

# 43

Fecha de presentación: septiembre, 2018

Fecha de aceptación: diciembre, 2018

Fecha de publicación: enero, 2019

## EL CARÁCTER SUBSIDIARIO

DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

**THE SUBSIDIARY NATURE OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS**

Carlos Alberto Gabriel Maino<sup>1</sup>

E-mail: [mainogabriel@gmail.com](mailto:mainogabriel@gmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0394-3058>

<sup>1</sup>Pontificia Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires. Argentina.

### Cita sugerida (APA, sexta edición)

Gabriel Maino, C. A. (2019). El carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Universidad y Sociedad*, 11(1), 350-358. Recuperado de <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus>

### RESUMEN

El trabajo aborda la eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos la luz del principio de subsidiariedad y de la reciente jurisprudencia del tribunal, en especial el caso Fontevecchia y la Opinión consultiva 24 de noviembre del 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Como métodos utilizamos armónicamente varios conocidos como el exegético analítico, el histórico lógico y el doctrinal, acompañándose de la técnica de revisión de documentos.

**Palabras clave:** Derechos humanos, principio de subsidiariedad, Corte IDH, control de convencionalidad.

### ABSTRACT

The work addresses the effectiveness of the judgments of the Inter-American Court of Human Rights in light of the principle of subsidiarity and the recent jurisprudence of the court, especially the Fontevecchia case and the Advisory Opinion on November 24th., 2017 requested by the Republic of Costa Rica. As methods we use harmonically several known as the analytical exegetical, the logical and the doctrinal historical, accompanied by the document review technique.

**Keywords:** Human rights, principle of subsidiarity, Inter-American Court, judicial review.

## INTRODUCCIÓN

El derecho, como término análogo, refiere en primer lugar a un orden social justo, en segundo lugar, a normas que plasman ese orden, y en tercer lugar a facultades que se desprenden del orden social, están recogidas en las normas, y que los individuos tienen la capacidad jurídica de desplegar y reivindicar.

Los derechos humanos, en tanto que se encuentran dentro del campo del derecho pueden ser analizados desde una triple vertiente, esto es, como una conducta ordenada, que ha sido recogida en normas (Constituciones, tratados), y que otorgan a los ciudadanos determinadas facultades.

Cuando el Estado no respeta estas facultades -prohibiendo o no disponiendo lo necesario para que las mismas puedan ser ejercidas-, estamos en presencia de una conducta antijurídica estatal. Los ordenamientos internos y el actual constitucionalismo otorgan a los ciudadanos distintos recursos para neutralizar esta antijuridicidad. En efecto, las constituciones occidentales tienen siempre un catálogo de derechos humanos, que por estar en la Constitución llamamos *fundamentales*, y que, funcionando como principios o garantías, constituyen todo un sistema de salvaguarda de los derechos humanos de sus ciudadanos, que a su vez tienen a su disposición acciones de tutela y otros recursos jurídicos para que el poder judicial del Estado conozca y asegure la efectividad de estos derechos.

Pero esta apretada descripción que hago muestra rápidamente que dejar la salvaguarda de los derechos humanos en manos de uno de los poderes del Estado importa un riesgo a su eficacia, pues en definitiva el poder judicial forma parte del Estado, y el poder político puede extender su influencia decisivamente sobre él. Por este motivo, desde la segunda posguerra, se han desarrollado sistemas continentales de salvaguarda de los derechos humanos. Estos sistemas están conformados principalmente por tribunales internacionales y por tratados internacionales vinculantes para ellos, suscriptos por los países sometidos a esa jurisdicción.

En el caso del continente americano, el sistema de protección de los derechos humanos ha sido conformado en el marco de la Organización de Estados Americanos. Consta de un tribunal superior que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos y un órgano de promoción que es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de dos normativas paralelas que son la Carta fundacional de la OEA y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por un lado, y por otro la Convención Americana de Derechos

Humanos, llamada también *Pacto de San José de Costa Rica*. Este último y sus protocolos adicionales, constituye un subsistema más vasto y pormenorizado, y fue suscripto por casi todos los países de Iberoamérica.

