

# DIÁLOGO O MONÓLOGO: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

## El caso Argentino

CALOGERO PIZZOLO\*

### *Resumen*

*El escenario jurídico actual se caracteriza por su fragmentación. La creación de ordenamientos jurídicos autónomos e independientes más allá del ordenamiento nacional ha significado la pérdida de la unidad interpretativa. Y la verificación de un pluralismo interpretativo puesto en evidencia con el desarrollo de la protección multinivel de derechos humanos. Las constituciones de los Estados se abren hacia las corrientes jurídicas supranacionales. La formación de normas interconectadas aparece como un fenómeno que se ha consolidado en el presente y que tiene como consecuencia la creación de una comunidad de intérpretes que reclaman para sí la última palabra en el ámbito de su competencia. Al tratarse de una competencia común la posibilidad de conflictos por determinar quién tiene la última palabra es constante. El diálogo interjurisdiccional aparece entonces como un instrumento para construir los consensos necesarios que permitan superar los conflictos sobre la interpretación de los derechos humanos. En el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia se ha acoplado plenamente a la jurisprudencia originada en sede supranacional abriendo interrogantes sobre si nos encontramos en presencia de un diálogo o monólogo en particular con la Corte Interamericana.*

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA), profesor regular de Derecho Constitucional y Elementos de Derechos Humanos y Garantías y Catedrático Jean Monnet de derecho constitucional europeo en la UBA. <cpizzolo.universidad@gmail.com>.

**Abstract**

*The contemporary legal scenario is characterized by its fragmentation. The creation of autonomous and independent legal orders beyond the national system has meant the loss of interpretive unity. It also meant the realization of an interpretive pluralism emphasized the development of a multilevel protection of human rights. State constitutions open themselves to the supranational legal flows. The formation of interconnected rules appears as a phenomenon that has been consolidated in the present and which results in the creation of a community of interpreters who claim the last word within their ambit of competence. In case of a shared competence this could create a constant situation of potential conflict in order to determine the holder of the last word. The judicial dialogue appears as an instrument to build the necessary consensus to overcome disputes over the interpretation of human rights. In Argentina, the Supreme Court is fully coupled has adapted its case law to the supranational case law and one could wonder whether we are in the presence of a dialogue or monologue in particular of the Inter-American Court.*

## 1. DEFINICIÓN DEL NÚCLEO PROBLEMÁTICO: LA FORMACIÓN DE NORMAS INTERCONECTADAS Y LA SUPERACIÓN DE LA ORDENACIÓN JERÁRQUICA

Detrás del pluralismo constitucional, aparece el *problema de las normas interconectadas a una comunidad de intérpretes finales*. Esto último en el sentido de que todos los intérpretes reclaman para sí el derecho a la última palabra. Los miembros de esta comunidad *debieran*, pues, mediante el diálogo interjurisdiccional, establecer coincidencias que torne pacífica la *cohabitación normativa* en un espacio común.

El problema que abordamos queda expuesto al indagarse sobre el *ámbito territorial* de aplicación del derecho creado en el espacio supranacional y el *ámbito competencial* a partir del cual éste ha ido evolucionando. En cuanto a lo primero, aquél Derecho carece de un territorio propio donde desplegar su vigencia. El problema surge, en efecto, en que se trata de un derecho que se *inserta* en el territorio nacional –proveniente del espacio supranacional– y, desde entonces, pasa a *cohabitar* con el derecho interno propio de cada Estado.

El segundo aspecto tiene que ver con que los distintos ordenamientos que convergen desde el espacio supranacional hacia el territorio nacional *convergen también hacia una materia común en especial los derechos humanos*. Ruggieri, profundiza en este segundo aspecto problemático, afirmando que los “derechos fundamentales hoy existen como ‘interconstitucionales’” o “clara y simplemente no existen”. Se establece, de este modo, una relación de “mutua alimentación” entre la Constitución y los derechos “en el sentido de que ninguno de los dos términos de la

relación puede ser pensado sin el otro”. Los derechos, según Ruggeri, son “interconstitucionales” porque “son hijos de una Constitución ‘abierta’ que a manos llenas se alimenta de otras Cartas [instrumentos internacionales que reconocen derechos] que, incluso, son constitucionales teniendo carácter supranacional”.<sup>1</sup>

En el sentido mismo sentido argumental, Serna de la Garza refiere a que, desde la perspectiva de los “agentes productores del discurso constitucional”, estamos ante un “fenómeno de *diálogo-competencia* en la interpretación de las fuentes normativas que se entrecruzan, por regular, en ciertos ámbitos, la mismas materias (Constituciones nacionales y Derecho Internacional de los Derechos Humanos)”. Dichos agentes son “órganos localizados en distintas sedes, cada uno de los cuales *ejerce un control sobre determinada porción o parcela de un esquema complejo de protección de los derechos humanos, que se da en niveles distintos*”. Un esquema en el que, además, ninguno de los órganos involucrados tiene un “control total y completo” sobre el conjunto, sobre su operación, funcionamiento, eficacia y resultados. Se trata, en suma, “de un escenario de pluralismo interpretativo”.<sup>2</sup>

La noción de *norma interconectada* nos permite visualizar este núcleo problemático. Este tipo de norma *presupone la existencia de una materia común y una regulación plural*: los derechos humanos –por caso– están regulados en la constitución nacional, en distintos instrumentos internacionales (tratados, pactos, declaraciones, convenciones) e incluso en una Declaración de derechos propia de un proceso de integración regional como ocurre en la UE.

Ahora bien, la mayoría de las dimensiones jurídicas que convergen hacia el *espacio jurídico común* estatal, contienen órganos que reclaman para sí la competencia de interpretar en última instancia y, por ende, *garantizar* –ante un conflicto con el derecho interno– la aplicación prioritaria de los componentes normativos de origen supranacional que se integran en normas interconectadas.

La *tensión* se genera, entre los jueces nacionales y los órganos supranacionales, no tanto por la existencia de estos últimos, sino por las consecuencias de su intervención: en la práctica el control de legalidad en sede supranacional implica el *desplazamiento* o *bloqueo* de toda norma nacional –incluida las normas constitucionales– en situación de conflicto con los componentes normativos foráneos que integran las normas interconectadas. Ello porque estas últimas –y no ya siempre las normas constitucionales, reducidas ahora a un componente normativo de origen interno– son utilizadas como normas básicas de referencia o sea, como *nuevos parámetros* de legalidad primaria.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> A. Ruggeri, “Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il ‘dialogo’ tra Corti europee e Corti nazionali”, 18 *Federalismi.it* (2014); y A. Ruggeri “‘Dialogo’ tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali”, 24 *Federalismi.it* (2013).

<sup>2</sup> J.M. Serna de La Garza, “Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana”, en *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa* (México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014), p. 59. Sin resaltar en el original.

<sup>3</sup> Ver L. Mezzetti, “Primazia del diritto sopranazionale e supremazia della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale degli ordenamenti dell’Europa occidentale (Italia, Germania, Francia, Spagna)”, en AA.VV., *Diritto costituzionale transnazionale. Atti del Seminario internazionale di studi*, Bologna, 6 marzo 2012 (Bologna, Filo-diritto, 2012), Capítulo IX.

Encontrar una salida a esta tensión ha significado, con distintos matices, el desplazamiento del *principio de jerarquía* como ordenador de normas jurídicas unitarias. Lo que plantea la “lectura constitucional” actual –escribe Cruz Villalón refiriéndose concretamente a la UE–, es algo distinto a lo que hemos visto hasta ahora: plantea una “nueva pluralidad constitucional”. Es pluralidad porque se trata de una constitucionalidad que viene a sumarse a otra ya existente. Se abandona el terreno de las organizaciones internacionales, para asumir el carácter de una organización singular.<sup>4</sup>

Lo dicho hasta aquí, en opinión de García Roca, se proyecta en “un cambio revolucionario en la idea de jurisdicción constitucional, muy ligada desde el origen al ‘monopolio’ para el control de las leyes del cual emana la misma idea de ‘valor de ley’”. Al igual que los tribunales constitucionales desplazaron como supremos a los tribunales supremos, las jurisdicciones constitucionales han comenzado a compartir esa superioridad con entidades supranacionales: “Nadie es totalmente supremo en una estructura judicial de trabajo en red”.<sup>5</sup>

La adopción de la idea de pluralismo constitucional supone la puesta en cuestión de cualquier forma de supremacía en la comprensión de las relaciones entre los distintos componentes normativos de las normas interconectadas. Las relaciones entre normas no se basan ya, o al menos no sólo, en la jerarquía entre normas al punto tal de que Gomes Canotilho defiende que la pirámide normativa está anticuada. En general, se decía y enseñaba que la Constitución representaba el vértice superior de un sistema de normas construido bajo la forma de una “pirámide jurídica” la cual, en su globalidad, formaba un orden jurídico. Este modelo, sentencia el citado autor, no tiene hoy virtualidades suficientes para explicar la relevancia del derecho internacional y el actual derecho de la UE: no existe solo una norma en la cúspide del ordenamiento, en el nivel superior se sitúan varios ordenamientos superiores –ordenamiento constitucional, ordenamiento internacional y ordenamiento comunitario (UE)– cuya articulación ofrece inequívocas dificultades, sobre todo cuando cualquiera de esos ordenamientos disputa la supremacía normativa o, por lo menos, la aplicación preferente de sus normas y principios.<sup>6</sup>

García Roca apunta que el punto de partida del que arranca el discurso del diálogo, “parece inevitable”. Refiriéndose a Europa, señala que vive tiempos de “pluralismo constitucional”. Ello implica que, en el espacio europeo, las relaciones entre los Tratados de la UE, las Constituciones de los Estados y otras normas de relevancia a estos efectos, como es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, “no se basan en

<sup>4</sup> P. Cruz Villalón, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa* (Madrid Editorial Trotta, 2004), p. 137.

