

# Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos

VÍCTOR BAZÁN<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Consideraciones previas. II. Apreciaciones contextuales. III. En torno al control de convencionalidad. 1. Marco de análisis. 2. Propuesta de esclarecimiento conceptual. 3. La evolución del control de convencionalidad en la percepción de la Corte IDH. 4. Objetivo genérico. 5. Parámetro de control de convencionalidad. 6. Radio de acción. 7. Sobre el control de convencionalidad *ex officio*. 8. Algunas dificultades operativas de implementación del control de convencionalidad en el plano interno. IV. HACIA un diálogo interjurisdiccional crítico: 1. Un caso testigo. 2. Diálogo jurisprudencial. 3. Breve colofón. VI. Epílogo.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En general, y entre otros tópicos, se examinará la actualidad y la prospectiva de la interrelación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales<sup>2</sup>, y la influencia de aquélla sobre éstos.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor del Curso Intensivo de Posgrado de "Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos", Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de la "Maestría en Derecho con Orientación en Derecho Civil Constitucionalizado", Facultad de Derecho, Universidad de Palermo (Buenos Aires).

<sup>2</sup> Bajo tales denominaciones involucramos a las Cortes Supremas de Justicia (v. gr. México, Argentina), las Salas Constitucionales localizadas en Cortes o Tribunales Supremos de Justicia (v. gr., Costa Rica, Venezuela) y los Tribunales o Cortes Constitucionales (v. gr. Perú, Chile, Colombia, Guatemala —muy próximamente también República Dominicana—), ya estén enmarcados en el ámbito del poder, función o rama judiciales o sean órganos constitucionales extrapoderes o entes constitucionales autónomos.

Ya dentro de un espectro más particularizado, se analizará la importancia del “control de convencionalidad” a cargo de los jueces domésticos, que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH) y a los estándares interpretativos de la Corte IDH.

Asimismo, se argumentará sobre la relevancia de trazar una línea de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un “diálogo jurisprudencial” entre ambas jurisdicciones en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a los criterios del Tribunal interamericano.

Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades prácticas en la aplicación del “control de convencionalidad”.

Evidentemente, toda esta rica y polifacética problemática representa una de las imágenes asociadas al fuerte crecimiento de los espacios de interacción del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una conexión cooperativa en la hermenéutica *pro homine* de los derechos humanos.

Es que las respectivas Constituciones Políticas de los Estados latinoamericanos, con la “fuerza normativa” que les es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (principalmente, la CADH y la exégesis que de ésta realiza la Corte IDH), conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: la salvaguardia de los derechos fundamentales, *expresión directa de la dignidad de la persona*.

## II. APRECIACIONES CONTEXTUALES

La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías.

Semejantes coordinadas permiten comprobar que la medular cuestión de los derechos humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional.

Ciertamente, no se nos escapa que esta última ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de aquellas de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la CADH, párr. 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, estrechamente vinculada al carácter subsidiario de la jurisdicción interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma PÉREZ TREMPES “...no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia”<sup>3</sup>.

Convergentemente, 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*<sup>4</sup>.

No puede ocultarse que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales, sobre todo, en un momento como el actual en el que la mayoría de los escenarios constitucionales de los países latinoamericanos está inmersa en un modelo de justicia internacional de derechos humanos, al menos desde el plano discursivo.

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto —en su caso— en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional (v. gr.

<sup>3</sup> PÉREZ TREMPES, Pablo, “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.

<sup>4</sup> 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; voto razonado del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párr. 11.

de la Corte IDH<sup>5</sup>), la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Como es de sobra conocido, en principio constituye recaudo esencial para franquear el acceso inicial al sistema interamericano<sup>6</sup>, el previo agotamiento de los recursos internos (ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta en el espacio nacional o no reparada integralmente en éste) y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima, sus familiares o representantes legales, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado remiso.

