

La doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay: ¿Una relación de tensión o legitimidad?

Al querido Maestro y mejor ser humano Néstor Pedro Sagüés

por FRANKLIN ALEJANDRO FUENTES SANTANA^(*)

Sumario: I. PREÁMBULO. – II. INTRODUCCIÓN. – III. ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. – IV. CONCLUSIONES.

I. Preámbulo

Es para mí un gran honor participar de este merecido homenaje al querido Maestro Néstor Pedro Sagüés. Hoy me embarga la emoción por contribuir a esta edición colectiva en la memoria de quien vive entre nosotros a través de su legado, que se proyecta a través del conocimiento transmitido en cada una de sus obras. A pesar del agravamiento de su salud, nunca perdió la lucidez y profundidad en las reflexiones que caracterizaron toda su vida. Desde el lugar en el cielo reservado a los grandes maestros, él seguirá intercambiando conocimientos y nosotros desde aquí continuaremos proyectando las ideas de ese ser humano inmensamente generoso, capaz de conversar con sus discípulos de la misma forma que con los grandes maestros.

II. Introducción

A partir de un análisis crítico de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽¹⁾ del 20 de mar-

zo de 2013 en el caso “Gelman vs. Uruguay”⁽²⁾ y de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia N.ºs 392 del 19 de agosto de 2013 y 286 del 10 de mayo de 2022, procuraremos:

a) Definir si la doctrina del control de convencionalidad contenida en la jurisprudencia de la Corte IDH posee un fundamento para atribuir efectos jurídicos *erga omnes* sobre los estados que no han sido parte de un litigio internacional ni han tenido la oportunidad de defender una interpretación diferente del Pacto de San José de Costa Rica⁽³⁾.

b) Determinar si esta doctrina posee legitimidad para tener efecto vinculante para obligar todos los órganos estatales –especialmente aquellos más cercanos a la administración de justicia– a realizar un control de convencionalidad difuso y no aplicar las normas internas contrarias a esta.

c) Determinar si los Estados parte del Sistema Interamericano están obligados a cumplir únicamente las sentencias dictadas en los litigios en los que han sido parte (*res iudicata*) o también deben dar cumplimiento a la interpretación que se deduce de la *ratio decidendi* como cosa interpretada (*res interpretata*).

III. Antecedentes de la doctrina del control de convencionalidad

El caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”⁽⁴⁾ (2006) representó el origen del control de convencionalidad en cabeza de los jueces nacionales. La Corte IDH –que hasta ese momento ejercía por sí misma el control de convencionalidad– reclamó que, cuando un Estado ha ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, “sus jueces –como parte del aparato estatal– están sometidos a [...] este], lo que les obliga a velar por que los efectos de [...] sus] disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”⁽⁵⁾.

En el mismo año, en otra sentencia –en el caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006)”⁽⁶⁾– la Corte IDH sostuvo que ese mismo control debe realizarse respecto de todas las normas jurídicas internas, cualquiera sea su jerarquía (no solo las leyes), opuestas al Pacto, incluso respecto de la Constitución⁽⁷⁾.

El problema es que este control de convencionalidad difuso que la Corte IDH exige a los jueces domésticos no emerge de ningún instrumento internacional de derechos humanos ratificados por los estados. Los jueces nacionales se encuentran obligados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ratificado por los Estados, en tanto y en cuanto constituya derecho positivo vigente de fuente internacional y no porque emerge de una doctrina que no consintieron ni contribuyeron a conformar.