<sup>5</sup> J. García Roca, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, 30 *Teoría y Realidad Constitucional* (2012), p. 215.

<sup>6</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Coimbra Edições Almedina, 2003, 7ª ed.), p. 695.

relaciones de jerarquía, de supremacía material y formal, sino que son un conjunto de fuentes cuya validez no deriva cada una de la otra, pero que se relacionan entre sí de manera interdependiente, y ordenada mediante un trabajo en red. Esta es la cuestión común a todas las relaciones fundadas en el diálogo”. La vieja pirámide de la teoría escalonada del derecho, construida en los años veinte y treinta por la escuela de Viena –concluye García Roca– “ya no nos vale como visualización del nuevo fenómeno ni menos aún como explicación u ordenación de las relaciones y del funcionamiento del sistema”.<sup>7</sup>

En palabras de Torres Pérez, “en un modelo pluralista coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, distintos pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas. La falta de jerarquía entre las normas fundacionales de los sistemas jurídicos que interactúan en un mismo ámbito espacial *no es un defecto a superar, sino una característica básica del modelo*”.<sup>8</sup>

Jacqué insiste en que la visión fundada en la ordenación jerárquica que propone la pirámide de Kelsen, no permite explicar la realidad actual: si el análisis clásico conserva cierta utilidad en el estudio de la relación entre normas hacia el interior de un mismo orden jurídico, afirma, aquél cede al momento de intentar explicar las relaciones complejas entre ordenamientos jurídicos.<sup>9</sup>

En este contexto de pluralismo constitucional, la pirámide como figura explicativa de la geometría jurídica, deja su lugar a una especie de *trapecio* al aplanarse su vértice superior donde ahora se detecta un pluralismo de ordenamientos superiores.

Las normas interconectadas son, por tanto, producto del ejercicio de competencias *horizontales* o *transversales*.<sup>10</sup> Cada regulación constituye un elemento normativo interconectado por una materia común pero, además, por un ámbito territorial común de aplicación. En otras palabras, las normas interconectadas señalan la existencia de

<sup>7</sup> J. García Roca, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, en E. Ferrer Mac-Gregor y A. Herrera García (eds.), *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos)* (México D.F., Tirant lo Blanch, 2013), p. 226–227. Las necesidades inherentes a la integración europea y latinoamericana “nos obligan a flexibilizar las categorías tradicionales y a comprenderlas de manera diversa y dinámica. Un tratado puede no ser una constitución, pero a veces ambas cosas se aproximan mucho como e.g. ocurre en el origen de una constitución federal en un Estado federal clásico que proceda de la evolución de una Confederación” (*Idem*).

<sup>8</sup> A. Torres Pérez, “Principio fundamentales del poder público globalizado: comentarios desde la perspectiva europea”, en A. Von Bogdandy y J.M<sup>a</sup>. Serna de la Garza (eds.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa* (México UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional), 2014, p. 134. Sin resaltar en el original.

<sup>9</sup> J.P. Jacqué, “‘Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies’. L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, 69 *Revue française de droit constitutionnel* (2007), p. 5.

<sup>10</sup> Nos encontramos con materias *competencialmente horizontales* por lo que se produce una superposición (*overlapping*) entre ordenamientos jurídicos igualmente competentes.

una *protección multinivel o por niveles*, en este caso –por cierto el más emblemático– de los derechos humanos. Se trata de diversas capas de protección que se insertan o, si se quiere, se van acumulando a la protección ya prevista en el derecho nacional. En ello esencialmente consiste el pluralismo jurídico.

Pero no se trata –como vemos– de una interconexión de normas que dé lugar a una ordenación jerárquica como puede ocurrir, en el derecho nacional, con las normas del código penal que regulan las garantías judiciales del debido proceso jerárquicamente subordinadas a las normas constitucionales que regulan la materia. Los distintos ordenamientos jurídicos *se relacionan sin establecer entre ellos relaciones de jerarquía*.

Lo característico de las situaciones de pluralismo como las descritas, afirma Bustos Gisbert en relación al pluralismo constitucional, es que “ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas”. Existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, “una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes de ese pluralismo reconozcamos”. En tales casos, existe un contexto de conflicto potencial entre distintos ordenamientos constitucionales que ha de resolverse de manera no jerárquica.<sup>11</sup>

Las categorías conceptuales elaboradas sobre la base del Estado-Nación, a partir de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII –sentencia Torres Pérez–, parecen no poder dar cuenta de la nueva realidad: frente al constitucionalismo de base estatal, se ha formulado como modelo alternativo el pluralismo constitucional.<sup>12</sup>

## 2. EL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL: ¿UNA SALIDA AL CONFLICTO POR LA ÚLTIMA PALABRA?

Las normas interconectadas nos permiten detectar la existencia de una *comunidad de intérpretes finales* y, por tanto –como vimos–, un núcleo problemático. Cada elemento normativo interconectado *remite* a un intérprete que reclama *para sí* el derecho a la última palabra. ¿Qué pasaría si cada intérprete estableciera niveles de protección *diversos* para los derechos humanos vigentes en un territorio nacional determinado? La conclusión no tarda en aparecer, dichos intérpretes *están condenados a entenderse*

<sup>11</sup> R. Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, 95 *Revista Española de Derecho Constitucional* (2012), p. 22. En estos casos, por tanto, el diálogo –continúa Bustos Gisbert– “se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar con carácter supremo sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas. Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la idea de diversidad es consustancial a la idea de pluralismo constitucional”. Lo esencial “es que esa diversidad no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta”.

<sup>12</sup> A. Torres Pérez, “En defensa del pluralismo constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor y Herrera García (eds.), *supra* n. 7, p. 457–458.

*mediante la práctica de un fluido diálogo judicial o interjurisdiccional para evitar se quiebre el equilibrio o la cohesión interna dentro de la comunidad y se termine privando de eficacia a la norma interconectada.*

La salida que encontró la práctica jurisprudencial al problema de las normas interconectadas –y en este punto como vemos de inmediato nuestra Corte Suprema de Justicia (CSJN) fue pionera–, es *convertir el espacio común pluridimensional en un espacio de diálogo interjurisdiccional*. En una *unión* de jurisdicciones. El diálogo, por tanto, no siempre es *bilateral*, también lo es *multilateral*.

Conforme a lo expuesto el diálogo asume, dentro de la comunidad de intérpretes, la forma de un *proceso deliberativo colectivo*. Esto es, un proceso de adopción de decisiones mediante la confrontación pública de las posiciones respectivas que finaliza con la adopción de una solución compartida. Al final de cuentas, escribe Jacqué, todos los enfrentamientos –entre los diversos intérpretes– terminaron siendo teóricos y, a través de un diálogo sostenido sobre conceptos aparentemente contradictorios, descubrieron que podía llegarse a soluciones concretas: la supervivencia del sistema “debe mucho a la tolerancia y a la apertura recíproca de las jurisdicciones”.<sup>13</sup>

Ahora bien, como primer afirmación concreta el diálogo interjurisdiccional pareciera declarar incompatible con su esencia misma el uso de un lenguaje en *términos absolutos, excluyentes*, más cercanos a un *monólogo* que al diálogo mismo. Partiendo de dicha premisa se pueden encontrar tanto en la doctrina como la jurisprudencia, a grandes rasgos, *dos modos* de construir el diálogo. Uno, donde se defiende un mayor protagonismo del juez nacional apelando a un *self-restraint* de los tribunales supranacionales y al desarrollo –entre otras– de la doctrina del margen nacional de apreciación. Otro, donde el mayor protagonismo lo reclaman los jueces supranacionales y la *autocontención* es reclamada a los jueces nacionales que prácticamente carecen de un margen propio de interpretación. El primer modo es el que influye en el control de convencionalidad europeo, el segundo en dicho control promovido por la Corte Interamericana. Observemos brevemente ambos modos de diálogo.

