

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

*Por la Dra. Silvia Estela Marrama,
Instituto de Bioética*

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Por la Dra. SILVIA ESTELA MARRAMA

1. Introducción

Más allá del control de constitucionalidad que realizan los jueces argentinos, que importa una comparación entre la Constitución Nacional y las normas de jerarquía inferior (*cfr.* art. 31 Constitución Nacional, en adelante, CN), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), ejerce lo que ella misma denomina –a partir del caso “Myrna Mack Chang”¹– el “control de convencionalidad”, que significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras Convenciones sobre Derechos Humanos a las que el país se ha adherido, con las disposiciones del ordenamiento jurídico interno de las naciones adheridas al modelo. Es decir que la Corte realiza este cotejo no sólo con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), sino también respecto de la totalidad de lo

¹ *Cfr.* Corte IDH, Serie C N° 101, de 25 de noviembre de 2003, Voto del Juez García Ramírez. Aquí quien utilizó esta terminología fue el citado Juez.

que Castilla Juárez² ha llamado el *corpus iuris* interamericano, o Ferrer Mac-Gregor³ ha denominado *corpus iuris* internacional de los Derechos Humanos, que abarca hasta la propia jurisprudencia⁴ de ese organismo.

2. Control de convencionalidad primario y secundario

Ferrer Mac-Gregor⁵ sostiene que la inspección de convencionalidad debe ser llevada a cabo, en primer lugar, en el campo doméstico, es decir, se debe realizar un “control primario” de comparación entre las normas internacionales y las domésticas. Se trata de una verificación difusa hecha dentro del país, como modo de manifestación del control de constitucionalidad del derecho internacional. Y que la CIDH, como tribunal regional, debe realizar un control de convencionalidad “secundario”, concentrado.

Respecto del control “primario”, el mismo tribunal supranacional considera que el contralor de convencionalidad debe ser

² Cfr. CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de Tratados”, en Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, pp. 51-97. Cit. por HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en Estudios constitucionales, vol. 13 no. 1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

³ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad”, en *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, tomo III, Instituto de Justicia Constitucional, Guatemala, 2010, p. 314. Conf. Corte IDH, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Cit. por HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en Estudios constitucionales, vol. 13 no. 1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

⁴ Cfr. Corte IDH, Serie C N° 276, de 30 de enero de 2014, Voto del Juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 25. Ídem Corte IDH, Serie C N° 278, de 26 de mayo de 2014.

⁵ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional” en *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Marcial Pons, Madrid - Buenos Aires, 2013, p. 674.

realizado por los jueces nacionales. Así, en el caso “Trabajadores Cesados del Perú”⁶ la CIDH sostuvo que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, 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”⁷.

Hitters⁸ extiende el control de convencionalidad “primario” a todas las autoridades y órganos del Estado, y considera que ello es una doctrina legal “consolidada” (*cfr.* arts. 1.1 y 2 CADH), de la que deriva otro postulado que se ha abierto camino en el ámbito interamericano, el de la regla del agotamiento “efectivo” de los recursos internos, que rige sin perjuicio de la apertura, en el sentido de que el “agotamiento” puede concluirse aun cuando el proceso ya está “dentro” de la Comisión IDH, esto es, después de iniciada la denuncia ante tal cuerpo, hasta el momento en la que la Comisión resuelva⁹.

Cabe aquí recordar lo resuelto en el caso “Bayarri”¹⁰, en el cual la CIDH entendió que el alegato del Estado sobre la falta de agotamiento de recursos internos “para obtener una indemniza-

⁶ *Cfr.* Corte IDH, Serie C N° 158, de 24 de noviembre de 2006. Ídem Corte IDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

⁷ Corte IDH, Serie C N° 158, de 24 de noviembre de 2006, párr. 128; *cfr.* Corte IDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

⁸ *Cfr.* HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en Estudios constitucionales, vol. 13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

⁹ *Cfr.* Corte IDH, Serie C N° 276, de 30 de enero de 2014, Voto del Juez Ferrer Mac-Gregor, párrs. 26 y 27.

¹⁰ *Cfr.* Corte IDH, de 30 de octubre de 2008. Corte IDH, Caso Bayarri c. Argentina s/Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, publicado en El Derecho Digital (48455) [2009]. Fecha de consulta: 22/06/2016.

ción pecuniaria” resulta extemporáneo, ya que no fue interpuesto sino hasta después del Informe de admisibilidad. En consecuencia, la Corte entendió que el Estado renunció en forma tácita a presentar esta defensa en el momento procesal oportuno.

Respecto del control “secundario”, concentrado, sostiene Hitters que la CIDH realiza un contralor heterónomo, “que importa de alguna manera una especie de “casación regional” que sirve para unificar la interpretación jurídica de los países plegados al modelo”¹¹.

3. Subsidiariedad en el control de convencionalidad

La existencia de un control “primario” y “secundario” de convencionalidad en el sistema interamericano, implica la aplicación del principio de subsidiariedad (*cf.* art. 46.1.1 CADH), tal como lo ha establecido la misma CIDH, al sostener que el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno [...], antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos” [Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 157, párr. 66]. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación

¹¹ HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en Estudios constitucionales, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

de ejercer un ‘control de convencionalidad’ [Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, párr. 142]”¹².

La excepción al principio de subsidiariedad se configura cuando no existe un verdadero acceso a la justicia en el ámbito interno, o cuando no se le permite al agraviado utilizar las vías judiciales, o en los casos en que no existe en la legislación interna el debido proceso legal¹³ (*cfr.* art. 46.2.a CADH), o cuando no se haya permitido al denunciante el acceso a los carriles domésticos o se hubiera impedido su agotamiento (*cfr.* art. 46.2.b CADH).

4. Subsidiariedad y margen de apreciación nacional

De la aplicación del principio de subsidiariedad al control de convencionalidad, se sigue que en su ámbito exista el “margen de apreciación nacional”.

Esta es una doctrina ampliamente utilizada por varios tribunales internacionales, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), que se traduciría en una suerte de “deferencia”¹⁴ del tribunal correspondiente hacia los jueces nacionales, para que sean éstos los que decidan sobre una determinada cuestión, ya que son ellos quienes realizan el control primario.

¹² Corte IDH, Serie C N° 278, de 26 de mayo de 2014, voto de los Jueces Ventura Robles y Ferrer Mac-Gregor, párr. 63.

¹³ *Cfr.* Corte IDH, Serie C N° 278, de 26 de mayo de 2014. Voto de los Jueces Ventura Robles y Ferrer Mac-Gregor, párr. 65.

¹⁴ También disiento con el término “concesión”, referido al margen de actuación de los tribunales nacionales, utilizado por Díaz Crego, por los fundamentos que expondré en las conclusiones. *Cfr.* DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 2011-05-09, Última actualización: 2011-05-09, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.

La aplicación de esta doctrina al ámbito de los Derechos Humanos ha supuesto, según Díaz Crego, la “concesión”¹⁵ de cierto margen de actuación a las autoridades nacionales, que serían las encargadas de resolver determinadas vulneraciones de Derechos Humanos en aquellos casos en los que el tribunal internacional correspondiente considera que los órganos internos están mejor posicionados e informados que el propio órgano internacional para resolver la cuestión litigiosa.

Esta doctrina hunde sus raíces en la doctrina del *marge d’appréciation* aplicado por el Consejo de Estado Francés y en la jurisprudencia sobre la discrecionalidad administrativa de algunos países del ámbito continental¹⁶.

A pesar del origen nacional de esta doctrina, su traslación al ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos parece haberse producido de la mano de la jurisprudencia del TEDH, donde se ha desarrollado de forma más extensa que en otras jurisdicciones internacionales de derechos humanos. También ha sido desarrollada por la Comisión Europea de Derechos Humanos. En la jurisprudencia de ambos órganos, la “deferencia” hacia las autoridades nacionales se vinculó desde un inicio –según Díaz Crego¹⁷–, con el carácter subsidiario de la protección que concede el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y los órganos de control de ese texto, que sólo se pronuncian sobre

¹⁵ Disiento con el término “deferencia”, utilizado por Díaz Crego, por los fundamentos que expondré en las conclusiones. Cfr. DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 2011-05-09, Última actualización: 2011-05-09, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.

¹⁶ Cfr. DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 2011-05-09, Última actualización: 2011-05-09, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.

¹⁷ Cfr. DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 2011-05-09, Última actualización: 2011-05-09, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.

eventuales violaciones de derechos humanos tras el agotamiento de todos los recursos internos, y en el entendimiento de que las autoridades nacionales están en mejor posición que los organismos internacionales para resolver sobre ciertas violaciones de los derechos humanos. En términos prácticos, la doctrina del margen implicaría una suerte de división de tareas entre las autoridades internas y los órganos de control del Convenio: las primeras serían las principales encargadas de asegurar el respeto de los derechos humanos en el ámbito interno, mientras que los órganos de control del Convenio deben limitarse a resolver aquellas restricciones de los derechos humanos que vayan más allá del margen de apreciación reconocido a las autoridades internas.

El TEDH ha subrayado que no se trata de un poder irrestricto de las autoridades nacionales, sino que si bien los Estados parte gozan de cierto margen de apreciación, ese margen va de la mano de un control europeo, que se realiza sobre la base de las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del CEDH a fin de determinar si una medida nacional restrictiva de un derecho se adecua o no a las exigencias impuestas por el CEDH.

La doctrina del margen de apreciación nacional, de utilización cada vez más frecuente por parte de distintos órganos jurisdiccionales internacionales, ha sido evaluada por la doctrina especializada, que se ha enrolado en posturas a favor y en contra de su utilización.

Los argumentos a favor de la doctrina del margen de apreciación se refieren¹⁸:

- a) a que los actores nacionales están en mejor posición que los tribunales internacionales para resolver determinadas problemáticas;

¹⁸ Cfr. DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá. Fecha de publicación: 09/05/2011, Última actualización: 09/05/2011, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.

- b) a que los tribunales, en principio, no son instancias adecuadas para tomar decisiones de alcance general, en la medida en que carecen de los datos y los medios necesarios para ello;
- c) a que los tribunales deben tomar decisiones al hilo de un caso concreto y con la información que les facilitan las partes, y deben actuar bajo la presión de los plazos exigidos por la legislación procesal;
- d) a que los tribunales internacionales tienen un conocimiento deficiente o inexacto de las particularidades históricas, culturales, sociales, económicas o jurídicas de un determinado Estado. El pluralismo local, la diversidad de opciones culturales, sociales, económicas –entre otras– de los Estados parte de un tratado internacional, abogan por una especial prudencia de los tribunales internacionales a la hora de resolver determinadas controversias.
- e) la legitimidad democrática en la toma de decisiones, que actúa a favor del uso de la doctrina del margen en la medida en que determinadas decisiones de alcance general deben ser adoptadas por los ciudadanos o por sus representantes electos, a través de un proceso de discusión pública.
- f) En términos mucho más prácticos, algunos autores apuntan que la utilización de la doctrina del margen por tribunales internacionales evita confrontaciones poco útiles entre tribunales nacionales e internacionales, favorece la cooperación entre ambas instancias de control, la aplicación interna de las normas internacionales y la posterior ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales.

