar todas esas acciones fue esencial para lograr un mayor

⁷⁸ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 3ª ed., Trotta, Madrid, 1999, p. 147.

⁷⁹ P. Saavedra Alessandri, y G. Pacheco Arias, “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, Biblioteca Jurídica Virtual, IJ - UNAM, p. 72 (disponible para lectura en www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/8.pdf).

acercamiento con los miembros de la sociedad civil y empoderarlos en el conocimiento y reclamo de sus derechos”⁸⁰.

Pero además de la provechosa tarea de difusión desplegada, y en lo que nos parece un dato no menor, tales sesiones descentralizadas acuerdan a los magistrados de la Corte IDH la posibilidad de interiorizarse *in situ* y de primera mano sobre distintos aspectos de la situación institucional, política, social y cultural de los países visitados, y mejorar las condiciones en que se encuentran al momento de dictar sentencias que involucren a esos Estados.

En algún punto, la actitud *ambulatoria* de la Corte IDH le permite a ésta matizar la insularidad que podría predicarse de un encapsulamiento exclusivo de su actividad jurisdiccional desde su sede costarricense.

B) Referencia a precedentes de tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas de justicia (y/o salas constitucionales) latinoamericanos

Otro elemento que puede aportar al diálogo interjurisdiccional y dotar de una mayor dosis de legitimidad a las sentencias de la Corte IDH⁸¹, es la referencia no meramente “simbólica” a precedentes de los órganos de clausura del sistema de justicia constitucional de los Estados Partes del esquema interamericano.

Así, en el citado fallo recaído en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, se preocupó por puntualizar expresamente que “tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana” (párr. 226).

En tal sentido, citó a:

- la *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, que sostuvo que “*debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada*”⁸² (id. párr.).
- el *Tribunal Constitucional de Bolivia*, que aseveró que “*el Pacto*

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ Ello, de acuerdo con la visión del Presidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán, expuesta en su disertación de 18 de noviembre de 2011 en la mesa “Tareas compartidas”, correspondiente al Encuentro académico identificado *supra* en nota 77 a pie de página, específicamente en el panel a cargo de aquél y del autor de este trabajo.

⁸² Sentencia de 9 de mayo de 1995, Acción de Inconstitucionalidad, Voto 2.313-95 (Expediente 0421-S-90), consid. VII.

de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional 'sistémico', debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad". Añadió: "Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos"⁸³ (párr. 227).

- la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, que estableció que: "...es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes"⁸⁴ (párr. 228).
- el Tribunal Constitucional del Perú, cuando afirmó que: "La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte 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 C[orte 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"⁸⁵

⁸³ Sentencia de 10 de mayo de 2010, Expediente N° 2006-13381-27-RAC, ap. III.3. sobre "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

⁸⁴ Resolución N° 1920-2003, de 13 de noviembre de 2003.

⁸⁵ Sentencia de 21 de julio de 2006, Expediente N° 2730-2006-PA/TC, fund. 12.

(párr. 229). Asimismo, cuando el órgano de cierre de la justicia constitucional peruana puntualizó que se desprende su vinculación directa con la Corte IDH, “vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano”⁸⁶ (párr. 230).

- la Corte Suprema de Justicia de Argentina, cuando señala que las decisiones de la Corte IDH “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual ha determinado que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”⁸⁷ (párr. 231). Igualmente, al puntualizar “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”⁸⁸ (id. párr.)⁸⁹.

⁸⁶ Sentencia 00007-2007-PI/TC, de 19 de junio de 2007, Pleno del Tribunal Constitucional (“Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República”), fund. 26.

⁸⁷ Sentencia de 23 de diciembre de 2004, Expte. 224.XXXIX, “Espósito, Miguel Ángel s/ Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, consid. 6° [de la mayoría]; registrado en *Fallos*, 327:5668.

⁸⁸ Sentencia de 13 de julio de 2007, Expte. M. 2333.XLIII, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*, cit., consid. 20 de la mayoría.

⁸⁹ Si bien la Corte Suprema de Justicia argentina se ha mostrado en general permeable a aceptar los estándares de la Corte IDH y evidenciado una actitud de plausible apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos (incluso antes de la reforma constitucional de 1994), su jurisprudencia muestra algunos puntos oscuros en la materia. Por ejemplo, los casos *Acosta, Claudia B. y Felicetti, Roberto y otros*, referidos *supra* (ver notas 58 y 59), donde concluyó que si bien el Estado argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión IDH, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial.