Destaca Sudre –en referencia a la relación entre los jueces nacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)– que la expresión *dialogue des juges* “reenvía a la idea de discusión, de concertación”, y tiene el mérito de ofrecer, según el citado autor francés, un concepto consensuado que –descartando *a priori* toda relación de autoridad– evita que nos interroguemos sobre los sujetos “que incomodan”. Pero, a causa de su propia imprecisión y maleabilidad, dicho diálogo aparece como una figura de estilo, sin verdadera sustancia.<sup>14</sup> Andriantsimbazovina manifiesta que “la pluralidad y la interacción de los órdenes jurídicos modernos implican la *complementariedad de la autoridad*, necesaria para mantener la coherencia de éstos, y el diálogo entre los jueces que lo anime, alcance flexibilidad y plasticidad, cualidades bien útiles para

<sup>13</sup> Jacqué, *supra* n. 9, p. 7.

<sup>14</sup> F. Sudre, “Le dialogue des juges”, 11 *Cahiers de l’Institut de Droit Europeen des Droits de L’homme* (2007), p. 8.

gestionar la complejidad de la totalidad”.<sup>15</sup> ¿Significa lo expuesto que el diálogo requiere, necesariamente, el reconocimiento por parte del juez supranacional al juez nacional de un ámbito de discrecionalidad propia? En otras palabras, ¿es posible el diálogo sin un margen nacional de apreciación?

Grabarczyk escribe que el diálogo requiere de una cierta *autonomía* del juez nacional de modo de evitar el *monólogo*. De este modo, defiende el valor de la *controversia* –manifestada por la citada autora esencialmente a partir del desconocimiento de la autoridad interpretativa final de los jueces de Estrasburgo–, como motor del diálogo mismo. Grabarczyk define el *dialogue des juges* –por oposición a la *guerre des juges*– como “un proceso por el cual el juez nacional discute el sentido de una disposición convencional”. El diálogo debe ser visto, pues, “como una controversia, una discusión, una “confrontación””. Esto es, como un “intercambio de argumentos” entre los jueces del TEDH y el juez nacional. Esta definición excluye, consiguientemente, la idea de autoridad entre las jurisdicciones [*autorité entre les juridictions*] ya que “la única forma practicable es la de un diálogo sincero, abierto, equilibrado, desapasionado y desprovisto de visiones hegemónicas”.<sup>16</sup> Grabarczyk señala como *objetivo* del *dialogue des juges* “asegurar una colaboración entre los diferentes interlocutores”. Ello hace posible confrontar las tesis en discusión y tratar de aclarar los puntos en conflicto potencial o existente entre las jurisdicciones. Por lo tanto, dicho diálogo “permite asegurar una cooperación” entre dichas jurisdicciones y con ello participar en la armonización garantías convencionales como medio de comunicación entre los diferentes sistemas jurídicos”. La cooperación entre jurisdicciones constituye, pues, “el fundamento principal del dialogo”.<sup>17</sup>

Grabarczyk, basa la aludida cooperación en, por un lado, el *principio de subsidiariedad* y, por otro, en el *no reconocimiento* de la autoridad de cosa interpretada [*autorité de la chose interprétée*]. En relación a la subsidiariedad señala que existe una “responsabilidad común” del juez nacional y los jueces de Estrasburgo en la interpretación de las disposiciones convencionales. El juez nacional es el primero en interpretar la controversia planteada. Ante la ausencia de un mecanismo institucional de diálogo entre las jurisdicciones involucradas<sup>18</sup>, así como la “autonomía relativa de

<sup>15</sup> J. Andriantsimbazovina, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998), p. 367. Sin resaltar en el original.

<sup>16</sup> K. Grabarczyk, “Dialogue des juges: éléments d'analyse. Propos introductifs”, 11 *Cahiers de l'Institut de Droit Europeen des Droits de L'homme* (2007), p. 20–22.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 26–27.

<sup>18</sup> El único caso conocido hasta el presente de *diálogo reglado* refiere a la *cuestión prejudicial* prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Este recurso ha permitido, y permite, un fluido diálogo entre los jueces nacionales –incluidos los jueces constitucionales– y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la aplicación del derecho de la UE (DUE). Nos encontramos frente al “paradigma del diálogo judicial”, el cual nos permite hablar de “conexión colaborativa” no paragonable con ninguna otra de las posibles en escenarios de pluralismo constitucional. La cuestión prejudicial “permite una conexión directa sin la



las sentencias” del TEDH, el juez nacional posee una “amplia autonomía” en su interpretación. Consiguientemente, para Grabarczyk, el principio de subsidiariedad permite, de una parte, asegurar el principio de soberanía de los Estados y, de la otra, garantizar la prioridad en la sanción de la violación de una disposición convencional por parte de las autoridades nacionales. En este contexto, se señala al juez nacional como ejecutor de un *control de compatibilidad* y no de un *control de conformidad*. La exigencia de compatibilidad y no de conformidad con el CEDH, tiene como consecuencia “dejar un margen de maniobra a las autoridades nacionales”. En efecto, el diálogo entre el juez nacional y el TEDH “está ligado principalmente a esta flexibilidad en el margen de maniobra autorizado a los Estados partes”.<sup>19</sup> Este principio de subsidiariedad implica así mismo, según Grabarczyk, un judicial *self-restraint*, o sea una “actitud de contención [*attitude de retenue*]” por parte de los jueces de Estrasburgo.<sup>20</sup>

Volviendo a Sure, este autor defiende que la autoridad de la jurisprudencia del TEDH, no puede ser asimilada a la noción de *stare decisis* en el sentido del *common law*. Lo que deciden los jueces de Estrasburgo no tendría otra sentido más que “una indicación dada, una directiva que demuestra una orientación”. Es decir, para Sure, las sentencias del TEDH son *declarativas*. Su autoridad jurisprudencial “no puede ser más que una autoridad persuasiva, la que provoca la adhesión de los destinatarios –y principalmente de los jueces nacionales– a la solución jurídica dada por el Tribunal.” Ello implica, concluye Sure, el respeto del principio de subsidiariedad. Porque, en su opinión, es inútil intentar construir un orden jurídico a partir de una relación conflictiva con las jurisdicciones nacionales a cargo, principalmente, del respeto de la Convención [CEDH], las cuales necesitan una jurisprudencia “más clara, más estable, mas motivada, en una palabra más coherente”.<sup>21</sup>

Para Requejo Pages, por su parte, es obvio, que a la hora de examinar las potestades conferidas por el CEDH a un órgano como el TEDH “se hace necesario desterrar un prejuicio tan extremadamente arraigado como es el de suponer que dichas potestades, con independencia del alcance con el que resulten del Convenio, han de ser moduladas en función de la primacía última de los órganos constitucionales y del respeto a sus respectivas atribuciones”.<sup>22</sup> Toda sentencia condenatoria del TEDH, dice Requejo

---

intermediación de las instancias máximas de control de constitucionalidad. Es más, permite que los tribunales inferiores cuestionen la interpretación de los tribunales superiores, incluidas las instancias de control de constitucionalidad. De este modo, los propios tribunales nacionales inferiores actúan como *válvula de seguridad para garantizar interpretaciones mutuamente compatibles* entre Derecho comunitario [DUE] y Derecho constitucional incluso al margen de los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros” (cf. Bustos Gisbert, *supra* n. 11, p. 36).

<sup>19</sup> Bustos Gisbert, *supra* n. 11, p. 28–33.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>21</sup> F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l’homme* (París, Presses Universitaires de France, 2015, 12<sup>a</sup> ed.), p. 398.

<sup>22</sup> J.L. Requejo Pages, “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91; ‘Caso Bulto’)”, 35 *Revista Española de Derecho Constitucional* (1992), p. 182.

