

Maino, Carlos Alberto Gabriel

*El control de convencionalidad y las dificultades
que ofrecen las interpretaciones de la CIDH*

*Conventionality control and the difficulties
generated by the ICHR interpretations*

Prudentia Iuris N° 81, 2016

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Maino, C. A. G. (2016). El control de convencionalidad y las dificultades que ofrecen las interpretaciones de la CIDH [en línea], *Prudentia Iuris*, 81. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/control-convencionalidad-dificultades-cidh.pdf> [Fecha de consulta:.....]

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS DIFICULTADES QUE OFRECEN LAS INTERPRETACIONES DE LA CIDH

*Conventionality Control and the Difficulties
Generated by the ICHR interpretations*

Carlos Alberto Gabriel Maino*

Recibido: 10 de abril de 2016.

Aprobado: 25 de abril de 2016.

Resumen: El autor analiza el control de convencionalidad que ofrecen las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deteniéndose en su contenido, naturaleza jurídica y obligatoriedad o efecto vinculante para los Estados parte. Señala las problemáticas que algunas interpretaciones acarrearán, especialmente en la cuestión de la pluralidad de fuentes del Derecho y la soberanía estatal. Al final, se enumeran algunas líneas de acción que intentan sortear las dificultades que plantea el control de convencionalidad.

Palabras clave: Control de convencionalidad – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Soberanía estatal – Activismo judicial.

Abstract: The author analyzes the conventionality control offering interpretations of the Inter-American Court of Human Rights stopping in content, obligation or legal nature and binding on States parties. He points out the problems that some interpretations entail, especially on the question of the plurality of sources of law and state sovereignty. In the end, some lines of action to try to overcome the difficulties posed by the conventionality control lists.

* Doctor en Derecho - Universidad de Santiago de Compostela. Profesor con Dedicación Especial - Facultad de Derecho (UCA). Profesor Adjunto Regular Departamento de Filosofía del Derecho (UBA). Ponencia presentada en las XI Jornadas Internacionales de Derecho Natural, “El fundamento de las sentencias de la CIDH. Un análisis iusfilosófico”, en Universidad Católica Toribio de Mogrovejo (Perú), 2015.

Keywords: Control of Conventionality - Inter-American Court of Human Rights - State Sovereignty - Judicial Activism.

I. El sistema interamericano de Derechos Humanos. La normatividad subsidiaria de la Convención

Los Derechos Humanos constituyen una serie de facultades y prerrogativas que han sido reconocidas a la persona humana sin carga ni cortapiasa alguna a través de distintos instrumentos de Derecho Internacional Público a nivel universal y regional. Es decir que conforman la positivización de derechos que se consideran inherentes a la condición de persona humana y que afincan en el concepto jurídico *Derecho Natural*, que es probablemente la noción jurídica occidental más estudiada y alegada a lo largo de los siglos, con muchos efluentes y serpenteos.

En efecto, la estructuración de un ordenamiento jurídico con la presencia del reconocimiento de Derechos Humanos a través del Derecho Internacional implica necesariamente una juridicidad fundada exclusivamente o bien sobre la corrección moral de su contenido, que sin más las proyecta al derecho, o bien sobre una *corrección jurídica natural y dada*, pero no sobre la imposición por la fuerza de una positividad. Por lo tanto, estos Derechos Humanos esenciales *valen con independencia de su reconocimiento* por parte de una asamblea constituyente que los ha sancionado como Derechos Fundamentales, o de si algunos Estados los han consagrado en un tratado, y su reconocimiento y observancia efectiva condicionan la propia validez del sistema¹.

Los tratados internacionales constituyen uno de los modos en que adquiere carácter positivo y aflora este *inviolable núcleo esencial del Derecho*, expresado en forma de *principia iuris gentium*, que remite al *ius gentium* romano de inspiración estoica *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*², luego recogido por Francisco De Vitoria en el *ius inter gentes* o derecho entre los pueblos, que hoy llamamos *Derecho Internacional Público*, *Völkerrecht*, *Law of Nations*³.

A través de estos tratados internacionales los Estados han iniciado, el 10 de diciembre de 1948, un proceso de creación de instituciones supranacio-

1 Cf. Sodero, E. "Precedente e internacionalización del Derecho Constitucional". En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. (2012). *Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. EUDEBA, 453.

2 Cf. Gayo. *Digesto* I, 1, 8; *Instituta* I, 2, 1.

3 Cf. Sodero, E. "Precedente e internacionalización del Derecho Constitucional". Ob. cit., 454.

nales y un verdadero *corpus iuris* donde han asumido obligaciones internacionales en diversas materias. Estas instituciones y esta codificación tienen o buscan alcanzar las características de un *sistema*, que hacia adentro de los Estados nacionales pretende constituir lo que en términos schmittianos se denominaría la *regulación legal fundamental del Estado*⁴, al punto tal de que Sodero habla de un *Estado de Derecho Convencional*.

En el plano regional se ha constituido un sistema interamericano a través de la suscripción de distintos pactos y convenciones⁵, de los cuales la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada también *Pacto de San José de Costa Rica* (en adelante, *la Convención*), es la reina y constituye un subsistema vasto y pormenorizado. A resultas del mismo existen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, *la Comisión*) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, *la Corte*). Este sistema tiene un carácter subsidiario a los ordenamientos jurídicos nacionales y a sus propios sistemas de salvaguarda de derechos, razón por la cual es

4 Cf. Schmitt, C. (1989). *Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza Editorial, 33.

5 Instrumentos Regionales de Protección y Promoción de Derechos Humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada el 2 de mayo de 1948 (tanto la Comisión como la Corte han establecido que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA); la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica") adoptada el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 (en su primera parte, la Convención Americana establece los deberes de los Estados y los derechos protegidos por dicho tratado. En su segunda parte, la Convención Americana establece los medios de protección: la CIDH y la Corte IDH, a los que declara órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención". Al 30 de junio de 2010, 24 Estados Miembros de la OEA son parte de la Convención Americana); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada el 9 de diciembre de 1985, entrada en vigor el 28 de febrero de 1987; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado el 17 de noviembre de 1988, entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999; el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado el 8 de junio de 1990, entrado en vigor el 28 de agosto de 1991; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará"), adoptada el 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 5 de marzo de 1995; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 28 de marzo de 1996; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada el 7 de junio de 1999, entrada en vigor el 14 de septiembre de 2001; la Carta Democrática Interamericana, adoptada el 11 de septiembre de 2001; Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la CIDH en su 108º Período Ordinario de Sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre de 2000; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la CIDH en su 131º Período Ordinario de Sesiones celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

requisito el agotamiento de todas las instancias internas disponibles para los justiciables antes de peticionar en el sistema interamericano⁶.