Por el contrario, entre aquellos que critican la utilización de la doctrina del margen suele señalarse¹⁹:

- a) que esta técnica sería abiertamente contraria a la propia idea de universalidad de los derechos humanos, en la medida en que permitiría a los Estados determinar el alcance de los mismos e impediría a los particulares acceder a los niveles de garantía que les reconocen los textos internacionales ratificados por sus Estados. La utilización de esta técnica estaría erosionando, en beneficio de cierto relativismo cultural, la consecución de un mínimo estándar de protección de los derechos humanos, que habría quedado reflejado en los numerosos textos internacionales en la materia;
- b) que los tribunales internacionales utilizarían la doctrina del margen de apreciación nacional para evitar cumplir las obligaciones jurisdiccionales que han asumido, negando a determinados particulares su derecho a un pronunciamiento en el que se determine si se ha producido o no una violación de los derechos humanos;
- c) que en un sentido quizás más práctico, algunos autores critican la deficiente configuración jurisprudencial de esta doctrina, que impide a los operadores jurídicos conocer, con ciertas dosis de previsibilidad, cuál será el desenlace de un litigio planteado ante un tribunal internacional. En este sentido, se ha señalado que a menudo un observador no sabe con la suficiente seguridad jurídica cuándo el TEDH va a usar el margen, ni con qué resultados, y esa falta de previsibilidad debería ser un elemento a desterrar a través de una labor de sistematización.

¹⁹ Cfr. DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 09/05/2011, Última actualización: 09/05/2011, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.

4.1. Margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del TEDH

Uno de los desafíos que plantea la doctrina del margen de apreciación nacional es determinar el alcance de su aplicación.

En este sentido, la doctrina²⁰ ha señalado que el control europeo –y, consecuentemente, el margen de apreciación concedido a los Estados parte– suele ser más o menos minucioso en función de diversos elementos, tales como los siguientes:

- a) El consenso europeo y las tendencias internacionales;
- b) El derecho afectado y el alcance de las restricciones admitidas por el texto del CEDH (el control europeo será más estricto y, por tanto, el margen de apreciación nacional será más restringido, o incluso inexistente, en relación con una serie de derechos reconocidos en el CEDH, en concreto, en relación con supuestos de discriminación asociados a ciertas categorías sospechosas, como por ejemplo el sexo, la raza, o el nacimiento –*cfr.* art. 14 CEDH–; en relación con los cuatro derechos que el artículo 15 CEDH considera como inderogables, esto es, el derecho a la vida –*cfr.* art. 2 CEDH–, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes –*cfr.* art. 3 CEDH–, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre –*cfr.* art. 4.1 CEDH–, y el principio de legalidad penal –*cfr.* art. 7 CEDH–; y en relación con otros derechos que el TEDH ha considerado fundamentales en toda sociedad democrática y sobre los que ha aplicado un escrutinio estricto de las medidas nacionales restrictivas, tales como la libertad de religión, en su vertiente interna –*cfr.* art.9

²⁰ *Cfr.* DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 09/05/2011, Última actualización: 09/05/2011, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.

CEDH–, la libertad personal –*cfr.* art. 5 CEDH–, ciertos elementos asociados al derecho al debido proceso –*cfr.* art. 6 CEDH– y al derecho a la vida privada y familiar –*cfr.* art. 8 CEDH–, y la libertad de expresión, especialmente en su vertiente política –*cfr.* art. 10 CEDH–);

- c) La naturaleza de la obligación (el margen de apreciación concedido a los Estados ha tendido a ser más extenso en aquellos casos en los que el reconocimiento de la vulneración de uno de los derechos del Convenio implicaba la imposición de obligaciones positivas);
- d) El fin perseguido por la medida nacional (la “deferencia” que muestra el TEDH hacia las autoridades nacionales tiende a ser mayor en aquellos casos en los que la medida restrictiva de un derecho persigue proteger ciertos valores morales o culturales fuertemente enraizados en la sociedad correspondiente²¹; o se justifica en la defensa de la seguridad nacional²²; o en cuestiones especialmente ligadas a la soberanía estatal, como el control de flujos migratorios²³, la determinación de los diferentes elementos que conforman el sistema electoral nacional²⁴, o, finalmente, la configuración de las políticas socio-económicas de cada Estado²⁵);
- e) Las circunstancias concretas del caso (circunstancias que son valoradas por el TEDH en la aplicación del test de proporcionalidad y que pueden determinar que el control

²¹ *Cfr.* STEDH, *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, en relación con la prohibición de un texto educativo por cuestiones de orden moral.

²² *Cfr.* STEDH, *A. y otros c. Reino Unido*, de 19 de febrero de 2009, en relación con medidas de lucha contra el terrorismo.

²³ *Cfr.* STEDH, *Üner c. Países Bajos*, de 18 de octubre de 2006, en relación con la expulsión de no nacionales.

²⁴ *Cfr.* STEDH, *Yumak y Sadak c. Turquía*, de 8 de julio de 2008, en relación con la barrera electoral establecida por la legislación turca.

²⁵ *Cfr.* STEDH, *James y otros c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1986.

européo sobre una medida nacional restrictiva de un derecho sea más estricto o más flexible²⁶).

4.2. Margen de apreciación nacional en la jurisprudencia de la CIDH

La CIDH –en opinión de Díaz Crego²⁷– ha hecho uso de la doctrina del margen de apreciación nacional de una forma mucho más moderada que su homóloga europea, aplicándola a supuestos en que se planteaba la eventual vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado²⁸, de la libertad de expresión²⁹, o del derecho a la doble instancia en materia penal³⁰.

Según Hitters³¹, la CIDH, en algunos casos, ha permitido tanto en el ámbito consultivo³² como en la jurisdicción contenciosa,

²⁶ Así, por ejemplo, en el caso *Leyla Sahin c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, el TEDH tenía especialmente en cuenta la relevancia del principio de laicidad en una sociedad como la turca, en la que ese principio permitía la convivencia pacífica de distintas confesiones religiosas, y consideraba que la prohibición de llevar el velo islámico en la Universidad de Estambul no vulneraba la libertad religiosa de la demandante. Cfr. DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 09/05/2011, Última actualización: 09/05/2011, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.

²⁷ Cfr. DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 09/05/2011, Última actualización: 09/05/2011, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.

²⁸ Cfr. ComIDH, Serie A N° 4, OC-4/84, de 19 de enero de 1984, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, en relación con un proyecto de modificación de la normativa interna sobre adquisición de la nacionalidad.

²⁹ Cfr. Corte IDH, caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, de 2 de julio de 2004, aunque en este caso se hace referencia al escaso margen de apreciación que tienen los Estados a la hora de restringir la libertad de expresión en el contexto político.

³⁰ Cfr. Corte IDH, caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, de 2 de julio de 2004; Corte IDH, caso *Barreto Leiva c. Venezuela*, de 17 de noviembre de 2009.

³¹ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en *Estudios constitucionales*, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

³² Cfr. ComIDH, Serie A N° 4, OC-4/84, de 19 de enero de 1984.

cierta posibilidad de apreciación nacional³³. Como ejemplo cita³⁴ el caso “Castañeda Gutman”³⁵, en el cual el Tribunal –contradiendo en alguna medida lo resuelto en “Yatama contra Nicaragua”³⁶–, aceptó que la dirección del gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva del Estado Mexicano.

Hitters³⁷ considera que el margen de apreciación nacional resulta muy amplio cuando la Corte de la región no ha sentado opinión sobre algún tema en particular, ya que en esa situación la judicatura local no tiene ninguna cortapisa para llevar a cabo la hermenéutica que le parezca más conveniente teniendo en cuenta las normas locales y su compatibilización con los tratados internacionales, aunque en esa situación no cabe referirse obviamente a la “doctrina de la CIDH” puesto que se trata de meros criterios provisionales locales que no tienen efecto *erga omnes*. El referido autor considera que ese margen “se achica” cuando hay ya criterios o estándares establecidos por la CIDH, pues una interpretación contraria implicaría la violación de los artículos 1.1 y 2 de la CADH y de la jurisprudencia del Tribunal, ya que “cuando la Corte IDH fija una doctrina legal –imperativa–, la misma es vinculante –en principio– para los Estados parte por lo que de ese modo de alguna manera se minoriza el principio del margen de apreciación nacional teniendo en cuenta la obligatoriedad de los pronunciamientos del tribunal regional”³⁸.

³³ La Corte de la región considera que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a las mayorías parlamentarias. *Cfr.* Corte IDH, Serie C N° 221, de 24 de febrero de 2011.

³⁴ *Cfr.* HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en Estudios constitucionales, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

³⁵ *Cfr.* Corte IDH, Serie C, N° 184, de 6 de agosto de 2008.

³⁶ *Cfr.* Corte IDH, Serie C, N° 127, de 23 de junio de 2005.

³⁷ *Cfr.* HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en Estudios constitucionales, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

³⁸ HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en Estudios constitucionales, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

Sin perjuicio de lo expuesto, otra parte de la doctrina considera que la amplitud del margen de apreciación nacional se determina en función del respeto por la dignidad intrínseca de todo ser humano.

En esta corriente se enrola Nogueira Alcalá³⁹, quien entiende que el diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y la internacional parte de la premisa de que los Estados, al adherir al Pacto de San José de Costa Rica, han consentido en limitar su soberanía en beneficio de un bien superior, que es el respeto a la dignidad inherente al ser humano. Ello implica, en definitiva, reconocer que la soberanía estatal está restringida en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos⁴⁰.

En la misma postura doctrinaria se posiciona Carpizo⁴¹, quien considera que el diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y la internacional se basa en el principio hermenéutico *pro persona*, en su variante de preferencia normativa, que posibilita superar el criterio de interpretación jerárquica y atender a la regla que mayor beneficio otorgue a la persona.

³⁹ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XLV, núm. 135, sept.-dic. 2012, pp. 512 y ss.

⁴⁰ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.