Pages, implica en cierto modo, o puede al menos implicar, “una desautorización” del Tribunal Constitucional. Sería absurdo negarse a seguir adelante por causa de tan simple constatación, toda vez que “la eventual “superioridad” del Tribunal del Convenio respecto del Constitucional se explica, una vez más, a partir de la propia Constitución. Todo lo cual no excluye el “alcance meramente declarativo” de las resoluciones del TEDH para permitir su articulación con los distintos sistemas constitucionales.”<sup>23</sup>

En relación al segundo modo de construir un diálogo interjurisdiccional, sostiene Queralt Jimenez, que la actuación de los jueces nacionales conforme al parámetro europeo, garantiza que no se produzcan “diferentes bloques de protección” en el ámbito europeo. Así, si todos los poderes públicos nacionales, en virtud de la *cosa interpretada* de las sentencias de Estrasburgo, siguen la interpretación sentada por el TEDH en su jurisprudencia “se está asegurando un nivel común en materia de derechos y libertades fundamentales en todos los Estados parte del Convenio Europeo que garantiza, a su vez, una igualdad de trato en todo el continente”.<sup>24</sup> En el mismo sentido, para Zanghi, cuando el TEDH interpreta de manera evolutiva o también complementaria el CEDH, el carácter *erga omnes* de la *res interpretata* tiene su origen en la circunstancia de que al TEDH “le ha sido atribuido la competencia exclusiva de interpretar el Convenio [CEDH], cuyas normas se imponen, por lo tanto, a todos los Estados partes contratantes, no sólo en el texto adoptado, sino a la luz de las interpretaciones del Tribunal [TEDH] que forman parte integrante del mismo”.<sup>25</sup>

¿Cuál es la posición del TEDH? No renunciar al control de convencionalidad –o sea a la última palabra sobre el CEDH–, a la vez que reconocer un amplio margen nacional de aplicación. Desarrollada por el TEDH, esta herramienta “multiuso” –según referencia de García Roca– ha dado soporte a una “diplomática deferencia internacional que no existe en los tribunales constitucionales ni se practica por ellos del mismo modo respecto de los órganos judiciales domésticos”.<sup>26</sup> El mismo autor la califica como una consecuencia de la lógica de una protección internacional, “de mínimos y subsidiaria” respecto de la más intensa garantía interna y constitucional que deben dispensar los Estados parte. Y, sobre todo, “un corolario difícilmente evitable dada la amplitud del espacio convencional europeo sobre derechos”.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Ibid., p. 190.

<sup>24</sup> A. Queralt Jimenez, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en J. García Roca y P.A. Fernández Sánchez (eds.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009), p. 234.

<sup>25</sup> C. Zanghi, “Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en García Roca y Fernández Sánchez (eds.), *supra* n. 24, p. 220–221, en especial nota al pie 44.

<sup>26</sup> García Roca, *supra* n. 7, p. 188.

<sup>27</sup> Ibid., p. 221.

Ambos modos de construir un diálogo interjurisdiccional, vemos, promueven el consenso sin excluir el disenso. El punto en conflicto es la cohabitación en sí misma, el debate por la última palabra: el diálogo requiere una necesaria interacción de las partes involucradas.

El diálogo, conforme a lo visto hasta aquí, no es sinónimo de *simple influencia* entre ordenamientos jurídicos. Resulta indudable, sostiene Bustos Gisbert, que el éxito del significativo diálogo judicial se vincula a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales como uno de los rasgos característicos de ese vaporoso e indefinible fenómeno conocido como globalización. Proceso que ha cambiado buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Por ello, para el citado autor, no es de extrañar que tenga efectos también en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales. Una de las manifestaciones más relevantes de tales cambios es la aparición de una “comunicación transjudicial”.<sup>28</sup>

Dicha comunicación no sólo deriva de una búsqueda de soluciones a problemas parecidos en el marco de procesos de decisión idénticos. Responde, también, “a la *necesidad de garantizar la convivencia* entre los diversos ordenamientos jurídicos generados (el nacional, el de la integración económica y/o política y el de la integración a través de los derechos) tratando de evitar que las soluciones de las diversas instancias jurisdiccionales lleven a *situaciones de bloqueo por incompatibilidad absoluta* entre ellos. Situaciones que no sólo se pueden dar en las relaciones entre ordenamientos internos e internacionales, sino también en el seno del propio orden internacional”.<sup>29</sup>

Este proceso de comunicación transjudicial ha generado, en palabras de Jacobs, una *fertilización mutua (cross-fertilization)*<sup>30</sup> entre instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos. Es decir, se ha creado una progresiva influencia mutua entre instancias jurisdiccionales muy enriquecedora. Sin embargo, *no toda comunicación transjudicial constituye un diálogo* en el sentido que el término es utilizado aquí. Como afirma De Vergottini, “influencia es distinto de interacción. Aquella es unidireccional; ésta implicaría una plausible reciprocidad”. De aquí una observación que nos parece obvia –mantiene el citado autor–: “sólo en los casos de interacción parece sensato recurrir al concepto de diálogo”.<sup>31</sup>

El diálogo judicial al que nos referimos, como se ocupa de aclarar Bustos Gisbert, es la comunicación entre tribunales derivada de una *obligación* de tener en cuenta la

<sup>28</sup> Bustos Gisbert, *supra* n. 11, p. 18. Con estos términos, sostiene Bustos Gisbert, “se pretendía describir un fenómeno poco común en épocas pasadas: el recurso cada vez más habitual de los tribunales nacionales a la jurisprudencia dictada por tribunales extranjeros”. Esta comunicación, se concluye, “ha sido aún más acusada cuando se ha enmarcado en procesos de integración política y económica o en procesos de homogeneización supraestatal en materia de derechos fundamentales”.

<sup>29</sup> Bustos Gisbert, *supra* n. 11. Sin resaltar en el original.

<sup>30</sup> F.G. Jacobs, “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice”, 38 *Texas International Law Journal* (2003), p. 547–556.

<sup>31</sup> G. De Vergottini, “El diálogo entre tribunales”, en Ferrer Mac-Gregor y Herrera García (eds.), *supra* n. 7, p. 487–488.

jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho. Esto es, “el diálogo es un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de *pluralismo constitucional*”.<sup>32</sup>

El diálogo, defiende Burgorgue-Larsen, induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como la concordia o la aprobación: “el diálogo judicial no se manifiesta únicamente en el marco de un dúo o un tándem jurisdiccional. Se enriquece de las interacciones entre varios actores jurisdiccionales”.<sup>33</sup> Así, el diálogo puede definirse –afirma Torres Pérez– “como el intercambio de argumentos con la finalidad de alcanzar un *acuerdo interpretativo*. Para que el diálogo no quede reducido a un monólogo, requiere *reciprocidad*”.<sup>34</sup>

El diverso *origen* de los distintos niveles de protección involucrados, presenta al *conflicto* entre ordenamientos como una *constante*. Esta *lógica del conflicto* es propia de una comunidad de intérpretes finales y solo parece poder ser superada por los *consensos mínimos que nacen del diálogo*. En este sentido, el diálogo “es la búsqueda de un equilibrio constante; no establece, una vez por todas, una posición firme y estable respetada por todos los actores”.<sup>35</sup>

Para desarrollar dicho diálogo, en consecuencia, los miembros de la comunidad de intérpretes finales –jueces nacionales y órganos supranacionales– deben fijar como punto de partida *interpretaciones inclusivas* y no *interpretaciones excluyentes*. Es decir, distanciarse de posturas de carácter absoluto –sin punto de equilibrio– para promover posturas integradas representadas en lo que denominamos *reglas de cohabitación de intérpretes*. Estas reglas, producto generalmente de la práctica jurisdiccional nacional y supranacional, permiten la *solución de conflictos por la última palabra en la interpretación de normas interconectadas*. A tal efecto, representan consensos básicos por la comunidad de intérpretes en su conjunto. El reconocimiento de un *margin nacional de apreciación* o la *interpretación conforme* son parte de las citadas reglas.

Sin embargo, no debe olvidarse que, el gran desafío que sucede al consenso alcanzado sobre una regla de cohabitación, constituye a la vez un límite a la

<sup>32</sup> Bustos Gisbert, *supra* n. 11, p. 21. Esto es “situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro”.

<sup>33</sup> Ver L. Burgorgue-Larsen, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Ferrer Mac-Gregor y Herrera García (eds.), *supra* n. 7, p. 132. En efecto, para la citada autora, si el “desacuerdo” aparece “es porque el diálogo se enmarca en la existencia de sistemas que no pueden, de manera radical, negar que sus raíces, sus fundamentos y sus valores son diferentes”. Para agregar, “los jueces de cada sistema, como parte de su oficio, tienen que mantener vigente la idea de la existencia vital de su ordenamiento jurídico, es decir la importancia de su propio ordenamiento jurídico” (p. 136).

<sup>34</sup> Torres Pérez, *supra* n. 8, p. 137. Sin resaltar en el original.