Los Estados se comprometen en el uso de su soberanía, pero este mismo ejercicio soberano implica la delimitación del accionar del Estado, o sea, que limitan su soberanía mediante una acción de soberanía, lo que ocasiona una primera perplejidad jurídica. Ello se pone de manifiesto en que ha habido casos de incumplimientos sin consecuencias, e incluso de denuncias de la Convención. Un ejemplo paradigmático del primer tipo tuvo como protagonista al Perú, en el caso “Castillo Petruzzi *vs.* Perú”, de sentencia del 30 de mayo de 1999; también el caso “Apitz Barbera *vs.* Venezuela”, de sentencia del 5 de agosto de 2008, el cual la Sala Constitucional de Tribunal Superior de Venezuela declaró *inejecutable*⁷. A veces hay cumplimientos parciales, de hecho se ha sostenido que sobre más de 200 sentencias de la Corte, solo un 20 % de ellas han recibido un acatamiento leal en el orden interno por parte de los Estados⁸. Entre los casos de denuncia de la Convención resaltan los de Trinidad y Tobago, en 1999, y de Venezuela, en 2012⁹.

Aunque algunas de estas delimitaciones a la soberanía estatal se las intenta incluir dentro del *ius cogens* propio del Derecho Internacional Público, no se debe perder de vista la pervivencia de la soberanía de los Estados, pues son estos los que determinan de qué modo incorporan estos derechos a su propio derecho interno y con qué alcance. Naturalmente que una vez tomada la decisión de incorporarse quedan obligados a ello¹⁰, extremo que la misma Corte se ha encargado de puntualizar¹¹, pero el modo de realizarlos se deja librado a su ejercicio soberano¹².

Esta autolimitación del poder soberano de los Estados está dada en la lógica democrática en la que el poder es otorgado o concedido institucional-

6 Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras”, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 61; caso “Godínez Cruz *vs.* Honduras”, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 64; caso “Fairén Garbí y Solís Corrales *vs.* Honduras”, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 85.

7 La sentencia condenaba al país a reparar las consecuencias de la destitución de magistrados judiciales a través de un procedimiento de juicio político violatorio de las garantías de independencia judicial y del derecho de defensa.

8 Cf. Gelli, M. A. “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. Ob. cit., 422.

9 Cf. Márquez Luzardo, C. M. (2014). La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros casos paradigmáticos. Los precedentes de Trinidad y Tobago; Perú y Venezuela. *Cuestiones Jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdeneta, Vol. VIII, N° 1.

10 Convención IDH, art. 2°; Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 27.

11 Corte IDH, caso “Genie Lacayo *vs.* Nicaragua”, sentencia del 29 de enero de 1997; caso “Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela”, sentencia del 1° de julio de 2011.

12 Cf. Steiner, C. y Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. Buenos Aires. Eudeba, 8.

mente. Este extremo reviste la mayor importancia, porque la autoatribución de poder no delegado constituye un acto antidemocrático, propio de sistemas colonialistas u otras situaciones arcaicas incompatibles con la democracia y el Estado de Derecho.

En el caso de Argentina se ha dado a la Convención y demás tratados rango constitucional¹³, otros han incorporado a sus Constituciones los derechos reconocidos en la Convención y en el resto de los tratados, como es el caso de Brasil¹⁴. Lo que es un hecho incontestable es que en materia de Derechos Humanos las fuentes de derecho de casi todos los Estados de Latinoamérica se han ampliado y diversificado sustancialmente. En segundo lugar, es pacífica la doctrina en sostener que esta ampliación se ha realizado merced a la decisión soberana de los mismos de hacerlo. Y en tercer lugar, el sistema interamericano, de acuerdo a sus propias reglas, se constituye como un sistema subsidiario al interno de cada Estado.

Cuando el Estado no respeta los derechos reconocidos –prohibiendo o no disponiendo lo necesario para que estos puedan ejercerse–, estamos en presencia de una *conducta antijurídica estatal*. Los ordenamientos internos otorgan a los ciudadanos distintos recursos para neutralizar esta antijuridicidad, a través de acciones de tutela y otros recursos jurídicos para que el Poder Judicial del Estado conozca y asegure la efectividad de estos derechos.

Pero la salvaguarda de los Derechos Humanos no puede dejarse solo en manos de uno de los poderes del mismo Estado que los conculcó. En definitiva, el Poder Judicial forma parte del Estado, y el poder político puede extender su influencia decisivamente sobre él. Por ello, subsidiariamente, cada ciudadano tiene frente al Estado abierto el recurso de petición ante la Comisión y eventualmente ante la Corte, una vez agotados sus recursos nacionales. Hasta aquí no hay mayores dificultades en doctrina ni en jurisprudencia.

En efecto, no hay obstáculos significativos en la recepción de la normativa interamericana por parte de los ordenamientos nacionales, y en la mayoría de los Estados dicha normativa es aplicada por los tribunales. De hecho, me atrevería a decir que el clásico debate monismo-dualismo se encuentra superado en el plano normativo, y aunque en no todos los países se ha hecho del mismo modo, como quedó señalado arriba, en la práctica podríamos hablar, junto a Armin Von Bogdandy, de un *pluralismo normativo* en el que existe interacción entre los distintos ordenamientos internacional y nacional. Esa interacción debe ubicarse entre la teoría del efecto directo o *self-executing* y la interpretación conforme la doctrina de *Charming Betsy*¹⁵. En este mismo

13 Art. 75, inc. 22.

14 Cf. Steiner, C.; Uribe, P. Ob. cit., 9.

15 En “*Murray vs. The Schooner Charming Betsy*”, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el alcance de los actos del Congreso no debe establecerse en contravención

sentido, César Landa ha llegado a hablar de un *ius publicum americanum* alumbrado a partir de la integración superadora del monismo y dualismo mencionados¹⁶. Y el juez Figueiredo Caldas, en “Gomes Lund vs. Brasil”, señaló: “[...] para los Estados que libremente adoptaron la Convención, equivale a una constitución supranacional atinente a los Derechos Humanos”.