Se torna, así, indispensable internalizar la centralidad del fenómeno que encarnan los derechos humanos. Se trata de un punto de partida básico en el proceso hermenéutico, desde que la cuestión de los derechos fundamentales es materia perteneciente al *ius cogens*, esto es, normativa imperativa del derecho internacional. En esa línea, es del caso recordar que el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969<sup>7</sup>, se refiere al *ius cogens*, conceptuándolo como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” —remarcado agregado—.

Es un dato incontrastable que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que sustituyó a aquel Tribunal Permanente) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), han determinado la aplicación —*inter alia*— de “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

En definitiva, éstos configuran los postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la

<sup>5</sup> Cfr. art. 68.2 de la CADH.

<sup>6</sup> Cfr. art. 46.1.a de la CADH.

Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del PIDCP (art. 5.2.b).

<sup>7</sup> U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

base de aquéllas, ya que los principios reconocidos por las “naciones civilizadas” son obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*, desde que —como anticipábamos— se está ante la presencia de normas internacionales de *ius cogens*, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y origina una urdimbre de relaciones a veces tensionales.

### III. EN TORNO AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

#### 1. Marco de análisis

Previamente, corresponde enunciar ciertos elementos jurídica y axiológicamente significativos para contextualizar el tema.

Aludimos al notable nivel de desarrollo que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos, a la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho local y a la valía que cobran los informes, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (principalmente de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión IDH) y jurisprudencia (en el de la Corte IDH) *deben adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en los escenarios judiciales locales*.

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgentes de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacío argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que, además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo, basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado, aprobado y ratificado los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *estoppel* se encargaría de desvirtuar radicalmente semejante intento argumentativo<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Ver para ampliar, el libro de BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México, D.F., 2003, *passim*.

En resumen, la importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que impone el Estado Constitucional de Derecho en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano.

## 2. Propuesta de esclarecimiento conceptual

Un acercamiento conceptual bastante elemental nos permitiría adelantar que el control de convencionalidad se mueve en dos planos: uno; *internacional*; el otro, *interno*.

### A) En el ámbito internacional

La modalidad de contralor convencional que se desenvuelve en el *marco internacional* ha constituido desde antaño una actividad básica de la Corte IDH, aunque sin ser rotulada sino hasta hace relativamente poco tiempo, como “control de convencionalidad”.

Consiste en que ésta debe 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 a la preservación de la vigencia suprema de tal Convención o de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

### B) En el marco interno

El restante movimiento de fiscalización convencional, cronológicamente más reciente, se despliega en *sede nacional* y se encuentra a cargo de los magistrados locales.

Se basa en la obligación de éstos de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en materia de derechos humanos) a los estándares interpretativos que la Corte IDH ha acuñado a su respecto, en aras de la obligación de tutela de los derechos fundamentales.

Además, tal supervisión de convencionalidad procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) “para garantizar con efectividad el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo

cual la Corte en sentencia le ordena al Estado adoptar medidas legislativas (leyes internas) o de otro carácter que fueren necesarias para obtener dicha efectividad”<sup>9</sup>.

## 3. La evolución del control de convencionalidad en la percepción de la Corte IDH

Realizadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos —por supuesto, no taxativamente— la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución “control de convencionalidad” ha tenido en el seno de la Corte Interamericana y de la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizatoria.

Todo indica 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”<sup>10</sup>, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte (párr. 27).

Ya con mayor grado de detalle, y por medio de un voto concurrente razonado en el “Caso Tibi vs. Ecuador”<sup>11</sup>, el nombrado jurista —luego de comparar la labor de la Corte IDH con la que despliegan los tribunales constitucionales— señaló que aquélla *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”<sup>12</sup>, 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

<sup>9</sup> Cfr. REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 26, Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2008, p. 46.

<sup>10</sup> Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101.

<sup>11</sup> Corte IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.

<sup>12</sup> Corte IDH, “Caso López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

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 vs. Paraguay”<sup>13</sup> (resuelto el mismo día que el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”, del que nos ocuparemos *infra*), el varias veces citado ex magistrado 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).

Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión “control de convencionalidad”, ha emitido en fecha relativamente reciente una sentencia en la que *transmite* una señal a los magistrados internos de los Estados Partes de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad practicable en sede interna.

Se trata del anunciado “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos: “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*”<sup>14</sup> (remarcado añadido).

<sup>13</sup> Corte IDH, “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

<sup>14</sup> 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, párr. 124.

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso”, puso de manifiesto 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...”<sup>15</sup> (párr. 128); tópico que retomaremos.

Asimismo, si confrontamos los fallos pronunciados en los casos “Almonacid Arellano vs. Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, se hace notorio el mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y preceptividad del control de convencionalidad que se opera en este último respecto de lo verbalizado en el primero de los decisorios nombrados.

En efecto, mientras que en “Almonacid Arellano vs. Chile” la Corte expresó un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una *especie de “control de convencionalidad”*, en “Trabajadores Cesados del Congreso” puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer *no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’*. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una “*especie de control de convencionalidad*”, sino que aludió específicamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

Y si a ello le adicionamos que, como vimos, en el mismo caso determinó que los magistrados deben efectivizar el control de convencionalidad incluso *de oficio* (por supuesto, también a pedido de parte), *es indudable que la Corte IDH ha apostado por reforzar la carga imperativa de tal fiscalización de convencionalidad*.

#### 4. Objetivo genérico

En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquéllos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos

También lo ha expresado, v. gr., en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

<sup>15</sup> Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit. en nota 3.

internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que éste incurra en responsabilidad internacional, además de concurrir razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Puede resultar ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona GARCÍA RAMÍREZ (en su voto razonado en el mencionado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos—, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insisto— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”<sup>16</sup>.

### 5. Parámetro de control de convencionalidad

Nos aventuramos a plantear que el material de cotejo para desarrollar el contralor de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el *corpus juris* básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH.

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el varias veces nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, GARCÍA RAMÍREZ puntualizó que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de

los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (párr. 2).

Adicionalmente, traemos a colación la versión que aporta O’DONNELL, para quien la expresión “*corpus iuris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional<sup>17</sup>.

En tal sentido, en la Opinión Consultiva OC-16/99<sup>18</sup>, específicamente en el párr. 115, sostuvo: “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones...”.

Para cerrar esta esquemática reseña, se aprecia en línea convergente que en la Opinión Consultiva OC-17/2002<sup>19</sup>, el Tribunal interamericano manifestó que “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el ‘*corpus iuris*’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática...” —énfasis agregado— (párr. 92); más allá de lo referido en los párrs. 26 y 27.

Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el ex juez CANÇADO TRINDADE en su voto concurrente a la citada OC-17/2002, por ejemplo, en los párrs. 18, 31 y 50; además de los párrs. 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre “el *corpus juris* de los derechos del niño”.

<sup>17</sup> O’DONNELL, Daniel, *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.

<sup>18</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos; Serie A, N° 16.

<sup>19</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, solicitada por la Comisión IDH; Serie A, N° 17.

<sup>16</sup> Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit., voto razonado del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 8.

## 6. Radio de acción

Comenzamos esta breve aproximación con un interrogante: las Constituciones Nacionales, ¿pueden ser susceptibles de control de convencionalidad?

La respuesta afirmativa se impone, aunque debe admitirse que la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación práctica.

Necesariamente debemos acudir —una vez más— al art. 27 de la CVDT, que proscribía al Estado alegar su *derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Y en tal expresión “derecho interno” naturalmente queda comprendida la Constitución Política del Estado.

En ese sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-4/84 de 11 de enero de 1984<sup>20</sup>, consideró que el término “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*” —énfasis agregado— (párr. 14).

En el marco de este acercamiento sintético al punto, puede apreciarse que, de hecho, la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo, traer a colación aquí el fallo pronunciado en el “Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile”<sup>21</sup>, donde decidió que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa...*” (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquél había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párr. 73).

Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable *ad intra*, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién/es recepta/n la competencia para desplegarlo y,

<sup>20</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, solicitada por Costa Rica; Serie A, N° 4.

<sup>21</sup> Corte IDH, “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73.

en su caso, qué efectos tendría semejante declaración de inconvencionalidad; asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor.

Sea como fuere, en el varias veces citado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso”, la Corte IDH parece clarificar la incógnita —al menos en abstracto— al enfatizar en el también nombrado párr. 128 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...”.

Hemos remarcado *ex professo* la expresión “*normas internas*”, por cuanto ello permite interpretar que el material de derecho interno que se somete a fiscalización de compatibilidad convencional *vis-à-vis* la CADH (*inter alia*) envuelve a las *disposiciones constitucionales* que indudablemente quedan inmersas en el enunciado “*normas internas*”.

Por lo demás, en aquel párrafo (128) de la sentencia, la Corte IDH no ha excluido *expressis verbis* del análisis exigido a la categoría de normas constitucionales, lo que añade algún peso adicional al intento propositivo que formulamos.

## 7. Sobre el control de convencionalidad *ex officio*

La aplicación oficiosa de tal modalidad de contralor, que supone una manifestación de la observancia por los jueces locales 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 jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> JIMENA QUESADA, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

Para su afirmación, tal autor se apoya en CONFORTI, Benedetto (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la

La propia Corte IDH abre el espacio para una interpretación extensiva en tal sentido, pues —basándose en el citado principio *jura novit curia*—, al desarrollar su tarea 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...”<sup>23</sup>.

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 obturar 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 las cuestiones planteadas 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 (que, cuando menos, debería ostentar cotización constitucional),

jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez...”, cit., pp. 542/543 y nota 96 a pie de página).

<sup>23</sup> 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.

tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes<sup>24</sup>.

### 8. Algunas dificultades operativas de implementación del control de convencionalidad en el plano interno

Especulativamente, podríamos preguntar(nos) qué sucedería en un modelo de control de constitucionalidad con elementos concentrados, en el que los jueces ordinarios no estuviesen investidos de la facultad de ejercer tal fiscalización de constitucionalidad. En semejante hipótesis, ¿estarían habilitados —vía jurisprudencia de la Corte IDH— a descartar por ejemplo una ley u otro dispositivo subconstitucional por anticonvencional?

Vale como elemento inicial de análisis tomar en cuenta que al exigir el Tribunal interamericano en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso” que el Poder Judicial local despliegue el control de constitucionalidad y de convencionalidad (incluso de oficio), marca una cierta limitación al puntualizar que el desarrollo de tal actividad debe encuadrarse “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Sin embargo, tal apreciación pareciera contener un valor calórico relativo si se la coteja con el tono imperativo con que la Corte redacta las líneas que, en el esquema argumental que diseña, preceden a la enunciación de dicho “límite”.

En efecto, inmediatamente antes de esta suerte de matización, ha señalado preceptivamente —además de “Almonacid Arellano vs. Chile” (párr. 124) y por citar algún pronunciamiento más reciente— en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”<sup>25</sup>, de 26 de noviembre de 2010: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos,

<sup>24</sup> Para redactar este párrafo, nos servimos —*mutatis mutandi*— de lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.

<sup>25</sup> 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.

*incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin” (párr. 225).*

Así, el pretendido límite pareciera difuminarse al influjo de la estricta obligación que la Corte traza como principio general, por lo que en modo alguno se disipan las dudas y dificultades de la aplicación práctica del control de convencionalidad en el ámbito local.

De modo convergente, y para referirnos justamente el caso de México, aparecen otras dificultades. En efecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación proscribió a los jueces locales ejercer el control difuso de la Constitución Federal establecido en el art. 133 de ésta. Así, y como se ha planteado acertadamente, “los jueces locales enfrentarán una paradoja: *no podrán desaplicar leyes locales que violen la Constitución pero sí podrán hacerlo cuando aquellas vulneren tratados internacionales de derechos humanos (cuando menos del sistema interamericano)*”<sup>26</sup> —remarcado añadido—.

