Constitución y Derechos

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO EFECTOS. OBLIGATORIEDAD

Juan Carlos **Hitters**

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

# Constitución y Derechos

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Francisco Domínguez Servién
*Gobernador Constitucional*

Juan Martín Granados Torres
*Secretario de Gobierno*

Martha Lorena Leal Ruiz
*Secretaria de Planeación y Finanzas*

José de la Garza Pedraza
*Oficial Mayor*

Rogelio Flores Pantoja
*Director del Instituto de Estudios Constitucionales*

# El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano

## Efectos. Obligatoriedad

Juan Carlos **Hitters**

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
México, 2021

Primera edición: junio de 2021

*El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano*
*Efectos. Obligatoriedad*

© Juan Carlos Hitters

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-80-6

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
***Coordinación***

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Fernanda Sugey **Pacheco Díaz**
***Edición***

Felipe **Luna**
***Formación***

Tania Mariel **Farfán García**
Jhonatan **García Patiño**
María Andrea **Niño Rivera**
***Apoyo Editorial***

# Contenido

Colaboradores . . . . . 11

Presentación
Juan Carlos Hitters . . . . . 13

I. La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes contra el Estado (control de convencionalidad)
Oscar L. Fappiano
Juan Carlos Hitters . . . . . 15

II. La doble instancia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Influencia de los tratados y de las prácticas internacionales
Oscar L. Fappiano
Juan Carlos Hitters . . . . . 35

III. Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la reinterpretación del artículo 26 de la Convención Americana
Juan Carlos Hitters . . . . . 51

IV. ¿Prescribe la reparación civil en los delitos de lesa humanidad? Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina (mayoría y minoría) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Juan Carlos Hitters ..... 81

V. Derecho procesal constitucional transnacional
Juan Carlos Hitters
Juan Manuel Hitters..... 111

VI. El aborto desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos
Oscar L. Fappiano
Juan Carlos Hitters ..... 135

VII. Control de convencionalidad. Conflicto entre la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina
Juan Carlos Hitters ..... 165

VIII. Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?
Juan Carlos Hitters ..... 181

IX. Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos
Juan Carlos Hitters ..... 227

X. La condena al Gobierno argentino y el caso de las *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat*. La Corte Interamericana y el control de convencionalidad
Juan Carlos Hitters ..... 365

XI. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)
Juan Carlos Hitters ..... 395

# Colaboradores

**Juan Manuel Hitters**

Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial de grado en la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y postgrado (UNLP, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de las Artes). Juez de la Cámara Civil y Comercial de La Plata. Previamente se desempeñó como abogado en dicha materia.

**Oscar L. Fappiano**

Exmiembro y presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Exprocurador General de la Nación. Exprofesor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Director Académico del Curso Internacional sobre Derechos Humanos en América Latina y el Caribe (Universidad CAECE).

# Presentación

El presente libro analiza los principales fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre una importante variedad de temas, siempre con la idea de ampliar la tutela para el ser humano.

Los jueces domésticos ejercen el llamado control de convencionalidad, que significa una comparación entre las normas y conductas del Estado en el campo interno y los tratados y documentos internacionales, como así también de los postulados y pautas que surgen del modelo transnacional.

Como viene diciendo el citado Tribunal y lo repitió a partir del caso *Myrna Mack Chang,* de 2003, esta revisión interamericana —por regla— no trata cuestiones locales, sino que su objetivo es fiscalizar que los países hayan cumplido con los tratados, prácticas y documentos sujetos a su competencia.

Bueno es señalar la trascendencia de la tarea que lleva a cabo este cuerpo por mediación de ese contralor heterónomo, que implica, a nuestro criterio, una especie de *casación regional* para unificar la interpretación jurídica en los Estados que forman parte del modelo.

La Corte Interamericana viene haciendo una paulatina ampliación de su competencia a través de la interpretación que nació en 2001, en el caso *Velázquez Rodríguez* (su primer asunto), hasta nuestros días.

En este libro vemos que ella se ocupa tanto de los derechos de los pueblos indígenas como de los derechos económicos, socia-

les, culturales y ambientales (DESCA), tales como el derecho a la salud, al trabajo de los empleados públicos y privados, a la seguridad social, del derecho de las personas mayores, niños y niñas, personas con virus de inmunodeficiencia humana (VIH), y de las consecuencias de la pobreza, así como de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su reparación económica.

También abarca los parámetros de la *prisión preventiva*, así como la posibilidad de *dejar sin efecto* decisiones de los jueces domésticos, entre otras problemáticas.

Con base en ello, hacemos referencia al derecho *sustancial* y *procesal* transnacional.

Importa también puntualizar la vinculatoriedad de los fallos de ese Tribunal para el derecho interno, así como la necesidad de cumplimiento por parte de los Estados y, sobre todo, la obligación de estos de dictar normas de tutela y, en particular, fiscalizar que se cumplan.

En síntesis, hemos abordado temas nuevos y antiguos, donde se observa el desarrollo progresivo de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y la obligatoriedad de sus procedimientos.

Juan Carlos Hitters

# I. La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes contra el Estado (control de convencionalidad)*

*Oscar L. Fappiano*
*Juan Carlos Hitters*

Sumario: 1. Análisis del caso *Bernardes* (3 de marzo de 2020). 2. La influencia del derecho internacional de los derechos humanos. 3. Conclusión. Bibliografía.

## 1. Análisis del caso *Bernardes* (3 de marzo de 2020)

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que comentamos en el presente trabajo se refiere a la ley nacional 26.944 de Responsabilidad Estatal,[1] pronunciada el 3 de marzo del año próximo pasado en el caso *Bernardes, Jorge A. c. ENA - Ministerio de Defensa s/amparo por mora de la Administración*.

---

* Publicado en *La Ley* el 4 de junio de 2020. Cita *online*: AR/DOC/1462/2020.

1 Recordemos que la ley nacional 26.944 tuvo su origen en el rechazo por parte del poder ejecutivo de ese entonces de la parte pertinente del Proyecto de Código Civil y Comercial, arguyendo que la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios es materia propia de las provincias por mandato constitucional (art. 122 CN), por lo cual la ley citada rige solamente para el Estado nacional, quedando las provincias invitadas a adherir a ella.

En este asunto, la actora promovió una acción de amparo por mora contra el Estado nacional, pretendiendo que se librara una orden de pronto despacho judicial con el objeto de obtener una respuesta administrativa expresa a la solicitud interpuesta ante el director general de Personal de la Fuerza Aérea Argentina, en junio de 2009, tendente a que se le pagasen los viáticos adeudados.

El Juzgado Federal de Río Cuarto (Córdoba) determinó procedente la demanda, ordenando al Estado resolver la cuestión planteada en el plazo de 20 días. Luego de sucesivos incumplimientos a la manda judicial, y apercibida la accionada de aplicar astreintes,[2] ellas se hicieron efectivas a razón de $100.00 por cada día de demora, determinación que fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones con asiento en la ciudad de Córdoba.

Con posterioridad a estas incidencias, el Estado accionado planteó que devenía abstracta la intimación, porque la ley 26.944 de Responsabilidad Estatal, en su artículo 1, había dejado sin efecto tales medios disuasivos. Al resolver en definitiva, la Cámara Federal de Apelaciones antes citada, si bien admitió la aplicación al caso de la ley nacional 26.944, declaró la inconstitucionalidad de su artículo 1, *in fine*, por cuanto dispone que las sanciones pecuniarias disuasivas no son procedentes contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

Para así decidir, se valió del debate parlamentario, entendiendo que la ley en cuestión había suprimido no solo la "sanción pecuniaria disuasiva" (*punitive damages*), sino también las astreintes, y con tal determinación se consagraba la impunidad del Estado y la desprotección de los ciudadanos, privando de eficacia los procesos judiciales al impedir que el poder judicial ejerciera su poder de *imperium*. Agregó que el incumplimiento de una sentencia constituye un desconocimiento de la división de poderes

[2] ***N. del E.*** De acuerdo con el *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la Real Academia Española, en el derecho procesal argentino se denomina "astreinte" a una "Forma especial de condena provisional y accesoria que pueden imponer los tribunales para compeler indirectamente al cumplimiento de una obligación mediante una prestación periódica, a veces progresiva, cuya cantidad aumenta en función de la demora en el incumplimiento".

que resulta inadmisible en un Estado de derecho, con el consecuente deterioro constitucional de la democracia.

A su vez, la CSJN, basada también en la deliberación habida en el Parlamento, tanto en la reunión de la Comisión a la que fue girado inicialmente el proyecto del poder ejecutivo como durante el debate parlamentario correspondiente, concluye que

> [...] ni de la letra del art. 1º de la ley, ni de la intención del legislador, la Ley de Responsabilidad Estatal en forma alguna cercena la posibilidad de que, ante el incumplimiento de un mandato judicial por parte del Estado Nacional, los tribunales apliquen las medidas compulsivas contempladas en el ordenamiento jurídico a los efectos de vencer esa reticencia (*v. gr.*, art. 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En conclusión, la Corte efectuó una interpretación restrictiva del artículo 1 en consideración, dejando fuera la prohibición que estatuye las astreintes y limitándola exclusivamente a las sanciones pecuniarias disuasivas conminatorias.

Y, en razón de lo expuesto, entendió innecesaria la declaración de inconstitucionalidad, al no constituir una razón ineludible del pronunciamiento, remitiéndose a los argumentos que consignó en el considerando 6 de su fallo.

Del contenido de la sentencia se infiere que la deliberación llevada a cabo se habría limitado a ejercer únicamente el control de constitucionalidad, pareciendo estar ausente el control de convencionalidad, esto es, el análisis del caso a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, cuyos principales tratados y convenciones se han incorporado en la Constitución Nacional argentina con esa jerarquía (art. 75, inc. 22), cometido que se erige en una directiva propuesta por los organismos supranacionales de control de cumplimiento de esos instrumentos por los Estados parte de ellos.[3]

El conflicto que suscitara el juicio en comento se trabó entre una persona y el Estado nacional, quien, ante el reclamo de aque-

[3] *Cfr.* CIDH. Eduardo Rico *vs.* Argentina (caso 13.019). Informe de fondo 72/17, de 5 de junio de 2017, entre muchos otros.

lla del pago de los viáticos adeudados, guardó absoluto silencio en sede administrativa, motivo por el cual se vio en la necesidad de promover un amparo judicial por mora con el objeto de obtener de la demandada la emisión de un acto administrativo expreso sobre el reclamo formulado.