II. ¿Cuál es el contenido del control de convencionalidad?

Ahora bien, si aceptáramos esta tesis en relación con las normas de Derecho Internacional, *a fortiori* deberíamos aceptarla en relación con las decisiones de los tribunales internacionales. Y hete aquí el problema: ¿cuál es el alcance de las decisiones de la Corte?

En efecto, cuando un tribunal constitucional o corte suprema de un Estado aplica la Convención y el resto de la normativa internacional, lo hace armonizando la misma con los Derechos Constitucionales y el resto del ordenamiento jurídico, producto de su propia tradición jurídica, y en la medida y con los contornos propios de esa tradición y de las circunstancias del caso concreto. Luego, si esta decisión del Poder Judicial interno no responde a los estándares internacionales de Derechos Humanos, se pondrá en acción el mecanismo de la Comisión y la Corte, y el Estado en cuestión será responsable de lo que haya hecho o permitido, incluso legislativa o judicialmente, en relación con ese caso.

Una primera aproximación a la *labor interpretativa* de estas fuentes de derecho plurales –y la lógica jurídica con la que fueron establecidas– nos indica que esta debería ser también subsidiaria. Es decir, que los jueces nacionales deben aplicar el derecho interno y el convencional, y que serán ellos los que interpreten las fuentes y las apliquen, y solo subsidiariamente intervendrán la Comisión y la Corte.

Pero la Corte ha elaborado la *doctrina del control de convencionalidad*, que altera sustancialmente esta lógica jurídica y, en los hechos, abandona el carácter subsidiario del sistema interamericano y de su aplicación. En el

del Derecho Internacional cuando existen otras posibles alternativas. Es decir, la ley estadounidense no debe ser interpretada de manera que colisione con el Derecho Internacional cuando es posible evitar el conflicto normativo. Cf. Von Bogdandy, A. “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. Ob. cit., 23.

16 Cf. Landa, C. (2009). “Implementación de las decisiones del sistema interamericano de Derechos Humanos en el ordenamiento constitucional peruano”. En Von Bogdandy, A.; Morales, M. y Landa, C. (Coords.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid. CEPC-MPI, 315.

año 2006, en el caso “Almonacid Arellano *vs.* Chile”, la Corte ha establecido: “[...] 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 obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”¹⁷. Al mes siguiente, la Corte estableció que este control de convencionalidad debe realizarse *ex-officio*¹⁸. Finalmente, en el año 2010 la Corte amplió el espectro de sujetos llamados a ejercer el control de convencionalidad a *todos los funcionarios y órganos vinculados a la administración de justicia* en todos los niveles¹⁹, para luego extenderlo a las *autoridades administrativas*²⁰. Es decir, todos-todos.

Para llegar a esta doctrina, la Corte —no olvidemos que es el órgano facultado para interpretar la Convención²¹— se valió, entre otros argumentos, del *principio de buena fe* que impone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe”; el artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, y el artículo 31, sobre las reglas generales de interpretación: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El razonamiento que se sigue es que un Estado solo actúa con *buena fe* en el cumplimiento de la Convención si realiza una alternación de su sistema de fuentes interno ejerciendo el control de convencionalidad *con arreglo a la interpretación de la Corte*, pues de otra manera se vulneraría el *principio de efectividad*.

Por otro lado, la Corte recoge implícitamente el *principio de interpretación evolutiva* que establece que las obligaciones internacionales deben

17 Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

18 Corte IDH, caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú”, sentencia del 24 de noviembre de 2006.

19 Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”, sentencia del 26 de noviembre de 2010; cf. Steiner, C.; Uribe, P. Ob. cit., 14.

20 Corte IDH, caso “Gelman *vs.* Uruguay”, sentencia del 24 de febrero de 2011.

21 Convención, art. 62.3.

ser interpretadas conforme al paso del tiempo, adaptándose las a los *nuevos contextos sociales*²². Finalmente, la Corte acude a los artículos 1° y 2° de la misma Convención, en cuanto obligan a los Estados a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” y a “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En realidad, el *nomen iuris* de *control de convencionalidad* fue utilizado por primera vez por el juez Sergio García Ramírez para designar la facultad de la Corte de revisar la conducta del Estado a la luz de la Convención²³. Es decir, que la Corte se constituía como último intérprete de un *control difuso* de convencionalidad y además subsidiario —en los términos arriba expuestos—, pero en “Almonacid Arellano” (que era además un caso muy complejo porque podría considerárselo de justicia transicional), la Corte pasa a establecer un *control concentrado de convencionalidad*²⁴ que no comprende sólo la Convención sino también la interpretación que de ella ha hecho en casos pretéritos, y que se pretende obligatorio para todos los jueces latinoamericanos²⁵.

En Argentina —por ejemplo— la Corte Suprema ha tenido en los últimos veinte años la tendencia a acoger este modo de entender el sistema interamericano en su relación con el orden interno. La Constitución replica en su artículo 31 el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, y constituye lo que llamamos *bloque federal*, dentro del cual se encuentran los tratados internacionales. Desde la misma entrada en vigencia de la Constitución en el año 1853, la Corte Suprema ha realizado frecuentes apelaciones al *derecho de gentes*, reconociendo expresamente la existencia de *principios de Derecho Internacional*. A partir de la segunda mitad del siglo XX, este derecho de gentes fue considerado por la Corte Suprema argentina el marco adecuado para el castigo de *crímenes contra la humanidad*, en casos como “Bohne”, “Schwammberger”, “Priebke”, “Arancibia Clavel”, “Lariz Iriondo”, “Simón”, “Mazzeo” y “Videla y Massera”²⁶.

22 El principio de interpretación evolutiva ha sido reconocido y aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Christine Goodwin vs. The United Kingdom”, Gran Chamber, sentencia del 11 de julio de 2002. Cf. Steiner, C.; Uribe, P. Ob. cit., 11.

23 Corte IDH, caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre de 2003.

24 En contra de esta interpretación, cf. Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo Möller, C. M., en su comentario al artículo 1° de la Convención. En Steiner, C. y Uribe, P. Ob. cit., 65.

25 Cf. García Sayan, D. (2005). “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. Corte IDH. San José de Costa Rica, 323-384.