⁴¹ Cfr. CARPIZO, Enrique, “El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLVI, núm. 138, sept.-dic. de 2013, p. 957. Cit. por HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en Estudios constitucionales, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

5. Obligatoriedad de los fallos de la CIDH

Debate actualmente la doctrina acerca de la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH para los jueces nacionales, y sus alcances. Es decir, ¿son vinculantes los fallos de la Corte Interamericana?

5.1. Fundamento normativo

El fundamento legal que impone el deber de seguimiento de los fallos de la CIDH se encuentra en los arts. 62 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica. El art. 62 establece la posibilidad de “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” (1º párrafo), y añade que: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia” (3º párrafo).

Por su parte, el art. 68 señala el compromiso de los Estados Partes en la Convención, de “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, previendo la posibilidad de que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se pueda ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

De los arts. 62 y 68 de la CADH, concluyo junto con Ferrer Mac-Gregor⁴² la existencia de tres implicancias directas del sistema adoptado por la Convención:

⁴² Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>. Fecha de consulta: 25/05/2016.

- a) Vinculatoriedad de las sentencias condenatorias de la CIDH en las que el Estado fue parte (*cfr.* art. 68), sin revisión del Estado Parte;
- b) Obligación específica de facilitar los mecanismos internos de ejecución para materializar la condena interamericana; y
- c) Deber de todos los jueces de la Nación de realizar un control difuso de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la CADH, en el ámbito de sus competencias y regulaciones procesales.

En la actualidad, no existen cuestionamientos respecto de las dos primeras implicancias.

Las discusiones se centran en la cuestión acerca de si los jueces nacionales deben cumplir con el control difuso de convencionalidad –enumerado en el punto c)– iluminados por las sentencias de la CIDH, aun si el Estado no hubiese sido condenado en la causa concreta. Es decir, el problema a dilucidar radica en determinar si los fallos de la CIDH originan una “doctrina legal” aplicable en los casos similares que se susciten en cualquiera de los Estados Parte del Pacto.

Una posición doctrinaria, basada en el art. 31.1 de la Convención de Viena, sostiene que resulta obligatorio realizar los mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (*cfr.* arts. 1.1 y 2 de la CADH). En esta línea doctrinal se enrola Colombo, quien sostiene que “el desarrollo de la noción de control de convencionalidad en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos apunta a una preeminencia vertical del Tribunal supranacional por sobre los jueces locales”⁴³.

⁴³ COLOMBO MURÚA, Ignacio, “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”, Sup. Const. 2013 (septiembre), 62 en La Ley 2013-E-374, Fallo Comentado: Cámara Federal de Apelaciones de Salta. L. O., A. y otros c. Swiss Medical s/ amparo. 3/07/08.

Sin perjuicio de lo anterior, me enrolo en la postura que considera que en ninguno de los artículos de la CADH se le brinda a los decisorios de la CIDH en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos, salvo para el caso concreto que involucre al Estado como parte del proceso por ante el tribunal supranacional interamericano, *cfr.* art.62 y 68.

5.2. Doctrina de la CIDH

En los últimos tiempos la Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano y a partir de los casos: “Barrios Altos”⁴⁴, “El Tribunal Constitucional de Perú” y especialmente en “La Cantuta”, ha puesto énfasis en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos para todo el derecho interno de un país, en este caso, Perú... En efecto, la Corte IDH en el caso “La Cantuta” ha expresado que “... De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso Barrios Altos está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia”⁴⁵. Por ende, importa parar mientes en que tanto en “Barrios Altos”, como en los casos “Tribunal Constitucional de Perú” y en “La Cantuta”, la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando las leyes de amnistía, con efecto

⁴⁴ Corte IDH, Barrios Altos –Chumbipuma Aguirre y otros– c. Perú, 14/03/2001, La Ley 2001-D, 558, AR/JUR/509/2001.

⁴⁵ Nota del Autor citado (en adelante, NA): Caso La Cantuta vs. Perú (cit.), párr. 186, citando el caso Barrios Altos vs. Perú (cit.). Dichas pautas fueron aplicadas por la CSN en varios casos, entre los que podemos citar: Hagelin, Ragner (cit.), voto del Dr. Fayt, párr. 7 y voto del Dr. Boggiano, párr. 4.

erga omnes. Obsérvese, entonces, cómo dicho órgano interamericano ha “amplificado” notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo ahora que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive, (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares”⁴⁶.

Así, la CIDH sostuvo en “Masacre de Río Negro vs. Guatemala” que en determinadas situaciones las sentencias pueden tener “efectos generales que trascienden los casos concretos”⁴⁷.

Hitters⁴⁸ denomina a esta pauta de la CIDH “efecto expansivo”, y lo extiende a todo Estado en “asuntos similares” a los involucrados en la sentencia.

Hace luego⁴⁹ una distinción en lo que hace a la vinculación general de la doctrina legal de los fallos de la CIDH, reconociendo que el tema es discutible, aunque entiende que tienen valor *erga omnes* ya que el incumplimiento de los tratados y de directivas de los órganos del Pacto de San José, imponen a la postre, la responsabilidad internacional del Estado (*cfr.* arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica) en cualquiera de sus tres poderes (*cfr.* art. 27 de la Convención de Viena).

⁴⁶ HITTERS, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/mxrcele/r25295.pdf>, Fecha de consulta: 25/05/2016.

⁴⁷ Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, Párrafo 292.

⁴⁸ HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales*, en La Ley, Buenos Aires, 2007-C, p. 875. Ídem en Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2007, pp. 203-222.

⁴⁹ HITTERS, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/mxrcele/r25295.pdf>, Fecha de consulta: 25/05/2016.

En lo referente al fundamento de este “efecto expansivo” o *erga omnes*, desde el caso “BAENA”⁵⁰, la CIDH sostiene que la obligación de someterse a la doctrina de sus sentencias corresponde al principio básico del derecho internacional que establece que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Tal como surge “... del artículo 27 del de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, [los Estados] no pueden por razones de orden interno dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida”⁵¹, y que la responsabilidad de un país, en virtud del principio de continuidad del Estado, existe con independencia del momento histórico en que se perpetraron las violaciones⁵².

5.3. Obligatoriedad respecto de Argentina

5.3.1. Obligatoriedad fundada en el art. 68 de la CADH

Argentina firmó y ratificó la CADH⁵³. En el instrumento de ratificación, de conformidad con lo establecido en el art. 62 de la CADH, el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la CIDH por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con una reserva y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que allí se consignan⁵⁴.

⁵⁰ Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf. Fecha de consulta: 23/06/2016.

⁵¹ Corte IDH, Caso Liliana Ortega y otras, Medidas Provisionales respecto de Venezuela del 4 de mayo del 2004.

⁵² Véase, Corte IDH, Caso Yvon Neptune vs. Haití, Sentencia de 8 de mayo de 2008, Serie C No. 180, párrs. 41 y ss..

⁵³ Suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Ver http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Argentina. Fecha de consulta: 25/05/2016.

⁵⁴ El instrumento de ratificación –de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre

Cabe entonces preguntarse sobre el estado de la cuestión de la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH en nuestro país.

Un estudio de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal muestra una evolución hacia el cumplimiento de las sentencias de la CIDH, comenzando por aquellas en que Argentina fue parte, en los términos del art. 68 de la CADH.

La primera condena para Argentina fue dictada por la CIDH en el año 2002 en el Caso “Cantos”⁵⁵, por impedir, en los hechos, el acceso a la justicia del reclamante mediante gastos irrazonables, en violación de lo prescripto por los arts. 1.1, 8 y 25 de la CADH. Pese a ello la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), invocando razones de “derecho interno” –por haberse vulnerado elementales garantías constitucionales de los peritos involucrados, quienes no habían sido parte del proceso desarrollado por ante la instancia interamericana⁵⁶–, no acataron la sentencia de la CIDH. En disidencia⁵⁷, la minoría entendió que el fallo de la CIDH debía cumplirse en su totalidad por ser vinculante para nuestro país.

de 1984 en la Secretaría General de la OEA– contiene una reserva –que fue notificada de conformidad con lo que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados– y declaraciones interpretativas. Se deja constancia, asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento.

Declaraciones Interpretativas de Argentina: El artículo 5, inciso 3, debe interpretarse en el sentido que la pena no puede trascender directamente de la persona del delincuente, esto es, no cabrán sanciones penales vicariantes. El artículo 7, inciso 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la “detención por deudas” no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente. El artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el “error judicial” sea establecido por un Tribunal Nacional. *Cfr.* http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Argentina. Fecha de consulta: 25/05/2016.

⁵⁵ *Cfr.* Corte IDH, Cantos, José M. c. República Argentina, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, La Ley 2003-C-2, AR/JUR/3416/2002.

⁵⁶ *Cfr.* CSJN, Fallos 326:2968.

⁵⁷ *Cfr.* CSJN, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003, *cfr.* el voto de la minoría Dres. BOGGIANO y MAQUEDA.

En el caso “Bulacio”⁵⁸, la CIDH condenó a la Argentina por vulnerar los arts. 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la CADH, por la muerte de un menor de edad atribuida al personal policial. La CIDH ordenó que se investigue, se sancione a los responsables y se indemnice a la familia de la víctima, pese a que las normas internas del Estado establecían la prescripción de la acción penal, “pues de lo contrario se restaría eficacia a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos que los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han obligado a respetar”. En este caso y a diferencia de lo resuelto en el caso “Cantos”, la CSJN cumplió íntegramente la sentencia interamericana, dejando sin efecto una sentencia local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado, disponiendo que se lo juzgue, atento a que la decisión de la CIDH “resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también... debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”⁵⁹.

Este nuevo criterio de la CSJN fue confirmado y ampliado en el Caso “Simón”⁶⁰, en el cual la CSJN resolvió –por mayoría⁶¹– la inconstitucionalidad de dos leyes: denominadas “de obediencia debida” (Ley N° 23.521) y “punto final” (Ley N° 23.492), en contra de tres principios caros a nuestro derecho: la irretroactividad de la ley penal en perjuicio del reo, la cosa juzgada y la prescriptibilidad de las acciones⁶².

⁵⁸ Cfr. Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, La Ley 2004-A-684, JA 2004-II, 345, RCyS 2004, 1590, Sup. Penal 2003 (diciembre), 3, AR/JUR/2952/2003.

⁵⁹ CSJN, Fallos 327:5668.

⁶⁰ Cfr. CSJN, *Simón, Julio H. y otros*, Sentencia del 14 de junio de 2005, Revista *La Ley*, Buenos Aires, 29 de julio de 2005.