De las constancias emergentes del pleito se infiere que la sentencia que concedió el amparo no fue cumplida voluntariamente por el Estado condenado dentro del plazo acordado al efecto, razón por la que el juez debió acudir a la aplicación de astreintes, que tampoco surtieron ese efecto; por el contrario, sirvieron para demorar más aún ese cumplimiento, porque, aprovechándose de la previsión del artículo 1 de la ley nacional 26.944, planteó la nulidad de la aplicación de esa especie de sanciones, llegando incluso hasta la Corte Suprema de Justicia. Todo ello está poniendo de manifiesto un imprudente obrar de mala fe por parte del Estado, que no se compadece con la conducta procesal que debe observar todo litigante y, con mayor razón, por ser el órgano creador y regulador del derecho. Así lo expresa la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) en su Preámbulo: "Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan [...]. Y puesto que la moral y las buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre".

## 2. La influencia del derecho internacional de los derechos humanos

El artículo 27 de la carta magna alude a "los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". Pues bien, si la Declaración Americana ha sido consagrada con jerarquía supralegal en el artículo 75, inciso 22, no cabe duda de que la moral y las buenas costumbres integran esos principios, junto con el "orden democrático" y los "derechos humanos", a tenor de lo preceptuado por el inciso 24 de ese mismo artículo 75 de la ley fundamental.

El derecho a un recurso "efectivo" ya estaba reconocido por el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Huma-

nos (DUDH), teniendo toda persona derecho a "igual protección de la ley" (art. 7), la que no se respeta si las sanciones pecuniarias disuasivas punitivas (*punitive damages*) se aplican a los particulares entre sí o cuando son demandados por el Estado a favor de este únicamente, y no al Estado si es demandado por los particulares. Se trata, entonces, de una situación excepcional que debe tener un fundamento que lo justifique plenamente para que pueda admitirse su validez legal.

A su vez, la Declaración Americana establece que toda persona debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo "ampare" contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII: derecho de justicia).

Este precepto guarda relación con los artículos XXIV —al reconocer el derecho a peticionar y el de obtener pronta resolución— y XXXIII —por cuanto dispone el deber de obedecer la ley y demás mandamientos legítimos—. Aunque corresponde aclarar que, acertadamente, la Declaración Americana distingue netamente entre "acción procesal" y "derecho de petición". En una obra anterior ya habíamos postulado que la acción procesal es un derecho humano a la justicia y, por tanto, independiente del clásico de petición.[4]

Reiteramos: si "obedecer la ley" constituye un deber de la persona, con mayor razón lo es para el Estado, por ser el primer y principal obligado a cumplir con la ley que ha creado y regulado. Va de suyo que, en lo tocante a los derechos y libertades fundamentales reconocidos a los seres humanos, el Estado es el principal obligado a garantizar su pleno goce y ejercicio (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—).

A su turno, la CADH desarrolla más ampliamente este derecho a un recurso en su artículo 25, en el que se refiere expresamente a su interposición contra actos de personas que actúen en

[4] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2007, t. II, vol. 2, párr. 183, pp. 472 y ss., n. 159, y p. 1311. La CSJN la ha llamado "derecho a la jurisdicción".

ejercicio de sus funciones oficiales, recurso que califica de "sencillo y rápido" o "efectivo".

Agrega esta norma que los Estados parte asumen el compromiso de garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso, al igual que su similar 2.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Esta obligación no se cumplió en el caso en comento, pues la sentencia definitiva estaba firme y consentida y solo se discutió la procedencia de las astreintes dispuestas para excitar ese cumplimiento, justamente.

Acerca de este particular, en el caso "*Cinco Pensionistas" vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostuvo que, ante la falta de acatamiento de ciertos fallos por parte del poder ejecutivo, debe llevarse a cabo una investigación imparcial y efectiva del prolongado incumplimiento de las sentencias judiciales dictadas y, en su caso, aplicar sanciones a quienes hubiesen incurrido en tal desacato.[5] Lamentablemente, tanto el Código Civil de Vélez Sarsfield como la ley nacional referida hacen responsable patrimonialmente al Estado por los actos de sus agentes, pero no establecen el derecho de repetición contra estos últimos, tal como lo hacía una ley que reformó el régimen general de las obligaciones de aquel código (primer intento de reforma en la era constitucional), disponiendo la citación del funcionario concernido como tercero coadyuvante o interesado a fin de que le alcanzara la eventual sentencia de condena, reforma que fue vetada por el poder ejecutivo de ese entonces.

En esta sentencia, el Tribunal con asiento en San José estableció, asimismo, el deber de reparación del daño y la cesación de las consecuencias de la violación;[6] vale decir, la garantía de no repetición.[7]

---

5 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párr. 179. Véase *La Ley*, Supl. Adm., junio de 2003, p. 4, fallo 105.602.

6 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú...*, *cit.*, párr. 174.

7 *V. gr.*, *idem*. Véase *La Ley*, Supl. Adm., junio de 2003, p. 4, fallo 105.602.

Del contenido del fallo dictado por la Corte Suprema en este caso *Bernardes* surge claramente que, respecto a lo "sencillo y rápido" o "efectivo", el proceso de amparo promovido por el actor no ha rendido culto a tales calificativos, si se aprecia el excesivo tiempo de duración del proceso sin que se cumpla la sentencia y la conducta procesal exhibida por el Estado demandado, sirviendo de poco o nada las astreintes, a lo que se suma que el demandado se aprovechó de su fijación para demorar aún más su cumplimiento. Han transcurrido años sin que el acatamiento se haya producido. Tampoco se tiene noticia de que se haya dispuesto una investigación seria, independiente e imparcial tendente a determinar la persona del funcionario responsable, eventualmente sancionarlo administrativamente y disponer lo pertinente para que la Administración cumpla voluntariamente y en tiempo y forma con las sentencias judiciales. Estamos plenamente conscientes de que se nos puede decir que estas reflexiones pertenecen al mundo de *Alicia en el país de las maravillas* o del realismo mágico de Alejo Carpentier y Gabriel García Márquez, pero no debemos dejar de expresarlo frente a las sanciones aplicables a Argentina en sede internacional, sea en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sea en los tribunales arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), donde se dirimen los conflictos que traen aparejados los tratados bilaterales de protección de inversiones (TBI).

No hablemos de los numerosísimos casos previsionales que se dirimen ante la Justicia Nacional de la Seguridad Social con la carga de intereses, honorarios y costas a pagar por el Estado, con la consiguiente incidencia negativa en las finanzas del sistema y en los derechos fundamentales de los accionantes, personas mayores que merecen protección especial, conculcada por esa conducta de la Administración, quien es precisamente quien debe brindársela.

Desde sus primeros pronunciamientos lo postuló la Corte IDH: "El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar

a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación".[8]

De esta primera sentencia, a cuyo contenido remitimos en homenaje a la brevedad, surgen los deberes emergentes y los respectivos alcances de la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, esto es, prevenir, investigar, sancionar y reparar.

En esta misma sentencia, la Corte IDH dejó establecido:

> [...] en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo [se refiere al art. 2.2 de la Convención],[9] puesto que es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno [...]. Si se considerara que no compromete al Estado quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornaría ilusorio el sistema de protección previsto en la Convención.[10]

Ya en su opinión consultiva (OC) 8/87, de 30 de enero de 1987, consignó que "Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1); vale decir de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia" (párr. 25).

El incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la ratificación de un tratado internacional genera la consiguien-

---

8 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 174.

9 *Ibidem*, párr. 169.

10 *Ibidem,* párrs. 174, 170 y 171, respectivamente.

te responsabilidad; responsabilidad que es la resultante necesaria de un derecho. Todos los derechos de carácter internacional comprenden la responsabilidad estatal.[11]

Como lo expresáramos en una obra anterior,

> Los tipos de garantía utilizados o utilizables en materia de derechos humanos y las formas que pueden asumir se resumen en garantías de naturaleza reparatoria (cumplimiento específico respecto de las obligaciones de hacer, *restitutio in pristinum* con relación a las obligaciones de no hacer, punición de los responsables como 'satisfacción', *punitive damages*, resarcimiento de los daños materiales y morales) y garantías sancionadoras especiales (*delictum juris gentium* como reacción a los atentados a los derechos esenciales de la persona en cuanto tal, crimen internacional del Estado, como violación 'grave' —en la cual se halla comprometida toda la organización gubernamental— de las normas internacionales que reconocen los principios esenciales de humanidad).[12]

A ellas cabe agregar la garantía de prevención tendente a evitar la infracción a los derechos.

Atinente a la efectividad de la protección judicial, la Corte IDH postuló en la referida sentencia de 29 de julio de 1988, dictada en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que "El art. 46.1.a) de la Convención remite 'a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos'. Esos principios no se refieren solo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que estos sean adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el art. 46.2".[13]

A la par, aborda en ese pronunciamiento lo relativo a los conceptos de recurso "adecuado" y "eficaz":

> Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger

---

11 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Sentencia de 10 de octubre de 1993, párr. 43.

12 *Cfr.* Fappiano, Oscar L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, cap. IV, párr. 19.

13 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras..., cit.,* párrs. 63-65.

> la situación jurídica infringida [...]. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable [...]. Pero, si el recurso de exhibición personal exigiera [...] identificar el lugar de detención y la autoridad respectiva, no sería adecuado para encontrar a una persona detenida clandestinamente por las autoridades del Estado, puesto que, en estos casos solo existe prueba referencial de la detención y se ignora el paradero de la víctima.[14]

Y prosiguió: "Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido [...]".[15]

Esta regla es propia del derecho internacional general, y la Corte IDH la adecua a las características del derecho de los derechos humanos.

En nuestro libro en coautoría ya citado hemos extraído las inferencias que, a nuestro juicio, resultan de las tesis consagradas por la Corte IDH. Así, respecto al sentido del artículo 25.2 de la CADH, en tanto prescribe que "Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente [...] decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso [...]", decidir "sobre los derechos" es hacerlo acerca del fondo o mérito del caso (procedibilidad del recurso), de cuyo conocimiento no puede sustraerse, consecuentemente, por meras cuestiones formales (admisibilidad del recurso) —"razones fútiles", dice la Corte IDH, vocablo empleado en inglés y cuyo equivalente en castellano es "ineficacia"—. El derecho de acudir a este remedio no se ejerce simplemente mediante su existencia formal. Más bien, el carril debe ser capaz de producir el resultado para el cual ha sido concebido. El coautor Fappiano ha expuesto esta ponencia en calidad de representante de la Comisión Interamericana (CIDH) ante la Corte IDH, en el caso 11.273 del registro del organismo del que era portavoz.

---

14 *Idem*.

15 *Ibidem*, párrs. 66 y 68.