Todos estos tratados establecen derechos y prerrogativas en cabeza de los habitantes de los países signatarios, por lo que se diferencian de los tratados internacionales tradicionales, que suelen establecer obligaciones recíprocas entre las partes.<sup>1</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tribunal Constitucional Vs Perú (1999) ha establecido que *“estos Tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados parte y son aplicados por estos con todas las consecuencias jurídicas que de ahí se derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno”*.

No obstante, las instancias supranacionales de control y promoción deben tener una intervención subsidiaria, y sólo deben ser convocadas cuando se ha demostrado la ineficacia de los procedimientos domésticos, por lo que –en general– se exige como condición el haber agotado los recursos internos (De Martini, Pont, 2010). Esta subsidiariedad implica que la instancia natural de salvaguarda de los derechos humanos en Iberoamérica es el ordenamiento jurídico interno, y que sólo subsidiariamente existe el sistema internacional (Landra, 2007).<sup>2</sup>

La afirmación de que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en cuya cúspide se ubica la Corte IDH, es un sistema subsidiario y que, en consecuencia, dicho tribunal debe respetar el principio de subsidiariedad requiere un mayor grado de explicitación que a continuación se expone.

## DESARROLLO

<sup>1</sup> Los tratados establecen obligaciones para los Estados, pues se parte del reconocimiento de que este es el único responsable por las violaciones no reparadas.

<sup>2</sup> Aunque tiene larga tradición en Latinoamérica, pues varios países lo tienen en sus Constituciones, el principio es de genealogía alemana, considerando a la subsidiariedad como un *übrigens deutsch-rechtlichen Grundsatz* (principio máximo legal alemán). Es en Alemania donde el principio ha sido considerado con máxima atención como norma para la sociedad. Pero para citar a otro país, en Estados Unidos el término es casi desconocido, excepto entre los católicos, hasta un punto que no se incluye en los diccionarios.

La Convención Interamericana, a diferencia de su análoga europea, no consagra expresamente el principio de subsidiariedad en su articulado. Sin embargo, este principio es esencial al sistema, y puede darse razón de ello en virtud de distintos elementos del mismo.

En primer lugar, la mencionada necesidad de agotar las instancias internas antes de poner en marcha el mecanismo supranacional, sólo se explica a partir de un sistema que funciona en forma subsidiaria en su integridad, tanto desde el punto de vista de las normas -que suplen a la normativa protectoria interna- así como respecto de sus órganos de aplicación.

En segundo lugar, no es ocioso tener en cuenta que la tradición jurídica latinoamericana tiene a este principio como uno de sus fundamentales, al punto que es reconocido en varias Constituciones del continente.<sup>3</sup>

En tercer lugar, el principio de subsidiariedad es estructural a cualquier sistema de integración escalonado. Lo contrario implicaría el caos procesal y la inseguridad jurídica más plena, pues las instancias se saltarían sin ningún orden, y los órganos superiores se abarrotarían e hipertrofiarían arrogándose facultades de los inferiores que se volverían superfluos.

En cuarto lugar, el carácter subsidiario está aludido en el preámbulo de la Convención, cuando sostiene que su naturaleza es *convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho Interno de los Estados americanos*.

En quinto lugar, la misma Corte IDH ha hecho suyo el criterio hace 20 años, cuando afirmó en el Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua (1997), “que *no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede señalar las violaciones de los derechos consagrados en la Convención, pero carece de competencia para subsanar las violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer a la Corte Suprema de Justicia*”.

<sup>3</sup> Sería un error atribuir el principio sólo al pensamiento de la Doctrina Social de la Iglesia, aunque es insoslayable mencionar que esta doctrina recoge el principio de manera reiterada en diversos documentos. Sólo a guisa de ejemplo transcribiré la carta encíclica Mater et Magistra para mostrar que no es sólo la Rerum Novarum o la Centesimus Annus las que aluden al principio, sino que hace más de cien años que la Iglesia viene diciendo lo mismo, con distinto énfasis según las circunstancias. “Así como no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa, así tampoco es justo porque dañe y perturba gravemente el recto orden social atribuir a una sociedad mayor y más elevada lo que las comunidades menores inferiores pueden hacer y ofrecer por sí mismas, ya que toda acción de la sociedad en virtud de su propia naturaleza debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social pero nunca destruirlos ni absorberlos”