26 Cf. Sodero, E. “Precedente e internacionalización del Derecho Constitucional”. Ob. cit., 457.

Ya en 1992, en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, la Corte Suprema estableció: 1. Que el derecho convencional prevalece sobre el local (según el art. 27 de la Convención de Viena); 2. La violación de la Convención puede provenir tanto de una acción normativa como de una omisión; 3. Que los órganos administrativos y jurisdiccionales están vinculados por la responsabilidad internacional que surge de violar la Convención; 4. Que en la interpretación de la Convención el Poder Judicial debe *guiarse* por la jurisprudencia de la Corte²⁷.

Esta doctrina fue recogida por la reforma de la Constitución realizada dos años después, en la que se otorgó *rango constitucional* a los tratados de Derechos Humanos²⁸. En lo que respecta a la cuestión de la interpretación de la Convención y su aplicación, la Corte Suprema no dejó de citar jurisprudencia de la Corte Interamericana en forma creciente. Finalmente, en el año 2007, en el caso “Mazzeo”, la Corte Suprema citó de modo expreso el precedente “Amonacid Arellano” y, como señala María Angélica Gelli, *lo siguió a la letra*²⁹.

En efecto, allí sostuvo la Corte Suprema argentina: “[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, *el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*, intérprete último de la Convención Americana”³⁰.

La Corte Suprema argentina ha hecho suyas las palabras de la Corte Interamericana de un modo notable. Esto entraña una segunda perplejidad jurídica, pues en Argentina el sistema de control de constitucionalidad es difuso. La jurisprudencia de la Corte Suprema no es obligatoria sino para las partes del caso, aún cuando se declare la inconstitucionalidad de una ley. Ahora bien, por imposición externa y reconocimiento propio, no siendo obligatoria la jurisprudencia de la Corte Suprema sí lo sería la de la Corte Interamericana, lo que es exótico a nuestro sistema de *judicial review*.

Además, la doctrina no es pacífica en relación con la preeminencia de la Convención por sobre la Constitución Nacional, especialmente teniendo en cuenta los votos en disidencia del juez Fayt. Cuestión importantísima

27 La interpretación de la Convención debe “guiarse por la jurisprudencia de la Corte”, en el mismo sentido en los casos “Alianza Frente de Unidad s/ oficialización lista de candidatos – Romero Feris”; “Portal de Belén”; “Acerbo”. En “Simón” se sostiene que es una “imprescindible pauta de interpretación” y en “Mazzeo” se afirma que es una “insoslayable pauta de interpretación”.

28 Art. 75, inc. 22.

29 Cf. Gelli, M. A. “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisprudencia constitucional y la convencional”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. Ob. cit., 420.

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mazzeo, Julio Lilo s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”, considerando 21.

que no podrá ser abordada en este trabajo. Pero independientemente de ello, continúa siendo polémico qué significa *tener en cuenta* la interpretación que la Corte realiza de la Convención.

III. ¿Qué significa tener en cuenta?

La Corte es la última intérprete de la Convención y ello se desprende pacíficamente de la misma Convención. Naturalmente, esta interpretación es obligatoria, como lo es el fallo mismo, para el Estado que es condenado. Constituye *cosa juzgada internacional* y es directamente vinculante.

Aquí debo introducir un matiz del juez Renato Rabbi-Baldi, quien sostiene que esta obligatoriedad de las sentencias de la Corte emanadas en el marco del artículo 68.1 de la Convención podría no ser inexorable a la luz del mismo texto de la norma, que establece: “[...] los Estados Partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, lo cual, según el juez argentino, no es exactamente lo mismo que decir que dichas decisiones sean de *cumplimiento obligatorio*. Y abunda que “Resulta indudable que el ‘compromiso’ –en especial a nivel internacional, aunque conceptualmente no es diferente a nivel interno– está señalando que una sentencia de la CIDH no es papel mojado y que los Estados deben honrarla. Pero el ‘compromiso’ no es equivalente a algo inexorable ya que nada excluye que una sentencia, aún internacional, resulte violatoria de ‘normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)’, como lo ha venido a precisar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 53) y, en rigor, lo dice nuestra Constitución desde 1853 (arts. 27 y 102 –actual 118–). Sin perjuicio de volver sobre este aspecto nuclear del tema –que hace a la tesis del ministro Fayt y, acaso, de la jueza Argibay, relativa a este asunto–, dejo sentado aquí una matización acerca de la obligatoriedad no ya de las interpretaciones o de las sentencias de la CIDH en casos en que nuestro país no es parte, sino también en casos en que sí lo es”³¹.

No obstante, es indudable que el deber de cumplimiento por parte del Estado reviste la mayor importancia, pues la falta de cumplimiento genera un desprestigio grande del sistema interamericano, y puede afectar incluso los ordenamientos nacionales³².

31 Cf. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2013). Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a decisiones internacionales. Conferencia leída en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal. Córdoba (Argentina), septiembre 18 al 20.

32 Cf. García Ramírez, S. (2002). *Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana*. México. UNAM, 156.

La interpretación que de la Convención hace la Corte no es indiferente para el futuro de las decisiones de la misma Corte ni para los tribunales internos que apliquen la Convención. Ahora bien, ¿esta interpretación es *obligatoria o meramente orientativa* para los tribunales internos? Hay varias respuestas posibles al interrogante sobre qué alcance tiene el “tener en cuenta” de la jurisprudencia de la Corte.

Una posibilidad es tomar a la jurisprudencia de la Corte como una orientación en la interpretación de la Convención. Desde esta perspectiva, los tribunales internos tienen la obligación de considerarla y analizarla, deben *tomarla en serio*, pero no seguirla de modo abstracto y lineal. Los tribunales internos deberán interpretar la jurisprudencia de la Corte y aplicarla de acuerdo con las características del caso, sus hechos, su encuadre jurídico en el orden interno y su propia tradición jurídica. Esta es la línea interpretativa que propongo, en virtud de la cual las resoluciones a las que arriba la Corte en los casos contenciosos sometidos a su conocimiento únicamente se extienden a los Estados partes en la controversia de que se trate, y siempre que dicha decisión no violente principios de orden superior del Estado al que se refiere la resolución³³.