Si esto no es así, entonces debemos admitir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra por encima del derecho interno (incluso de la Constitución). Esto podría ser posible si los ordenamientos jurídicos internos le confieren jerarquía supranacional al Pacto o, en su caso, a los derechos contenidos en este.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Mendoza en punto al control de convencionalidad en el marco del control de constitucionalidad*, por VÍCTOR ENRIQUE IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2015-475; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio*, por ISABEL GRILLO, EDCO, 2011-330; *La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2012-327; *Algunas inquietudes en torno al control de convencionalidad*, por MATÍAS SUCUNZA, EDCO, 2013-327; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”*. *Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*, por ALFREDO M. VITOLO, EDCO, 2013-637; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial*, por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2017-58; *El desenlace del conflicto entre la Corte Suprema argentina y la Corte interamericana*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 275-938; *La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por EDUARDO BUENADER, ED, 279-489; *El Poder Ejecutivo frente al sistema internacional de derechos humanos y la ejecución de sentencia internacional*, por MARÍA MACARENA ALURRALE URTUBEY, ED, 280-688; *La República Argentina ante la Corte IDH: año 2018*, por PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO, ED, 283-659; *El margen de apreciación nacional en la lectura de los tratados internacionales: ¿laberinto o techo del derecho internacional de los derechos humanos?*, por LAUTARO E. PITIER y RICARDO G. RINCÓN, ED, 283-795; *La revisión de la cosa juzgada nacional frente a las sentencias de la Corte IDH*, por SERGIO NICOLÁS JAULI, ED, 284-919. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor Adjunto en Derecho Constitucional (UDELAR - URU). Profesor de Posgrado en (Universidad Austral, Argentina). Profesor de Posgrado (Universidad de Mendoza, Argentina). Coordinador Académico de la Diplomatura en Derecho Constitucional Latinoamericano (Universidad Austral). Asesor Parlamentario en el Poder Legislativo (URU). Profesor Adscripto de Derecho Público (UDELAR - URU). Magíster en Derecho Constitucional (UCLM, Toledo, España). Magíster en Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa (UCLM, Toledo, España). Diplomado en Derecho Constitucional Latinoamericano (Universidad Austral, Argentina). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Derechos Fundamentales (UCLM, Toledo, España). Diplomado en Argumentación Jurídica (Silex, España), Especialista en Alta Formación en Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos (Universidad de Pisa, Italia), Especialista en Derechos Humanos (UCLM, Toledo, España). Ha cursado Metodología de la Comparación Jurídica (Universidad de Bolonia, Italia).

(1) Corte IDH.

(2) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013.

(3) El Pacto, Pacto de San José, la Convención o la CADH.

(4) Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

(5) Sagüés Néstor P., “Conferencia Control de Convencionalidad”, del 21/10/2015, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=3qDfGlbCuDU> (fecha de consulta 13/12/2021, 8:10).

(6) Corte IDH, caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 158, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

(7) El caso de la Corte IDH, “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 73, sentencia de 5 de febrero de 2001, resulta ser un buen antecedente al respecto.

Cuando esto no ocurre, falta el consentimiento del Estado, de su comunidad o sociedad, en obligarse por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) establece que un Estado puede formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherir a un tratado. Pero esto no ocurre con la doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH cuando obliga a los jueces nacionales a ser jueces del sistema y pasar, incluso, por encima de la voluntad de los Estados.

El derecho internacional es, en este sentido, un “derecho autorregulado”, que en último término depende de la voluntad de los Estados en lo que hace a su existencia y a su alcance. Cada uno se obliga en los términos del instrumento internacional que ratifica de forma libre y soberana. Esto puede resultar entendido de manera diferente, pero, en ese caso, tendríamos que admitir que existe una soberanía supranacional por encima de los estados miembros con el poder de hacer la ley y no solo con el poder de ser la boca de la ley. Este poder se lo autoatribuye la Corte IDH sin el consentimiento previo de los Estados, sin necesidad de una legitimación democrática canalizada a través de los carriles constitucionales.

Que los jueces nacionales son jueces del Sistema Interamericano y están sometidos a los mandamientos de la doctrina del control de convencionalidad no emerge de ninguna norma jurídica internacional. Sin embargo, para la jurisprudencia de la Corte IDH es derecho positivo vigente y obligatorio para los Estados y no cumplirla equivale a una responsabilidad internacional para el Estado.

Ocorre que los únicos y más importantes sujetos de derecho internacional son los Estados, pero no los órganos estatales nacionales que se encuentran sometidos a este y al derecho interno de fuente nacional e internacional. Si no aceptamos esto, tenemos que admitir que la Corte IDH se encuentra habilitada a mandar a los jueces y órganos nacionales y que, ante un conflicto entre ambos ordenamientos, deben aplicar la referida doctrina y desaplicar del derecho interno contrario. Los Estados ratificaron los tratados libre y soberanamente, aceptaron la competencia de la Corte IDH para que ella aplique los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero también, por añadidura, se les hace exigible una doctrina que no consintieron ni contribuyeron a conformar. Pero, además, si así fuera, los Estados ya no poseerían potestades sobre sus propios órganos de gobierno y estos no deberán obedecerlo como tal, sino a la doctrina del control de convencionalidad. Se advierte que todo órgano del Estado debe dar cumplimiento a los instrumentos internacionales en los términos que lo ha ratificado e incorporado al derecho interno.