⁶¹ La disidencia del Dr. Fayt consideró que la CIDH no puede establecer retroactivamente la imprescriptibilidad de la acción penal sin fundamento legal (cfr. párr. 7).

⁶² Cfr. PIZZOLO, Calógero, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque constitucional federal”, *La Ley*, Buenos Aires, 2006-D, p. 1022.

El Caso “BUENO ALVES”⁶³, de 2007, versa sobre la pérdida parcial de audición y daños psicológicos que sufrió una persona uruguaya como consecuencia de las torturas realizadas por la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal de Argentina, bajo mandato del juzgado a cargo del proceso penal. La CIDH condenó a la República Argentina –que había reconocido su responsabilidad internacional– por violar los derechos a la integridad personal, garantías judiciales y protección judicial (*cfr.* arts. 5.1, 5.2, 8.1 y 25 de la CADH). Coinciden la CSJN y la CIDH en juzgar que de acuerdo con las características del caso la tortura no constituye un delito de lesa humanidad. No siendo el delito a investigar de lesa humanidad, se aplica a la acción penal correspondiente el principio de autolimitación en el tiempo del poder punitivo del Estado. Sostiene Albanese⁶⁴ que las posiciones de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana coinciden no solamente en lo que respecta a la adecuación de las características del caso concreto sino también en cuanto a los fundamentos que apoyan ambas conclusiones. Así, observamos la selección de similares elementos para ajustar el alcance de los crímenes de lesa humanidad, interpretando al unísono las normas internacionales. La divergencia proviene de la interpretación sobre la obligación de investigar y sancionar a los responsables de esos hechos aberrantes en el tiempo.

En el año 2012 la CIDH condenó a la Argentina en la causa “Mohamed”⁶⁵, por violar el derecho del Sr. Oscar Alberto Mohamed a recurrir una sentencia condenatoria de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

⁶³ *Cfr.* Corte IDH, Bueno Alves Juan Francisco vs. Argentina, Sentencia del 11 de mayo de 2007. La Ley, AR/JUR/9355/2007.

⁶⁴ *Cfr.* ALBANESE, Susana, “El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y la Corte Suprema. Convergencias y divergencias”, 29/08/2007, en https://www.jusbaires.gob.ar/sites/.../bueno_alves_y_rene-lexis_nexis_articulo.doc. Fecha de consulta: 03/06/2016.

⁶⁵ *Cfr.* Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina (Nº11.618), Sentencia del 23 de noviembre de 2012, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_255_esp.pdf. Fecha de consulta: 03/06/2016.

La CSJN dictó una nueva sentencia el día 25 de marzo de 2015, señalando que “a partir de la reforma constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el art.75, inc. 22°, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación”⁶⁶.

5.3.2. Obligatoriedad de las sentencias en que Argentina no fue parte

Con respecto a la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH en las que la República Argentina no fue parte, en el año 2006, la CSJN ha considerado en el Caso “Mesquida”⁶⁷ que la jurisprudencia de la CIDH constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la CADH.

Afirma Hitters⁶⁸ que cuando la CSJN sostiene que los pronunciamientos de la CIDH “deben servir de guía” o que “constituyen una imprescindible pauta de interpretación”, está diciendo –desde la perspectiva del derecho interno–, que los mismos “tienen valor de doctrina legal”. Si bien cita el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena –que dispone que

⁶⁶ CSJN, Expediente N° 4499/13 (Caso N° 11618 “Mohamed vs. Argentina” CIDH - Obligatoriedad de su cumplimiento - Intervención de la Corte Suprema (marzo 2014) - Reconstrucción del expediente - Designación de nueva Sala Poder Judicial de la Nación).

⁶⁷ Cfr. CSJN, Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado nacional – Armada Argentina y otro s/ accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad, Sentencia del 28 de noviembre de 2006, M.678. XXXVIII, t. 329, p. 5382.

⁶⁸ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/mxrcele/r25295.pdf>, fecha de consulta: 25/05/2016.

si un Estado firma un Tratado internacional –particularmente en el ámbito de los derechos humanos–, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes–, reconoce que ninguna norma del Pacto de San José le da carácter vinculante, válido para todos los asuntos a los decisorios de la CIDH, salvo para el caso concreto. Por ello, para resolver este *desideratum* acude a la interpretación de los principios y postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los cuales concluye que existe por lo menos una “vincularidad moral y también jurídica de acatamiento” ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (*cfr.* art. 1.1 y 2 del Pacto de San José).

*5.3.2.1. Análisis de un fallo de la Cámara de Apelaciones de Salta*⁶⁹

La Cámara de Apelaciones de Salta dicta la sentencia que analizaré en el marco de un amparo promovido por un matrimonio a fin de que se ordene a las demandadas (una empresa de medicina prepaga y una obra social) a proporcionar la cobertura integral y total de los gastos que insuman todos los intentos mediante técnica de fecundación extracorpórea ICSI⁷⁰, necesarios a fin de lograr un embarazo y, en caso de obtenerlo, la cobertura integral del niño o niña por nacer, desde el embarazo, incluyendo el parto y el servicio neonatal.

Si bien la Cámara Nacional de Apelaciones de Salta había tomado posición respecto del tema de la fecundación *in vitro*

⁶⁹ *Cfr.* Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/ Swiss Medical s/ Amparo”, expte. N° 007/13, sentencia del 6 de julio de 2013.

⁷⁰ ICSI: inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

con transferencia embrionaria (en adelante, FIVET) en la causa “R., N. F.”⁷¹, sellando la suerte adversa de la pretensión principalmente en resguardo de los derechos de los embriones, la sanción de la ley N° 26.862⁷² y el hecho de que la recurrente hiciera mérito del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) c/ Costa Rica”⁷³, dieron pie a esta Alzada para exponer la doctrina sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino.

5.3.2.1.1. *Artavia Murillo*

Tal como lo he explicado con anterioridad⁷⁴, el 5 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de Costa Rica⁷⁵ declaró la inconstitucionalidad no sólo de un decreto nacional que permitía las técnicas de fecundación *in vitro*, sino también de la fecundación *in vitro* en sí. El decreto ejecutivo N° 24029-S, elaborado conjuntamente por el Presidente de la República de Costa Rica y el Ministro de Salud, pretendía regular la práctica de la fecundación *in vitro* en el país. Mediante dicho decreto, publicado en el “Diario Oficial” el 3 de marzo de 1995, se había aprobado el denominado “Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida”, que autorizaban la

⁷¹ Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “R., N. F. – O.N. C/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación S/ Amparo”, expte. N° 222/09, sentencia del 3 de septiembre de 2010.

⁷² Cfr. MARRAMA, Silvia, “La Ley 26.862 y el acceso gratuito e integral a las técnicas de fecundación humana extracorpórea como modo de ‘inclusión social’ discriminatoria”, en MJ-DOC-6771-AR | MJD6771, 26-jun-2014.

MARRAMA, Silvia, “Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862”, en ED 255, (07/11/2013, nro. 13.359).

MARRAMA, Silvia, “Análisis de la ley 26.862 por una especialista”, en ED, [255] - (18/11/2013, nro. 13.366) [Publicado en 2013]. (Ref. 72985).

⁷³ Cfr. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *In Vitro*”) Vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Fecha de consulta: 03/06/2016.

⁷⁴ Cfr. MARRAMA, Silvia, *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*, Editorial Dictum, colección Doctrina (Paraná, 2012). Capítulo VI.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, *in re* Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, sentencia del 15 de marzo de 2000, en “El Derecho” 214-648.

Fecundación *in vitro* y Transferencia Embrionaria (FIVET) hasta un máximo de 6 óvulos fecundados (*cfr.* arts. 9 y 10). Además, este decreto permitía la fecundación artificial heteróloga (*cfr.* arts. 5 y 6). Los fundamentos del resuelvo de la Sala Constitucional de Costa Rica pueden resumirse de la siguiente manera: a) Principio de reserva de ley: solamente mediante ley formal es posible restringir los derechos y libertades fundamentales, y en la medida en que la naturaleza de éstos lo permita; b) Derecho a la vida y dignidad del ser humano desde la concepción⁷⁶; c) De la protección de la vida humana deriva la inconstitucionalidad de la fecundación *in vitro* con transferencia embrionaria⁷⁷; d) El derecho a la vida excluye cualquier aplicación de la fecundación *in vitro* con transferencia embrionaria, aunque fuera regulada por ley⁷⁸.

⁷⁶ La protección del derecho a la vida y, sobre todo, a la vida de los seres indefensos surge claramente del derecho positivo local, así como de varias convenciones internacionales suscriptas por Costa Rica. La legislación de aquel país declara el comienzo de la existencia de la persona física desde la concepción (*cfr.* art. 31 del Código Civil de Costa Rica). Todas las normas “imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia” (*cfr.* Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, *in re* Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, Sentencia del 15 de marzo de 2000, en “El Derecho” 214-648. Pto. VII).

⁷⁷ El Tribunal manifiesta expresamente que la técnica FIVET en su estado actual de aplicación atenta contra la vida humana inocente: “La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos... Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación *in Vitro* y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana”. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, *in re* Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, Sentencia del 15 de marzo de 2000, en “El Derecho” 214-648. Pto. IX.

⁷⁸ Destacamos el siguiente párrafo del fallo de Costa Rica: “El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte” (*cfr.* pto. VIII). *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala constitucional, *in re* Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, sentencia del 15 de marzo de 2000, en “El Derecho” 214-648. Pto. VIII.

Como consecuencia de este fallo, el 19 de enero de 2001⁷⁹, el Sr. Gerardo Trejos Salas presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, contra la República de Costa Rica, en la que alega la responsabilidad internacional del Estado costarricense por esta sentencia, por violarse presuntamente derechos humanos⁸⁰ a diversos pacientes de los doctores Gerardo Escalante López y Della Ribas, y contra las empresas Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad⁸¹. La Comisión Interamericana se expidió el 11 de marzo de 2004 sobre la admisibilidad del caso⁸², sin producir un informe de

⁷⁹ Por otra parte, la Comisión recibió varias peticiones más, presentadas en nombre de otras presuntas víctimas desde diciembre de 2004 hasta mayo de 2007, contra del Estado de Costa Rica, en relación con la alegada violación a los derechos humanos que se originó con la sentencia que analizamos. Conforme a lo dispuesto por el artículo 29.d del Reglamento de la CIDH, las peticiones fueron acumuladas el 11 de marzo de 2009 a peticiones que versan sobre hechos y alegaciones similares. Igualmente fue acumulada la petición 545-07 el 22 de abril de 2010. La Comisión concluye en el informe N° 156/10 que la petición N° 1368 –a la cual las demás fueron acumuladas– es admisible, a la luz de los artículos 46 y 47 de la Convención Americana. Por lo tanto, decide notificar la decisión a las partes y continuar con el análisis de fondo. Cfr: ComIDH, Informe N° 156/10. Petición N° 1368-04. Admisibilidad. Daniel Gerardo Gómez y otros. Costa Rica, 01/11/10, en www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/CRAD1368-04ES.doc. Fecha de consulta: 29/10/11.