Por lo tanto, el nivel superior sólo debe intervenir cuando los objetivos a lograr no puedan ser alcanzados suficientemente en el ámbito local. Es lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha denominado *margen de apreciación nacional*, criterio hermenéutico que lo obliga a interpretar las disposiciones de la Convención Europea teniendo en cuenta las peculiaridades, condiciones y problemas locales, y apartándose de entender en cuestiones en las que *estando en contacto directo y permanente con las fuerzas vitales del país, las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que la jurisdicción internacional para evaluar las necesidades y el contexto local*. (Caso Buckley vs Reino Unido, 1996)

Respetando este margen y aplicando el criterio de la subsidiariedad -en diametral oposición con el criterio interamericano- el TEDH estableció en el caso Cosed vs Reino Unido (1990) que no podía pronunciarse -por ejemplo- sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, sobre la determinación científica y jurídica del comienzo de la vida (Caso Vo vs Francia, 2004), y sobre la permanencia de símbolos religiosos en instituciones públicas (Caso Lautsi vs Italia, 2011). Más aún, en el caso Evans vs The UK (2007) relativo a la fecundación asistida el TEDH manifiesta explícitamente: “que el motivo por el cual aplica el margen de apreciación nacional es -justamente- que el objeto del caso implica cuestiones de orden moral y ética referidas al acelerado avance del desarrollo científico respecto de los cuales no hay un acuerdo ni puntos de partida común entre los Estados miembros”.

La palabra subsidiariedad parece provenir de la organización militar en el imperio romano, en la que las *subsidiarii cohortes* eran las tropas que estaban en la retaguardia, dispuestos a ayudar a la *prima acies* -las tropas de primera línea- en caso de que estas no pudieran resolver por sí mismas la situación. Por eso deriva de *sedere*, es decir estar sentado. En este orden de ideas, la subsidiariedad tiene tres elementos distintivos, a saber según Landra (2007), siendo estos:<sup>4</sup>

En primer lugar, doctrinariamente la subsidiariedad regula la relación entre la persona y la sociedad. El fin de la sociedad es la persona, consecuentemente toda sociedad es subsidiaria para con sus miembros, debe posibilitar la acción libre y responsable, y la iniciativa individual. Llevado este aspecto al ámbito que nos ocupa, el sistema interamericano y la CIDH debe posibilitar la acción libre de los pueblos soberanos que le han dado vida y la sostienen, y debe ser respetuosa de sus individualidades y del resultado de sus procesos políticos democráticos.

<sup>4</sup>

En segundo lugar, el principio de subsidiariedad es una regla de discreción y de reserva en toda la actividad de los órganos superiores respecto de los de inferior jerarquía y comprensión. Por lo tanto, las intervenciones deberán limitarse a lo estrictamente necesario. Algo que también se ha llamado *un criterio de buen gobierno*.

En tercer lugar, el principio presupone una jerarquía de sociedades (con sociedades menores y mayores con respecto a las primeras), en la que se debe dar una sana armonía entre los derechos y la relación entre ellas.

Por lo tanto, los criterios por los que debería gobernarse la CIDH para ser fiel al preámbulo y la naturaleza misma de un órgano supraestatal, en paridad a su análogo europeo, son a. respeto a las decisiones democráticas de los pueblos organizados en un Estado de derecho, b. discreción en su accionar según el criterio del buen gobierno, y c. sana armonía en las relaciones jerárquicas de la CIDH para con los Estados soberanos.

Sin embargo, conducta de nuestro tribunal regional en nuestros días es refractaria a aceptar el llamado *margen de apreciación nacional* o -en general- al respeto del principio de subsidiariedad. Ello se verifica especialmente a partir del caso *Gelman*, al punto que los autores SILVA ABBOT y DE JESÚS GASTALDI han llegado a afirmar que la Corte IDH se ha empezado a comportar como un tribunal de cuarta instancia o de casación (Abbott & Castaldi, 2016).