La posibilidad alternativa es considerar que la interpretación de la Corte es *obligatoria* para todos los Estados signatarios de la Convención. Esta es la posición de la misma Corte, de la Corte Suprema argentina (aunque no en forma unánime) y de gran parte de la doctrina. Menciono ilustrativamente la opinión de Bazán, para quien la sentencia constituye *cosa interpretada internacional*, causando también una vinculación directa con el resto de los países signatarios, o en palabras de Cançado Trindade, el resolutorio es válido *erga omnes partes*³⁴.

De este modo se busca configurar el sistema interamericano como un *case-law system*, en el que se impone el principio de *stare decisis*³⁵ que es absolutamente ajeno a la Convención, el Estatuto de la Corte y la tradición jurídica latinoamericana. Entender así el sistema implica que

33 Cf. Gelli, M. A. Ob. cit. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. y Fleming Cánepa, E. (2015). “El caso ‘Artavia Murillo vs. Costa Rica’ de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”. En Palacio de Caeiro, S. *Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino*. Buenos Aires. La Ley.

34 Cf. Bazán, V. (2014). “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 20°. Colombia. Konrad Adenauer Stiftung, 389.

35 Cf. Soderó, E. (2014). “Los desafíos del positivismo de los Derechos Humanos. El sistema internacional de protección de los Derechos Humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño?” En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 20°. Colombia. Konrad Adenauer Stiftung, 489.

la Corte se constituye en un órgano cuasi-legislativo que elabora nuevas normas en solitario y hasta reconoce derechos que no están pactados en la Convención³⁶.

Creo que esta posición es errónea y ofrece muchos puntos débiles y riesgos que quisiera destacar.

- a. En primer lugar, debo mencionar el argumento gramatical, que es un argumento fuerte cuando estamos en presencia de una Convención vigente respecto de veinte Estados nacionales distintos, con diferentes tradiciones y antecedentes. En casos como este, la letra del Pacto es central y debe ser respetada. El artículo 68.1 dispone que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Como señala Rabbi-Baldi, la expresión no admite margen de duda, resultando aplicable la conocida pauta de interpretación jurisprudencial según la cual no cabe a los tribunales *apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley*³⁷.
- b. En segundo lugar, pero desprendiéndose de lo anterior, la Corte parece vulnerar el principio de *buena fe* por ella misma argüido y establecido en los artículos 26 y 31 de la Convención de Viena, al imponer a los Estados signatarios una limitación a su soberanía mayor a la que ellos soberanamente accedieron. En efecto, un órgano institucional no puede arrogarse mayor poder que el que le ha sido concedido. En el plano del Estado de Derecho Democrático el poder es otorgado y es recibido, no es tomado desde arriba ni autoarrogado.
- c. Asimismo, el *principio de interpretación evolutiva*, que no está mencionado en la jurisprudencia pero sí es indudablemente aplicado, va también en contra de la Convención de Viena por aplicación del citado artículo 31 en su interacción con el artículo 62. Este último establece que las circunstancias constituyen una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por un tratado; y que si estas *cambian y el cambio tiene por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado*, es causa para darlo por terminado o retirarse de él.
- d. En cuarto lugar, se echa a un lado la subsidiariedad subyacente, en principio, a todo sistema global y la función meramente *coadyuvante*

³⁶ Ibídem, 492.

³⁷ Cf. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. y Fleming Cánepa, E. Ob. cit.

o complementaria de la Corte, que aparece en el preámbulo de la Convención³⁸.

- e. En quinto lugar, pero vinculado a la subsidiariedad, tenemos la ausencia en el ámbito interamericano de la doctrina del *margen de apreciación estatal* que más elásticamente se ha desenvuelto en el ámbito europeo. A su turno, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia dictada en el caso “Handyside vs. Reino Unido”, del 7 de diciembre de 1976, ha adoptado esta conocida doctrina que busca, por el debido reconocimiento al orden jurídico interno de cada Estado, otorgar deferencia al criterio de protección que en ese ámbito sea acordado a los Derechos Fundamentales³⁹. Es de preguntarse si dicha teoría no puede considerársela dentro del *ius cogens*.
- f. La solución implica un poder desmesurado en manos de la Corte, lo que iría en contra de los principios democráticos que supone el instituto mismo de los Derechos Humanos. Problema sugerido por Sodero citando a Juvenal: *quis custodiet ipsos custodes?*, dado que la Corte pareciera imponer un nuevo paradigma positivista al detentar un poder mayor del reconocido al Parlamento en los siglos XVIII y XIX. En efecto, aún en el reinado del *positivismo legalista* se reconocía al legislativo estatal los límites de la *rerum natura*. El constitucionalista suizo del siglo XVIII, Jean-Louis de Lolme, refiriéndose al Derecho Inglés, aseguraba que “el parlamento puede hacer cualquier cosa, excepto convertir en mujer a un hombre, o a un hombre en mujer”. Mientras que “En nuestro tiempo, y contra tales límites, los jueces han llegado a reconocer no sólo que un hombre puede ser mujer (reconociendo el cambio de sexo), sino –lo que es más dañoso aún– que directamente han negado el estatus de personas a quienes en realidad lo son, negación que se comprueba en ‘Artavia Murillo’⁴⁰, donde la Corte se atribuye el poder de decir quién es persona y quién no lo es y, sin dejar de recordar que ella misma había ‘señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada

38 Cf. Bandieri, L. M. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas. En Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural, *Derecho Natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*. Buenos Aires. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf> [Fecha de consulta: 14-8-2015].

39 Cf. Colombo Murúa, I. “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”. En LL 2012-B, 998.

40 He tratado el caso “Artavia Murillo” en Maino, C. A. G. (2014). “La eficacia de las sentencias de la CIDH y el caso Artavia Murillo”. En *Eficacia de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Un reto por resolver* (Coords.: Leoba Castañeda y Otero Parga). México. Porrúa, 75-92.

- de su vida arbitrariamente', termina zanjando dogmáticamente un debate científico –y moral– a través de la regla de que el embrión humano no implantado no debe ser considerado persona en el sentido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴¹.
- g. En séptimo lugar, reaparece con fuerza el problema del *judicial review* y la *dificultad contramayoritaria*. El argumento del autogobierno democrático y la insuficiente legitimidad de los tribunales internacionales invitan a una aplicación restrictiva de los fallos de los tribunales internacionales. Este tema, al que los latinoamericanos parecemos hacer caso omiso, ha cobrado un gran interés en los Estados Unidos. En efecto, a partir de los primeros años de este siglo la Corte Suprema de los Estados Unidos ha acudido colateralmente a sentencias internacionales como fundamento de sus fallos (basadas en instrumentos internacionales que no han sido incorporados al ordenamiento jurídico local por decisión soberana del gobierno democrático de esa nación)⁴². Ello ha ocasionado un gran revuelo y las resistencias no sólo de jueces conservadores, como Antonin Scalia, sino también de un liberal, como Richard Posner⁴³.