⁸⁰ En especial, artículos 1, 2, 4, 5, 8, 11(2), 17, 24, 25, 26 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los artículos 3, 10 y 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), y los artículos 1 y 7(h) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, (“Convención de Belém do Pará”).

⁸¹ ComIDH, Informe N° 25/04. Petición N° 12.361. Admisibilidad. Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11/04/04, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/costarica.12361.htm>. N° 70. Fecha de consulta: 29/10/11.

⁸² El 11 de marzo de 2004, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decide: 1. Declarar admisible la denuncia en cuanto a las supuestas violaciones de derechos protegidos por el Pacto de San José de Costa Rica (Arts. 1: obligación de respetar los derechos, 2: deber de adoptar disposiciones de derecho interno, 11: protección de la honra y de la dignidad, 17: protección a la familia y 24: igualdad ante la ley). 2. Declarar inadmisibile la presente denuncia en cuanto a las empresas Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad, por carecer la Comisión de competencia *ratione personae* para analizar una petición presentada por una persona jurídica, ya que éstas están excluidas de los sujetos a los cuales la Convención otorga protección. 3. Declarar inadmisibile la presente denuncia en cuanto a los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial), 26 (desarrollo progresivo) y 32 (correlación entre deberes y derechos) de la Convención Americana, los artículos 3 (obligación de no discriminación), 10 (derecho a la salud) y 15 (derecho a la constitución y protección de la familia) del Protocolo de San Salvador (Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de

mérito⁸³. El 23 de agosto de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) notificó al Estado de Costa Rica, el informe preliminar No. 85/10 (del 14/07/10) del Caso 12.361, en el que se estableció que la decisión N° 2306 de 2000 de la Corte Constitucional, violó el derecho a estar libre de injerencias arbitrarias en la vida privada, el derecho a fundar una familia, y el derecho a la igualdad de las mujeres. En ese momento se otorgó al Estado costarricense un plazo para entregar una respuesta satisfactoria ante la CIDH.

Para cumplir con el requerimiento de la Comisión Interamericana⁸⁴, el Poder Ejecutivo costarricense presentó ante la Asamblea Legislativa un proyecto de ley (expediente 17.900 Ley sobre Fecundación *in Vitro* y Transferencia Embrionaria) permisivo de las técnicas, aunque en forma restrictiva. A mediados de junio de 2011 y tras una apretada votación de 26 votos a favor y 25 en contra en la cámara de diputados, los legisladores de Costa Rica decidieron archivar el proyecto de ley, debido a una serie de inconsistencias en la norma.

1988, en el 18° período ordinario de sesiones de la Asamblea General, <http://www.cidh.org/Basicos/basicos4.htm>) y los artículos 1 (definición de violencia contra la mujer) y 7 inc. h (condena de todas las formas de violencia contra la mujer y obligación de adopción de disposiciones necesarias para hacer efectiva la Convención) de la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará), adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el 24° período ordinario de sesiones de la Asamblea General, <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8.htm>). Cfr. ComIDH, Informe N° 25/04. Petición N° 12.361. Admisibilidad. Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11/04/04, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/costarica.12361.htm>. Fecha de consulta: 29/10/11.

⁸³ La resolución establece en el punto 70 los fundamentos de este decisorio: “El peticionario no ha proporcionado un fundamento fáctico o jurídico que demuestre cómo los hechos denunciados han afectado los derechos de las víctimas adultas individualizadas protegidos por los artículos 4 y 32 de la Convención Americana; ni ha proporcionado suficientes fundamentos para que se hayan caracterizado violaciones a los artículos 5, 8 y 25 de la Convención Americana, o al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Las alegaciones hechas en relación con el Protocolo de San Salvador pudieran ser tomadas en consideración al interpretar las obligaciones del Estado conforme al artículo 26 de la Convención Americana, en la medida en que fuera pertinente al revisar el fondo del asunto, pero los artículos invocados del protocolo no son directamente justiciables bajo el sistema de peticiones individuales”. ComIDH, Informe N° 25/04. Petición N° 12.361. Admisibilidad. Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11/04/04, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/costarica.12361.htm>. N° 70. Fecha de consulta: 29/10/11.

⁸⁴ Cfr. MARRAMA, Silvia, *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*, Editorial Dictum, colección Doctrina (Paraná, 2012). Capítulo VI.

La Comisión Interamericana presentó entonces⁸⁵ ante la Corte la demanda contra Costa Rica el 1 de agosto de 2011, y el Estado fue notificado el 18 de octubre⁸⁶. Previamente el Estado costarricense había rechazado la posibilidad, dada por la misma normativa a la que está sujeto, de autoacusarse⁸⁷ ante la Corte. Sin embargo, una sentencia de octubre de 2008, dictada por el Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil, ordenó a la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) a practicar la fecundación *in vitro* a una paciente de 48 años con problemas de infertilidad, a pesar de que esta técnica fue prohibida en el país en el 2000 por la Sala Constitucional⁸⁸. Finalmente, la Sala Primera anuló el fallo el 18 de agosto de 2009, mediante el voto 09-465, quedando, de este modo, vigente el fallo de la Sala Constitucional del año 2000⁸⁹.

El 10 de septiembre de 2015⁹⁰, el Presidente de la República de Costa Rica firmó el decreto 39210-MP-S⁹¹, mediante el cual

⁸⁵ Cfr. MARRAMA, Silvia, *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*, Editorial Dictum, colección Doctrina (Paraná, 2012). Capítulo VI.

⁸⁶ Cfr. *Corte enjuiciará Costa Rica por prohibir fecundación in vitro*, (San José de Costa Rica, 20/10/11), agencia AP, en <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/internacional/corte-enjuiciara-costarica-por-prohibir-fecundacion-vitro-49477>. Fecha de consulta: 29/10/11.

⁸⁷ Cfr. *Costa Rica busca evitar pena internacional por veda a fecundación in vitro*, (San José de Costa Rica, 22/06/11), agencia AFP, en <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/actualidad/costa-rica-busca-evitar-pena-internacional-por-veda-fecundacion-vitro-30444>. Fecha de consulta: 29/10/11.

⁸⁸ Cfr. *Jueces abren puerta a fecundación “in vitro” en Costa Rica, prohibida en el 2000*, (San José de Costa Rica, 15/10/08), agencia AFP, en http://www.soitu.es/soitu/2008/10/15/info/1224089780_301155.html. Fecha de consulta: 20/05/11.

⁸⁹ Cfr. *Sala Primera anula fallo sobre fecundación in Vitro*, (San José de Costa Rica, 19/08/09), en <http://costaricahoy.info/nacionales/sala-primera-anula-fallo-sobre-fecundacion-in-vitro/25079/>. Fecha de consulta: 29/10/11.

⁹⁰ Cfr. FRANK, María Inés, *En medio de intensas presiones, Costa Rica regula por decreto la fecundación in vitro*, en *El Derecho*, 264-893 [2015].

⁹¹ Establece el decreto que las técnicas serán aplicadas solamente a personas con infertilidad comprobada, ya sean parejas conformadas por dos personas mayores de edad o mujeres solas. Asimismo, deberán haberse agotado todos los otros tratamientos médicos practicados en el país respecto de este padecimiento, “salvo expreso criterio médico que demuestre la inviabilidad de la aplicación de dichos tratamientos” (arts. 1º y 2º). Se autoriza la práctica de la FIVET homóloga y heteróloga; esta última, solo en caso de no poder aplicar la modalidad homóloga por razones biológicas y en el caso de la mujer sin pareja. En ningún caso el donante adquiere derecho u obligación alguna referido a la filiación y la paternidad (art. 4º). El decreto afirma que la práctica de la FIVET debe ser efectuada por médicos subespecialistas en materia reproductiva con total

autoriza la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria.

El 29 de enero de 2016⁹², la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de su resolución 3/2016, emitió la medida cautelar N° 617-15 contra el Estado de Costa Rica, emplazándolo para que adopte las medidas necesarias para hacer accesible la fecundación *in vitro* inmediatamente a seis parejas demandantes. La medida cautelar fue tomada en el marco del expediente N° 12.798 “Daniel Gerardo Gómez Murillo, Aída Marcela Garita Sánchez y otros contra el Estado de Costa Rica”, iniciado luego de que la IV Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica recibiera una acción de inconstitucionalidad contra el decreto ejecutivo presidencial que autorizaba la técnica de referencia, en supuesto acatamiento de la sentencia “Artavia Murillo vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 3 de febrero de 2016, la Sala Constitucional, por sentencia de mayoría N° 2016-1692, anuló el decreto de fecundación *in vitro* del Presidente de Costa Rica por violar el principio de reserva de la ley, esgrimiendo que, para cumplir con una sentencia de la Corte Interamericana, es necesario sancionar una ley for-

apego a la ética y a la buena práctica médica vigente (art. 8°). Se ordena que la Caja Costarricense de Seguro Social incluya la FIVET, de forma paulatina y progresiva, en sus programas de salud (art. 14) y se establece la obligación de contar con el consentimiento informado de las personas involucradas (art. 15). El art. 16 obliga a que el número de óvulos fecundados que se transfieran a la cavidad uterina de la mujer no pueda ser mayor de dos por ciclo reproductivo, y solo se transferirá esta cantidad máxima cuando el equipo profesional lo considere apropiado por razones técnicas. Se coloca en cabeza del Ministerio de Salud el dictado de normas técnicas, y de la Caja Costarricense de Seguro Social, la aprobación de protocolos respectivos al respecto. Asimismo, el número de óvulos por fecundar será el mínimo necesario para que se asegure la transferencia del o los óvulos fecundados. Los óvulos fecundados no transferidos en un mismo ciclo serán preservados para futuros ciclos reproductivos de la pareja o mujer beneficiada, o bien para ser donados (art. 17). El art. 18 autoriza expresamente la donación de embriones a otras personas destinatarias de la FIVET que así lo requieran. El decreto prohíbe terminantemente el desecho, la comercialización, experimentación, selección genética, fisión, alteración genética, clonación y destrucción de embriones, así como la inseminación *post mortem* sin consentimiento informado expreso (art. 19).