El precepto en comento dispone más adelante: "[...] c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Este incide indudablemente en las demandas contra el Estado, ya que, en su virtud, las sentencias condenatorias dictadas contra él no pueden tener alcance meramente "declarativo"; lo cual, en juego armónico con las previsiones de los artículos 1 y 2 de la CADH, obliga al Congreso del Estado parte, por un lado, a modificar, en su caso, la legislación vigente y, por el otro, a su poder judicial a hacer prevalecer las disposiciones del Tratado por sobre la ley doméstica, a fin de no caer en responsabilidad internacional.[16]

De lo preceptuado en los párrafos primero y segundo del artículo 25 de la CADH emana lo que se ha dado en llamar por la doctrina la "tutela judicial efectiva".[17] Por ello, resulta del caso interrogarse sobre si la prohibición de aplicar sanciones pecuniarias disuasivas o conminatorias contra el Estado del artículo 1 de la ley de referencia se ajusta a las pautas establecidas por estos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22); vale decir, si constituye una limitación convencionalmente válida del derecho de acción judicial contra el Estado, porque esto es cuanto debe abordar, justamente, la ley en comento: reglamentar las demandas judiciales "contra" el Estado nacional.

Según la doctrina, el Tribunal Constitucional de España postula que la importancia de los derechos fundamentales en el seno del régimen político democrático obliga a que se interpreten sus límites de forma restrictiva, ya que, como señalara Ignacio de

---

16 Hay que tener en cuenta, en ese sentido, que la Corte IDH ha puesto de relieve que la interpretación que ella hace de la CADH es vinculante para todos los Estados plegados a ese sistema (Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 23 de marzo de 2013, párr. 65. Véase Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?", *La Ley*, Buenos Aires, 2008-E, 1169).

17 *Cfr*. Fappiano, Oscar L., *op. cit*., pp. 20 y 21.

Otto, la teoría de los límites de los derechos tiene que completarse necesariamente con la de los límites a los límites, porque, de no ser así, los derechos y libertades no tendrían ni una mínima resistencia frente a los demás bienes constitucionales protegidos y el orden constitucional se inclinaría en definitiva hacia estos últimos, en deterioro de aquellos, mencionándose como límites a los límites de los derechos los siguientes: *a)* la reserva de ley; *b)* el contenido esencial de los derechos; *c)* la dignidad de la persona, y *d)* la naturaleza democrática del régimen constitucional.[18]

Mirada desde el ángulo del Estado, digamos con otro autor: ninguna potestad puede construir "un poder susceptible de expansión indefinida o ilimitada".[19] Caeríamos en la opresión del poder a que alude la axiología jurídica positiva y que violenta absolutamente el Estado de derecho constitucional y democrático fundado en el respeto de los derechos humanos.

En orden con esta línea de la indagación, recordemos cuanto establece el artículo 32.2 de la Convención Americana: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática". Es decir, tres son las causales para restringir estos derechos.

Preguntémonos ahora si la prohibición consignada responde a alguna de estas causales, y al punto caeremos en la cuenta de que no.

Y si alguna duda cabe acerca del mencionado "bien común", leamos a la Corte IDH:

> De ninguna manera podrá invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real [...]. Interpretación [...] estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de una "sociedad democrática" que tenga en cuenta el equili-

[18] Esteban Jorge de, *Tratado de derecho constitucional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2001, t. I, pp. 314 y 317-321.

[19] Cuétara, José Manuel de la, *Las potestades administrativas*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 67 y ss.

brio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.[20]

Juzgamos que esta preceptiva arroja nuevas pautas a emplear para desentrañar el sentido y alcance que corresponde dar al artículo 28 de la Constitución Nacional (CN), en punto a que el ejercicio de los principios, derechos y garantías reconocidos por dicha ley fundamental no puede ser alterado por las leyes que reglamenten su ejercicio; o sea, aporta elementos para determinar la razonabilidad de esa normativa reglamentaria; tesis que ya postulaba el maestro Bidart Campos, al sostener que los derechos, las libertades y las garantías constitucionales se interpretarán de conformidad con las declaraciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Argentina sea parte.[21]

El individuo es el titular de los derechos y libertades fundamentales, correspondiendo al poder judicial, en cuanto órgano del Estado, la obligación de reconocerle y garantizarle su pleno goce y ejercicio.[22]

Es verdad que la aparición del derecho internacional de los derechos humanos[23] ha causado una revolución copernicana en el mundo jurídico a la que permanecieron ausentes los programas de estudio de nuestras facultades, porque —seamos sinceros— desde que se inició en la segunda mitad del siglo xx la gesta por la afirmación universal de los derechos humanos, las facultades de Derecho de la época no incorporaron esta disciplina en permanente evolución en sus planes de enseñanza, sea como

---

20 Corte IDH. OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, párr. 67.

21 Bidart Campos, Germán, "Las garantías individuales. Nuevos aportes al sistema de la Constitución Nacional", *Jornadas Nacionales del Ministerio del Interior y del Banco de la Ciudad de Buenos Aires*, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, del 11 al 14 de diciembre de 1989, 1990, pp. 23-32; Rosatti, Horacio, "Globalización, estatidad y derecho", *Estado y globalización*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 119-120, n. 16, y 123-129.

22 Fappiano, Oscar L., *op. cit*., p. 51.

23 Véase Hitters, Juan Carlos y Hitters, Juan Manuel, "Derecho procesal constitucional transnacional", *SJA* de 13 de febrero de 2019, p. 107; AR/DOC 3576/2018.

parte del derecho internacional público, o bien, como disciplina independiente, según correspondiere. Fue recién a partir de la restauración del orden constitucional a mediados de los años ochenta que se inicia este cometido. Esta omisión incidió obviamente de modo negativo en su vigencia en la realidad de la vida de las relaciones sociales. Para demostrarlo, basta con reparar en los primeros artículos del Código Civil y Comercial de la Nación actualmente vigente: recién se incorporó explícitamente en el derecho positivo argentino, por un lado, la llamada "constitucionalización del derecho privado" y, por el otro, la "internacionalización del derecho constitucional".[24]

Sin tomar en consideración esta profunda influencia, es imposible explicar satisfactoriamente por qué se teorizan las nuevas funciones judiciales, consistentes en reconocer y garantizar a los seres humanos el pleno goce y ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales, y adentrarse en los cambios que implicó en el modelo y la concepción del Estado y de la Administración y el consecuente sistema de derecho público que dé un fundamento y una sanción a estas obligaciones positivas que se imponen a los poderes públicos.

Al respecto, enseña el exjuez de la Corte IDH, doctor Pedro Nikken:

> En esa perspectiva, el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecue a los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Si recordamos, además, que el interés jurídico tutelado por esos instrumentos no es, al menos directamente, el de los Estados partes sino del ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido que mejor garanticen la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las dos disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente.

Las dos disposiciones a las que se refiere el autor corresponden al artículo citado de la Convención de Viena y al artículo 29

[24] *Cfr.* Rosatti, Horacio, *op. cit.*

de la CADH, los que conjugan, a su juicio, "un verdadero método humanitario de interpretación" de los tratados de derechos humanos.[25]

Nikken concluye su estudio con estas postulaciones: "Se ha reconocido que el método de interpretación del derecho debe tener en cuenta el interés del ser humano y la tutela de sus derechos fundamentales, como lo que constituye el objeto y fin de las Convenciones, antes que el interés directo de los Estados".[26]

A todo lo anterior se suma el impacto de la denominada "ética pública" en las normas, los principios, los instrumentos y la sistemática propia del paradigma iuspositivista en el que se basa el derecho público. Justamente, la promoción de la ética pública desde instancias internacionales y su concreta incorporación en nuestro derecho positivo (*v. gr.*, los tratados sobre corrupción, como la Convención de las Naciones Unidas de 2003) introducen numerosas novedades axiológicas y sistemáticas.

La apelación a los principios de "buen gobierno" y "buena administración" y la vinculación de la ética con la Administración pública se justifican en la necesidad de erradicar la corrupción y amparar los valores incluidos en la Constitución: la protección de la justicia, la igualdad y la libertad, la protección de la dignidad de la persona como valor supremo y la orientación de la Administración al servicio de los intereses generales con objetividad y eficiencia. Sin la recuperación de la confianza de los ciudadanos no puede haber entendimiento societario alguno; no puede haber comunidad organizada si desconfiamos los unos de los otros.[27]

A nuestro leal saber y entender, uno de los "principios de derecho público" al que alude la CN en su artículo 27 lo constituye

---

25 Nikken, Pedro, "Bases de la progresividad en el derecho internacional de protección de los derechos humanos", AA.VV., *Derechos humanos en las Américas*, p. 32, y "El concepto de los derechos humanos", AA.VV., *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, IIDH-Comisión de la Unión Europea, 1994, vol. I, pp. 17 y 18.

26 Nikken, Pedro, "Bases de la progresividad en el derecho internacional...", *cit*., p. 38.

27 *Cfr.* Rosatti, Horacio, *op. cit*., pp. 127 y 128.

el que expresa: "hay que favorecer más a quien trata de evitarse un daño que a quien trata de obtener una ventaja".[28] En el caso que comentamos queda claro quién es quién.

Otro de esos principios es el respeto a la moral y a las buenas costumbres, según se ha visto.

Ya lo postulaba Alberto Justo: "La transformación constante de las instituciones jurídicas plantea un imperativo que no es posible eludir. Todo ello vale también para demostrar la trascendencia de la función del juez, ya que de sus manos habrá de surgir el derecho remozado".[29]

Los derechos humanos, por cuanto son "absolutos", tienen un aspecto público, por lo que también los órganos del Estado resultan obligados a reconocerlos y a garantizarlos y, por ende, a abstenerse de violarlos. Esto nace del artículo 1.1 de la Convención Americana, que no acepta ni impone ninguna condición o requisito previo para su aplicación directa e inmediata.

En la acción procesal, como derecho subjetivo público, aparece obligado específicamente un poder del Estado (el judicial), cuya tarea consiste en juzgar; esto es, ejercer su jurisdicción al resolver el caso concreto que se ha sometido a su conocimiento, sin abstenerse de hacerlo bajo el pretexto del silencio o la oscuridad de las leyes. En una palabra, el individuo es "titular" de los derechos y libertades fundamentales y el poder judicial, en tanto y en cuanto órgano del Estado, está obligado a reconocerle y garantizarle a aquel su pleno goce y ejercicio.

Frente a las actuales formulaciones reguladoras consignadas en el nuevo Código Civil y Comercial vigente (arts. 1 y 2), no cabe escudarse en la falta o ausencia de reglamentación de un precepto convencional para negarse a aplicarlo, pues se caería en responsabilidad internacional.[30]

---

28 Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op. cit*., t. I, vol. 1, párr. 188, p. 501, n. 20.

29 Justo, Alberto M., "La actitud del juez frente a la transformación del derecho", *La Ley*, Buenos Aires, tt. 9-41, 1938, Secc. Doctr.