A este aprieto por pugna de fidelidades en el que queda inmerso el juez mexicano, puede aún sumársele un capítulo adicional. Basta repasar el dilema que plantea SOTO MORALES en los siguientes términos: “Suponiendo que en materia interpretativa de un mismo derecho humano, previsto tanto en la Constitución como en el Pacto de San José, la Suprema Corte mexicana y la Corte Interamericana realicen una interpretación distinta o, inclusive, contradictoria, ¿cuál de las dos deberá preferir el juez mexicano? *Si elige la jurisprudencia de la SCJN mexicana violará un tratado internacional del que México es parte, lo que eventualmente podrá traducirse en una condena al Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana. Por el contrario, si elige la interpretación de la Corte Interamericana transgredirá disposiciones de orden nacional, como las que establecen la obligatoriedad de la jurisprudencia de la SCJN y podría incurrir (el juzgador mexicano) en responsabilidad administrativa, que podría implicar su destitución*”<sup>27</sup> —énfasis agregado—.

Más allá del aporte hermenéutico que suministran el art. 29 de la CADH y el criterio *pro homine* (o *pro persona*, que aparece más abarcativo), no puede disimularse que el asunto es sumamente complejo y confirma lo anunciado en cuanto a que la activación del control de convencionalidad en

<sup>26</sup> Cfr. SOTO MORALES, Carlos A., “El control de convencionalidad en el sistema judicial mexicano”, 24 de marzo de 2010 (Fuente: <http://carlossotomoraes.blogspot.com/2010/03/el-control-de-convencionalidad-en-el.html>).

<sup>27</sup> Ídem.

sede interna no está precisamente exenta de dificultades operativas en su implementación.

A modo de digresión, aunque siempre dentro del contexto de México, permítasenos señalar que la sentencia de la Corte IDH en el “Caso Radilla Pacheco”<sup>28</sup>, de 23 de noviembre de 2009, ha desencadenado una importante preocupación en la Suprema Corte de Justicia de ese país para examinar el modo de dar cumplimiento a tal pronunciamiento internacional<sup>29</sup>.

Por ejemplo, en el seno del Alto Tribunal se desarrolló una actuación denominada “consulta a trámite” N° 489/2010, que derivó precisamente de una consulta del Presidente de la Corte al pleno para resolver de qué manera se afrontaba dicho decisorio internacional, al no existir procedimiento específico, legal ni jurisprudencial, para hacerlo.

Hacia finales de 2010 se desechó el proyecto del ministro Ramón Cosío, en el que proponía, básicamente, cumplir con la condena específica que la Corte IDH hizo al Poder Judicial Federal, pero haciendo la aclaración de que *a priori* no son vinculantes todos los precedentes de la jurisprudencia interamericana, sino sólo las condenas particularmente relativas al Estado mexicano. En cuanto se refiere al Poder Judicial, lo que correspondía definir era si debían acatar las condenas (establecer cursos en materia de desaparición forzada, etc.), o más importante, realizar siempre control de convencionalidad, como dispuso la sentencia en el nombrado “Caso Radilla Pacheco”, basándose en el decisorio recaído en el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”.

Hasta donde alcanza nuestra información, no se llegó al núcleo de la cuestión, porque el procedimiento de “consulta a trámite” se consideró inidóneo para resolver el tema. En otras palabras, se desestimó el proyecto porque no se abocaba a definir el procedimiento, sino que resolvía el fondo del tema, lo cual fue visto como inapropiado por el pleno de ministros.

Por lo demás, vale recordar que, entre otros ítems, la Corte IDH determinó en el “Caso Radilla Pacheco” que el Estado:

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Como puede suponerse, el tema del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH presenta ribetes complejos, aunque los Estados condenados —en tanto inmersos en un sistema de justicia internacional regional— deberán adaptar paulatinamente sus escenarios jurídicos internos para estar a tono con la textura y el nivel de exigencia de los estándares fijados por el Tribunal interamericano.