⁹² Cfr. FRANK, María Inés, *Costa Rica: continúa denodada lucha por la vida del embrión humano*, en *El Derecho*, [266] - (07/03/2016, nro 13.909) [2016].

mal, según el art. 2º de la CADH⁹³. La misma sentencia de la Sala Constitucional dispuso que el Estado de Costa Rica debe cumplir con la sentencia de la CIDH, con arreglo a los procedimientos constitucionales previstos para ello, por lo que emplazó al Poder Legislativo a promulgar una ley que regule este tema.

Un día después, el 4 de febrero de 2016, la Corte Interamericana emplazó al Estado costarricense para que, en un plazo de 7 días, anule la sentencia de la Sala Constitucional y permita así la aplicación del decreto presidencial que autoriza la fecundación *in vitro* en ese país.

La Comisión Interamericana emitió un comunicado con fecha 16 de febrero de 2016, por el cual se anunció la presentación ante la Corte Interamericana del caso “Gómez Murillo y otros (FIV), contra Costa Rica”, y en el cual se afirma que, “en virtud del principio de economía procesal y tratándose de una problemática de alcance general ya resuelta por ambos órganos del sistema interamericano, la Comisión determinó la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica con referencia al análisis de derecho y artículos aplicados tanto en su Informe de Fondo 85/10, respecto del caso 12.361 - Artavia Murillo y otros, como en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas emitida por la Corte Interamericana en el mismo caso”.

La Corte Interamericana dicta el 26 de febrero de 2016, en el marco del caso “Artavia Murillo”, una resolución⁹⁴ –producto de un proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia–, por cinco votos y disidencia del Juez Eduardo Vio Grossi, mediante la cual

⁹³ Este artículo afirma que, “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁹⁴ Cfr. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *In Vitro*”) Vs. Costa Rica, Resolución del 26 de febrero de 2016, Supervisión de cumplimiento de sentencia, en http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf. Fecha de consulta: 22/06/2016.

declara –en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo segundo de la sentencia y conforme a lo indicado en el considerando 26– que la prohibición de la fecundación *in vitro* (en adelante, FIV) “no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida. En consecuencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público”.

En esta nueva resolución⁹⁵, y en el marco de un profundo debate que aún sostiene la sociedad costarricense al respecto, la Corte Interamericana decide que, a pesar de lo que digan los organismos judiciales y legislativos internos, “debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público”. Asimismo, dispone el organismo internacional que “se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S del 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia”.

La sentencia de la CIDH en el caso “Artavia Murillo” ha suscitado encontradas posiciones en la doctrina argentina. Me limitaré a citar aquí la de Palazzo⁹⁶⁹⁷, quien reprocha al tribunal

⁹⁵ Cfr. FRANK, María Inés, *Corte Interamericana hace a un lado la soberanía de Costa Rica*, en *El Derecho*, [266] - (22/03/2016, nro. 13.920) [2016].

⁹⁶ Cfr. PALAZZO, Eugenio Luis, “*Nuevos actores y roles en la justicia*”, en *El Derecho Constitucional*, [266] - (16/03/2016, nro. 13.916) [2016]. Fecha de consulta: 03/06/2016.

⁹⁷ Ver, en el mismo sentido, FRANK, María Inés, LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “El embrión invisibilizado ante los intereses de los adultos y los laboratorios biotecnológicos. Primer análisis de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la fecundación *in vitro* y la vida humana”, en ED, 251-841. HERRERA, Daniel Alejandro, “El estatuto del ser humano en estado embrionario o fetal (persona por nacer) como fundamento de su tutela jurídica”, en ED Política Criminal, diario n° 11.338 del 8-9-05. PEDERNERA ALLENDE, Matías, “Algunos problemas argumentativos del fallo de la Corte Interamericana en “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica””, en *El Derecho*, 262-722 [2015]. QUINTANA, Eduardo Martín, *Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra Estado de Costa Rica sobre*

supranacional no haber reconocido que el embrión fecundado *in vitro* merece protección y que tiene derecho a la vida, desconociendo prerrogativas que se admiten incluso para otras especies. Sostiene que, más allá de que el carácter general de estas conclusiones de la CIDH no tuvo mayoría –pues hubo un voto en disidencia y dos votos que acompañaron las conclusiones lo hicieron exclusivamente para el caso concreto–, lo resuelto contradice principios generales del derecho, tanto en lo sustancial (el derecho a la vida) como en lo formal (el rol de la jurisdicción). Admitir la fecundación *in vitro* sin dejar a salvo la obligación de adoptar todas las medidas posibles para garantizar la protección de los embriones no implantados es asumir, en esta controversia, una posición extrema que abandona la prudencia que debe regir en las sentencias de los tribunales y refuta el criterio *pro homine* tantas veces defendido por la CIDH. Las tensiones entre derechos, sostiene el autor, deben resolverse atendiendo a las circunstancias del caso, pero siempre priorizando los más importantes, y la vida es el más relevante de todos.

5.3.2.1.2. La FIVET y el margen de apreciación nacional

Como expuse en el acápite referido al margen de apreciación nacional, en la jurisprudencia europea se ha otorgado en varias oportunidades la “deferencia” hacia las autoridades locales, con el argumento del carácter subsidiario del derecho internacional⁹⁸.

Respecto del tema que nos ocupa, cabe poner de resalto que en el caso “Evans vs. Reino Unido”⁹⁹, el TEDH desestima la de-

fecundación *in vitro*). Comentario al fallo “Caso A. M. Y Otros (Fecundación *In Vitro*) Vs. Costa Rica” – CIDH – 28/11/2012, publicado el 14/02/2013 en elDial.com - DC19E9. Fecha de consulta: 22/06/2016.

⁹⁸ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en Estudios constitucionales, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

⁹⁹ Cfr. Stedh 2006\19, Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección

manda de una ciudadana británica contra el Reino Unido, presentada ante el Tribunal el 11-02-2005, por la denegación judicial de transferencia de los embriones congelados en tratamiento de fecundación *in vitro*, al haber retirado el consentimiento su compañero sentimental tras la separación de la pareja. El TEDH dejó librado a las autoridades locales la decisión sobre la presunta violación del derecho a la vida de los embriones congelados, atento a que la legislación nacional exigía su destrucción por la revocación del consentimiento de la pareja de la mujer solicitante de la transferencia⁵¹.

5.3.2.1.3. Lodi Ortiz¹⁰⁰

¿Es admisible que la jurisprudencia regule los alcances de la jurisprudencia?, se pregunta Palazzo¹⁰¹. Su respuesta es afirmativa, pues entiende que en el mismo nivel jerárquico puede haber previsiones sobre el alcance de sus pares. Lo que no le parece razonable es que la fuente que se disciplina a sí misma tenga la última palabra en ese cometido. Encuentra como única alternativa la interacción entre fuentes, presidida por los principios generales del derecho, que –parafraseando las expresiones de la Corte Suprema argentina¹⁰² con relación al *ius cogens*– resultan obligatorios independientemente del consentimiento expreso de las naciones y son la más alta fuente del derecho. Sostengo que tal es lo que sucede con el principio general del derecho *in dubio pro homine* respecto del Caso “Artavia Murillo”, decidido por la CIDH en 2012.

4), de 7 marzo 2006, Evans contra Reino Unido, Demanda N° 6339/2005, en <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/cefcca/Documentos/Ponencias/EvanscontraReinoUnido.html>. Fecha de consulta: 22/06/2016.

¹⁰⁰ Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/ Swiss Medical s/ amparo”, Expte. N° 007/13, sentencia del 6 de julio de 2013.

¹⁰¹ Cfr. PALAZZO, Eugenio Luis, “Nuevos actores y roles en la justicia”, en *El Derecho Constitucional*, [266] - (16/03/2016, nro 13.916) [2016]. Fecha de consulta: 03/06/2016.

¹⁰² NA: Voto del juez Maqueda en “Arancibia Clavel”. Esta expresión fue tomada por la mayoría del tribunal en el caso “Mazzeo” de 2007.

Examinaremos a continuación la posición de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, respecto del margen de apreciación nacional en el tema.

El esquema de la doctrina del fallo “Lodi Ortiz” es el siguiente: 1. Carácter orientativo, no vinculante, de las sentencias de la CIDH en el derecho interno. 2. Análisis comparativo de la sentencia “Artavia Murillo” de la CIDH respecto de la sentencia “R., N. F.”¹⁰³ de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, en relación a la personalidad del embrión humano. 3. Análisis comparativo de la técnica ICSI y de la ley N° 26.862 respecto de la sentencia “R., N. F.”.

El punto de partida de “Artavia Murillo” es el desconocimiento de la personalidad del embrión en los estadios previos a su implantación, posición contraria a la que adoptó la Cámara en el precedente “R., N. F.”¹⁰⁴. Dado que este precedente es de fecha anterior al fallo de la CIDH, la Cámara analiza exhaustivamente el carácter vinculante o no de las sentencias del mencionado tribunal, concluyendo que sólo cuando se trata de una decisión recaída en un proceso en el que nuestra República ha sido parte¹⁰⁵, resulta obligatorio su cumplimiento, tal y como se desprende a *contrario sensu* de lo establecido por el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Se funda asimismo la Cámara en el dictamen del Procurador General in re “Acosta”¹⁰⁶, que establece con claridad que “la deci-

¹⁰³ Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “R., N. F. – O.N. C/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo”, expte. N° 222/09, sentencia del 3 de septiembre de 2010.

¹⁰⁴ Cfr. también Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, in re L.A.C. c/Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/Amparo, 04/2011 y nota a fallo: MARRAMA, Silvia, “Dos campanas que retienen: *alterum non laedere*. ¿Quién no presta oídos a una campana cuando tañe por algo?”, en ED [243] - (14/06/2011, nro 12.770).

¹⁰⁵ Este criterio es similar al reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto de las sentencias contenciosas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. Bundesverfassungsgericht, Segundo Senado, —2 BvR 1481/04—, sentencia del 14 de octubre de 2004).

¹⁰⁶ CSJN, Fallos 335:533, del 08/05/2012.

sión de la Corte Interamericana en un caso contencioso es obligatoria respecto de un Estado parte de la Convención Americana que aceptó la competencia de la Corte Interamericana y fue parte en el proceso internacional concreto en el cual esa decisión fue dictada y, además, lo es exclusivamente en relación con ese proceso concreto. Las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales, *erga omnes*, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado”.