30 *Cfr.* Bidart Campos, Germán, "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna", AA.VV., *La*

En voto separado en una opinión consultiva de la Corte IDH, el juez Gros Espiell dijo:

> El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados partes. Pero estos Estados se hallan obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, si no existieran ya, para hacer "efectivos" tales derechos y libertades. Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el art. 1º de la Convención, dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce [...]. Pero este reconocimiento implica el deber de los Estados partes de respetar y garantizar dichos derechos y, de ser necesario, también de adoptar las medidas requeridas en el derecho interno para el mejor y más adecuado cumplimiento de las obligaciones que son la consecuencia del reconocimiento de esos derechos y libertades.[31]

En nuestro alegato ante la Corte IDH en el caso *Cesti Hurtado vs. Perú*, representando a la Comisión Interamericana, recordamos que Ferrajoli nos dice: "En esta sujeción de juez a la Constitución y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del Poder Judicial de los demás poderes".[32]

Como bien lo señalaba Solari Brumana, "[...] para amparar al ser humano de los abusos del poder político, hace falta un juez".[33] Este es el sentido actual de la frase clásica: "¿Hay jueces en Ber-

---

*Corte y el Sistema Interamericano*, San José, OEA-Unión Europea, 1994, pp. 50 y 51.

31 Corte IDH. OC-7/86. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva de 29 de agosto de 1986. Serie A, núm. 7. Voto separado del juez Gros Espiell, párr. 6.

32 Téngase presente que el coautor de esta nota, doctor Oscar L. Fappiano, ha sido miembro de la CIDH y, en el asunto aquí aludido, fue delegado de ese organismo ante la Corte IDH.

33 Solari Brumana, Juan Antonio, *Reparación del daño. El particular damnificado en el derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 21. Ampliar en Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op. cit*., t. I, vol. 1, párr. 166, pp. 430 y ss.

lín?". Pero es claro que debe dotárselo de los medios necesarios y suficientes para llevar a ejecución su cometido, de modo que el derecho a la justicia sea efectivo.

En su jurisdicción contenciosa, la Corte Interamericana ha ratificado su criterio de que el "objeto y el fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos", razón por la cual —agregó— "la Convención debe interpretarse de manera de darle un pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo su 'efecto útil'".[34]

En otro pronunciamiento consultivo, la Corte IDH consignó: "[...] entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restringe en menor escala el derecho protegido",[35] criterio que pregona el artículo 33.4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Tal como lo consigna Gordillo:

> La única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos, será aquella que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales [...] y no a la inversa, la indefensión de los individuos y su sometimiento a la autoridad o gobierno de turno, para más aislado del contexto internacional.[36]

Basta, para corroborar esta ponencia, con revisar si la conminación de la Corte Suprema al organismo previsional nacional —Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES)— de no deducir el recurso extraordinario consagrado en el artículo 14 de la ley 48 se cumple a cabalidad por parte de aquel.

---

34 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*..., *cit*, párrs. 30 y 69; *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrs. 35 y 69; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párrs 33 y 72; *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Sentencia de 8 de diciembre de 1985, párrs. 38 y 64.

35 Corte IDH. OC-5/85..., *cit.,* párrs. 46, 51 y 52.

36 Gordillo, Agustín, *Derechos humanos*, 6a. ed., Buenos Aires, AGG, 2007, pp. II-19.

## 3. Conclusión

El artículo 1 de la ley bajo análisis priva a la magistratura de una herramienta adecuada para sancionar personalmente al funcionario responsable, debilitando la función propia de todo proceso judicial de asegurar el restablecimiento del derecho conculcado en un plazo razonable, sancionar a su responsable y evitar su repetición en otros juicios.

Con base en todo lo expuesto, efectuado el control de convencionalidad, concluimos que, por el juego armónico de las normas convencionales aludidas, la prohibición del artículo 1 de la ley nacional 26.944 no responde a los contenidos axiológicos que inspiran el derecho de los derechos humanos y tampoco se ajusta al principio constitucional de razonabilidad que debe respetar la norma reglamentaria de todo derecho fundamental; en este caso, del derecho humano a accionar judicialmente contra el Estado.

Por último, nos parece importante poner de relieve el federalismo procesal que marca la CSJN en el párrafo 12 del fallo motivo de este análisis, cuando sostiene que las astreintes —como atribuciones o facultades de los jueces— "[...] no forman parte del derecho de fondo y no tienen por qué ser incluidas en la ley de fondo [...]" (cita del debate parlamentario), ya que están legisladas en los ordenamientos rituales de los diversos estados provinciales del país. Ello sin perjuicio de que no cabe duda de que las normas sustanciales en ciertas circunstancias puedan abordar reglas procedimentales (doctrina de los arts. 75, inc. 12, 122 y 124 CN).

## Bibliografía

Bidart Campos, Germán, "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna", AA.VV., *La Corte y el Sistema Interamericano*, San José, OEA-Unión Europea, 1994.

Bidart Campos, Germán, "Las garantías individuales. Nuevos aportes al sistema de la Constitución Nacional", *Jornadas Nacionales del Ministerio del Interior y del Banco de la Ciudad de*

*Buenos Aires*, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, del 11 al 14 de diciembre de 1989, 1990.

Cuétara, José Manuel de la, *Las potestades administrativas*, Madrid, Tecnos, 1986.

Esteban, Jorge de, *Tratado de derecho constitucional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2001, t. I.

Fappiano, Oscar L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.

Gordillo, Agustín, *Derechos humanos*, 6a. ed., Buenos Aires, AGG, 2007.

Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?", *La Ley*, Buenos Aires, 2008-E, 1169.

Hitters, Juan Carlos y Hitters, Juan Manuel, "Derecho procesal constitucional transnacional", *SJA* de 13 de febrero de 2019.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2007, t. II, vol. 2.

Justo, Alberto M., "La actitud del juez frente a la transformación del derecho", *La Ley*, Buenos Aires, tt. 9-41, 1938, Secc. Doctr.

Nikken, Pedro, "Bases de la progresividad en el derecho internacional de protección de los derechos humanos", AA.VV., *Derechos humanos en las Américas*.

Nikken, Pedro, "El concepto de los derechos humanos", AA.VV., *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, IIDH-Comisión de la Unión Europea, 1994.

Rosatti, Horacio, "Globalización, estatidad y derecho", *Estado y globalización*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

Solari Brumana, Juan Antonio, *Reparación del daño. El particular damnificado en el derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1962.

# II. La doble instancia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Influencia de los tratados y de las prácticas internacionales*

*Oscar L. Fappiano*
*Juan Carlos Hitters*

Sumario: 1. Introducción. La potestad colegislativa de la Corte Suprema de Justicia. 2. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. Introducción. La potestad colegislativa de la Corte Suprema de Justicia

En su último acuerdo de 2019, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha pronunciado —por mayoría— acerca del trascendente tema referente al cumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio del derecho humano a recurrir toda sentencia que agravie los intereses de la persona titular del mismo; ello así, ejerciendo un medio de impugnación cuyo contenido se ajuste a las pautas establecidas internacionalmente,[1] que la Corte Interamericana de Derechos

* Publicado en *La Ley* el 29 de mayo de 2020. Cita *online*: AR/DOC/774/2020.

1 CSJN, *Recurso de hecho deducido por la defensa en causa: P., S. M. y otro s/ homicidio simple*, 26 de diciembre de 2019, AR/JUR/51217/2019.

Humanos (Corte IDH) ha moldeado en varios fallos a través del control de convencionalidad.

El asunto se inicia porque la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal revocó la sentencia absolutoria del Tribunal Oral de Menores respecto de S. M. P. y, en su reemplazo, emitió otra que condenó al procesado a una pena privativa de libertad de seis años.

Como es sabido, siendo el de casación el máximo órgano jurisdiccional en el sistema procesal penal nacional, en principio, no cabe contra sus pronunciamientos sino el recurso extraordinario que regula el artículo 14 y ccds. de la ley 48[2] y, por consiguiente, queda infringido así el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),[3] de acuerdo con reiterada práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y jurisprudencia de la propia Corte IDH, como veremos.

Se trata de una práctica y una jurisprudencia que ya provocara una antigua intervención del máximo cuerpo jurisdiccional argentino, el cual estableció que el recurso de casación no solo debe constreñirse a las cuestiones de derecho común, sino abarcar también las de hecho y prueba;[4] criterio muchas veces expresado por la Corte IDH y remarcado hace poco en el caso *Manfred Amrhein*.[5]

En el fallo en comento, la Corte Suprema avanza un paso más en esa dirección de reconocer y garantizar el pleno goce y ejercicio del derecho a un recurso, al disponer que la sentencia condenatoria emitida por una de las salas de la Cámara Federal de Casación fuera sometida a la consideración de otra de las salas

---

2 Es de hacer notar que, ello no obstante, la defensa dedujo también recurso de casación para que la sentencia condenatoria de la Sala IV fuera revisada por otra Sala del mismo Tribunal.

3 Véase también PIDCP, art. 14, párr. 5.

4 CSJN, *Casal, Matías E. y otros s/robo simple en grado de tentativa*, 20 de septiembre de 2005, párr. 26, donde postuló: "se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho".

5 Corte IDH. *Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C, núm. 354.

de ese mismo cuerpo jurisdiccional, a fin de alcanzar el "doble conforme", si la Sala "revisora" (por darle un nombre) comparte el pronunciamiento de su homónima y se mantiene la condena. En caso contrario, procede la absolución tal como provenía de primera instancia. Como anticipamos, siguiendo el criterio sustentado por la Corte IDH,[6] se ha priorizado el derecho al "doble conforme" por sobre el conocimiento del recurso por un "tribunal superior", como dispone el artículo 8.2.h) convencional, basado en que corresponde hacer excepción de este último postulado cuando no existe tal magistratura en la organización de la justicia penal.

Cabe computar a favor de lo decidido la necesidad de acortar el trámite total del pleito, procurando respetar el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, a fin de concluir definitivamente el juicio en un plazo razonable, el que se puede ver afectado si se revoca la sentencia de casación y se remite el caso a otro tribunal de juicio oral para que proceda a un nuevo debate previo a dictar una nueva sentencia —la que no deberá ser susceptible de recurso ordinario alguno para darle un corte final al caso, evitando recursos *ad infinitum*—, con la posibilidad de que, por el tiempo transcurrido, se pierdan pruebas y se modifique el cuadro juzgado.

Obviamente, la solución adoptada no está prevista expresamente en el Código Procesal Penal de la Nación. Por ello, nos animamos a sostener que se trata de una creación pretoriana de la Corte Suprema, al igual que hizo, por ejemplo, con la acción de amparo en la década de los cincuenta, en los casos *Siri* y *Kot* y, más recientemente, en *Ekmekdjian c/ Sofovich*, entre otros.[7]

---

6 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 206; entre otros que luego veremos.