“...incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas...” (punto declarativo contenido en el ap. 6 de la parte decisoria del fallo);

“...deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” (punto dispositivo contenido en el ap. 10 de la parte decisoria del fallo); y

“...deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas...” (punto dispositivo contenido en el ap. 11 de la parte decisoria del fallo).

Suponemos que la inquietud irá en aumento luego de la nueva sentencia de condena pronunciada por la Corte IDH en el mencionado “Caso Cabrera García y Montiel Flores”, donde —*inter alia*— estableció que el Estado:

“...ha incumplido la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense...” (punto declarativo contenido en el ap. 8 de la parte decisoria del fallo); y

“...debe, en un plazo razonable, adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia...” (punto dispositivo contenido en el ap. 15 de la parte decisoria del fallo).

Justamente en este fallo, la Corte IDH citó las sentencias que pronunciara en las causas “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”<sup>30</sup>, de 26 de septiembre de 2006; “Rosendo Cantú y otra vs. México”<sup>31</sup>, de 31 de agosto de 2010; e “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”<sup>32</sup>, de 1 de septiembre de 2010—, para concluir como manifestábamos líneas arriba en punto a que

<sup>30</sup> Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, cit. en nota 13, ídem.

<sup>31</sup> Corte IDH, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216, párr. 219.

<sup>32</sup> Corte IDH, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2010, Serie C, N° 217, párr. 202.

el Tribunal “es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. 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).

Es interesante poner de relieve que la Corte IDH reiteró aquí (párr. 233) lo que había señalado en la trilogía de asuntos recientes contra México: “Radilla Pacheco” (párr. 340), “Fernández Ortega y otros”<sup>33</sup> (párr. 237) y “Rosendo Cantú”<sup>34</sup> (párr. 220), en cuanto a que “es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas” —remarcado agregado—.

Inmediatamente a continuación, en el mismo párr. 233, añadió: “Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (...), en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario”<sup>35</sup> —énfasis añadido—.

Por lo demás, el Juez *Ad Hoc* Eduardo FERRER MAC-GREGOR, en su voto razonado en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores” advirtió que el sistema jurisdiccional mexicano ha iniciado (incluso con anterioridad al pronunciamiento en el “Caso Radilla Pacheco”) una práctica del “control difuso de convencionalidad”, en sintonía con la jurisprudencia convencional

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> Este último segmento del párrafo coincide con lo expresado por la Corte IDH en el “Caso Fernández Ortega y otros” (párr. 237) y en el “Caso Rosendo Cantú y otra” (párr. 220), no así en “Radilla Pacheco”.

interamericana y con los ejemplos de altas jurisdicciones de países latinoamericanos (párr. 83).

Tal vez esta tesis, que consiste en sostener la existencia en México de un “control difuso de convencionalidad” (cuya raíz debe buscarse en la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH), sea un principio de respuesta a la disyuntiva en que la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación colocaba a los jueces locales (de cara al control de convencionalidad), al inhabilitarlos para llevar adelante el control difuso de constitucionalidad determinado en el art. 133 de la Constitución Federal.

#### IV. HACIA UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO

##### 1. Un caso testigo

Previo a desarrollar específicamente el tópico que se anuncia en el epígrafe, es preciso efectuar una breve digresión sobre una causa resuelta por la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJ): “Espósito, Miguel Ángel”<sup>36</sup>, de 23 de diciembre de 2004, que nos servirá de soporte y caso testigo para algunas de las apreciaciones argumentales que *infra* efectuaremos.

En “Espósito”, y al menos por parte de varios de sus componentes, la CSJ exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente<sup>37</sup> el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por aquel Tribunal interamericano, cuyas decisiones —sostuvo la CSJ— resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el “Caso Bulacio vs.