<sup>35</sup> Burgorgue-Larsen, *supra* n. 33, p. 136.

cohabitación misma: *no debe verse afectada la mayor de protección reconocida a los derechos humanos por uno de los niveles* (principio *pro homine*).

### 3. LA CORTE INTERAMERICANA COMO “INTÉRPRETE FINAL” DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Al analizar la relación entablada por la Corte Interamericana con los jueces nacionales, observamos que la misma se acerca más a un monólogo que a un diálogo en los términos puestos hasta aquí. Analicemos puntualmente lo dicho.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el *Tratado fundacional* de un ordenamiento jurídico autónomo que prevé, como órganos supranacionales –además de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos– una Corte Interamericana. Dicha Corte ejerciendo, dentro del ámbito de su competencia (Artículo 62.1, CADH) su *autoridad interpretativa*<sup>36</sup>, se presenta como la *intérprete final* de la CADH y, ejerciendo como tal, ha impulsado la doctrina del *control de convencionalidad*.<sup>37</sup>

En resumen, este control que *debe* ser ejercido aun *ex officio*<sup>38</sup> actúa –al igual que en el ámbito nacional el control de constitucionalidad–, como *garantía de eficacia* de

<sup>36</sup> La norma citada dice: “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, *la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación* de esta Convención”. Sin resaltar en el original.

<sup>37</sup> Dentro del sistema interamericano la expresión control de convencionalidad surge como expresión de manera directa y concluyente, por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (Corte IDH (Sentencia) 25 de noviembre de 2003), de las consideraciones del voto concurrente razonado del juez García Ramírez. Éste al referirse a la responsabilidad de un Estado parte de la CADH, advierte que no es posible desmembrarla, “dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 27). El *pleno* de la Corte Interamericana asume como propio el control de convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*: “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 esa 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” (Cf. Corte IDH, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124). Sin resaltar en el original. Sobre esta última sentencia puede verse H. Noguera Alcalá, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el ‘caso Almonacid Arellano’”, 11 *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (2007), p. 663–686.

<sup>38</sup> En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, la mayoría de la Corte Interamericana vuelve a mencionar expresamente el control de convencionalidad. En este último caso se alude “directamente” al control de convencionalidad y al *deber* para los jueces nacionales de desarrollarlo *ex officio* (cf. Corte IDH, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128). Al decir de

la propia CADH, en tanto norma básica de referencia para la Corte Interamericana. De esta manera, los Estados partes de la CADH *interconectan* –a través de fórmulas constitucionales puentes de distinta intensidad– su derecho interno, no solo al texto de la CADH, sino a la *interpretación* que del mismo haga su intérprete final, esto es, la Corte Interamericana.

En opinión de Sagüés, la Corte Interamericana, asume así los roles de una “Corte de Casación supranacional en derechos humanos”, en aras de “uniformar la interpretación” de los derechos emergentes de la CADH. Y ello importa, inexorablemente, una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de derechos.<sup>39</sup> Hitters, en el sentido anterior, alerta sobre la importancia de la tarea que lleva a cabo la Corte Interamericana a través de este “contralor heterónimo, que importa de alguna manera una especie de ‘casación regional’ que sirve para unificar la interpretación jurídica de los países plegados al modelo, que abarca en el ámbito interamericano más de trescientos millones de habitantes”.<sup>40</sup>

La Corte Interamericana defiende su argumentación *conjugando* el contenido de los artículos 1.1 y 2 (CADH) –siguiendo las normas de interpretación del Artículo 29, CADH– a la par que apela a la tesis del *efecto útil* como método de interpretación propio de los órganos supranacionales de protección. Si la CADH consagra para los Estados parte tanto la *obligación de respetar como de garantizar* los derechos y libertades reconocidos en el citado instrumento –lo cual implica que los mismos Estados se comprometen expresamente a *adoptar* “las medidas legislativas o de otro carácter” que fueren necesarias para hacerlos efectivos–, el objeto y fin de la CADH no es otro que la *tutela efectiva* o el efecto útil de tales derechos y libertades. La Corte Interamericana deviene, por tanto, en *guardián* de dicha tutela. En palabras de Nogueira Alcalá, la Corte Interamericana mantiene la “supervigilancia” del cumplimiento de las obligaciones asumidas.<sup>41</sup> Ello implica que “los custodios

---

Sagüés, ello hace que el instituto de referencia sea presentado, sin más, “como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales”, a la CADH. El juez nacional que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el control de convencionalidad. La jurisprudencia citada reclama, por cierto, concluye Sagüés, tal “doble control” (Cf. N. Sagüés, “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, en *La Ley* (2009-B), p. 761).

<sup>39</sup> N. Sagüés, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, 1 *Estudios Constitucionales* (2010), p. 125–126. Gialdino acompaña este razonamiento aludiendo a la doctrina de “cosa interpretada” de las sentencias de la Corte Interamericana y por tanto a su carácter vinculante (cfr. R.E. Gialdino, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *La Ley* (2008-C), p. 1295).

<sup>40</sup> J.C. Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, 2 *Estudios Constitucionales* (2009), p. 109–118.

<sup>41</sup> H. Nogueira Alcalá, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2013), p. 512.

jurisdiccionales nacionales están custodiados por custodios jurisdiccionales internacionales y supranacionales”.<sup>42</sup>

¿Cómo garantiza la Corte Interamericana este *efecto útil*? Aplicando el control de convencionalidad. Para que su actuación sea *eficaz* en este sentido, al igual que una Corte Suprema en un Estado federal respecto a la interpretación por ejemplo de la constitución vigente, ella deberá también defender su condición de *intérprete final* de la CADH para garantizar la *aplicación homogénea* –evitando la fragmentación y aplicación divergente– de los derechos y libertades reconocidas en aquél instrumento. Actuando de esta manera, la Corte Interamericana defiende la CADH *neutralizando* la aplicación de cualquier norma de derecho interno –o bien privándola de validez en relación a las obligaciones internacionales– que se oponga a la interpretación que la misma Corte haga de la propia CADH.

Pero no solo la Corte Interamericana es responsable del control de convencionalidad, ya que este Tribunal no ejerce una *competencia exclusiva* en la materia sino *subsidiaria*. Debemos recordar siempre que estamos en presencia de normas interconectadas, entre otras cosas, a una pluralidad de intérpretes. Los jueces nacionales son –en gran parte– los responsables de aplicar dicho control, pues, el ingreso a la nombrada Corte, está restringido por el carácter *subsidiario* de su intervención jurisdiccional. Al momento de interpretar la CADH, los jueces nacionales deben seguir los estándares de protección elaborado por la Corte Interamericana estando *obligados* a su aplicación al caso concreto. Más aun, la Corte Interamericana entiende que el control de convencionalidad “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.<sup>43</sup>

De este modo, el control de convencionalidad presenta dos modalidades: una, *desde arriba* –también denominado control de convencionalidad en *sede supranacional*–, cuando quien lo ejerce es el *máximo intérprete* del instrumento internacional de derechos humanos que se trate (en este caso la Corte Interamericana quien ejerce una especie de *control concentrado*); otra, *desde abajo* –también denominado control de convencionalidad en *sede nacional*–, cuando quien lo realiza son los propios *jueces nacionales* como jueces de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, ejercen una especie de *control difuso*.

El control de convencionalidad lo ejercen en consecuencia, como no podría ser de otra forma tratándose de normas interconectadas, tanto los jueces supranacionales como los jueces nacionales.

<sup>42</sup> Noguera Alcalá, *supra* n. 42, p. 520.

<sup>43</sup> Cf. Corte IDH (Sentencia) 24 de febrero de 2011, *Gelman vs. Uruguay*, pár. 239. En esta sentencia se afirma que: “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana (...) por lo 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”.

La apuntada necesidad de diálogo queda en evidencia en toda su dimensión cuando la Corte Interamericana lleva adelante el control de convencionalidad frente a una norma constitucional en tanto componente normativo de una norma interconectada. Precisamente, en estas ocasiones, se pone de manifiesto la pérdida de la unidad interpretativa a manos del pluralismo.

Un caso paradigmático en este punto es el caso *Boyce vs. Barbados* (2007).<sup>44</sup> La Corte Interamericana ejercita el control de convencionalidad directamente frente a una norma constitucional que actúa como “cláusula de exclusión” de la competencia de *control* del juez nacional y, por tanto, como un *límite* para el ejercicio del control de convencionalidad.<sup>45</sup>

La Corte Interamericana va a objetar la actuación de intérprete final del ordenamiento jurídico nacional (entonces el Comité Judicial del Consejo Privado) y, como intérprete final de la CADH, *descalificará la declaración de validez* de la norma constitucional en cuestión defendiendo que, a dicha declaración, se llega “a través de un análisis *puramente constitucional*”<sup>46</sup> en el cual no se tuvo en cuenta ni las obligaciones que tiene el Estado conforme a la CADH, ni la jurisprudencia de la nombrada Corte. En otras palabras, se insistió con una unidad interpretativa fundada en las normas constitucionales que ya no existe para un Estado parte en la CADH.