IV. Prudencia vs. activismo

Frente a este dilema podríamos caer en la tentación de querer dejar el problema librado al entrecchoque y las tensiones que se dan en la relación jurisprudencia de la Corte-jurisprudencia interna.

Varios autores lo han propuesto, como Gertrude Lübbe-Wolff, jueza del Tribunal Constitucional de Alemania, quien sostiene: “Un orden internacional al que se integren de tal manera los regímenes jurídicos nacionales sería funcional al deseo de ver inequívocamente localizada la ‘última palabra’ y mantener al mundo en lo posible libre de conflictos que el Derecho no

41 Cf. Sodero, E. “Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño?” Ob. cit., 493, donde también recuerda el caso “Dred Scott vs. Sandford”, donde el juez Taney pasó a la historia afirmando que las personas de raza negra eran *una clase de seres subordinada e inferior, tan inferior que no tiene derechos que los blancos estén obligados a respetar*, por lo que *puede justa y legalmente ser reducido a la esclavitud en su propio beneficio*, concluyendo que la raza africana esclavizada no estaba incluida entre el pueblo cuyos derechos inalienables proclamaba la Declaración de la Independencia.

42 Casos “Atkins vs. Virginia”, de 2002; “Roper vs. Simmons”, de 2005 y “Lawrence vs. Texas”, de 2003.

43 Cf. Santiago, A. (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons, 201.

está en condiciones de resolver o para los que, más exactamente, sólo puede ofrecer soluciones encontradas según las diferentes perspectivas.

No obstante, el mundo real no puede ser redimido de sus conflictos reales con meras construcciones teórico-jurídicas, y existen razones para preguntarse si a largo plazo no podría resultar más útil al Derecho y a la paz soportar una tensión entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional, que postular un sometimiento 'incondicional', y en consecuencia también ilimitado, a 'uno' de estos regímenes jurídicos, el internacional, a partir del cual las partes contratantes de tratados internacionales y los Estados miembros de organizaciones supranacionales, renuncian a toda posibilidad de tener voz y voto a la hora de decidir acerca de cuáles son los 'límites' de su inserción en contextos supranacionales en tratados de Derecho Internacional⁴⁴.

Creo que esta solución no es la adecuada, sino que es necesario elaborar teóricamente el alcance de la jurisprudencia de la Corte en base a la limitación de soberanía realizada al suscribir la Convención. La solución de la no-solución, en la que nadie tiene la *última palabra*, puede ser descripta con la imagen utilizada por el magistrado británico del Tribunal Europeo, Sir Konrad Schiemann, quien señaló que *en su larga vida matrimonial su mujer y él nunca pudieron ponerse de acuerdo sobre cuál de los dos tiene la última palabra, sin que ello haya perjudicado el matrimonio en absoluto*⁴⁵. Justamente esta imagen nos revela la realidad que esconde esta solución de la no-solución: como en el matrimonio, *aunque no se diga, en la práctica alguien tiene la última palabra*.

Resuelto a ofrecer una solución, considero que lo vertido en el acápite precedente ofrece razones suficientes para proponer una mayor cautela en relación con las facultades que se irroga a sí misma la Corte.

Aún concediendo que el sistema interamericano y sus actores tienen la loable aspiración de establecer ellos mismos *la paz perpetua*, con esa bella intensión no sólo no se consigue aquel paraíso terrenal soñado sino que más bien genera la sensación de autoritaria imposición de construcciones y soluciones ajenas a las naciones y a sus ciudadanos. Por ello hay que tener cuidado con nuestras aspiraciones y sueños, pues su realización a veces producen monstruos que luego no harán más que atormentarnos.

Si la globalización de los tribunales traerá los mismos resultados que la globalización de los mercados, deberíamos replantearnos hacia dónde estamos yendo, atraídos por la dulce música de los Derechos Humanos, cual si fuéramos los niños de Hamelín.

44 Cf. Lübbe-Wolff, G. "Justicia constitucional y justicia internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones". En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. Ob. cit., 102.

45 Ibídem, 105.

Hay un costo de la *internacionalización del Derecho Constitucional* que debemos pensar si estamos dispuestos a pagar, y en qué medida. Principalmente, *la distancia y menor familiaridad* que los justiciables y los operadores jurídicos tienen del sistema genera falta de transparencia en el mismo, y también desigualdades en las posibilidades de acceder al sistema, y la *imposibilidad fáctica de democratizar* estos ámbitos tan lejanos de los ciudadanos, hace que sus decisiones no tengan la representación, meditación y diálogo que precede a una norma internacional como una Convención. Por ello existe el principio de subsidiariedad y las distintas formas de federalismo, que permiten una integración mediatizada y democrática de la politicidad humana.

Esta lejanía de la Corte ha acarreado ya contradicciones graves. Un caso emblemático en este sentido es el de “Gelman vs. Uruguay”, en el que en tributo a la salvaguarda de los derechos reconocidos en la Convención, se conculcan otros igualmente reconocidos y elementales para la práctica cotidiana del Derecho Penal occidental. De hecho, en ese caso la misma Corte reseña cómo cada país ha resuelto los problemas de justicia transicional de un modo distinto, adecuado a su historia, tradición jurídica y situación política. Sin embargo, esta evidencia no le ha impedido a la Corte fallar realizando una ponderación arbitraria de derechos⁴⁶.