7 Sobre este particular proceder de la Corte, escribía hace unos años el maestro Bidart Campos: "directamente titulariza en el procesado el derecho de recurrir el fallo ante un tribunal superior; pero el andamiento procesal a través de la legislación interna parece imprescindible, porque si no existe el tribunal de alzada ¿ante qué órgano se va acudir?, el derecho a la jurisdicción queda ahí inhibido ¿verdad?, entonces son problemas serios, cómo reacomodamos el derecho interno... si es que no tenemos tribunales de alzada creados por ley que les de competencia... Si esto se planteara ante la Corte Suprema, ¿qué podría decir la Corte Suprema?, es muy difícil: quizás

Conviene aclarar que esa solución es viable en estos casos si el tribunal de casación posee más de tres integrantes y está dividido en salas, como sucede con el nacional y el federal, características que no presentan todas las provincias y en algunas de ellas (caso de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur) es el Superior Tribunal (que consta solo de tres miembros) quien hace las veces de cuerpo de casación. En la provincia de Buenos Aires, existiendo un organismo específico de casación, es posible —no siempre— que su sentencia de condena se "revise" por la Suprema Corte de Justicia de ese estado.

Desde esta vertiente, es de indagar si la Corte Suprema nacional puede obligar a los tribunales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a cumplir con su doctrina. Pensemos que su posición sentada en *Casal* no ha sido acogida favorablemente por todos los poderes judiciales locales; tan así es que, recientemente, y una vez más, Argentina ha sido condenada por la Corte IDH por violar el derecho al recurso en el caso *Gorigoitía,* originado, como otros anteriores, en la provincia de Mendoza.

En dicho asunto, el informe de fondo de la CIDH recomendó al país que dispusiera las medidas necesarias para que, en caso de ser su voluntad, el afectado Gorigoitía pudiera incoar un recurso mediante el cual obtuviera una revisión amplia del fallo condenatorio y pudiera reparar integralmente las violaciones allí aludidas, incluyendo el daño material e inmaterial; así como dictar —añadió— las medidas legislativas pertinentes para adecuar la legislación interna relativa al recurso de casación a los estándares interamericanos sobre el derecho a las garantías judiciales, consagrado en la Convención Americana.

---

podría decir (como en el orden interno lo dice cuando un justiciable no encuentra juez competente ante el cual llevar su pretensión) que hay privación de justicia; y ¿qué hace la Corte cuando describe privación de justicia?; señala el tribunal competente, y aquí también pudiera hacer lo mismo si el derecho interno (federal o provincial) no prevé tribunal de alzada y se alegara privación de justicia por incumplimiento de esta norma de un tratado internacional, podría ser que la Corte dijera que hay privación de justicia y señalara cuál debe ser el tribunal que en la alzada revise el fallo y de cumplimiento a esta garantía que el pacto concede al procesado en el proceso penal". Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos,* Buenos Aires, Ediar, 1994, pp. 165 y 166.

Asimismo, y de manera independiente a la adecuación normativa, la CIDH recomendó a Argentina asegurar que las autoridades judiciales "ejerzan un control de convencionalidad al momento de resolver los recursos contra sentencias condenatorias, de forma consistente con los estándares"[8] establecidos en el informe referido. El contenido de dicha recomendación pone claramente de manifiesto que la magistratura mendocina no ejerció el control de convencionalidad ni dio cumplimiento a la doctrina que surge de los fallos del máximo Tribunal judicial del país.

Creemos importante remarcar que la CIDH —como dijimos— ha sido consecuente con su práctica de sostener que el derecho a recurrir el fallo "incluye, la posibilidad de una revisión integral tanto de las cuestiones de derecho como de hecho y prueba",[9] criterio ampliamente ratificado por la Corte IDH.

En el caso *Barreto Leiva*[10] resaltó que una de las consecuencias de la aplicación del fuero fue que en Venezuela la víctima no pudiera impugnar la sentencia condenatoria en su contra.[11] Afirmó que "la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado".[12]

En este sentido, en *Mohamed vs. Argentina*, la Corte regional también sancionó al Estado porque el procesado se hallaba impo-

---

8 La Corte IDH ha fijado recientemente una serie de estándares para el cumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Véase Hitters, Juan Carlos, "Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reinterpretación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derechos a la salud, seguridad social, pensiones y jubilaciones, cuestiones laborales, medio ambiente e igualdad de género)", *La Ley,* 4 de marzo de 2020.

9 *Cfr*. CIDH. Informe núm. 72/17. Caso 13.019. Fondo. Eduardo Rico. Argentina. 5 de julio de 2017.

10 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela..., cit*.

11 *Ibidem,* párr. 82.

12 *Idem*.

sibilitado de atacar el fallo que lo condenó en un proceso penal. Aquí, la Corte IDH fue terminante al sostener que

> [...] debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que este sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.[13]

En el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos,[14] el Comité de Derechos Humanos de la ONU señaló de manera expresa, en el apartado 47 de la Observación general 32, que "[...] el párr. 5º del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se vulnera no solo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior [...]".

---

13 Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 255. Véase también *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm. 276; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279, párr. 270 y *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107. Es de destacar que Costa Rica modificó el recurso procesal mediante las leyes 8503 y 8837, que la Corte IDH consideró que subsanaban las deficiencias de su anterior normativa en el caso *Amrhein y otros vs. Costa Rica..., cit*.

14 Véase Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I, vol. 1, p. 114.

A su vez, en el párrafo 48 de la misma Observación general expresa que "[...] el derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior, establecido en el párr. 5º del art. 14, impone al estado parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa".[15]

Ya en 1999, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de pronunciarse sobre la garantía del derecho al recurso en un caso penal tramitado originariamente en la justicia de la provincia de Mendoza. Nos referimos a los autos *García, Sixto F.*, donde sostuvo que "[...] la decisión del superior tribunal que privó al imputado de la garantía a la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inc. 2, ap. h), configuró un palmario desconocimiento de las pautas dadas por esta Corte".

Cabe destacar que en este expediente el recurso de casación fue denegado, por lo que se dedujo el extraordinario federal cuyo rechazo llevó a la interposición de la correspondiente queja, que, admitida por la Corte Suprema, posibilitó el pronunciamiento anterior. Sin embargo, en el caso *Gorigoitía*, contra la sentencia condenatoria, su defensa dedujo recurso de casación ante la Primera Cámara del Crimen local, que lo declaró admisible y elevó las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la cual lo repelió por considerarlo formalmente improcedente sin evaluar, por consiguiente, los méritos sustantivos de la cuestión.

Por esa circunstancia, se interpuso recurso extraordinario federal ante el máximo Tribunal de Justicia de la Nación, medio de impugnación denegado por la Corte mendocina, motivo por el cual la citada defensa impetró la queja ante la Corte Suprema nacional, que fue desestimada *in limine* por este último cuerpo con base en lo dispuesto por el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que autoriza el rechazo sin expresar

[15] ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación general 32, art. 14: el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, párrs. 47 y 48.

motivación alguna, precepto que, de tal modo —*prima facie*—, no sería acorde con el artículo 18 de la Constitución Nacional (CN) y tampoco con el 8 de la CADH.

Nos permitimos esta digresión porque aquí se puso de manifiesto el doble estándar del máximo Tribunal judicial argentino, ya que, en el primer caso, dio curso a la queja dejando de lado todo ápice procesal, a fin de ejercer el control de convencionalidad, y se expidió sobre el fondo del asunto declarando la inconsistencia de la ley procesal local con la Convención Americana; en tanto que en el segundo hizo lo contrario sin expresar los motivos de este presunto cambio de criterio.

A su vez, la Corte IDH ya se había pronunciado —como vimos— en *Mendoza y otros vs. Argentina*, determinando que "[...] tal como está regulado el recurso de casación en el Código Procesal Penal de la Nación y en el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, no es posible la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias en las sentencias condenatorias por un juez o tribunal superior".[16]

Y si bien con posterioridad al dictado de la sentencia del Tribunal interamericano, como también de los citados fallos pronunciados por la Corte Suprema argentina, la provincia en comento sancionó su ley 9040 (2018), no adecuó su recurso de casación al estándar aludido manteniendo el texto anterior. En una palabra, la reforma operada no ha producido la adaptación que impone el artículo 2 de la CADH.

Podemos concluir, entonces, que la normativa provincial en materia de "doble conforme" continúa siendo deficitaria a la luz del Pacto de San José y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Ello significa que, en algunos casos, se omite expresamente la posibilidad de revisar de forma integral y amplia una sentencia de primera instancia, que permita examinar nuevamente el derecho aplicado, la fijación de los hechos y la valoración de la prueba producida; o, dicho más sintéticamente, deja afuera del contralor las cuestiones de hecho, prueba y derecho común.

[16] Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260.

La distinción entre cuestiones de hecho y prueba, por un lado, y de derecho, por el otro, no es rotunda, porque las primeras guardan relación con el principio de inocencia que reconoce el artículo 8 convencional, por cuanto preceptúa que se presume la inocencia "hasta que no se pruebe legalmente lo contrario". Ello así porque, con el objeto de determinar si no ha sido transgredido este canon, resulta necesario constatar si la valoración de la prueba colectada y efectuada en la sentencia de condena se ajustó al sistema probatorio establecido al efecto por la legislación local (sistema de pruebas legales, de la sana crítica, de libre convicción, etcétera).[17]

Es claro que las sentencias de la Corte Suprema de la Nación carecen de fuerza coercitiva más allá del asunto juzgado y, por consiguiente —como vimos—, no obligan a la provincia confederada a derogar su legislación, que quebranta la Convención Americana, y reemplazarla por otra que la respete. Por ello, Argentina no cumple con la garantía de no repetición de la violación juzgada, tal como lo demuestran inequívocamente los casos mendocinos citados. Además, el Estado argentino —de organización federal— no viene dando acatamiento al artículo 28 de la CADH, de la que es signatario.

Es de esperar que la reparación que eventualmente se fije a favor del afectado y a cargo, en principio, del Estado nacional, la repita del aporte correspondiente de la coparticipación federal de impuestos o de otras transferencias a provincias que autorice el presupuesto general.

Estimamos plausible que el Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por ley 27.062, haya incorporado como una causal de revisión el hecho de que "se dicte en el caso concreto una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o una decisión de un órgano de aplicación de un tratado en una comunicación individual".

Atingente al órgano judicial competente para conocer de este recurso, siguiendo y actualizando a los profesores Alcalá Zamora

[17] Para una definición de cada sistema puede verse la sentencia C-202 de 2005, *M. P. Jaime Araújo Rentería*, de la Corte Constitucional de Colombia. Esta denuncia se formuló ante la CIDH en el caso *Abella vs. Argentina* —más conocido como el caso "*La Tablada*"— por parte de los denunciantes.

y Levene,[18] creemos que se debe realizar según el organismo que falló en definitiva, generalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, porque para acudir a las instancias internacionales se tienen que agotar las instancias internas, por lo que a ella le compete conocer del recurso de revisión planteado contra su fallo que pone en ejecución la sentencia emitida por los máximos tribunales provinciales (art. 46.1 CADH).