A ellos se agrega, en lo tocante a un asunto discurrido en sede interamericana (*Caso Cantos vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97), la causa *Procurador del Tesoro de la Nación –en Autos ‘Cantos, José M., Expediente 1.307/2003’–* (*Fallos*, 326:2968, de 21 de agosto de 2003). En la ocasión, la Corte Suprema desestimó por mayoría una presentación del Procurador General que pretendía que el

- la *Corte Constitucional de Colombia*, que ha expresado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad

Tribunal diera cumplimiento a la citada sentencia de la Corte IDH que declaró que el Estado argentino había violado normas de la CADH y que debía abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia y de una multa impuesta, reducir razonablemente los honorarios regulados y asumir el pago de costas en una causa donde fue parte. El Máximo Tribunal nacional declinó la intervención requerida, aduciendo que un temperamento contrario importaría infringir cláusulas de raigambre constitucional cuya titularidad corresponde a diversos profesionales que actuaron en la causa *C. 1099.XX. ‘Cantos, José María c/ Santiago del Estero, Provincia de y/o Estado Nacional s/ cobro de pesos’*, con patente y deliberada renuncia de su más alta y trascendente atribución, para cuyo ejercicio ha sido instituida como titular del Poder Judicial de la Nación, que es ser el custodio e intérprete final de la Constitución Nacional (consid. 3º de la mayoría). Además, y entre otros argumentos, sostuvo que, “*bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (art. 63.1, de la Convención), 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*” (consid. 4º del voto mayoritario). Cabe precisar que el texto que encabeza la decisión corresponde a los ministros Fayt y Moliné O’Connor; por su voto, se pronunciaron los jueces Petracchi y López (de modo conjunto) y Vázquez (individualmente); por último, los Dres. Boggiano y Maqueda plantearon sendas disidencias, siendo relevante remarcar que este último fue el único que postuló el cumplimiento directo del pronunciamiento de la Corte Interamericana.

Por su parte, y pese a que en la causa *Espósito* (resuelta en 2004, citada en nota 87 y vinculada al *Caso Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, Nº 100, de la Corte IDH), la Corte Suprema retomó –al menos por parte de varios de sus componentes– un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH (la moción que encabeza el fallo pertenece a los ministros Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los Dres. Belluscio y Maqueda –conjuntamente–, y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual), el 11 de julio de 2007 dictó otro decisorio cuestionable. Esta vez *in re Derecho, René J.* (Fallos, 330:3074), donde (con votos de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni y la solitaria disidencia de la Dra. Argibay) consideró prescripta la acción penal, distinguiendo los delitos de lesa humanidad de aquellos sometidos a los plazos procesales, sobre la base de la configuración o no de un cuadro generalizado o sistemático de violación de los derechos humanos. Con ello, se dejó de cumplir cabalmente lo dispuesto por la Corte IDH en el *Caso Bueno Alves vs. Argentina* (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, Serie C, Nº 164), concretamente en el punto resolutive 8º, por el cual el Estado argentino fue condenado a “*realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos*” del caso y aplicar las consecuencias que la ley preveía. Como plataforma fáctica de la causa, cabe recordar que el Sr. Bueno Alves fue víctima de tortura durante su detención (habiendo sido golpeado y privado de sus medicamentos), hecho que según la Corte IDH reunía las siguientes pautas: se trató de un acto intencional, que causó severos sufrimientos físicos o mentales y fue cometido con determinado fin o propósito. Además, el damnificado había identificado a René Jesús Derecho como el policía que lo detuvo y maltrató. En síntesis, y dejando a un costado la discusión acerca de si dicha tortura constituía o no un delito de lesa humanidad, no cabe duda de que resultaba desatinado e injustificado dejar de investigar tal grave hecho aduciendo la prescripción de la acción penal.

con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”⁹⁰ (párr. 232).

Previo a pasar a las apreciaciones de cierre del presente trabajo, vale advertir que lo apuntado en este apartado –siempre que haya sido pensado como algo más que un mero ‘convencionalismo’ de ocasión y políticamente correcto–, implica un gesto de apertura y deferencia de la Corte IDH hacia las jurisdicciones constitucionales domésticas, aun cuando indudablemente falta todavía recorrer un largo camino para construir lazos dialógicos más sólidos y profundos en la línea de la deseada protección multinivel de los derechos fundamentales.

VII. EPÍLOGO

1. En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se profundiza la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por la magistratura jurisdiccional (y otras autoridades públicas) del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional *vis-à-vis* el compacto de reglas y principios que conforman la estructura literal de la CADH (y de los demás instrumentos integrantes del *corpus juris* interamericano) y los patrones valorativos que viene forjando la Corte IDH en su labor interpretativa.