Argentina”<sup>38</sup>, en el que se declarara la responsabilidad internacional del país —entre otros puntos— por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

Acotó que, “en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que, en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: “Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” —énfasis añadido— (consid. 10 de la mayoría).

En síntesis, la CSJ no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional” —bastardillas nuestras— (consid. 15 de la mayoría).

##### 2. Diálogo jurisprudencial

La sentencia sumariamente colacionada es sólo una muestra de la tendencia que (no exenta vaivenes<sup>39</sup>) exhibe la CSJ en cuanto a adoptar en

<sup>36</sup> Fallos, 327:5668.

<sup>37</sup> Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

<sup>38</sup> Corte IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100.

<sup>39</sup> Ver sobre el particular BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, N° 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), septiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.

sus fallos una interpretación conforme a la CADH y a receptor los pronunciamientos de la Corte IDH y los estándares valorativos que ésta ha venido perfilando en su trayectoria jurisprudencial<sup>40</sup>, aun cuando no se esté de acuerdo con ella y se deje verbalizada tal discrepancia en el decisorio.

Juzgamos que dicha tesitura resulta laudable y consistente con los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, se abastecen las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional) e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales (cfr., en lo respectivamente correspondiente, arts. 26 y 27 de la citada CVDT, tándem de reglas medulares en materia de observancia de los tratados internacionales).

Sin embargo, en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquélla tenga presente las observaciones o discordancias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional.

Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente *para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquéllos en nuestro espacio regional*.

Es que, como con agudeza se ha afirmado (en referencia específica al citado caso “Espósito” de la CSJ argentina), “el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente,

<sup>40</sup> Entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, compulsar “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 359/388.

del tipo de *diálogo crítico* que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana [en ‘Espósito’] ... Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*<sup>41</sup> —énfasis añadido—.

Y convergentemente con la línea argumental que aquí esbozamos, también se ha llamado la atención sobre el punto, afirmando que “la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de[l] diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción*”<sup>42</sup> —remarcado agregado—.

En el fondo, y como se adelantaba, la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre éstos y aquéllos, sino a trazar una *vinculación de cooperación en la interpretación ‘pro homine’ de los derechos humanos*. Al respecto, LANDA advierte que no puede olvidarse que el art. 29.b de la CADH proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte IDH, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar

<sup>41</sup> ABRAMOVICH, Víctor, “Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS – Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. VI/VII.

<sup>42</sup> BASCH, Fernando, “Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios”, borrador del trabajo presentado a las Jornadas “Una Constitución para el Nuevo Siglo”, 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Fuente: <http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc>).

reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”<sup>43</sup>.

Con algún punto de contacto con la problemática anunciada en el texto, la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de extendido uso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y escasa receptividad en la praxis interamericana, responde —en la percepción de GARCÍA ROCA— 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”<sup>44</sup>.

Naturalmente, un eventual empleo de semejante “margen de apreciación nacional” habría de ser prudente y razonable para evitar que se volatilice la esencia de la protección de los derechos humanos.

Por lo demás, y como lo pusiera de manifiesto el juez GARCÍA-SAYÁN en su voto concurrente en el “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia” de la Corte IDH<sup>45</sup>, “Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita” —énfasis agregado— (párr. 33).

<sup>43</sup> LANDA, César, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela – 2009*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010, p. 77.

<sup>44</sup> GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.

<sup>45</sup> Corte IDH, “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, Nº 213.

### 3. Breve colofón

Extrapolando *mutatis mutandi* a nuestro contexto de discusión las certeras apreciaciones de JIMENA QUESADA, 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, 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”<sup>46</sup>.

## V. EPILOGO

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

Con ello el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es más importante, se prevenirían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2. La Constitución, 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 protección y la realización de los derechos fundamentales*.

<sup>46</sup> JIMENA QUESADA, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista europea de derechos fundamentales*, Nº 15, Primer Semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2010, pp. 41/74.

En esa línea, el incremento de los espacios de interactividad del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, constituye una realidad insoslayable y de gran significación jurídica y axiológica.