Es verdad que la CSJN viene adoptando las determinaciones tendentes a dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH (en alguna oportunidad hizo lo propio con una solicitud de medida cautelar formulada por la CIDH en *Concepción Flecha vs. Argentina)* —lo cual se ajusta al hecho de ser sus sentencias las que agotan las instancias internas—, pero no lo es menos que lo hace pretorianamente y que razones de seguridad jurídica vuelven conveniente su regulación normativa en la jurisdicciones respectivas (arts. 1.1 y 2 CADH).

## 2. Conclusiones

La lección que emerge de estos desarrollos es que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en nuestro ámbito positivo[19] ha traído como consecuencia que el siste-

[18] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene, Ricardo, *Derecho procesal penal,* Buenos Aires, Depalma, 1993.

[19] Se observa con claridad que en derredor de esa disciplina de esencia sustantiva o fontal ha tenido vida lo que dio en llamarse el derecho procesal trasnacional, que nace en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, con la evidente finalidad de garantizar las libertades del hombre, tal cual lo puso de relieve Mauro Cappelletti hace ya mucho tiempo. Cappelletti, Mauro, "Acceso a la justicia (conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológico)", trad. de Juan Carlos Hitters. A través de ella se han puesto en operatividad reglas procesales y cuerpos especializados colocados por "encima" de las autoridades domésticas sin sustituirlas (subsidiariedad). En efecto, este esquema —mundial— ejerce una doble influencia en los carriles locales, ya que, por un lado, los convenios y tratados imponen una serie de preceptos que "se meten" en el torrente jurídico de los países, complementando de ese modo el derecho interno, y que resultan directamente operativos —*self-executing*—. Por otro lado, tales instrumentos pusieron en funcionamiento, en nuestro ámbito continental, a la CIDH

ma de protección de ellos no se agote con las decisiones que se toman en sede interna, porque ellas son susceptibles de control convencional ante las instancias supranacionales,[20] es decir, que lo que se resuelva en jurisdicción doméstica está sujeto a la inspección de los órganos de tutela creados por dicha Convención: la CIDH y la Corte IDH, lo cual obliga a tener en consideración dicho tratado "en las condiciones de su vigencia" (art. 75.22 CN) —propio de un obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas— a la hora de decidir un caso, a fin de no hacer caer al Estado argentino en responsabilidad internacional.

En paralelo, no debemos perder de vista que en la segunda mitad del siglo xx, en 1969, se aprobó un instrumento multilateral que constituye un auténtico código en materia de tratados: la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que desde su vigencia internacional es un valioso vademécum para quienes se interesan en esta importante materia. Argentina la ratificó mediante la llamada ley 19.865 de 10 de octubre de 1972, razón de más para dar cabal cumplimiento a las obligaciones contraídas al ratificar estos tratados y convenciones sobre derechos humanos.[21]

---

y la Corte IDH, que han establecido una serie de "criterios" que son muy útiles para reforzar el debido proceso legal local, y que en algunos casos son vinculantes para los tres poderes del Estado, tal cual lo señalamos. Se entiende así cómo la CSJN puede dictar preceptos adjetivos como lo hizo en el fallo de 26 de diciembre de 2019 que estamos comentando, sobre la base del derecho procesal trasnacional. Véase Fix-Zamudio, Héctor, "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", presentado en las IX Jornadas Iberoamericanas del Derecho Procesal, celebradas en Madrid, en 1985; asimismo, Alcalá-Zamora y Catillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos,* Madrid, Civitas, 1975, p. 122. Debe entenderse que mientras el país deje vigentes normas procesales que violen el "doble conforme" incumple el art. 2 de la CADH. Véase Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 7: control de convencionalidad*, San José, Corte IDH, 2019, pp. 20-28. De ahí la importancia de la doctrina que fijó la CSJN en el pronunciamiento referido.

20 Hitters, Juan Carlos y Hitters, Juan Manuel, "Derecho procesal constitucional transnacional", *La Ley,* Buenos Aires, núm. 156, t. 2018-D, pp. 1-4.

21 A fin de no alargar demasiado este artículo, dejamos para otra oportunidad dos aspectos del derecho al recurso que han aparecido en sendas sentencias de la Corte IDH. Nos referimos al voto individual del exjuez García Ramírez

Consideramos necesario reiterar la importancia de los aportes que ha efectuado el derecho internacional de los derechos humanos a los sistemas domésticos, al promover una serie de reglas e interpretaciones sobre el debido proceso legal y el doble conforme —en materia penal— que, a través del control de convencionalidad que hace la Corte IDH, se convierten en obligatorios[22] para el derecho interno (arts. 8 y 25 CADH).

Este Tribunal regional ha señalado reiteradamente que la interpretación que él mismo efectúa de los pactos, documentos y prácticas internacionales, en especial de la CADH, es vinculante para los tres poderes del Estado.[23]

Consideramos que en el caso aquí analizado, la Corte Suprema ha ejercido correctamente sus facultades colegislativas implícitas a través del control de constitucionalidad, al regular por vía judicial un trámite ante el tribunal de casación para cumplir con el doble conforme y evitar la violación del postulado del *due process of law*, incluyendo la doble instancia en el ámbito penal.[24]

En efecto, en el citado caso *Manfred Amrhein vs. Costa Rica*, repitió con contundencia la obligación de los Estados —en este

---

en el que propiciaba una morigeración de la amplitud del recurso cuando el tribunal de primera instancia es colegiado o pluripersonal, particularidad que cumplen los tribunales de juicio tanto nacionales como provinciales y su inadmisibilidad en el juicio por jurados, en atención a que estos deliberan en secreto y, por tanto, no expresan los argumentos en que fundan su respectivo veredicto y lo hacen según el sistema de la libre convicción.

22 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.

23 Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: Proceso y Constitución,* México, vol. 10, pp. 131-156.

24 En el fallo que venimos aludiendo —*P., S. M.*—señaló que "ante el dictado de una sentencia condenatoria en sede casatoria, la garantía de la doble instancia que asiste al imputado debe ser salvaguardada directamente y sin mayores dilaciones en dicho ámbito mediante la interposición de un recurso de casación que deberán resolver otros magistrados que integren ese tribunal, sin necesidad de que el imputado deba previamente recurrir a la CSJN para obtener una decisión que ordene que tenga lugar dicha revisión" (CSJN, 5207/2014/RH1, 26 de diciembre de 2019).

asunto del poder judicial— (arts. 1 y 2 CADH) de suprimir normas y prácticas que violen las garantías y, de ser necesario, expedir reglas a tales fines.

Ello así para destruir la presunción de inocencia a través de un órgano diverso que emita un fallo motivado.[25]

En definitiva,[26] creemos que en este caso la Corte Suprema hizo muy bien en casar la sentencia condenatoria y remitirla a otros jueces que integren el cuerpo de casación.[27]

---

[25] Ya había dicho el cuerpo interamericano de San José que "La Corte se ha referido en su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido del art. 8.2.h) de la Convención, así como a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. El Tribunal ha entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que 'se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía [...]'". *Cfr.* Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica..., cit.,* párr. 158, y *Caso Zegarra Marín vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C, núm. 331, párr. 170. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado. *Cfr. Caso Mohamed vs. Argentina..., cit.,* párrs. 92 y 93; *Caso Zegarra Marín vs. Perú..., cit.,* párr. 170, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, párr. 107; *Caso Zegarra Marín vs. Perú..., cit.,* párr. 170 y *Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica..., cit.,* párr. 255.

[26] Es importante puntualizar que dicho país —sede de la Corte Interamericana—, al advertir que el tribunal de casación estaba regulado muy deficitariamente debido a demasiado formalismo, dictó una ley para cumplir con los arts. 1.1 y 2 de la CADH, creando un recurso de revisión que podrían incoar todos aquellos condenados por el tribunal de casación doméstico, y que no habían podido ejercer el doble conforme. Lo curioso es que esta vía impugnativa pudo ejercitarse con efecto retroactivo, es decir, por aquellos que fueron efectuados antes de la creación del recurso de revisión. Corte IDH. *Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica..., cit.,* párr. 263.

[27] Véase Hornos, Gustavo M. y Fernández Ocampo, Marcos, "El derecho al recurso frente a la condena en casación de acuerdo a la Constitución Nacional. A propósito del fallo de 'P. S. M.' de la Corte Suprema", *Revista Pensamiento Penal,* 13 de febrero de 2020.

## Bibliografía

Alcalá-Zamora y Catillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos,* Madrid, Civitas, 1975.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene, Ricardo, *Derecho procesal penal,* Buenos Aires, Depalma, 1993.

Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994.

Cappelletti, Mauro, "Acceso a la justicia (conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológico)", trad. de Juan Carlos Hitters.

Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 7: control de convencionalidad*, San José, Corte IDH, 2019.

Fix-Zamudio, Héctor, "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", presentado en las IX Jornadas Iberoamericanas del Derecho Procesal, celebradas en Madrid, en 1985.

Hitters, Juan Carlos, "Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reinterpretación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derechos a la salud, seguridad social, pensiones y jubilaciones, cuestiones laborales, medio ambiente e igualdad de género)", *La Ley,* 4 de marzo de 2020.

Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: Proceso y Constitución,* México, vol. 10.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I, vol. 1.

Hitters, Juan Carlos y Hitters, Juan Manuel, "Derecho procesal constitucional transnacional", *La Ley,* Buenos Aires, núm. 156, t. 2018-D.

Hornos, Gustavo M. y Fernández Ocampo, Marcos, "El derecho al recurso frente a la condena en casación de acuerdo a la Constitución Nacional. A propósito del fallo de 'P. S. M.' de la Corte Suprema", *Revista Pensamiento Penal,* 13 de febrero de 2020.

# III. Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la reinterpretación del artículo 26 de la Convención Americana*

*Juan Carlos Hitters*

Sumario: 1. La reinterpretación del artículo 26 de la CADH a través de la jurisprudencia de la Corte IDH. 2. Breve referencia a los fallos más significativos de la Corte Interamericana en materia de DESCA. 3. Conclusiones. Bibliografía.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José) ha dado en sus orígenes amplia preferencia a los derechos civiles y políticos, ya que los económicos, sociales y culturales fueron abordados de manera incompleta y sin la intención de conferirle por aquel entonces plena operatividad. Ello así, pues el artículo 26 —que les dedica a estos el capítulo III, compuesto de una sola norma— compromete a los signatarios al desarrollo progresivo de tales prerrogativas.

## 1. La reinterpretación del artículo 26 de la CADH a través de la jurisprudencia de la Corte IDH

### 1.1. Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Antecedentes

La Convención Americana, como es por demás sabido, se ocupa de los derechos civiles y políticos de manera preponderante,

* Publicado en *La Ley* el 4 de marzo de 2020. Cita *online:* AR/DOC/3945/2019.

dándoles carácter operativo. En su artículo 26 aborda los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), pero imponiendo a los Estados la obligación de adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr "progresivamente" la plena efectividad de los que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA).[1] Esta redacción implica que los DESCA no eran totalmente operativos, ya que tenían que ir afirmándose poco a poco con las tareas que se les imponía a los propios países suscritos al modelo de San José, Costa Rica.