En el año 2009, en el caso “Radilla Pacheco vs. México”⁽⁸⁾, la Corte IDH reclamó a los jueces y tribunales nacionales que interpreten las disposiciones del derecho interno conforme al Pacto y su jurisprudencia.

Para Sagüés, la Corte IDH, en esta última sentencia, invierte el orden: pasa de un control de convencionalidad inicialmente represivo (de desaplicación del derecho interno contrario al Derecho Internacional de los Derechos Humanos) a un control constructivo armonizador del derecho interno y el Pacto de San José. No pretende aquí destruir o desaplicar las normas internas, sino reciclarlas o adaptarlas al Pacto y a la jurisprudencia de la Corte IDH y, para el caso que ello no sea posible, recién entonces desaplicarlas⁽⁹⁾.

Aquí la Corte descendió un escalón para reclamar a los órganos de los Estados que no desapliquen las normas internas, sino que las apliquen de manera conforme el Pacto de San José y su jurisprudencia.

La Corte advierte que la pretendida supremacía de esta doctrina impacta directamente con la naturaleza “coadyuvante o complementaria” del Pacto respecto del derecho interno, previsto en su Preámbulo (principio de subsidiariedad).

Cuando, en el ámbito interno, se dictan leyes a través del Poder Legislativo se elaboran conforme a la Constitución de cada Estado y por un Poder que ejerce democracia representativa. Se crean normas jurídicas conforme a un

procedimiento que la propia Constitución establece. El Poder Judicial no goza de legitimidad para crear normas, sino para aplicarlas. No sería legítimo que un Poder que no tiene potestad para crear normas lo hiciera y esto, por supuesto, aplica a la Corte IDH.

En el año 2013, en “Gelman vs. Uruguay 2”⁽¹⁰⁾, la Corte reclamó que el control de convencionalidad sea realizado no solamente por los jueces y tribunales, sino por todos los órganos del Estado, especialmente aquellos más cercanos a la administración de justicia.

La Corte IDH sostiene que las obligaciones convencionales “vinculan a todos los poderes y órganos del Estado –todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público)– y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia [...]” (párr. 59).

La Corte sostiene que la doctrina del control de convencionalidad ha sido acuñada en la jurisprudencia interamericana “como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, específicamente, la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia” (párr. 65).

Sigue la Corte: “todas la[s] autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (párr. 66).

Se van a observar aquí dos “manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no” (párr. 67).

En primer lugar, “cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada internacional respecto de un Estado que ha sido parte de un caso sometido a la jurisdicción de la Corte, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, están sometidos al tratado y a la sentencia de ese Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte no se vean mermodos por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin” (párr. 68).

En este supuesto, sostiene la Corte, “se está en presencia de *cosa juzgada internacional*, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia” en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 del Pacto, conforme con el cual los Estados “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (párr. 68, *itálica añadida*).

La “segunda manifestación” del control de convencionalidad refiere a los casos en los que un Estado no ha sido parte del proceso internacional en que fue establecida dicha jurisprudencia: así “todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado” (párr. 69), por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la elaboración y aplicación de normas, en su validez y compatibilidad con la Convención, “como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana” (párr. 69).

El artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana establece que “[e]l ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”.

(8) Corte IDH, sentencia del 23 de noviembre de 2009, en el caso “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 209.

(9) Sagüés Néstor P., “Conferencia Control de Convencionalidad”, del 21/10/2015, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=3qDfGibcuDU> (fecha de consulta 13/12/2021, 9.10).

(10) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, párr. 69.

La Corte IDH en el caso “Yatama vs. Nicaragua” (sentencia de 23 de junio de 2005) ha establecido «que “la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”. Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político»⁽¹¹⁾. La democracia representativa es, entonces, un pilar o instrumento fundamental del Sistema Interamericano de Derechos Humanos aceptado por los Estados miembros y por la propia Corte en su jurisprudencia.