En efecto, el rango constitucional que se otorga a los tratados internacionales de derechos humanos, y el otorgamiento a los individuos de cierta personería jurídica internacional limitada<sup>5</sup> es un fenómeno que se ha denominado *internalización del derecho internacional de los derechos humanos*. Pero en este proceso de internalización en el ámbito interamericano, se ha planteado un nuevo paso, que consistiría en reconocer a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos carácter vinculante para los tribunales internos de los Estados miembros.

Ello constituye el origen de tensiones dentro de nuestro sistema, dado que ponen en juego valores fundamentales de la democracia, como son el de la representación popular, la autonomía de los pueblos y -paradójicamente- la eficacia de los derechos humanos (Maino, 2016).

<sup>5</sup> Esta limitación consiste en que los individuos no tienen *ius tractandi* o *ius ad tractandum*, es decir que carecen de la capacidad para celebrar tratados, y en el caso del sistema interamericano carecen también de *ius standi*, pues los casos sólo pueden ser ventilados ante la Corte por la Comisión o por un Estado miembro.

Desarrollaré a continuación dos ejemplos recientes de estas tensiones.

#### 1. Las tensiones en el sistema interamericano: el caso Fontevecchia

En el caso de Argentina, el Pacto de San José de Costa Rica, junto con otros tratados internacionales de derechos humanos, tiene rango constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En virtud del control de constitucionalidad difuso vigente en este país, cualquier juez de cualquier fuero y jurisdicción de la República está en condiciones de ejercer un control de constitucionalidad y de convencionalidad, frente a leyes nacionales o provinciales, u otras normativas o decisiones del Estado Nacional o de las Provincias.

En realidad, la tradición jurídica argentina es muy permeable al derecho internacional de los derechos humanos, y la Corte Suprema argentina ha reconocido la existencia de *principios de derecho internacional* como el marco adecuado para el castigo de *crímenes contra la humanidad* prácticamente desde mediados del siglo XX,<sup>6</sup> También ha reconocido el derecho convencional y la importancia de la interpretación de la Corte IDH, todo lo cual fue recogido por la reforma constitucional de 1994 que a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución dio rango constitucional a la Convención. 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*. (Capaldo, Clérico & Sieckmann, 2011) En efecto, en el caso *Mazzeo* (2007), la Corte argentina sostuvo que “*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*”.

De manera tal que no podría sostenerse que la tradición jurídica argentina sea chauvinista en ningún sentido, y mucho menos en relación con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Pero la tensión generada por una Corte IDH que extiende sistemáticamente sus atribuciones más allá de lo establecido en la Convención y en su propio Estatuto ha comenzado a arrojar resultados disvaliosos. Se trata de una conducta

<sup>6</sup> Se especifica en este sentido todos casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). Son casos famosos, la mayoría casos de lesa humanidad. Los primeros refieren a prófugos de nazismo y los últimos a hechos ocurridos en la dictadura de la década del 70. Casos: Bohne, Schwammberger, Priebke, Arancibia Clavel, Lariz Iriondo, Simón, Mazzeo, y Videla y Massera

de tinte más político que jurídico, en el que la Corte IDH pareciera correr la línea de sus facultades cada vez más, ayuna de los consensos políticos necesarios para ampliar este tipo de facultades en un contexto democrático y pluralista como debe ser el de la OEA. Sagüés (2015), ha llamado a este accionar *interpretación mutativa por adición*, en la que el intérprete judicial extiende el sentido y alcance de una norma más allá de sus límites textuales e incluso asume competencias propias de los órganos legisferantes.

Un buen ejemplo de esto puede ser el caso *Fontevicchia*. Durante la presidencia de Carlos Saúl Menem una revista publicó la existencia de un hijo extramatrimonial no reconocido por el entonces presidente, que habría sido concebido durante el cautiverio de este en la cárcel de Las Lomitas, Provincia de Formosa, durante el gobierno militar en los años 70. El presidente inició una demanda por violación de su derecho a la intimidad que escaló hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la que Fontevicchia y D'amico, propietario y director de la revista, fueron condenados al pago de una indemnización. A instancias de los condenados el caso llegó a la Comisión Interamericana y luego accedió a la Corte IDH.