De ahí que hayamos querido traer a colación los fallos de nuestro más alto Tribunal regional, donde se reperfilan ciertos criterios antiguos para darle a los DESCA una sustancia netamente operativa con inmediata vigencia.

En efecto, la CADH se ocupa de los DESCA: *1)* en su Preámbulo, donde señala que solo puede realizarse el ideal del ser humano libre si se permite a cada persona gozar de los derechos económicos, sociales, culturales, tanto como los civiles y políticos; *2)* en su artículo 26, que más adelante estudiaremos en profundidad; *3)* tácitamente en el artículo 31, ya que dicha norma admite el reconocimiento de otros derechos y libertades no incluidos en el documento analizado,[2] y *4)* también implícitamente en su artículo 42, que obliga a los Estados a remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente las comisiones ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social, así como del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.[3 y 4]

---

1 Firmada en la IX Conferencia Internacional Americana de 30 de abril de 1948, celebrada en Bogotá, en vigor desde el 13 de diciembre de 1951.

2 Ello sin perjuicio de considerar que estos podrían tener vigencia sobre la base del art. 29, inc. c), como "derechos tácitos".

3 ***N. del E.*** Por virtud del Protocolo de Managua se creó el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, que asumió las funciones de estos dos órganos.

4 A su vez, el art. 64 del Primer Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos les impuso a los gobiernos adheridos el deber de

Por lo expresado, conviene reiterar que el Pacto de San José le ha dado en sus orígenes amplia preferencia a los derechos civiles y políticos, ya que los económicos, sociales y culturales fueron abordados de manera incompleta y sin la intención de conferirle por aquel entonces plena operatividad. Ello así, pues el artículo 26 —que les dedica a estos el capítulo III compuesto de una sola norma— compromete a los signatarios, como vimos, al desarrollo progresivo de tales prerrogativas.

Esta dicotomía se explica claramente, porque los gestores entendieron que en 1969, cuando se pergeñó este documento internacional, no existían las condiciones en este sector continental para que tales derechos fueran *self-executing* y pensaron que podían incorporarse luego —como realmente fue— a través de un protocolo adicional y demás documentos y prácticas.

Esta ha sido la postura del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que no abordó de entrada los DESCA, algunos de los cuales fueron incluidos luego en sus varios protocolos adicionales y, por supuesto, también en la Carta de Turín, en vigor desde 1965.[5]

Vale la pena tener presente que el constitucionalismo social fue uno de los pistones que puso en marcha estas prerrogativas sobre la base del "Estado benefactor" (*welfare state*), otorgándole a los países injerencia en tales campos, para que los DESCA tengan una efectiva promoción y protección, a fin de "equilibrar las desigualdades naturales".

Repárese, por ejemplo, en que la Constitución de Weimar[6] puso énfasis en el fin social de la propiedad; o en la Revolución francesa de 1793, que reconoció el derecho al trabajo; o en la

enviar a dicho organismo copia de los informes y estudios. Facultando a esa entidad a solicitar datos anuales a los países miembros, como asimismo encomendar a expertos o a entidades estudios monográficos sobre la situación de uno o más de tales derechos en una nación determinada o en un grupo de ellas.

5 Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1991, t. I, pp. 345 y ss.

6 Alemania, 14 de agosto de 1919.

antigua Constitución mexicana de 1917,[7] que les dio algún recorrido a estas potestades.

En tal orden de ideas, no debemos perder de vista el desarrollo histórico que se fue gestando en el sentido indicado. Por ejemplo, para la Revolución estadounidense, el Estado tenía que cumplir una obligación de "no hacer", es decir, abstenerse de violar los derechos económicos, civiles y políticos; mientras que a partir del constitucionalismo social tuvo el "deber de hacer".[8]

### 1.2. Reinterpretación de la jurisprudencia de la Corte IDH. Justiciabilidad de los DESCA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Tribunal de San José), siguiendo algunas improntas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, Tribunal de Estrasburgo) en materia de derechos sociales, dispuso recientemente, por ejemplo, en el caso *Poblete Vilches*, que el derecho a la salud impone al Estado una obligación positiva, sosteniendo que del artículo 26 se pueden desprender dos tipos de obligaciones: las "progresivas" y las de "carácter inmediato". Estas últimas consisten en adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso al derecho a la salud sin ningún tipo de discriminación.[9]

Como dice Ferrer Mac-Gregor en su prólogo, de este modo, el Tribunal de San José continúa y profundiza la línea jurisprudencial que tuvo rápido desarrollo en el ámbito de la justiciabilidad

---

7 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel Derecho, 1982, p. 401.

8 Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2da. ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I, vol. 2, pp. 853-854.

9 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Prologo", en Pérez Cepeda, María y Eguiarte Mereles, Carlos R. (coords.), *Desafíos de la democracia incluyente, en el marco del 40 aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, IEEQ-Tirant lo Blanch, 2019, p. 16; Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

de los DESCA, tomando pautas de los casos *García Lucero, Lagos del Campo vs. Perú, Trabajadores de Petroperú vs. Perú* y *San Miguel Sosa vs. Venezuela*,[10] así como en la opinión consultiva (OC) 23/17 (sobre medioambiente)[11] y, de manera más actual, en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Nicaragua*, fallos que luego estudiaremos en particular;[12] y también lo atinente a la igualdad de género y al medioambiente.

Como antecedente, no debemos olvidarnos de que en el caso *García Lucero*,[13] de 2013, la Corte IDH ya había expresado que las personas mayores constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad y, por ende, necesitan de mayor protección.

Quedó dicho en los referidos pronunciamientos —tema sobre el que volveremos— que los derechos económicos, sociales y culturales son ahora enteramente exigibles, que no hay ninguna jerarquía con respecto a los civiles y políticos; y que existe una verdadera interdependencia entre todos.

A la par, la Corte IDH, en el caso *Acevedo Buendía*,[14] siguiendo las aguas del TEDH (en el caso *Airey vs. Irlanda)*,[15] dejó cons-

---

10 En la sentencia de 8 de febrero de 2018, la Corte declaró responsable internacionalmente al Estado de Venezuela por la terminación arbitraria de contratos laborales. Entendió allí el Tribunal que tenía posibilidad de analizar la situación en los términos del art. 26 de la CADH.

11 Corte IDH. OC-25/18. Medio ambiente y derechos humanos (interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 25. En este pronunciamiento, por primera vez la Corte IDH desarrolló el contenido de medioambiente sano, que en nuestro ámbito regional está regulado en el art. 11 del Protocolo de San Salvador, así como en el aludido art. 26 de la CADH, conforme ya lo anticipamos.

12 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit*., pp. 15 y 16.

13 Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, núm. 267.

14 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.

15 TEDH. *Caso Airey vs. Irlanda*. Sentencia de 9 de octubre de 1979. Serie A, núm. 32, párr. 26.

tancia de que los juzgadores no debían ignorar la situación de cada Estado y, sobre todo, su condición económica.

### 1.3. Documentos internacionales sobre la materia. Antecedentes

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) ya se ocupó de algunos DESCA, aunque dándole preferencia a los civiles y políticos. Recordemos que, como enfatiza Gross Espiell, este documento abordó estas potestades en los artículos: VI. Constitución y protección de la familia; VII. Protección de la maternidad y de la infancia; XI. Preservación de la salud y la libertad; XII. Derecho a la educación; XIII. Beneficios de la cultura; XIV. Derecho al trabajo y justa retribución, y el XV. Derecho al descanso y a su justo aprovechamiento.[16]

La Carta de la OEA, suscrita en Bogotá en 1948, con varias modificaciones, contiene en su actual redacción —como vimos— normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura: en su actual artículo 54, inciso d), obliga a "Propiciar la colaboración, especialmente en los campos económico, social y cultural, con otras organizaciones internacionales que persigan propósitos análogos a los de la Organización de los Estados Americanos".

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948, le dedicó un espacio a este tipo de prerrogativas sin hacer una enumeración taxativa, justamente para que con el correr de los tiempos pudieran incorporarse nuevas posibilidades. Esta misma abarca los derechos económicos: a la remuneración, al trabajo, al nivel de vida digno, etc.; los sociales: a contraer matrimonio, a formar una familia, a la seguridad social, a la infancia, etc.; y los culturales: a la educación, a la protección de los bienes materiales y morales del autor, a tomar parte de la vida cultural, etcétera.

[16] Gross Espiell, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Libro Libre, 1986, p. 106.

En este orden de pensamiento, téngase en cuenta el adelanto que significó el artículo 22, denominado por René Cassin "el texto sombrilla", al reconocer el derecho a la seguridad social "apoyado en el esfuerzo nacional y la cooperación internacional".[17]

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)[18] de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha contribuido notablemente al desarrollo de los derechos aquí analizados y se basa en la obligación que tienen los Estados de remitir informes, lo que significa que tal ámbito no está dotado de un tribunal especializado —a diferencia de la CADH o de su similar europea—.

Este modelo, como veremos, resulta de menor protección respecto al de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o al de la Carta Europea, aunque tal déficit fue solucionado en parte a través de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), que creó un cuerpo de expertos que desde 1987 supervisa el PIDESC y que nació con el nombre de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). Este organismo está financiado por el presupuesto de la ONU e informa regularmente al ECOSOC.

El instrumento de referencia mantiene un cierto criterio individualista similar a la DUDH, pues son las personas particularmente concebidas las que poseen las potestades allí reconocidas, si bien hay excepciones, entre las que podemos citar la libre determinación de los pueblos y las potestades que se les fija a los sindicatos.

Este documento comienza con la afirmación categórica del derecho a la libre determinación de los pueblos. El párrafo 1, artículo 2, dispone en lo esencial las obligaciones de los Estados

17 Se incluyen en este instrumento, además, el derecho a trabajar, la protección contra el desempleo; y los postulados de igual remuneración por idéntica labor, a una paga remunerativa, a crear sindicatos, etcétera.

18 Ratificado por Argentina mediante ley 23.313, sancionada el 17 de abril de 1986 y promulgada el 6 de mayo de 1986. Dicha norma aprueba los pactos internacionales de derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, y su Protocolo Facultativo.

parte, al disponer que cada uno de ellos se compromete a dictar medidas especialmente económicas y técnicas con el máximo de los recursos de que disponga para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos.[19]

Entre los derechos enumerados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se encuentra: el trabajar, la libertad de sindicalización y afiliación; el derecho a la seguridad social, etc. Todos ellos están enunciados en los artículos 6 a 15, y es posible agruparlos del siguiente modo: *i)* derechos económicos al trabajo, a la huelga; *ii)* derechos sociales; *iii)* derechos culturales, a la educación, a participar de la vida cultural, a la libertad científica, a la autoría literaria, artística y científica.