Lo que se reprocha al intérprete nacional es haberse limitado a evaluar si la Ley objetada “era inconstitucional”. Más bien, afirma la Corte Interamericana, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”.<sup>47</sup> Consideraciones similares fueron pronunciadas en el caso de la “cláusula de exclusión” que se encuentra en la Constitución de Trinidad y Tobago, hoy fuera de la CADH.<sup>48</sup>

El control de convencionalidad tiene entonces como *efecto la inconvencionalidad* –esto es la falta de validez jurídica– de la norma así descalificada, por carecer, según la doctrina de *Almonacid Arellano* (2006), desde un *inicio* de efectos jurídicos. Por lo tanto, en la doctrina de la Corte Interamericana, *la inconvencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación de la norma objetada*. Ello conlleva, afirma Sagüés, a una interpretación de la Constitución *conforme* a la CADH: si una cláusula de una constitución nacional (o una norma subconstitucional) permite por ejemplo

<sup>44</sup> Corte IDH (Sentencia) 20 de noviembre de 2007, *Boyce y otros vs. Barbados*.

<sup>45</sup> En efecto, el artículo 26 de la Constitución de Barbados no permite que tribunales puedan declarar la inconstitucionalidad de leyes existentes que hayan sido promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, esto es, antes del 30 de noviembre de 1966. Dicho artículo veda, por tanto, la impugnación del artículo 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona de 1868 (que contempla la aplicación obligatoria de la pena de muerte) cuya convencionalidad estaba en discusión en el presente caso.

<sup>46</sup> Esto es practicando el clásico control de constitucionalidad que sigue sus propias parámetros de legalidad.

<sup>47</sup> Corte IDH (Sentencia) 20 de noviembre de 2007, *Boyce y otros vs. Barbados*, párr. 78.

<sup>48</sup> Ver Corte IDH (Sentencia) 21 de junio de 2002, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, párr. 152 (c), y Corte IDH (Sentencia) 11 de marzo de 2005 *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, párrs. 115–117.



dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la CADH. A *contrario sensu* –concluye el citado autor– ello significa que se deberán desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional que resulten incompatibles con la CADH o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana.<sup>49</sup> En este contexto Sagüés propone como expresión de la nueva realidad jurídica la de “constitución convencionalizada”.

Resta saber, ¿sí la doctrina del control de convencionalidad tal cual es defendida por la Corte Interamericana, permite el abandono de una interpretación excluyente y beneficia una interpretación incluyente? ¿Sí se alcanza el *punto de equilibrio* necesario para construir un diálogo interjurisdiccional como salida al conflicto originado en una norma interconectada a una comunidad de intérpretes finales?

El uso de un *leguaje en términos absolutos* demuestra ser una tentación para cualquier intérprete final, pero –ya se dijo– lejos de facilitar el diálogo solo permite monólogos cerrados que contradicen la pluralidad interpretativa y, en consecuencia, potencian el conflicto en la relación interordinamental.

Construir consensos en torno a una regla de cohabitación normativa se convierte vimos en un imperativo. La Corte Interamericana pareció entenderlo al desarrollar como tal la doctrina de la *interpretación conforme*. Ello permitió acercar más a México a la CADH. En efecto, la interpretación conforme del derecho interno con la CADH, como ejercicio del control de convencionalidad, fue finalmente recepcionada por la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco c. México* (2009). En esta sentencia, donde la mayoría de la Corte Interamericana retoma expresamente sus consideraciones sobre el control de convencionalidad después de pasaran veintidós sentencias en silencio, se expresa directamente que, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana “debe ser coherente con los *principios convencionales y constitucionales* de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana”.<sup>50</sup> La Corte Interamericana, finalmente, “considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.<sup>51</sup>

Esta *apertura* hacia el derecho constitucional interno, flexibilizando la rigidez de los parámetros iniciales que contemplaban únicamente a la CADH y a la interpretación que de ésta hace la Corte Interamericana –doctrina del caso *Almonacid Arellano* (2006)– facilitó la reforma constitucional mexicana en 2011 que incorporó expresamente el control de convencionalidad (Artículo 1). A la vez que despejó, luego de su aceptación por la Corte Suprema de Justicia de aquél país, el camino a todos los jueces mexicanos para que lleven adelante dicho control.

<sup>49</sup> Sagüés, *supra* n. 39, p. 131.

<sup>50</sup> Corte IDH (Sentencia) 23 de Noviembre de 2009, *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 338.

<sup>51</sup> *Ibid.*, párr. 341. En igual sentido, Corte IDH (Sentencia) 30 de agosto de 2010, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 238; y Corte IDH (Sentencia) 31 de agosto de 2010, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 221.

El control “difuso” de convencionalidad, escribe Ferrer Mac-Gregor en relación al control que llevan adelante los jueces nacionales, no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al “parámetro” de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de “armonizar” la norma nacional con la convencional. Esto significa realizar una “interpretación conforme” de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas “interpretaciones” contrarias o incompatibles al parámetro convencional. Por lo que, en realidad, se realiza un “control” de la interpretación que no cubra dicho parámetro.<sup>52</sup> El mismo autor mexicano, define a la interpretación conforme como la “técnica hermenéutica” por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.<sup>53</sup>

La interpretación conforme supone la aplicación de *técnicas interpretativas* que permitan la comprensión de las normas en conflicto de *modo compatible entre sí*. Ello con una importante particularidad como es que se trata de una *interpretación mutua o doblemente conforme*, pues “implica no adaptar la interpretación a una norma situada en un nivel más elevado (escenario de la interpretación conforme), sino simultáneamente a dos normas superiores”.<sup>54</sup>

#### 4. LA ADHESIÓN “PLENA” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

¿Qué recepción ha tenido en los jueces argentinos el control de convencionalidad? La pregunta se plantea en razón de que, en la Argentina, conforme a la construcción de la Corte Interamericana, al tener un control de constitucionalidad *difuso* –esto es al estar habilitado cualquier juez a entender en cuestiones de constitucionalidad de una norma–, todos los jueces están habilitados por ende a llevar adelante el control de convencionalidad cualquiera sea su competencia territorial, material o de grado.

La CSJN, en tanto intérprete final de la Constitución, ha reconocido directamente la *autoridad interpretativa* de la Corte Interamericana y aceptado, en consecuencia, la palabra de sus jueces como la expresión final en la interpretación de los derechos

<sup>52</sup> E. Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, 2 *Estudios Constitucionales* (2011), p. 535.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 549.

<sup>54</sup> Bustos Gisbert, *supra* n. 11, p. 48.

humanos reconocidos en la CADH. Ha evitado así profundizar la tensión entre la comunidad de intérpretes finales que se integró en nuestro ordenamiento particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994 y la creación –por mandato constituyente– de un bloque de constitucionalidad federal (Artículo 75 inc. 22, Constitución de la Nación Argentina (CN)).<sup>55</sup> La CSJN, como intérprete *único* de la primera palabra expuesta en las normas constitucionales, confirma el carácter vinculante de las interpretaciones de la Corte Interamericana respecto de la propia CADH.

En efecto, luego de algunos altibajos<sup>56</sup>, con una nueva composición, la CSJN abre una etapa –la actual– de *conexión y articulación* con la Corte Interamericana. En el caso *Espósito* (2004)<sup>57</sup>, por ejemplo, donde se discutía el cumplimiento de lo resuelto en el caso *Bulacio* (2003)<sup>58</sup> sentenciado por la Corte Interamericana, se argumenta que “la decisión mencionada resulta de *cumplimiento obligatorio* para el Estado argentino (Artículo 68.I, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, *debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional*”. La CSJN mantiene su parecer, aun cuando dice no compartir el criterio restrictivo del derecho de defensa asumido por la Corte Interamericana.<sup>59</sup> Este criterio fue confirmado en el caso *Simón* (2005)<sup>60</sup>, alegando la CSJN que tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana como las directivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), constituyen una “*imprescindible pauta de interpretación* de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.<sup>61</sup>

La aceptación formal –con una mención explícita al control de convencionalidad en los términos en que es adoptado por la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano* (2006)– llegaría en el caso *Mazzeo* (2007)<sup>62</sup>, donde la CSJN, expidiéndose sobre la inconstitucionalidad de los indultos por delitos de lesa humanidad, asumió

<sup>55</sup> Ver C. Pizzolo, “La integración del Bloque de Constitucionalidad Federal y la transformación ‘copernicana’ del sistema de fuentes”, en AA.VV., *¿Que veinte años no es nada! Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina* (Buenos Aires, Ediciones EUDEBA, 2014), p. 139–159.