El Tribunal Interamericano hizo lugar a la demanda incoada sosteniendo que la decisión de la justicia argentina conculcaba la libertad de expresión, que en el caso de una persona pública como es el presidente prevalece frente al derecho a la intimidad.

La condena al Estado Argentino se compuso de tres partes, a saber, dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D'amico; publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y devolver a los periodistas las sumas que habían pagado por la condena, más los gastos causídicos.

El conflicto se suscitó cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores pidió a la Corte Suprema el cumplimiento de la primera de las medidas a la que la Corte no hace lugar, según fallo del 14 de febrero de 2017. La mayoría del tribunal (Rosenkrantz, Highton y Lorenzetti) señaló que las sentencias de la Corte IDH dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio, siempre que lo decidido por el tribunal continental esté *dentro del marco de sus potestades remediales*. Si la Corte IDH no es una cuarta instancia ni un tribunal casatorio de revisión, su competencia se centra en señalar las eventuales violaciones a

los derechos consagrados en la Convención, que hayan perjudicado al afectado, *pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito del Derecho Interno*, atento su carácter subsidiario coadyuvante complementario.

Bandieri (2017), señala que *“la Corte Suprema hace mérito en este punto del margen de apreciación nacional desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, doctrina que nunca tuvo el favor jurisprudencial de la Corte IDH. La Corte Suprema mantiene que dejar sin efecto, esto es, revocar su propio fallo, iría más allá de las obligaciones asumidas convencionalmente por el Estado Argentino al ingresar al Pacto. La revocación haría de la Corte IDH una real “cuarta instancia”, que operaría además en dos causas diferentes, ya que fueron distintas las partes y prueba en la demanda civil de Carlos Menem y las que se ventilaron en el tribunal con asiento en San José de Costa Rica”*. (p.29)

En efecto, el mecanismo reconstitutivo que pretende la Corte IDH no se encuentra contemplado en el Pacto. El artículo 63.1 del Pacto no contempla que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional. Pero, además, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución argentina, los tratados deben estar *en conformidad con los principios del derecho público establecidos en esta Constitución*, señalando la Corte Suprema que *El constituyente ha consagrado en el artículo 27 una esfera de reserva soberana*. Entre aquellos principios de Derecho Público está el carácter supremo de la Corte, del que se vería privado de cumplir lo ordenado por la Corte IDH y *sustituirlo por un tribunal internacional*, en transgresión a la Constitución (Bandieri, 2017).

Es interesante también lo aportado por el ministro Rosatti, quien votó con la mayoría, pero con sus propios fundamentos, entre los que menciona que debe existir un contexto de *“diálogo jurisprudencial que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos”* reconociendo a la Corte IDH como último intérprete del Pacto y a la Corte Suprema como último intérprete de la Constitución.<sup>7</sup>

Remata Bandieri (2017), con la observación de que el fallo no solo revierte la orientación jurisprudencial anterior, sino que restablece la esfera de reserva de soberanía derivada del artículo 27 de la Constitución, y -siempre según

<sup>7</sup> El único ministro disidente fue Maqueda, quien aludió a la jurisprudencia anterior del alto tribunal, donde se hizo prevalecer el Derecho Internacional sobre el Nacional (causas “Espósito”, “Derecho”, “Carranza Latrubesse” y “Mohamed vs. Argentina”), arguyendo que no hay razones de orden interno que puedan oponerse al cumplimiento de las obligaciones asumidas en los tratados, conforme la Convención de Viena.

nuestro constitucionalista- adopta la doctrina del margen de apreciación nacional y propicia, en el voto del ministro Rosatti, un diálogo jurídico de pares entre la suprema instancia interamericana y la suprema instancia argentina.