Esta autoconciencia de la Corte, y el curso que le ha dado a su accionar, puede agravar conflictos en vez de atenuarlos. Tal es el caso de las llamadas reparaciones simbólicas, que por su índole corresponden a la política y no a un Tribunal, y mucho menos internacional⁴⁷. Por ejemplo, en el caso “Castro Castro vs. Perú”⁴⁸, sobre el ataque al penal de Castro Castro en el que se encontraban detenidas personas pertenecientes a la organización terrorista *Sendero Luminoso*, y que fue reprimido de un modo que la Corte juzgó *injustificable*. La Corte sostuvo que su fallo constituía por sí mismo una reparación, al sostener que los hechos fueron negados, ocultados, tergiversados o justificados por largo tiempo. Como parte de esta *reparación simbólica* la Corte dispuso que los nombres de los 41 muertos en el ataque al Penal fueran tallados en las piedras que rodean el memorial denominado *El Ojo que Lloro*, ubicado en Lima. María Angélica Gelli rememora que cuando se inauguró el memorial, el espíritu de paz que lo guiaba ayudó a su aceptación por la sociedad peruana. Sin embargo, cuando la sentencia en

46 En el mismo sentido, el caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003.

47 Sobre el tema de las reparaciones simbólicas ver Gelli, M. A. (2007). “Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los Derechos Humanos”. En *La Ley*, suplemento constitucional. Buenos Aires.

48 Corte IDH, fallo “Castro Castro vs. Perú”, sentencia del 25 de noviembre de 2006.

“Castro Castro” se emitió, ordenando la incorporación de los nombres de los muertos tallados en las piedras del monumento, se desató una reacción de parte de la sociedad peruana, con críticas al memorial, que llegaron a pedir su demolición. Algunos llegaron incluso a considerarlo un *Monumento al Terrorismo*. Ello trajo aparejado un rechazo de muchos hacia la sentencia y hacia misma Corte. Las críticas estaban centradas no en las reparaciones materiales sino en esta reparación simbólica⁴⁹.

La Corte parece olvidar que cada pueblo, al igual que cada persona, procesa y resuelve sus contradicciones y desgracias como puede, con sus propios tiempos y modos. Tales procesos deben ser llevados adelante en y por la vida política de ese pueblo, y no pueden ser impuestos voluntariamente desde San José de Costa Rica.

V. Algunas líneas de acción a modo de conclusión

Es indudable que la interpretación de la Convención que realice la Corte debe ser *tenida en cuenta* por los tribunales que la apliquen, del mismo modo que cualquier otro tribunal inferior respecto de las interpretaciones no vinculantes de su tribunal jerárquico.

Ello no quiere decir que sean *obligatorias*, sino que deben ser sopesadas y consideradas al momento de realizar la propia interpretación en el marco de la aplicación local y directa de la Convención⁵⁰. La Corte no tiene autoridad política ni facultad jurídica para exigir más. Los tribunales internos no deberían ir más allá, ni reconocer más de lo que en justicia deben. A veces pareciera que los tribunales superiores de Latinoamérica encuentran en la aceptación de la interpretación de la Corte una *zona de confort* en la que, so pretexto de prevenir al Estado de responsabilidad internacional, prevalece un argumento de fundamentación que los releva de cualquier esfuerzo de adecuación prudencial de la Convención a los ordenamientos internos y a la propia tradición jurídica.

Actuar así no es aplicar la doctrina del *self-executing* de la Convención, sino que más bien estaríamos aplicando las decisiones de la Corte como si fuera una especie de *consejo de caddies* o presuponiendo que la misma tiene

49 Cf. Gelli, M. A. “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisprudencia constitucional y la convencional”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. Ob. cit., 424.

50 Para Gozaíni es distinta la solución cuando se trata de una opinión consultiva, porque en ese caso la Corte se aboca exclusivamente a la interpretación de las normas del sistema. Esta interpretación sería obligatoria y los tribunales internos deben cumplir con el deber impuesto en la misma Convención de adaptar el derecho interno a la misma. Cf. Gozaíni, O. A. (2008). “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”. En Albanese, S. *El control de convencionalidad*. Buenos Aires. EDIAR, 105.

una suerte de inspiración divina que le da infalibilidad. Creo que aceptar esta configuración del sistema interamericano lo volvería muy poco democrático –demasiado poco–, y ello a socavo del Estado de Derecho y del reparto institucional del poder, por parte de un organismo carente de representación política.

En efecto, la obligatoriedad de las interpretaciones de la Corte *erga omnes* la volvería una *conferencia internacional en sesión permanente*, que no ostenta ninguna representación política válida para la tan delicada tarea de reconocer Derechos Humanos. Ya sostenía Rousseau que si tuviéramos un pueblo de dioses no haría falta la representación⁵¹, pero los pueblos de dioses no existen y las cortes de dioses tampoco. La representación política es esencial a la democracia, porque si bien es cierto que una asamblea de representantes puede errar o prevaricar gravemente, los controles mutuos, procesos políticos, deliberaciones públicas y procedimientos formales de toma de decisión constituyen una mejor prevención que la que se cuenta en una Corte. No es para esto para lo que la Corte fue constituida, ninguna corte en realidad. Además, no permitir el disenso respecto de sus interpretaciones representa una contradicción con el proceso iniciado en 1948 en virtud del cual, junto con las declaraciones y los sistemas de salvaguarda de derechos, se promovió el sistema democrático como esencial a los mismos, y, como ya señalara Bobbio, la posibilidad de disenso es esencial a la democracia⁵².

En “Mazzeo”, en el voto disidente de Fayt se lee: “No debe permitirse que los grandes beneficios hagan desaparecer los grandes principios. Precisamente una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá”. Y el maestro Bidart Campos sostenía que ninguna solución humana, por más justa que fuera, *resiste convertirse en dogma ni verse como la única*. Comparto entonces lo siguiente: “Por eso quizá uno de los medios adecuados para la interpretación armónica del Derecho vigente consista en aplicar los grandes lineamientos doctrinarios donde los consensos se han consagrado y reconocer que aquellas posiciones imbricadas, ausentes de unanimidades, no sólo entre miembros de las cortes internacionales, sino entre estos y los jueces de los máximos tribunales nacionales, merecen la aplicación de la regla de la normal prudencia hasta llegar a develar la existencia de una doctrina perdurable en base al principio de seguridad jurídica tantas veces invocado por los tribunales”⁵³.

51 Rousseau, J. J. *El Contrato Social*, III, 4.

52 Bobbio, N. (1994). *El futuro de la democracia*. Barcelona. Planeta, 77.

53 Albanese, S. “La internacionalización del Derecho Constitucional y la constitucionalización del Derecho Internacional”. En Albanese, S., *El control de convencionalidad*. Ob. cit., 44.