<sup>56</sup> Un trabajo de los antecedentes jurisprudenciales de la CSJN en relación al efecto de la jurisprudencia internacional puede encontrarse en C. Pizzolo, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, en *La Ley* (2006-D), p. 1023.

<sup>57</sup> CSJN, Sentencia, 23 de diciembre de 2004, *Fallos* 327:5668.

<sup>58</sup> Corte IDH (Sentencia) 18 de septiembre de 2003, *Bulacio vs. Argentina*.

<sup>59</sup> CSJN, caso *Espósito*, Sentencia de 23 de diciembre de 2004, en *Fallos* 327:5668, considerando 12. Sin resaltar en el original.

<sup>60</sup> CSJN, Sentencia 14 de junio de 2005, *Simón*, *Fallos* 328:2056 (publicada en *La Ley* (2005-C), p. 845). Ver un comentario de la sentencia en C. Pizzolo, “Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso *Simón*”, en *La Ley* (2005-D), p. 510.

<sup>61</sup> CSJN, Sentencia 14 de junio de 2005, *Simón*, *Fallos* 328:2056, considerando 17. Sin resaltar en el original.

<sup>62</sup> CSJN, Sentencia 13 de julio de 2007, *Mazzeo*, *Fallos* 330:3248 (publicada en *La Ley* (2007-D), p. 426).

como *propias* las consideraciones de la Corte Interamericana.<sup>63</sup> Esta postura se mantiene hasta el presente lo que ha permitido a la CSJN, incluso, *rectificar* sus sentencias de frente a una sentencia condenatoria de la Corte Interamericana o bien revocar una sentencia firme de instancias inferiores.

Resulta emblemático, en este sentido, el caso *Rene Derecho* (2007–2011). En una primera sentencia<sup>64</sup>, la CSJN debía resolver –como en el citado caso *Espósito*– el alcance de la prescripción penal, aquí a favor de un miembro de las fuerzas de seguridad acusado de practicar torturas al recurrente Bueno Alves. Éste plantea que los hechos de los cuales había sido víctima, encuadraban dentro de la figura de delitos de lesa humanidad. La CSJN, a pesar que hacía dos meses la Corte Interamericana había sentenciado la responsabilidad del Estado argentino por los mismos hechos<sup>65</sup>, compartiendo los argumentos del Procurador General, rechaza la presentación del recurrente. Frente a circunstancias fácticas similares la Corte Interamericana mantiene su postura negando que la prescripción pueda invocarse frente a la obligación de investigar, de lo contrario quedaría consagrada la impunidad. La CSJN, en cambio, acepta en el caso *Espósito* lo que negó en *Rene Derecho*.

Ahora bien, en una segunda sentencia<sup>66</sup>, la misma CSJN resuelve una *acción aclaratoria* –interpuesta por el querellante conforme al Artículo 166.2 y 3 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, para “que, en esencia, el Tribunal indique el auténtico alcance jurisdiccional de la antedicha resolución (la confirmación de la sentencia recurrida) a la luz del fallo de la Corte Interamericana en el caso Bueno Alves vs. Argentina”.

La CSJN interpreta ahora que el nuevo planteo implica un *recurso de revocatoria* y que “el presente es uno de esos casos por el cual las sentencias del Tribunal pueden ser *excepcionalmente corregidas*”.<sup>67</sup> A continuación, la CSJN afirma que la nombrada sentencia de la Corte Interamericana se aplica al caso en cuestión remitiendo, como fundamento, a lo resuelto en el caso *Espósito*. Que por tanto, concluye la CSJN, “con el objeto de dar *estricto cumplimiento a lo ordenado* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en la sentencia “Bueno Alves c. Argentina”, notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007–, corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria articulado, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplimenten las pautas fijadas en dicho fallo”.<sup>68</sup>

En otras palabras: resulta claro que, conforme a la jurisprudencia que seguimos, las sentencias de la máxima instancia jurisdiccional argentina –o bien una instancia

<sup>63</sup> *Ibíd.*, considerando 21, donde se transcribe el párr. 124 del citado caso *Almonacid Arellano*. Consideraciones similares se leen en CSJN, Sentencia, 27 de abril de 2010, *Videla*, Fallos 327:3117).

<sup>64</sup> CSJN, Sentencia del 11 de julio de 2007, *Rene Derecho*.

<sup>65</sup> Corte IDH (Sentencia) 11 de mayo de 2007, *Bueno Alves vs. Argentina*.

<sup>66</sup> CSJN, Sentencia, 29 de noviembre de 2011, *Rene Derecho II*.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, considerando 3.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, considerando 5.

inferior–, en la medida que se relacionen con las obligaciones internacionales dispuestas en la CADH, no disfrutarán de los beneficios de la *cosa juzgada*, si son cuestionadas directamente por alguna sentencia de la Corte Interamericana. Con lo cual dicha Corte, pasa en este razonamiento, a ser la última autoridad interpretativa en la materia de referencia.

Este criterio, fue ratificado recientemente por la CSJN donde, haciendo suyas las consideraciones de la Procuradora General, se revoca una sentencia firme de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza que confirmó la condena a prisión perpetua a una persona que era menor de edad al momento de cometer un homicidio agravado.<sup>69</sup> Cabe destacar que los recurrentes invocaban a favor de la revocatoria de la sentencia firme un Informe de la CIDH<sup>70</sup> donde se concluyó que este tipo de condenas vulneraban la CADH, y obligó al Estado argentino a garantizar una revisión amplia a los peticionarios, en la que se atendiera suficientemente a los estándares internacionales vigentes en materia de derecho penal juvenil.<sup>71</sup> Como lo recuerda la Procuradora General, la Corte Interamericana había ya declarado que “el Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad. De igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia. Lo anterior, con el fin de evitar la necesidad de que casos como el presente se interpongan ante los órganos del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, y puedan ser resueltos por los órganos estatales correspondientes”.<sup>72</sup>

Aun cuando la situación de D.D.A. –afirma la Procuradora General– “no haya sido tratada” por la Corte Interamericana, “corresponde aplicarle los amplios efectos de su fallo en cuanto exceden al caso puntual e imponen a la República Argentina el deber de adoptar disposiciones de derecho interno de conformidad con lo previsto en el

<sup>69</sup> CSJN, Sentencia, 5 de agosto de 2014, *A.D.D., s. homicidio agravado*.

<sup>70</sup> CIDH (Informe) 2 de noviembre de 2010, *César Alberto Mendoza y otros (Prisión y reclusión perpetuas de adolescentes) Fondo. Argentina*, No. 172/10. En tal sentido cabe destacar que, tiempo después, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado argentino siguiendo, en lo sustancial, las conclusiones del citado Informe 172/10 (Corte IDH (Sentencia) 14 de mayo de 2013, *Mendoza y otros vs. Argentina*).

<sup>71</sup> La Suprema Corte de Justicia de Mendoza había rechazado el recurso sosteniendo que la revisión de sentencias penales firmes constituye una vía recursiva excepcional, sólo reservada para los casos especiales enumerados taxativamente en la ley, en cláusulas que han de ser interpretadas restrictivamente. En particular, el tribunal negó que un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pudiera contar como un motivo de revisión. Como fundamento, recordó la doctrina sentada por la CSJN en *Acosta* (Sentencia de 22 de diciembre de 1998, Fallos: 321:3555), aduciendo que si bien el Estado argentino debe realizar sus mejores esfuerzos para dar respuesta a las recomendaciones de la CIDH, ellas no serían vinculantes para el Poder Judicial y, por lo tanto, un pronunciamiento de la Comisión no es idóneo para conmovir la estabilidad de las decisiones judiciales firmes, como la condena cuya revisión ha solicitado la defensa.