Sin embargo, las “instancias democráticas” de los Estados –como pueden ser la democracia representativa o los institutos de democracia directa, tales como las reformas constitucionales–, como sostiene la Corte en “Gelman vs. Uruguay 2”, matizan ese pilar fundamental que es la democracia representativa. Las normas internas que dicten los poderes representativos y las reformas constitucionales que ratifique el Cuerpo Electoral están limitados por la cosa interpretada. La Corte condiciona la aprobación de normas jurídicas de cualquier jerarquía al propio tratado (que los Estados ratificaron) y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH que no consintieron ni contribuyeron a conformar.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (sentencia 392/2013) advierte “que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com. IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1, CADH, que establece que los Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes, ‘no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutive de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano’”.

En el caso “Gelman vs. Uruguay 2”, la Corte IDH también sostuvo que el control de convencionalidad se extiende a los precedentes, o lineamientos jurisprudenciales, las doctrinas sentadas, las cuales proyectan un efecto *erga omnes* a todos los Estados parte del sistema que aceptaron su jurisdicción contenciosa (*res interpretata*), a pesar de que no hayan tenido la oportunidad de defender una interpretación diferente del tratado.

La jurisprudencia internacional es una fuente auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (cfr. artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)⁽¹²⁾. No existe ninguna norma jurídica en el ámbito interno o en el derecho internacional que le atribuya el carácter de fuente principal a esta doctrina, tampoco esto surge del artículo 68 del Pacto.

Sagüés sostiene que esta doctrina supone una “interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo” (art. 67). Y suma: “El tribunal ha agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de este no ha variado”⁽¹³⁾.

García Ramírez, por su parte, sostiene que “[l]a jurisdicción interamericana no pretende y jamás se propuso sustituir a las jurisdicciones nacionales en oficio de protector de Derechos Humanos”⁽¹⁴⁾.

En la propia sentencia, la Corte entiende que este efecto *erga omnes* de su jurisprudencia “tiene íntima relación con el ‘principio de complementariedad’, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios”. Este principio de complementariedad, en los términos del Preámbulo de la propia CADH, es “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (párr. 70).

El problema es que, cuando la Corte IDH extiende esta doctrina del control de convencionalidad, sus precedentes y argumentos jurisprudenciales a los Estados que no han tenido oportunidad de defender una interpretación diferente del Pacto pone al derecho interno en carácter complementario o subsidiario, en tanto aquel debe adaptarse a este. De ese modo, para que el Estado no incurra en responsabilidad internacional, invierte el principio de subsidiariedad.

Sagüés sostiene que, con el efecto vinculante de su jurisprudencia, la Corte IDH “ha afirmado como obligatoria una tesis semejante, de algún modo, al *stare decisis*, o valor del precedente estadounidense de su Corte Suprema de Justicia, doctrina creada en aquel país, también sin un texto constitucional expreso”⁽¹⁵⁾ que le sirva de sustento.

En último término, el derecho internacional es un “sistema autorregulado” en cuanto a su existencia y alcance, y por tanto está sujeto a la voluntad de los Estados que lo conforman. La Corte IDH ha caído en “una suerte de autismo jurídico”, y eso la ha llevado a interpretar “los derechos humanos emergentes de un instrumento internacional solamente ‘desde’ tal documento, desconociendo las realidades y el contexto normativo del Estado donde se debate una posible infracción a aquellos derechos”, concluye Sagüés⁽¹⁶⁾.

La Corte se convierte así en árbitro de la dignidad humana, de la democracia representativa y del debido proceso legal.

Todos los seres humanos tienen sus raíces, por ejemplo, en el cristianismo, en el liberalismo, en el socialismo, en las teorías que nos han enseñado nuestros antepasados. Mi idea de dignidad quizás pueda ser la misma que tienen casi todos ustedes, pero cuando se aplica a una comunidad indígena, cabe preguntarse: ¿por qué el juzgador debe ser el árbitro?

Hay quienes están convencidos de que arriba de las constituciones, por encima de los pueblos, están sus ideas sobre la forma de protección de los derechos humanos, y muchas veces resulta difícil de aceptar que la elección de los valores puedan hacerla los pueblos o las comunidades.