Pero ello no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

2. Aunque parezca ingenuo de nuestra parte (y tal vez lo sea), ese ambicioso esquema de respeto e influencias recíprocos debería constituirse en el paradigma jurisdiccional que cobre definitivo impulso en la presente centuria, para contribuir a despejar algunas de las dificultades sistémicas que conspiran contra la cabal efectividad de los derechos fundamentales.

Ello, en el ámbito de la defensa multinivel de los derechos esenciales, a partir de una relación bidireccional en la que se respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y la trascendencia de sus

⁹⁰ Sentencia C-010/00, de 19 de enero de 2000, párr. 6.

estándares, pero que simultáneamente ésta no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional.

3. La anhelable *sinapsis* entre aquellas instancias, incluso en una “atmósfera saturada de tensiones cordiales”⁹¹, se plantea desde la convicción (y la esperanza) de que es necesario y conveniente que convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos*.

4. Para concluir, recurrimos figurativamente (y a partir de nuestra libre interpretación) a la relación entre *preferencia* y *prospectiva*. Como se sabe, aquélla determina un mundo *futurible*, es decir, un futuro posible; esta última, por su parte, prefigura un mundo *futurable*, o sea un futuro deseable.

Así, en prospectiva y como *futurable* aspiramos a que entre las jurisdicciones internas e interamericana se acentúe un proceso de sinergia y fertilización cruzada sustentable, equilibrado y movido por una verdadera voluntad política.

Ojalá que el ansiado *futurable* coincida con lo que la *preferencia* revele en calidad de *futurible*, germinando entre aquéllas un diálogo crítico y tangible que convierta en realidad sus potencialidades evolutivas y las vuelque en la lucha por la protección de los derechos humanos que, con su naturaleza transversal, se convierte en elemento fundamental para la consolidación de la democracia, el Estado Constitucional (y su inserción internacional) y la salvaguarda de la dignidad humana⁹².

Mientras tanto, varios desafíos se agolpan en el horizonte.

TITLE

CONTROL OF CONVENTIONALITY, DIALOGIC OPENINGS AND JURISDICTIONAL RECIPROCAL INFLUENCES

SUMMARY

I. THE PROPOSED APPROACH. II. ADDITIONAL COMMENTS. III. FOCUS ON THE CONTROL OF CONVENTIONALITY: 1. Conceptual approach. 2.

⁹¹ Aunque pensada y escrita para otros temas y contexto, por su fuerza expresiva tomamos la citada imagen discursiva del libro de G. Steiner, *Lecciones de los Maestros*, trad. de María Condor, Debolsillo, Buenos Aires, 2011, p. 34.

⁹² Sobre el tema, ver L. Jimena Quesada, *Dignidad humana y Justicia Universal en España*, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2006.

Building a case law of the so-called institute of “control of conventionality”
3. Basis and purpose. 4. Control of conventionality and principle of legal adequacy. 5. Control of conventionality and multilevel protection of human rights. - IV. CONTROL OF CONVENTIONALITY ACCORDING TO SOME SUPREME CONSTITUTIONAL JURISDICTIONS IN LATIN AMERICA: 1. Supreme Court of Argentina. 2. Constitutional Court of Colombia. 3. Supreme Court of Mexico. - V. A SET OF DIFFICULT QUESTIONS OPENING NEW AND CONTROVERSIAL LEGAL ISSUES IN ARGENTINA: 1. Prolegomena. 2. Value of the recommendations of the Inter-American Commission of Human Rights. 3. Screening the mandatory character of the judgments of the Inter-American Court of Human Rights in relation to Argentina. - VI. DIALOGIC OPENINGS AND RECIPROCAL JUDICIAL INFLUENCES: 1. Framing the problem. 2. Approaching the “margin of discretion”. 3. Certain opening signals of the Inter-American Court of Human Rights to the supreme constitutional jurisdictions of some States belonging to the Inter-American system. - VII. EPILOGUE.

KEY WORDS

Human rights; American Convention on Human Rights; Control of conventionality; Interjurisdictional dialogue; Inter-American Court of Human Rights and Constitutional Justice in Latin-America; National courts; Comparative law; National and Inter-American jurisprudence.

ABSTRACT

The control of conventionality development poses new and demanding challenges to domestic jurisdictions in Latin-America. Stimulation of synergistic relationships between these and the Inter-American Court of Human Rights and the gradual construction of a critical dialogue between those jurisdictional areas, can facilitate the discovery of suitable ways to optimize multi-level protection of fundamental rights, which are a direct expression of human dignity.

Fecha de recepci3n: 15/01/2012. Fecha de aceptaci3n: 20/01/2012.