3. 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 relaciones a veces tensionales.

Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*. 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:

Una se desarrolla en sede *internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo aunque sólo en época reciente se la ha bautizado como “control de convencionalidad”. Consiste básicamente en la obligación del Tribunal de analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal contralor convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al art. 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.

La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de éstos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

4. Con todo, una de las ideas medulares que pretendemos rescatar a modo recapitulativo es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales (en nuestro caso, principalmente de la Corte IDH) tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicho de otro modo, que se haga foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, e impregnen toda la

labor de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales<sup>47</sup>.

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

El juez de la Corte IDH, GARCÍA-SAYÁN, 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” —subrayado nuestro— (párr. 30)<sup>48</sup>.

5. De la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Parte 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 tal 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*.

En tal 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.

6. El citado principio de adecuación normativa supone 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 ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas

<sup>47</sup> Cfr., *mutatis mutandi*, JIMENA QUESADA, Luis, cit. en nota 21 (“La vinculación del juez...”), pp. 501/502 y nota 13 a pie de página.

<sup>48</sup> Corte IDH, “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, cit. en nota 44.

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.

7. Como insistentemente ha señalado 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 individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados<sup>49</sup>.

8. No está de más insistir en que los principios y las reglas sobre derechos humanos pertenecen al ámbito del *ius cogens*; que lo ideal es siempre bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y en que es preciso asimilar —en paráfrasis de HIGGINS<sup>50</sup>— que el derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*, y que los derechos fundamentales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*.

9. Se aprecia con nitidez que sólo sería una prédica discursiva o fraseológica vacua 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

<sup>49</sup> Ver, 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 análisis de tal opinión consultiva puede consultarse en BAZÁN, Víctor, “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 BIDART CAMPOS, Germán J. *et al.* (coords.), *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza (Rep. Arg.), 2000, pp. 91/165.

<sup>50</sup> HIGGINS, Rosalyn, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford University Press, Oxford, 2003, *passim*.

recursos judiciales, que operen como llaves de ingreso a la jurisdicción abriendo el camino para que puedan adquirir anclaje efectivo criterios hermenéuticos esenciales del derecho internacional de la persona, tales como las pautas *pro persona* y *pro actione*.

10. De su lado, y en un marco general de discusión, es preciso insistir en la conveniencia de que se intensifique un *diálogo jurisprudencial crítico tangible y efectivo, no etéreo*, entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados que integran el esquema interamericano. Ello, con la finalidad de que no sólo éstos acaten los estándares exegéticos labrados por el Tribunal interamericano, sino que a su vez, éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de las jurisdicciones constitucionales nacionales, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

11. Uno de los ingredientes para aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre ambas jurisdicciones podría centrarse en el recurso a la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de vasto (aunque proteico) empleo por el TEDH, pero con una discreta repercusión en la Corte IDH.

Sin embargo, el tema no está exento de dificultades operativas por el riesgo de la generación de inseguridad jurídica que tal doctrina podría traer consigo, además de la necesidad de exigir a su respecto un empleo cauteloso y razonable para evitar 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 suma, que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un *margen de apreciación* y no un *margen de arbitrariedad*.

12. En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se intensifica la penetración del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces nacionales del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional con el compacto de pautas y principios que conforman la estructura literal de la CADH y los estándares valorativos que viene forjando la Corte IDH en su labor hermenéutica.

13. Por último, tal vez el anhelable “diálogo jurisprudencial” sobre el que argumentáramos aquí, se constituya justamente en el paradigma jurisdiccional que cobre definitivo impulso en la presente centuria para con-

tribuir al complejo proceso que conduzca hacia la real efectividad de los derechos fundamentales.

Ello, en el marco interactivo de la defensa multinivel de éstos, a partir de una mutua influencia jurisdiccional que respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y el valor de sus estándares, pero que simultáneamente no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales y culturales de los Estados que integran el sistema interamericano.