Esta exhortación de Rosatti pareciera haber sido oída por el tribunal interamericano. En su resolución del 18 de octubre de 2017 sobre supervisión del cumplimiento de sentencia en *Fontevicchia* la Corte Interamericana **respondió** a la Corte Suprema en los siguientes términos: a. En primero lugar, dejó sentada la postura según la cual ella es juez de su propia competencia, b. En segundo lugar, reitero el sabido principio de que un país no podía alegar reglas de su derecho interno para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, c. En tercer lugar, aclaró que su orden de *dejar sin efecto* una sentencia nacional no significaba, necesariamente, que la Corte argentina debiera *revocar* su anterior fallo, sino que había otras vías alternativas de cumplimiento, por ejemplo, dejar una anotación en el protocolo o expediente respectivo, en el cual constare que la Corte Interamericana había declarado violatoria de la Convención a la sentencia del caso.

Como afirmó Néstor Pedro SAGÜES, esto último importó una moderación a lo resuelto en la sentencia interamericana: ciertamente una *anotación marginal* es algo distinto de *dejar sin efecto*. Nuestro constitucionalista abunda en que: *Desde el punto de vista de la templanza y de la prudencia, desde luego, la decisión de la Corte Interamericana puede alabarse por solucionar diplomáticamente el asunto y tutelar prácticamente, al fin de cuentas, al derecho vulnerado*. Finalmente, el 5 de diciembre de 2017 Corte Suprema argentina resolvió que *la anotación referida por la Corte Interamericana no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27) y, por lo tanto, accede a lo sugerido* (Sagües, 2017).

La templanza y prudencia referida arriba fue puesta en juego *ex post* y resolvió un conflicto grave, por cuanto este tipo de tensiones ponen en riesgo la eficacia del Sistema interamericano. Pero sería deseable que tal prudencia fuera puesta en práctica *ex ante* a través del margen de apreciación nacional o principio de subsidiariedad, y a esto la Corte IDH parece mantenerse renuente a acceder, como se aprecia en el siguiente acápite.

I. Un caso de activismo judicial internacional: la opinión consultiva 24/17.

La renuencia de la Corte IDH a aplicar el principio de subsidiariedad y las tensiones disvaliosas que ello genera en el Sistema interamericano, tuvieron un nuevo episodio el pasado 9 de enero de 2018, cuando se conoció el texto

de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH de fecha 24 de noviembre de 2017, referida a la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

El gobierno de la República de Costa Rica solicitó a la Corte IDH que se expidiera según los establecido en los artículos 64.1 y 64.2 de la Convención respecto del alcance y la interpretación de los artículos 11.2 (protección de la honra y de la dignidad), 18 (derecho al nombre) y 24 (igualdad ante la ley y no discriminación) de la Convención, en relación con el art. 1 (obligación de respetar los derechos sin discriminación) en cuanto al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una. También incluyó en la consulta la compatibilidad del artículo 54 del Código Civil costarricense en cuanto al procedimiento para el cambio de nombre, y sobre la protección que brindan estos artículos de la Convención Americana al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.<sup>8</sup>

El gobierno tomó la decisión de solicitar la OC luego de que sus proyectos de ley dirigidas a establecer la ideología del género y el reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo hubieran fracasado en el Poder Legislativo. La Corte IDH respondió afirmativamente todas las preguntas e incluso estableció criterios más allá de las mismas. Definió a la identidad de género como *la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento*. Asimismo, afirmó que *el reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans*, lo que incluye, entre otros derechos, la protección contra todas las formas de violencia, la tortura y malos tratos, así como la garantía del derecho a la salud, a la

<sup>8</sup> Las preguntas formuladas fueron las siguientes: a) ¿Contempla la protección de la Convención el cambio de nombre de las personas de acuerdo con la identidad de género de cada una?; b) en caso afirmativo, ¿se podría considerar contrario a la Convención que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?; c) ¿podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la Convención, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?; d) ¿se encuentra contemplada en la Convención la protección del Estado de los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?; e) en caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?

educación, al empleo, la vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación.

Por lo tanto, en relación con las preguntas planteadas por Costa Rica, la Corte consideró que el cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por la Convención Americana. Como consecuencia, los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.