Existen cláusulas abiertas que permiten a los tribunales decidir lo que es digno: entonces quién decide esto, hombres de ciencia intelectualmente valiosos, pero con la falibilidad de cualquier ser humano, que seguramente no se encuentran habilitados para modificar el sistema de fuentes.

El concepto de dignidad no lo deciden el pueblo o las comunidades, sino hombres de carne y hueso entre cuatro paredes. Desde luego que el fin perseguido por estos cuando se producen flagrantes violaciones a los derechos humanos es muy loable. Pero esto debe explicarse y entenderse estudiando empíricamente cada cultura, cada tradición o conquistas de valores por parte de los pueblos latinoamericanos.

Sería necesario que la Corte IDH, cuando dicta una sentencia, piense en clave de cada sociedad, sobre cómo cada comunidad ha resuelto a lo largo de generaciones sus problemas, porque al querer proteger y promover derechos humanos en una determinada nación, puede estar afectando o destruyendo esto mismo en otra.

Eso no se logra cuando la Corte extiende la cosa interpretada a Estados que no fueron parte de un litigio ni tuvieron la oportunidad de defender una interpretación diferente. En el mejor de los casos, cada juez podrá conocer la situación de hecho planteada y cómo el Estado lo resolvió, pero no cómo lo hizo otra comunidad frente a una situación similar. ¿Es lo mismo una sociedad confesional que una no confesional al momento de resolver problemas como el comienzo y fin de la vida, o el matrimonio igualitario?

En contenido esencial de los derechos, los valores, deben ser compartidos por las más diversas comunidades y no impuestos por organismos jurisdiccionales supranacio-

(11) Corte IDH, caso “Yatama vs. Nicaragua” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 1271, párr. 192.

(12) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

(13) Sagüés, Néstor P., “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, 2010, pp. 125-126.

(14) García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, IUS, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, n.º 28, 2011, pp. 123-159, especialmente véase la p. 139.

(15) Sagüés, Néstor P., “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, 2010, pp. 125-126.

(16) Sagüés, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, 9(1), 205-221, 2003, DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100011>. Y también, véase, Sagüés, Néstor P., “El Control de Convencionalidad como Instrumento para la Elaboración de un Ius Commune Interamericano”, en Von Bogdany, Armin; Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coord.) *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, México, 2010, tomo II, pp. 449-468.

nales. Porque el riesgo puede ser la desaprobación de las sociedades y comunidades y que conlleve incumplimientos por parte de los Estados o, lo que es peor, el abandono del sistema de protección. Esta doctrina impone interpretar una cultura y una tradición jurídica a través de parámetros establecidos en un proceso contra otra, lo que puede resultar completamente incompatible.

Cada caso es distinto de otro para un juez o tribunal. Debemos pensar que no existe una solución única para todos, no constituyen cosa buena los universalismos jurisprudenciales cerrados o sin apertura. La cosa interpretada no es solo la que la Corte interpreta, sino la que pueden interpretar los jueces nacionales que conocen más de cerca los valores de la sociedad en la que viven.

No se puede pretender exportar la cosa interpretada a Estados, cuyas sociedades no dieron su consentimiento para que ello sea así. Se exportan soluciones normativas que muchas sociedades o comunidades no pueden siquiera entender y eso puede producir una ineficiencia del sistema que todo jurista debe cuidar.

Entendemos que la Corte IDH no es última instancia de los tribunales nacionales y que la multicitada doctrina es obligatoria para todos los órganos del Estado, lo que difiere incluso del *stare decisis* vertical que aplica solo entre tribunales superiores e inferiores.

La Corte, al argumentar, no se esfuerza en mostrar que su razonamiento constituye una práctica común de los Estados parte, no procura generar un *ius commune* interamericano, porque en su jurisprudencia no está contenido un derecho común aceptado por todos los Estados, sino su “deber ser”.

En los sistemas del *stare decisis*, cuando un tribunal advierte que cometió un error en un caso previo, puede derogar la regla antigua. Si la Corte comete un error previamente, no deroga la decisión anterior; si modifica su jurisprudencia, ambas siguen siendo obligatorias para los jueces domésticos.