El Procurador General puso allí de resalto –en contra de la interpretación que se había inferido a propósito de lo resuelto por la CIDH en el caso “Almonacid”¹⁰⁷– que “parece claro que la eficacia general de la jurisprudencia de la Corte Interamericana no puede inferirse lógicamente de la cita de las sentencias de ese tribunal que la afirman, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si las sentencias de la Corte Interamericana tienen valor general más allá de los términos estrictos del art. 68.1 de la Convención. En otras palabras, sólo es posible afirmar que existe un deber jurídico de seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana en virtud de la doctrina judicial del ‘control de convencionalidad’, si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en general (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio sería necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia. Esta razón no podría pretender ser hallada en el argumento de que la Corte Interamericana es el último in-

¹⁰⁷ En la causa “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006), la CIDH expresó que “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 los 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” (Corte IDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágraf.124).

térprete de la Convención. Este argumento sólo dice que la Corte Interamericana tendrá la última palabra sobre la interpretación de la Convención en los procesos internacionales seguidos en el sistema interamericano. Pero en los procesos judiciales internos, (...) [la Corte Suprema de la Nación] es el último intérprete del derecho constitucional, y ello incluye también a los instrumentos internacionales incorporados en el bloque de constitucionalidad (art. 116 Constitución Nacional)”.

De igual modo, el dictamen apuntó que no es posible sostener que la reforma constitucional de 1994, a través de la cláusula “en las condiciones de su vigencia” (*cfr.* art. 75, inc. 22 CN), haya modificado los arts. 108 y 116 CN, pues la ley N° 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, no atribuyó a la Convención Nacional Constituyente competencia para modificar las normas de la Constitución relativas al régimen de organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación. Cita al respecto las interpretaciones de los convencionales Rodolfo Barra y Horacio Rossatti respecto de la cláusula incorporada al art. 75 inc. 22 CN.

Por su parte, la Corte Suprema ha declarado en la causa “Felicietti”¹⁰⁸ que “la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales —equiparable al recurso de revisión—, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional”¹⁰⁹.

En el mismo sentido, in re “Mazzeo”¹¹⁰, la Corte Suprema considera la jurisprudencia de la CIDH como “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos

¹⁰⁸ CSJN, Fallos: 323:4131.

¹⁰⁹ CSJN, Fallos: 323:4131, cons. 6.

¹¹⁰ CSJN, “Mazzeo, Julio Lilio y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, Sentencia del 13 de julio de 2007.

en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (voto de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco, cons. 20); al decir de la Cámara, “una “guía” respecto de la inteligencia que debe otorgarse al Pacto”.

Ello es así porque en nuestra propia tradición constitucional, ni siquiera las decisiones de la Corte Suprema poseen carácter vinculante (sus resoluciones solo ostentan “fuerza moral¹¹¹), *a fortiori* no cabe predicar semejante concepto de las sentencias de un tribunal internacional fuera del referido alcance del art. 68.1 del Pacto.

Por último y yendo aún más lejos, cita nuevamente la Cámara el dictamen de la Procuración en la causa “Acosta” donde se sugiere que tampoco las decisiones de la CIDH adoptadas en los términos del art. 68.1 resultan obligatorias para el Estado que fuere parte del proceso si “imponen una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno”, postura reflejada en el voto del juez Fayt en la causa “Derecho”¹¹² cuando sostiene que “en el ámbito nacional, el art. 27 de la Constitución Nacional prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer el Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local” (cons. 13).

Por lo dicho, concluye la Cámara que la sentencia dictada por la CIDH en la citada causa “Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*) c/Costa Rica” carece de fuerza vinculante respecto del caso bajo análisis sino que ostenta meramente un carácter orientativo.

¹¹¹ Cfr. CSJN, Fallos: 330:4040, 332:1488, entre muchos otros.

¹¹² CSJN, “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal”, sentencia del 11 de julio de 2007.

Careciendo el fallo de la CIDH de fuerza vinculante y basada la Cámara en evidencia científica sobre la existencia de vida humana desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, en un análisis hermenéutico del art. 2 de la Convención y en el principio *in dubio pro homine*, entiende que la afirmación de que “el embrión no puede ser entendido como persona” (“Artavia Murillo” parág. 256) representa una involución en el alcance que el derecho a la vida ha logrado en el ámbito de los derechos humanos, lo cual habilita la aplicación del “margen de discrecionalidad” respecto del efecto de las sentencias internacionales en el derecho interno, máxime si aquellas suponen violentar principios de derecho público constitucional. “Esta conclusión, que en términos formales equivale a admitir, para decirlo en los conocidos términos de Hans Kelsen, la adopción por parte de nuestros constituyentes de un esquema monista con prevalencia del derecho interno (confr. Kelsen, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, del alemán Roberto Vernengo, Porrúa, México, 1993, págs. 330/345) entraña, en términos sustanciales, que ningún tratado internacional y, *a fortiori*, ninguna interpretación de éstos por sus órganos permanentes puede prevalecer sobre los principios de derecho público constitucional consagrados por el art. 27 de la Constitución Federal en 1853 y vigentes desde entonces”.

Atento el carácter orientativo de las sentencias de la CIDH en los casos en que nuestra República no fue parte, y resultando la doctrina del precedente “R., N. F.” más tuitiva de los derechos humanos del embrión que la doctrina del caso “Artavia Murillo” —en tanto reconoce la Cámara la personalidad del embrión desde la fecundación y no desde su implantación—, la Cámara “se distancia” de la doctrina de la sentencia interamericana.

6. Epílogo

De lo expuesto concluyo que las sentencias de la CIDH son obligatorias para los Estados en cada caso concreto en el que fueron parte, de conformidad con los artículos 62.3 y 68 del Pacto de Costa Rica y la jurisprudencia del Tribunal regional y Corte Suprema Argentina que he citado en este trabajo.

Por otra parte, entiendo que la postura que sostiene la obligatoriedad de la doctrina de los fallos de la CIDH (en casos en que el Estado no fue parte) para los jueces nacionales en su control difuso de convencionalidad, no tiene sustento normativo en la CADH. El art. 31.1 de la Convención de Viena sólo permite sostener a algunos doctrinarios¹¹³ que resulta obligatorio “realizar los mejores esfuerzos” para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes.

Lo afirmado en el párrafo anterior respecto de la no vinculatoriedad de la doctrina de los fallos de la CIDH para los Estados que no fueron parte en el proceso, cobra máxima vigencia en los casos en los que la sentencia dictada vulnera los principios generales del derecho de los derechos humanos –en particular el principio *in dubio pro homine*–, que, como *ius cogens*, resultan obligatorios independientemente del consentimiento expreso de las naciones y son la más alta fuente del derecho¹¹⁴. En este marco, considero valiosa la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones analizada en este trabajo.

Sostengo a la par que debe reconocerse a los Estados un margen de apreciación nacional como aplicación del principio de subsidiariedad en el control de convencionalidad, tal como lo hace

¹¹³ COLOMBO MURÚA, Ignacio, “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”, Sup. Const. 2013 (septiembre), 62, en La Ley 2013-E-374, Fallo Comentado: Cámara Federal de Apelaciones de Salta. L. O., A. y otros c. Swiss Medical s/ amparo. 3-07-08.

¹¹⁴ Cfr. PALAZZO, Eugenio Luis, “Nuevos actores y roles en la justicia”, en *El Derecho Constitucional*, [266] - (16/03/2016, nro 13.916) [2016]. Fecha de consulta: 03/06/2016.

el TEDH en el caso “Evans vs. Reino Unido”¹¹⁵. Esta recepción del margen de apreciación nacional no debe realizarse a modo de concesión graciable o “deferencia”¹¹⁶ del tribunal supranacional a los Estados, sino como un reconocimiento de la legítima diversidad y especificidad existente entre las naciones.

Por último, sugiero que el planteo del acatamiento de las sentencias de la CIDH por los jueces nacionales debe ceder frente a una idea superadora, el “diálogo entre cortes”, o “diálogo interjurisdiccional”, que asume, según Pizzolo¹¹⁷, “la forma de un proceso deliberativo colectivo”, es decir, un proceso de adopción de decisiones mediante la confrontación pública de las posiciones respectivas que finaliza con la adopción de una solución compartida, ya que la supervivencia del sistema necesita de la tolerancia mutua y de la apertura recíproca de las jurisdicciones.

Para finalizar, hago mías las palabras de Sanz Caballero: “Los desafíos que plantea la existencia de una pluralidad de tribunales internacionales, generalistas unos, especializados los más, no harán en el futuro más que crecer, demostrando con ello que no estamos ante un tema cerrado y exigiendo mayores esfuerzos de investigación internacional en este campo”¹¹⁸.

¹¹⁵ STEDH 2006\19, Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4), de 7 marzo 2006, Evans contra Reino Unido, Demanda N° 6339/2005, en <http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/cefcca/Documentos/Ponencias/EvanscontraReinoUnido.html>. Fecha de consulta: 22/06/2016.

¹¹⁶ Los términos “deferencia” o “concesión”, referidos al margen de actuación de los tribunales nacionales, son utilizados por Díaz Crego. Cfr. DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 2011-05-09, Última actualización: 2011-05-09, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.

¹¹⁷ Cfr. PIZZOLO, Calogero, “Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos”, en *La Ley* 2015-D- fecha de publicación: 08/07/2015.

¹¹⁸ Cfr. SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril, “Prólogo: Algunas notas sobre la Jurisdicción Internacional en el Siglo XXI”, en SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril (coords.), *Retos de la jurisdicción internacional*, España, Thomson Reuters-Civitas, 2012, p. 22.

Bibliografía citada

A) Doctrina

ALBANESE, Susana, “El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y la Corte Suprema. Convergencias y divergencias”, 29/08/2007, en https://www.jusbaires.gob.ar/sites/.../bueno_alves_y_rene-lexis_nexis_articulo.doc. Fecha de consulta: 03/06/2016.

CARPISO, Enrique, “El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLVI, núm. 138, sept.-dic. de 2013, p. 957. Cit. por HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, en *Estudios constitucionales*, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de Tratados”, en Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, pp. 51-97. Cit. por HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, en *Estudios constitucionales*, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

COLOMBO MURÚA, Ignacio, “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”, Sup. Const. 2013 (septiembre), 62, en *La Ley* 2013-E-374, Fallo Comentado: Cámara Federal de Apelaciones de Salta. L. O., A. y otros c. Swiss Medical s/ amparo. 3-07-08.