No puedo profundizar ahora en los argumentos por los cuales se extiende el significado de los términos de la Convención a supuestos muy diversos de los contemplados en letra de la misma, pudiendo ser esta materia de un trabajo exento. Además, la Corte sostiene que el listado de derechos de la Convención Americana es meramente enunciativo, pudiendo por consiguiente ampliarse jurisprudencialmente, siendo que *los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*.

Lo que me interesa subrayar es que, en la línea de *Artavia Murillo*, la Corte IDH se embarca a definir, establecer y dirimir cuestiones sobre las que no hay consenso entre los Estados ni dentro de los Estados, y tampoco lo hay en los organismos internacionales, ni en ámbitos académicos y científicos. En la OC en cuestión el tribunal supranacional reconoce esta ausencia de acuerdo y se dispone a ser él mismo quien dirima la cuestión, por sobre la sociedad civil y los órganos representativos del pueblo de los Estados.

Incluso la Corte reconoce que la cuestión tiene términos sumamente cambiantes y difusos por los que se resuelve a definirlos en un extenso glosario en el que se establece el significado de los términos: sexo, sexo asignado al nacer, sistema binario del género/sexo, intersexualidad, género, identidad de género, expresión de género, transgénero o persona trans, persona transexual, persona travesti, persona cisgénero, orientación sexual, homosexualidad, persona heterosexual, lesbiana, gay, homofobia y transfobia, lesbofobia, bisexual, cisnormatividad, heteronormatividad, LGBTI.

En punto al principio de subsidiariedad desarrollado más arriba, esta reciente OC ofrece una serie de perplejidades jurídicas de destacar. La primera, ya heredada de la anterior jurisprudencia del Tribunal, radica en la auto-atribución de jurisdicción respecto a las OC en general. En la que nos ocupa, el Tribunal recordó que todos los Estados

miembros de la Convención Americana se encuentran obligados por todas las OC, no sólo las que cada uno solicite, y que esta obligación recae sobre todos los órganos internos. Estos órganos internos de los tres poderes del Estado están obligados a realizar un control de convencionalidad también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva. Insistiendo en que todo lo que se señala en la presente opinión consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA.

En realidad, este criterio que establece que el control de convencionalidad también debe ejercerse sobre lo establecido por la Corte IDH en su función consultiva, fue señalado por el tribunal en su opinión consultiva 21/14, al indicar que todos los órganos de los Estados parte de la Convención deben realizar este control incluyendo las interpretaciones realizadas a través de una opinión consultiva. Adviértase que nos hallamos ante un fenómeno de auto-atribución de facultades, pues es una OC la que establece la obligatoriedad erga omnes de las OC, lo que da lugar a una remisión ad infinitum respecto de los fundamentos de la obligación de obedecer.

Respecto de esta obligación erga omnes de lo resuelto en la OC 24/17, el tribunal reafirma que los Estados que aún no hayan legislado sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo “están igualmente obligados a... garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria”, y por lo tanto, “los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”

La segunda perplejidad jurídica que es de mérito destacar se vincula justamente a este aspecto de la decisión expresada en el párrafo precedente y consiste en que el tribunal se excedió en su decisión, más allá de lo que el Estado consultó. Es decir, respondió una pregunta que no le fue formulada. En efecto, la consulta de Costa Rica se refería específicamente a la cuestión de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, pero la Corte se expidió más allá de lo consultado y estableció que “la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales” y declaró que “la Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar, así como del derecho a la protección de la familia, el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo.

La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales” Además, considera que “establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional” Y yendo aún más allá de toda consulta la Corte establece que la afirmación de que la finalidad del matrimonio es la procreación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social, ya que “la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales.”

Por todo lo expuesto, el tribunal concluye que “crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación”.

## CONCLUSIONES

Hay un aspecto en esta decisión, ya señalado respecto de otras de este tribunal, y que se vincula al fundamento de las decisiones y su formulación: En los últimos años la fundamentación de las sentencias de la Corte IDH han tenido peticiones de principio. Es un aspecto del activismo judicial merced al cual los jueces parecen resolver teniendo en cuenta sus propias preferencias y estándares morales, en desmedro de la separación de poderes y de la formulación de la voluntad popular y los procesos políticos democráticos que se plasman en las normas (Tozzi, Marcilese & Muga, 2013).