Una regla *stare decisis* puede resultar derogada cuando factores sociales, legales u otros importantes en la sociedad hubiesen cambiado desde que su decisión previa fue emitida. Esto no se tiene en cuenta en la jurisprudencia de la Corte regional. La modificación en la integración de la Corte puede producir cambios fundamentales porque, jurídica y moralmente, los nuevos integrantes tengan valores diferentes a sus antecesores.

Es imposible encontrar casos similares entre sociedades tan heterogéneas como existen en el Sistema Interamericano. El efecto *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte no busca su aplicación en hechos similares, sino que se aplica a todos los estados la misma doctrina, independientemente de las realidades sociales.

La Corte IDH, en “Gelman vs. Uruguay 2”, sostiene como fundamento de esta doctrina “que los tribunales de la más alta jerarquía en varios estados de la región [...] han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por esta” (párr. 74). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina sostuvo en el caso “Mazzeo” (2007): “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”⁽¹⁷⁾.

Se advierte que el hecho de que la jurisprudencia de la Corte IDH sea entendida por los jueces nacionales como una *insoslayable pauta de interpretación* para los poderes constituidos no lo convierte en derecho positivo vigente, sino que es un importante criterio de interpretación, pero que no se encuentra obligado a seguir.

El Tribunal Constitucional de Bolivia –citado por la Corte IDH– sostiene que el Pacto de San José compone el bloque de constitucionalidad constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: el preámbulo, la denominada dogmática y la parte orgánica. En con-

secuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico” debe establecerse que este órgano –y por ende las decisiones que de este emanan– forman parte también de este bloque de constitucionalidad⁽¹⁸⁾.

Entendemos que tampoco aquí se produce ninguna inconsistencia porque la doctrina del control de convencionalidad es aceptada por el Tribunal Constitucional como parte del bloque de constitucionalidad. Con esto tampoco se puede legitimar que los demás Estados que no han tomado esta posición tengan la obligación de hacerlo porque se considere a esta doctrina derecho positivo vigente.

La Corte IDH entiende que “de esto se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* o la *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones” (párr. 86).

Eso es así porque tales altos tribunales han tomado a la doctrina como pauta de interpretación en sus sentencias, sin perjuicio de lo cual esto no determina que se pueda atribuir efecto *erga omnes* a esta jurisprudencia, porque no emerge de ninguna norma jurídica. Puede, lógicamente, ocurrir que cada ordenamiento interno adopte a la doctrina del control de convencionalidad sentada en la jurisprudencia de la Corte IDH como derecho positivo, pero en ese caso el consentimiento se producirá por los canales democráticos de cada Estado. También puede ocurrir que algún tribunal sienta precedente en sus fallos y de esa manera esta doctrina se convierta en obligatoria con ese carácter, pero siempre mediante la legitimación de situaciones que no hacen de esto un *ius commune* interamericano.

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay en la sentencia 392/2013⁽¹⁹⁾ advierte: “solo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH, en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad, si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia”. Así, “[u]n tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, sostiene el máximo tribunal, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros ni para otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non muovere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso”.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (sentencia 286/2022⁽²⁰⁾) ha expresado que “no puede invocarse la teoría clásica de la soberanía para limitar la protección de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente”. “Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del Poder Constituyente, ni originario ni derivado (Cfm. SCJ N.º 365/2009)”⁽²¹⁾.

Entendemos que no existe un conflicto entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la soberanía de los Estados porque, una vez que aquel ha sido ratificado, es derecho positivo vigente y obligatorio para el Uruguay. La Suprema Corte es un poder constituido y, como tal, está sometida a la Constitución, mucho más cuando en nuestro país los derechos humanos expresa e

(17) Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, 13 de julio de 2007, Fallos: 330:3248, cons. 20.

(18) Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente N.º 2006-13381-27-RAC), apartado III.3. sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

(19) Sentencia SCJ N.º 392/2013, de 19/8/2013, disponible en Base de Datos CADE, Uruguay.

(20) Sentencia SCJ N.º 286/2022, de 10/5/2022; disponible en Base de Datos CADE, Uruguay.

(21) Sentencia SCJ N.º 365/2009, de 19/10/2009; disponible en Base de Datos CADE, Uruguay.

implícitamente comprendidos en el derecho internacional forman parte de nuestra Constitución en tanto sean inherentes a la persona humana o derivados de la forma republicana de gobierno.