- DÍAZ CREGO, María, “Margen de apreciación”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, Fecha de publicación: 2011-05-09, Última actualización: 2011-05-09, 23:53:41 hs., en http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/94. Fecha de consulta: 25/05/2016.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad”, en *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, tomo III, Instituto de Justicia Constitucional, Guatemala, 2010, p. 314. Conf. Corte IDH, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Cit. por HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, en *Estudios constitucionales*, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional” en *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Marcial Pons, Madrid - Buenos Aires, 2013, p. 674.
- FRANK, María Inés, “En medio de intensas presiones, Costa Rica regula por decreto la fecundación *in vitro*”, en *El Derecho*, 264-893 [2015].
- FRANK, María Inés, “Costa Rica: continúa denodada lucha por la vida del embrión humano”, en *El Derecho*, [266] - (07/03/2016, nro 13.909) [2016].
- FRANK, María Inés, “Corte Interamericana hace a un lado la soberanía de Costa Rica”, en *El Derecho*, [266] - (22/03/2016, nro 13.920) [2016].
- FRANK, María Inés, LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “El embrión invisibilizado ante los intereses de los adultos y los labo-

ratorios biotecnológicos. Primer análisis de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la fecundación *in vitro* y la vida humana”, en *ED*, 251-841.

HERRERA, Daniel Alejandro, “El estatuto del ser humano en estado embrionario o fetal (persona por nacer) como fundamento de su tutela jurídica”, en *ED Política Criminal*, diario n° 11.338 del 8-9-05.

HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, en *Estudios constitucionales*, vol.13 no.1, Santiago 2015, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 25/05/2016.

HITTERS, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/mxrcelo/r25295.pdf>, Fecha de consulta: 25/05/2016.

HITTERS, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2007-C, p. 875. Ídem en *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2007, pp. 203-222.

MARRAMA, Silvia, *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*, Editorial Dictum, colección Doctrina (Paraná, 2012).

MARRAMA, Silvia, “La Ley 26.862 y el acceso gratuito e integral a las técnicas de fecundación humana extracorpórea como modo de ‘inclusión social’ discriminatoria”, en *MJ-DOC-6771-AR | MJD6771*, 26-jun-2014.

- MARRAMA, Silvia, “Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862”, en *ED* 255, (07/11/2013, nro 13.359).
- MARRAMA, Silvia, “Análisis de la ley 26.862 por una especialista”, en *ED*, [255] - (18/11/2013, nro 13.366) [Publicado en 2013]. (Ref. 72985).
- MARRAMA, Silvia, “Dos campanas que retienen: *alterum non laedere*. ¿Quién no presta oídos a una campana cuando tañe por algo?”, en *ED* [243] - (14/06/2011, nro 12.770).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XLV, núm. 135, sept.-dic. 2012, pp. 512 y ss.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.
- PALAZZO, Eugenio Luis, “Nuevos actores y roles en la justicia”, en *El Derecho Constitucional*, [266] - (16/03/2016, nro 13.916) [2016]. Fecha de consulta: 03/06/2016.
- PEDERNERA ALLENDE, Matías, “Algunos problemas argumentativos del fallo de la Corte Interamericana en ‘Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’”, en *El Derecho*, 262-722 [2015].
- PIZZOLO, Calógero, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque constitucional federal”, *La Ley*, Buenos Aires, 2006-D, p. 1022.

PIZZOLO, Calogero, “Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos”, en *La Ley* 2015-D. Fecha de publicación: 08/07/2015.

QUINTANA, Eduardo Martín, “Discurso jurídico versus ciencias biológicas y genéticas (a propósito de un fallo de la C.I.D.H. contra Estado de Costa Rica sobre fecundación *in vitro*)”. Comentario al fallo “Caso A. M. Y Otros (Fecundación *In Vitro*) Vs. Costa Rica” – CIDH – 28/11/2012, publicado el 14/02/2013 en elDial.com - DC19E9. Fecha de consulta: 22/06/2016.

SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril, “Prólogo: Algunas notas sobre la Jurisdicción Internacional en el Siglo XXI”, en SANZ CABALLERO, Susana; STOFFELS, Ruth de María Abril (coords.), *Retos de la jurisdicción internacional*, España, Thomson Reuters-Civitas, 2012.

B) Jurisprudencia

B1) Tribunales supranacionales

Corte IDH, Barrios Altos - Chumbipuma Aguirre y otros- c. Perú, 14/03/2001, La Ley 2001-D, 558, AR/JUR/509/2001.

Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf. Fecha de consulta: 23/06/2016.

Corte IDH, Cantos, José M. c. República Argentina, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, La Ley 2003-C-2, AR/JUR/3416/2002.

Corte IDH, Bulacio vs. Argentina, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, La Ley 2004-A-684, JA 2004-II, 345, RCyS 2004, 1590, Sup. Penal 2003 (diciembre), 3, AR/JUR/2952/2003.

Corte IDH, Serie C N° 101, de 25 de noviembre de 2003.

Corte IDH, Caso Liliana Ortega y otras, Medidas Provisionales respecto de Venezuela del 4 de mayo del 2004.

Corte IDH, caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, de 2 de julio de 2004.

Corte IDH, Serie C, N° 127, de 23 de junio de 2005.

Corte IDH, Serie C N° 158, de 24 de noviembre de 2006.

Corte IDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH, Serie C N° 158, de 24 de noviembre de 2006.

Corte IDH, Bueno Alves Juan Francisco vs. Argentina, Sentencia del 11 de mayo de 2007. La Ley, AR/JUR/9355/2007.

Corte IDH, Caso Yvon Neptune vs. Haití, Sentencia de 8 de mayo de 2008, Serie C No. 180.

Corte IDH, Serie C, N° 184, de 6 de agosto de 2008.

Corte IDH, de 30 de octubre de 2008.

Corte IDH, Caso Bayarri c. Argentina s/Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, publicado en El Derecho Digital (48455) [2009]. Fecha de consulta: 22/06/2016.

Corte IDH, caso Barreto Leiva c. Venezuela, de 17 de noviembre de 2009.

Corte IDH, Serie C N° 221, de 24 de febrero de 2011.

Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250.

Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina (Nº11.618), Sentencia del 23 de noviembre de 2012, en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_255_esp.pdf. Fecha de consulta: 03/06/2016.

Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Fecha de consulta: 03/06/2016.

Corte IDH, Serie C Nº 276, de 30 de enero de 2014.

Corte IDH, Serie C Nº 278, de 26 de mayo de 2014.

Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica, Resolución del 26 de febrero de 2016, Supervisión de cumplimiento de sentencia, en http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf. Fecha de consulta: 22/06/2016.

ComIDH, Serie A Nº 4, OC-4/84, de 19 de enero de 1984.

ComIDH, Informe Nº 25/04. Petición Nº 12.361. Admisibilidad. Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11/04/04, en <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/costarica.12361.htm>. Nº 70. Fecha de consulta: 29/10/11.

ComIDH, Informe Nº 156/10. Petición Nº 1368-04. Admisibilidad. Daniel Gerardo Gómez y otros. Costa Rica, 01/11/10, en www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/CRAD1368-04ES.doc. Fecha de consulta: 29/10/11.

Stedh, Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

Stedh, James y otros c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1986.

Stedh, Leyla Sahin c. Turquía, de 10 de noviembre de 2005.

Stedh 2006\19, Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4), de 7 marzo 2006, Evans contra Reino Unido, Demanda N° 6339/2005, en <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ce-fcca/Documentos/Ponencias/EvanscontraReinoUnido.html>. Fecha de consulta: 22/06/2016.

Stedh, Üner c. Países Bajos, de 18 de octubre de 2006.

Stedh, Yumak y Sadak c. Turquía, de 8 de julio de 2008.

Stedh, A. y otros c. Reino Unido, de 19 de febrero de 2009.

B2) Tribunales argentinos

CSJN, Fallos: 323:4131.

CSJN, Fallos 326:2968.

CSJN, Fallos 327:5668.

CSJN, Fallos: 330:4040

CSJN, 332:1488.

CSJN, Fallos 335:533, del 08/05/2012

CSJN, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003.

CSJN, Simón, Julio H. y otros, Sentencia del 14 de junio de 2005, Revista La Ley, Buenos Aires, 29 de julio de 2005.

CSJN, Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado nacional – Armada Argentina y otro s/ accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad, Sentencia del 28 de noviembre de 2006, M.678. XXXVIII, t. 329, p. 5382.

CSJN, “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal”, Sentencia del 11 de julio de 2007.

CSJN, “Mazzeo, Julio Lilio y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, Sentencia del 13 de julio de 2007.

CSJN, Expediente N° 4499/13 (Caso N° 11618 “Mohamed vs. Argentina” CIDH - Obligatoriedad de su cumplimiento - Intervención de la Corte Suprema (marzo 2014) - Reconstrucción del expediente - Designación de nueva Sala Poder Judicial de la Nación).

Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “Lodi Ortiz Andrea Melisa – Larran Cristian c/ Swiss Medical s/ Amparo”, Expte. N° 007/13, Sentencia del 6 de julio de 2013.

Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “R., N. F. – O.N. C/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo”, Expte. N° 222/09, Sentencia del 3 de septiembre de 2010.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, in re L.A.C. c/Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/Amparo, 04/2011.

B3) Otros tribunales nacionales

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, *in re* Navarro Del Valle, Hermes c/ Decreto ejecutivo 24029-S, Sentencia del 15 de marzo de 2000, en “El Derecho” 214-648.

Tribunal Federal Constitucional alemán, Bundesverfassungsgericht, Segundo Senado, —2 BvR 1481/04—, sentencia del 14 de octubre de 2004.

C) Documentos

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Ver http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Argentina. Fecha de consulta: 25/05/2016.

D) Artículos periodísticos

Corte enjuiciará Costa Rica por prohibir fecundación in vitro, (San José de Costa Rica, 20/10/11), agencia AP, en <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/internacional/corte-enjuiciara-costa-rica-por-prohibir-fecundacion-vitro-49477>. Fecha de consulta: 29/10/11.

Costa Rica busca evitar pena internacional por veda a fecundación in vitro, (San José de Costa Rica, 22/06/11), agencia AFP, en <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/actualidad/costa-rica-busca-evitar-pena-internacional-por-veda-fecundacion-vitro-30444>. Fecha de consulta: 29/10/11.

Jueces abren puerta a fecundación “in vitro” en Costa Rica, prohibida en el 2000, (San José de Costa Rica, 15/10/08), agencia AFP, en http://www.soitu.es/soitu/2008/10/15/info/1224089780_301155.html. Fecha de consulta: 20/05/11.

Sala Primera anula fallo sobre fecundación in vitro, (San José de Costa Rica, 19/08/09), en <http://costaricahoy.info/nacionales/sala-primera-anula-fallo-sobre-fecundacion-in-vitro/25079/>. Fecha de consulta: 29/10/11.