A través de la OC 24/17 la Corte IDH se arroga facultades que no le son propias, en directa vulneración del principio de subsidiariedad, o más bien, accionando en absoluta contradicción con el mismo. A pesar de las voces que se alzan en la academia, en los tribunales internos y

en algunos miembros del propio tribunal, se hace caso omiso de la doctrina del margen de apreciación (o de discrecionalidad) de los Estados, cuya aplicación permitiría a los mismos promover los valores que caracterizan su identidad cultural, histórica y constitucional (Santa María de Angelo, 2013).

En cambio, la Corte se autoerigió en autoridad supranacional capaz de definir hasta el lenguaje, emitiendo un fallo-diccionario, en exceso de sus facultades jurisdiccionales, decidiendo respecto de cuestiones que no le han sido sometidas.

A diferencia de su homólogo europeo que alude a un orden público europeo, la Corte IDH nunca se ha referido a un orden público interamericano, sino que funciona como un tribunal de la humanidad entera, de sesgo racionalista. Si nuestro tribunal comenzara a construir la noción de un derecho latinoamericano a partir de nuestra propia tradición jurídica ayudaría a afianzar en gran medida la democracia en el continente. Porque la democracia anida en pueblos concretos, con identidades concretas, en una comunidad situada histórica y culturalmente (Bandieri, 2012).

Es habitual en los hombres preocupados por la justicia, el aspirar a ideales abstractos y muchas veces impersonales. Como juristas debemos estar siempre atentos a estos nobles sueños que permiten la aparición conductas arbitrarias y voluntaristas. El principio de subsidiariedad y el margen de apreciación nacional aparecen como el mejor antídoto frente a estos riesgos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abbott, M., & Castaldi, L. (2016). ¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal internacional? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del caso 'Artavia Murillo vs. Costa Rica'. *Prudentia Iuris*, 82. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=Revistas&d=comporta-corte-interamericana-como-tribunal>
- Argentina. Corte Suprema de Justicia. (2007). *Mazzeo Julio Lilo S/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad*. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia.
- Bandieri, L. (2012). *Justicia Constitucional y Democracia ¿Un mal casamiento?* En, G. Salomao Leite y W. Sarlet (Coords.) *Jurisdao Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais*. Salvador de Bahía: Jus Podium.
- Bandieri, L. (2017). *La Corte Interamericana o de la tentación de la exorbitancia: el caso "Fontevicchia, Jorge; D'Amico, Héctor vs. Argentina"*. *Forum: Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 5. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/>

- [repositorio/revistas/corte-tentacion-exorbitancia-bandieri.pdf](#)
- Capaldo, G., Clérico, L., & Sieckmann, J. (2011). Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional. Buenos Aires: EUDEBA.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. San José, de Costa Rica: CIDH.
- De Martini, S., & Pont, F. (2010). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En, J. Pérez, Los Derechos Humanos en Latinoamérica. Buenos Aires: Educa.
- Landra, M. (2007). La aplicación del principio de subsidiariedad como un criterio de buen gobierno del obispo diocesano. Tesis de Doctorado. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina.
- Maino, C. (2016). Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 22, 357-380. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/32774/29741>
- Pinto, M. (1997). Temas de Derechos Humanos. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sagüés, N. (2015). El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. Recuperado de <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechos-humanos/N%C3%A9stor-Pedro-Sagu%C3%A9s-El-Control-de-Convencionalidad.pdf>
- Sagüés, N. (2017). El desenlace del conflicto entre la Corte Suprema argentina y la Corte Interamericana. Revista El Derecho, 14, 2-17. Recuperado de <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/12/28122017.pdf>
- Santa María D'Angelo, R. (2013). La interpretación del término concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una aproximación crítica a la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina.
- Tozzi, P., Marcilese, S., & Muga, R. (2013). El Activismo Judicial en Latinoamérica: Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto. El Derecho, 251, 726-744. (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina.
- Tozzi, P., Marcilese, S., & Muga, R. (2013). El Activismo Judicial en Latinoamérica: Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto. El Derecho, 251, 726-744.