La Corte sostiene finalmente que “los derechos humanos representan por tanto obligaciones inderogables (como parte del *jus cogens*) y que prevalecen sobre la reivindicación de la soberanía de los estados. Son derechos cuya violación o limitación de parte del Estado constituye un ilícito de tipo fundamental, un ilícito más grave de aquellos que el Estado comete si viola un derecho constitucional. Como tal, el derecho humano prevalece sobre los mismos derechos constitucionales”.

Pero más adelante sostiene que estas normas del *jus cogens*, “con prescindencia de su ratificación por un Estado, están integradas al sistema normativo base [...de este], y sin lugar a dudas, en temas como el que nos ocupa que refiere a la protección –garantía– de los derechos humanos, por explícita aplicación del artículo 72 de la Constitución”, lo que comparto.

IV. Conclusiones

La jurisprudencia es fuente auxiliar del derecho internacional, porque así lo establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La sentencia tiene eficacia *inter partes* y *respecto del caso que se ha decidido* (artículo 68 del Pacto y artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). No existe fundamento jurídico para atribuirle efecto *erga omnes*.

Queda “fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos –naturalmente en el ámbito de sus competencias–” y que “la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia”⁽²²⁾.

La Corte IDH obliga a todos los jueces o tribunales a ejercer sus funciones jurisdiccionales a nivel interno como si fuera última instancia de estos, pero no lo es. El juez doméstico acaba sin opción sobre el cumplimiento de la jurisprudencia internacional. “Si la idea de la [doctrina] del control de convencionalidad como obligación exige considerar necesariamente la jurisprudencia internacional, optar por no seguirla [...] generará como consecuencia una responsabilidad internacional del Estado”⁽²³⁾.

(22) Sentencia SCJ N.º 20/2013, del 22/2/2013, disponible en Base de Datos CADE, Uruguay.

(23) Bandeira Galindo, George Rodrigo, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bandeira Galindo, George Rodrigo; Urueña, René y Torres Pérez, Aída (coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 269.

La idea seguida por la Corte IDH de atribuir efectos *erga omnes* a sus decisiones está fundada en una jerarquía superior del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la doctrina del control de convencionalidad respecto del derecho interno, pero eso no surge del Pacto ni de sus antecedentes, tampoco de otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado. La supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la *res interpretata* de la Corte IDH puede contribuir a generar una única soberanía internacional protectora de los derechos humanos sin el consentimiento previo de los Estados.

La Corte IDH olvida el consentimiento otorgado por los Estados al ratificar la Convención y aceptar su competencia obligatoria. Al aceptarla, establecieron sus atribuciones y en esa medida limitaron su soberanía.

Una justificación podría consistir en conformar un *stare decisis* interamericano en el que la jurisprudencia de los tribunales nacionales resultara sometida a la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, esto no es posible en este estado de situación porque el *stare decisis* vertical aplica solo entre los tribunales superiores e inferiores, pero no para el resto de los órganos del Estado y tampoco la Corte IDH es superior de los tribunales domésticos.

Cuando la Corte obliga a los Estados a no aplicar las normas internas que sean contrarias a su *res interpretata*, no es porque estas constituyan una práctica común a todos los Estados parte. En su jurisprudencia no está contenido un derecho común aceptado por todos los Estados que pretenda generar un *ius commune* interamericano sin obtener el consentimiento de los Estados, sobre la base de un derecho no consensuado e impuesto por la jurisprudencia.

Un Estado que abandona el Sistema Interamericano recibe una condena colectiva de la comunidad internacional y debe seguir siendo así. El problema puede ocurrir cuando a un Estado le resulte menos gravoso abandonar el Sistema que quedarse en él. Por eso, el Sistema debe encontrar una fuente de legitimidad que hoy no tiene, lo cual genera muchas tensiones con los órganos internos más cercanos a la administración de justicia. Ese es el desafío que el Sistema Interamericano debe superar en el futuro.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER JUDICIAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - PROCESO JUDICIAL - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - TRATADOS Y CONVENIOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO COMPARADO - DERECHOS HUMANOS - PODER EJECUTIVO - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - PODER LEGISLATIVO