<sup>72</sup> Corte IDH (Sentencia) 14 de mayo de 2013, *Mendoza y otros vs. Argentina*, párr. 337.

artículo 2 [CADH]”.<sup>73</sup> A continuación, refiriéndose al principio de cosa juzgada de las sentencias firmes, expresamente mantiene que “no puede pasarse por alto que el valor de la seguridad jurídica que implica la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales *en un caso como el presente juega un papel relativamente débil*”.<sup>74</sup> Para concluir que, en las condiciones descriptas, “corresponde que en el ejercicio del “control de convencionalidad”, la justicia argentina *adecue sus fallos* a los expresos términos de la sentencia de la Corte Interamericana”. De tal modo que, “se impone así de modo indiscutible por sobre *cualquier preocupación abstracta por la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales*, como la que se ha invocado en la decisión impugnada”.<sup>75</sup>

La CSJN ha tenido también oportunidad de analizar, en concreto, el efecto vinculante de un informe definitivo de la CIDH (Artículo 51.2, CADH) defendiendo su “carácter obligatorio”.<sup>76</sup> El argumento central aquí, por su fundamentación, permite coincidir en la *fuerza obligatoria* de la interpretación en sede supranacional a cargo de los organismos internacionales de control reconocidos en los instrumentos que se integran en el bloque de constitucionalidad. La CSJN alude a que, una interpretación contraria u opuesta, que dejara de lado el efecto vinculante de dichos pronunciamientos, además de desatender el “objeto y fin” del régimen de peticiones y de la CADH “en su integralidad”, dejaría de lado el *principio de buena fe y efecto útil*. Pero sobre todo promovería “el “debilitamiento” del sistema, cuando no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. El derecho de petición individual “abriga” [...] la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional”.<sup>77</sup>

Está claro entonces que para la CSJN, los tratados de derechos humanos, “constituyen una serie de limitaciones a la soberanía de los Estados, por lo que se requiere adoptar una actitud amplia en materia de hermenéutica de las obligaciones estatales, a la inversa de la enseñanza clásica en materia de Derecho internacional, cuanto más que dichas obligaciones son “de carácter esencialmente objetivo””.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Dictamen de la Procuradora General en el caso A.D.D. de 4 de septiembre de 2013, apartado V.

<sup>74</sup> *Ibid.*, sin resaltar en el original.

<sup>75</sup> *Ibid.*, apartado VI, si resaltar en el original.

<sup>76</sup> CSJN, Sentencia, 6 de agosto de 2013, *Carranza Latrubesse*. Ver el comentario a esta sentencia por S. Albanese, “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana (Comentario a fallo CS, Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores- Provincia del Chubut, 6 de agosto de 2013)”, en *Jurisprudencia Argentina*, 11/9/2013.

<sup>77</sup> *Ibid.*, considerando 18. La Corte Suprema alude así al voto concurrente del juez Cançado Trindade (Corte IDH (Opinión Consultiva) 28 de agosto de 2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, OC-17/02, párr. 22). En los considerandos anteriores la Corte había destacado que “la Convención Americana también se diferenció de su modelo europeo, lo cual subraya la *importancia vital* que le concedió a la Comisión para el funcionamiento del sistema de protección que instrumentaba, en la medida en que la competencia de aquella para la tramitación de peticiones individuales no fue de reconocimiento facultativo por los Estados (Convención Europea, artículo 25), ya que derivó del solo hecho de ser partes de la primera (Convención Americana, art. 44)” (*Ibid.*, considerando 12). Sin resaltar en el original.

<sup>78</sup> CSJN, Sentencia, 6 de agosto de 2013, *Carranza Latrubesse*, ya citada, considerando 14.

La CSJN, por otra parte, no solo que asumió como propia la obligación promovida por la Corte Interamericana para que los jueces nacionales lleven a cabo el control de convencionalidad aún de oficio –el cuál no está previsto expresamente por la CN–, sino que con base en dicha doctrina extendió dicho deber al control de constitucionalidad. En efecto, en la sentencia *Rodríguez Pereyra* (2012)<sup>79</sup>, la CSJN siguiendo mediante citas expresas la jurisprudencia supranacional derivó el *deber judicial* de respetar el principio de congruencia, porque, si la CSJN está *vinculada* por el control de convencionalidad de oficio ¿cómo no estarlo por el de constitucionalidad sin petición de parte? Apelando a sus propias palabras: “resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (CADH, Artículo 75, inc. 22) incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su *intérprete auténtico*, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que *obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango*”.<sup>80</sup>

En su comentario a la citada sentencia de la CSJN, Sagüés expone que, la declaración de *inconvenionalidad de oficio*, demandada a los jueces nacionales por la Corte Interamericana, tiene un claro sentido de “afirmación de la supremacía” de la CADH sobre las normas domésticas, pero una también decidida “afirmación de la autoridad institucional” de la jurisprudencia de dicha Corte. Es una dura y exigente versión del *stare decisis* o del valor de los precedentes de un Tribunal, equiparados por voluntad de éste a la letra de la CADH. Tiene por meta indirecta construir un *jus commune* interamericano, en materia de derechos humanos, realizando como bien se ha dicho una suerte de “casación convencional”. Pero Sagüés se muestra crítico con la derivación interna que de dicha doctrina hace la CSJN. Tales razones, afirma, más allá de su seguimiento y justificación, no parecen operar, en el ámbito

<sup>79</sup> CSJN, sentencia de 27 de noviembre de 2012.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, considerando 12 del voto de la mayoría. Sin resaltar en el original. La CSJN también indicó los requisitos que deben cumplirse: en primer lugar, ese control debe de ejercerse en el marco de las “respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, tal como lo señaló la Corte Interamericana en los precedentes que cita la CSJN (considerando 13 del voto de la mayoría, donde se hace referencia al Corte IDH (Sentencia) 29 de noviembre de 2011, *Fontvecchia y A'Damico vs. Argentina*, párr. 93). Precisamente, esta referencia le da pie a la CSJN para sostener que el control *ex officio* debe darse –en el caso que proceda– en el marco de un proceso judicial, respetando las reglas adjetivas que fijan los “requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones y alegaciones de las partes”. En segundo lugar, la CSJN reitera que el control de constitucionalidad con efectos en el caso, constituye “un remedio de *ultima ratio*, que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas” porque las normas controladas son dictadas por “un poder de jerarquía igualmente suprema” (considerando 14).

interno, para fundamentar la evaluación de la inconstitucionalidad de oficio, como deber inexorable para los jueces.<sup>81</sup>

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

La formación de normas interconectadas constituye una consecuencia de la fragmentación del espacio jurídico. Al escribirse en el texto constitucional las fórmulas que permiten la *apertura*, el constituyente ejerce un derecho que solo él –en tanto representante de la soberanía popular– puede ejercer: el derecho a la primera palabra. Se dota así de una *identidad constitucional* al orden jurídico creado. Luego, con la formación de las normas interconectadas, arriban nuevos intérpretes quienes discuten sobre quién tiene el derecho a la última palabra sobre la materia que los une en comunidad. En este contexto, el diálogo interjurisdiccional aparece como una salida al conflicto originado en la pluralidad constitucional. La búsqueda de consensos mínimos, expuestos en reglas de cohabitación normativa, se convierte así en un imperativo.

La tentación de interpretaciones excluyentes, propias de un lenguaje absoluto, debe ser dejada de lado. En este rumbo, la CSJN en tanto intérprete *único* de la primera palabra constitucional, ha reconocido la *autoridad interpretativa* de la Corte Interamericana. Con la pérdida de la unidad interpretativa, evitar que el conflicto se potencie, se convierte en el principal desafío tanto de los intérpretes nacionales como supranacionales. Lo anterior en la medida que, el fracaso del diálogo, significa lisa y llanamente el fracaso de la vigencia de los derechos humanos que se reconocen en las normas interconectadas.

<sup>81</sup> N. Sagüés, “El control de constitucionalidad de oficio: ¿deber de los jueces argentinos?”, 239 *Revista La Ley* (2012), p. 1. En contra de la adhesión plena de la CSJN al control de convencionalidad puede consultarse la opinión de Bianchi para quién estamos en presencia de un “peligroso abandono de nuestra soberanía en el orden judicial” (cf. A. Bianchi, “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, en *La Ley* (2010-E), p. 1090). Badeni, por su parte, sostiene que las sentencias de la Corte Interamericana “no tienen efectos *erga omnes*, pues sólo son obligatorias para los Estados que sean partes en la causa, aunque la doctrina hermenéutica que resulte de ellas debe ser debidamente considerada como guía de actuación por los restantes Estados” (Cf. G. Badeni, “Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia”, en *La Ley* (2009-E), p. 1018). En el mismo sentido opina Gozaini el cual cree que “la orientación del pronunciamiento es una guía o pauta” (Cf. O.A. Gozaini, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en S. Albanese (coord.), *El Control de Convencionalidad* (Buenos Aires Ediar, 2008), p. 81–112); o Rosatti que rechaza que exista un control “por sobre” el control de constitucionalidad (Cfr. H.D. Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, en *La Ley* (2012-A), p. 911).