Me gustaría ofrecer el punto de vista según el cual los tribunales internos, sobre todo los superiores, se ubicaran entre la Convención y la jurisprudencia de la Corte, y los ordenamientos internos y su propia tradición jurídica, en un arduo ejercicio prudencial de interpretación tópica, adecuando y sopesando las distintas fuentes y elementos que confluyen en el caso concreto. Porque “para interpretar y aplicar los derechos no sirve la *scientia iuris*, sino que se precisa la *iuris prudentia*, capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad”⁵⁴. El juez se presenta así como un mediador entre la universalidad de la Convención y la Corte, y la particularidad del ordenamiento interno y el caso. Una especie de *pontifex* que pareciera ubicarse fuera de la estatalidad, fomentándose una aproximación al modelo estadounidense de la función del juez, en el que como decía Hamilton, en *El Federalista*, se concibe a los tribunales como un *cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado*⁵⁵.

A modo de propuestas de acción para rectificar el camino que han tomado tantos tribunales internos, hay algunas pautas que someteré a la consideración del lector.

1. La primera de ellas es que debemos distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, es decir, entre aquello que importa un criterio normativo o *línea jurisprudencial* y lo propio del caso concreto no extrapolable a un criterio general⁵⁶.
2. En segundo lugar, haciendo tributo a Heráclito, es necesario recordar que no existen nunca dos casos idénticos, por lo que corresponde corroborar si hay suficiente similitud entre el precedente de la Corte y el que debe juzgar el tribunal interno. Dicha similitud o disparidad puede estar fundada en la diversidad cultural e histórica de los países respecto de los cuales se aplica la misma norma.
3. En tercer lugar, dado que la Corte no es infalible y está sujeta a error e incluso prevaricación, no es imposible que pudiéramos toparnos con una decisión injusta, contraria a la razón, a la misma Convención, a otras normas del Derecho Internacional, o a los principios del Derecho Internacional. En tal caso, estaríamos en presencia de un

54 Aragón Reyes, M. (2004). “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. En Carbonell, M.; Fix Fierro, H.; Vázquez, R. *Jueces y derecho*. México. UNAM-Porrúa, 156.

55 Gozaíni, O. A., “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”. En Albanese, S. Ob. cit., 93.

56 Soderó, E. “Precedente e internacionalización del Derecho Constitucional”. Ob. cit., 470.

precedente manifiestamente injusto que no debería ser seguido por ningún tribunal interno⁵⁷.

4. En cuarto lugar, fomentar la doctrina del *margen de apreciación estatal*, que es una suerte de *selfrestraint* que se orienta a respetar los procesos políticos locales, los modos de los pueblos de resolver cuestiones vinculadas a la justicia transicional o a violaciones de Derechos Humanos ocurridas en el pasado, y –sobre todo– la tradición jurídica de los pueblos.

Bibliografía

- Albanese, S. (2008). “La internacionalización del Derecho Constitucional y la constitucionalización del Derecho Internacional”. En Albanese, S. *El control de convencionalidad*. Buenos Aires. EDIAR.
- Aragón Reyes, M. (2004). “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. En Carbonell, M.; Fix Fierro, H.; Vázquez, R., *Jueces y derecho*. México. UNAM-Porrúa.
- Bandieri, L. M. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas”. Presentado en Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: *Derecho Natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*. Buenos Aires. Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho.
- Bazán, V. (2014). “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 20°. Colombia. Konrad Adenauer Stiftung.
- Bobbio, N. (1994). *El futuro de la democracia*. Barcelona. Planeta.
- Colombo Murúa, I. “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”. *LL* 2012-B.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo Möller, C. M., en su comentario al artículo 1º de la Convención. En Steiner, C. y Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. Buenos Aires. Eudeba.
- García Ramírez, S. (2002). *Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana*. México. UNAM.
- García Sayan, D. (2005). “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. Corte IDH. San José de Costa Rica.
- Gayo. *Digesto* I, 1, 8; *Instituta* I, 2, 1.
- Gelli, M. A. (2012). “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”. En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L., *Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. EUDEBA.

57 Ídem.

- Gelli, M. A. (2007). "Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los Derechos Humanos". En *La Ley*, suplemento constitucional. Buenos Aires.
- Gozaini, O. A. (2008). "El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el Derecho Interno". En Albanese, S. *El control de convencionalidad*. Buenos Aires. EDIAR.
- Landa, C. (2009). "Implementación de las decisiones del sistema interamericano de Derechos Humanos en el ordenamiento constitucional peruano". En Von Bogdandy, A.; Morales, M. y Landa, C. (Coords.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid. CEPC-MPI.
- Lübbe-Wolff, G. (2012). "Justicia constitucional y justicia internacional: cooperaciones, conflictos y tensiones". En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L., *Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. EUDEBA.
- Maino, C. A. G. (2014). "La eficacia de las sentencias de la CIDH y el caso Artavia Murillo". En *Eficacia de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Un reto por resolver* (Coords.: Leoba Castañeda y Otero Parga). México. Porrúa.
- Márquez Luzardo, C. M. (2014). "La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros casos paradigmáticos. Los precedentes de Trinidad y Tobago; Perú y Venezuela". En *Cuestiones Jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Vol. VIII, N° 1.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. y Fleming Cánepa, E. (2015). "El caso 'Artavia Murillo vs. Costa Rica' de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno". En Palacio de Caeiro, S. *Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino*. Buenos Aires. La Ley.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2013). Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a decisiones internacionales. Conferencia leída en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal. Córdoba (Argentina), septiembre 18 al 20.
- Rousseau, J. J. *El Contrato Social*, III, 4.
- Santiago, A. (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Schmitt, C. (1989). *Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza Editorial.
- Sodero, E. (2014). "Los desafíos del positivismo de los Derechos Humanos. El sistema internacional de protección de los Derechos Humanos: ¿La pesadilla y el noble sueño?" En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año 20°. Colombia. Konrad Adenauer Stiftung.
- Sodero, E. (2012). "Precedente e internacionalización del Derecho Constitucional". En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L., *Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. EUDEBA.
- Steiner, C. y Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. Buenos Aires. Eudeba.
- Von Bogdandy, A. (2012). "Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una perspectiva (mirada) de la relación entre el Derecho Internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales". En Capaldo, G.; Sieckmann, J. y Clérico, L. *Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. EUDEBA.