Respecto de la Carta Social Europea, conviene aclarar que no incluyó ningún derecho de los llamados económicos, sociales y políticos, por lo que, posteriormente, el Protocolo I se ocupó del derecho de propiedad —que para algunos autores puede considerarse de "contenido económico"— y del derecho a la instrucción, "de evidente tonalidad social y cultural".[20] Una de las particularidades es que no establece derechos subjetivos exigibles ante el Estado, sino más bien impone objetivos de políticas de carácter común para los signatarios. El procedimiento de supervisión y control se maneja a través de informes de los Estados, los que son analizados por el Comité de Expertos y el Comité de Ministros de los respectivos países.[21]

La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos fue adoptada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización Africana en junio de 1981 y enuncia

---

19 Gross Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 56; Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op. cit.*, p. 328.

20 Entre una centena de tratados firmados en el sector del Consejo de Europa, los dos más importantes en el área de la protección de los derechos humanos fueron el Convenio de Roma de 1950 y la Carta Social Europea, esta última con relación al campo de los derechos económicos, sociales y culturales.

21 No será ocioso destacar que este documento resulta de fundamental importancia en el Viejo Continente, no solo por el control supranacional que realiza, sino porque la jurisprudencia de los organismos encargados de su aplicación tiene una importante influencia en el derecho interno europeo.

derechos civiles y políticos, pero también económicos, sociales y culturales, poniendo especial énfasis en estos últimos. Los medios de protección que regula son: *i)* la Asamblea de Jefes de Estado, y *ii)* la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Funciona por medio de informes que deben remitir los gobiernos signatarios sobre las medidas legislativas y de otra naturaleza tomadas para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Carta. Como se ve, carece de un cuerpo jurisdiccional que revise la aplicación de este instrumento y otro de sus defectos es que el individuo carece de legitimación activa, ya que solo los Estados la poseen.

La OIT, establecida en 1919 por el Tratado de Versalles, está compuesta por Estados, sindicatos y por las entidades empresariales más representativas de los Estados miembros. Fue incorporada en 1946 a la ONU en calidad de Agencia Especializada. Sus órganos de control permanente son: el Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, constituidos ambos por expertos independientes.[22] Este último organismo ha reconocido siempre el derecho a la huelga como una potestad legítima a la que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de los intereses económicos y sociales.

### 1.4. Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

Para paliar las carencias que tenía el Sistema Interamericano en esta materia, a partir de 1982 se puso en marcha el proceso de elaboración de este documento, que culminó el 17 de noviembre de 1988, con su suscripción en San Salvador, El Salvador, en el Decimoctavo Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA.[23]

---

22 Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op. cit*., p. 1276.

23 Ratificado por Argentina mediante ley 24.658, sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el 15 de julio de 1996.

Se tuvo en cuenta que el artículo 31 de la CADH permite la inclusión de "nuevos derechos y libertades mediante los trámites" previstos en los artículos 76 y 77; para su redacción se tomó en cuenta el proyecto de la CIDH.

Consta de un preámbulo y de 22 artículos, y reconoce los siguientes derechos: al trabajo; sindicales; a la seguridad social; a la salud; a un medioambiente sano; a la alimentación; a la educación; a la cultura; a la protección de la familia; de la niñez; a la protección de los ancianos y los minusválidos.

Con respecto a los órganos de protección, el Protocolo de San Salvador utiliza un sistema que podríamos denominar mixto, ya que funciona mediante informes, similares a los de la Carta Europea, sin perjuicio de que además le da competencia a la CIDH y a la Corte IDH para que actúen con respecto a ciertos derechos, con parecidas características al esquema del Pacto de San José, para los civiles y políticos.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 19.1, los Estados parte tienen la obligación de presentar a la Secretaría General de la OEA informes periódicos que aludan a medidas progresivas que adopten para asegurar el debido respeto a los derechos consagrados en el instituto *sub examine*.

### 1.5. "Principios" aplicables que ratifica la jurisprudencia de la Corte IDH

Conviene enumerar sintéticamente una serie de principios de derechos humanos que están directamente vinculados con los DESCA y que se detallan en los fallos aquí estudiados: *1)* interdependencia; *2)* indivisibilidad, y *3)* progresividad.

#### *1.5.1. Interdependencia*

En 2009, en el caso *Acevedo Buendía vs. Perú*,[24] el Tribunal interamericano, siguiendo otros precedentes, resaltó que convenía

[24] Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría)" vs. Perú..., cit*., párr. 101.

recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que todos ellos deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin ningún tipo de jerarquía entre sí; y exigibles en los asuntos ante aquellas autoridades que resulten competentes, tal cual lo había sostenido el TEDH.[25]

### *1.5.2. Indivisibilidad*

Esta[26] significa que no hay diferencia entre los derechos civiles y políticos y los aquí abordados. En este sentido, Nogueira Alcalá resalta que "La Asamblea General de Naciones Unidas, en la res. 32/130 de 16 de diciembre de 1977, según recuerda Casal, determinó que '[...] Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales'".[27] La Corte IDH —como veremos— ratificó estos criterios.

---

25 Señalando que "El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio Europeo debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio" (TEDH. *Caso Airey vs. Irlanda..., cit*., párr. 26).

26 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 86.

27 Nogueira Alcalá, Humberto, "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año VII, núm. 2, 2009, pp. 143-205.

### *1.5.3. Progresividad*

En el caso *Cuscul Piraval vs. Nicaragua* —sobre el que luego volveremos—, la Corte IDH ratificó el principio de progresividad del artículo 26 de la CADH. Allí señaló que existen dos tipos de obligaciones que derivan de los DESCA: aquellas de "exigibilidad inmediata" y aquellas de "realización progresiva": en lo atinente a estas últimas, recordó —como adelantamos— que dicha progresividad no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo, sino que se requiere la realización de un conjunto de acciones para el cumplimiento pleno del goce de tales potestades.

En este sentido, del voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor (párr. 5) surge que los alcances del principio de progresividad, que han servido como punto basal de determinación de responsabilidades del Estado en este tema, están sustentados en la línea jurisprudencial que arrancó en el caso *Acevedo Buendía*, ya citado.[28] Agrega que dicha decisión se refiere justamente al incumplimiento del Estado en su deber de hacer (en el sentido aludido en *Acevedo Buendía*):

> [...] La tesis central que sostiene la mayoría en *Cuscul Pivaral* es que, si bien el Estado goza de un margen de actuación para el cumplimiento de sus obligaciones de progresividad en materia de DESCA, esto no puede ser interpretado como un cheque en blanco para no adoptar ninguna medida de protección, o de adoptar medidas que sean tan precarias en sus alcances que dejen en una situación de desprotección a personas en situación de vulnerabilidad, que además tienen un riesgo de sufrir graves afectaciones a su integridad o a su vida. Esta es la situación de las personas que viven con el VIH, que estaban en un claro riesgo de adquirir enfermedades oportunistas y por lo tanto sufrir afectaciones a su integridad personal o su vida, y de ahí la condena al Estado de Guatemala en el presente caso por la *inacción* estatal en materia de protección efectiva con anterioridad al año 2004. En *Cuscul Pivaral* la Corte no identificó la existencia de medidas que hayan sido regresivas en la protección de personas que viven con el VIH en Guatemala. De hecho, reconoció

[28] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit.*, párr. 102. Allí, la Corte IDH reconoció que la efectividad de los DESCA no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo.

> la existencia de una serie de leyes, planes de gobierno y aumentos presupuestarios, sobre todo después del año 2004, dirigidos a garantizar una adecuada atención en salud que, pese a su existencia con posterioridad al 2004 tampoco garantizaron de manera efectiva el derecho.[29]

El voto mayoritario del Tribunal recordó que el Estado, a pesar de conocer la existencia de la epidemia de virus de inmunodeficiencia humana (VIH) en el territorio guatemalteco, adoptó medidas regresivas y no dispuso del máximo de sus recursos para prevenir la propagación de la enfermedad (véase apdo. 2.3.3).[30]

Vale la pena destacar que el fallo aquí aludido implicó un cambio fundamental de la jurisprudencia tradicional de la Corte IDH, que hasta antes de 2017 se negaba a conocer violaciones directas de los derechos sociales, tal cual lo pone de relieve Juan Jesús Góngora.[31] El Tribunal declaró la responsabilidad estatal por falta de avance en la efectividad del derecho a la salud. Aunque ese organismo ya había definido lo que comprendía por progresividad en el referido caso *Poblete Vilches*, aquí agregó tres elementos adicionales sosteniendo: *1)* que aquella debe ser entendida como prohibición de inacción del país frente a la efectividad del derecho; *2)* que se incumple el postulado de progresividad cuando, pese a contar con programas o políticas públicas en disposiciones normativas, no se demuestra que se hayan hecho esfuerzos para llegar a la plena efectividad del derecho, y *3)* para la evaluación del cumplimiento de la obligación de la progresividad se deberá considerar si el Estado puso en marcha el máximo de los recursos disponibles.

---

29 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 7.

30 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala...*, *cit*., párr. 140.

31 Góngora, Juan Jesús, "La Corte Interamericana y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: las virtudes del caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala", *Justicia en las Américas*, 31 de octubre de 2018, *https://dplfblog.com/2018/10/31/la-corte-interamericana-y-los-derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales-las-virtudes-del-caso-cuscul-pivaral-y-otros-vs-guatemala/*

## 1.6. Justiciabilidad según la jurisprudencia de la Corte IDH. Operatividad

### *1.6.1. Antecedentes*

Con respecto a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales del artículo 26 de la CADH, la Comisión IDH había puesto en marcha desde antiguo su tarea fundamental concentrada en la protección de los derechos civiles y políticos, aunque, en puridad de verdad, pese a ello, los económicos, sociales y culturales no escaparon a su competencia, teniendo en consideración las reglas de la reformada Carta de la OEA. Habida cuenta de que, según la doctrina de este organismo, los DESCA constituyen la base de un desarrollo genuino y permanente y forman parte del goce indivisible de los derechos humanos. Por ello, dijo en varias oportunidades que la vivienda digna, el derecho al trabajo, la educación y la salud deben constituir el objetivo fundamental de las políticas de los Estados, y en este esfuerzo tienen que comprometerse sin excepción todos los sectores del país.[32]

En esta perspectiva, la CIDH ha recomendado adoptar todas las medidas al alcance del Estado en favor de los DESCA, tanto en forma individual como colectiva, incluyendo los derechos a la seguridad social.[33]

A su vez, la Corte IDH ha abordado esta cuestión en el caso *"Cinco Pensionistas" vs. Perú,*[34] que se erigió en el primer precedente en materia de jurisprudencia previsional en relación con la salvaguarda del derecho a la seguridad social. Sin embargo, desestimó el planteamiento principal con respecto a la justiciabilidad del derecho a la pensión, indicando que los DESC tienen "una dimensión tanto individual como colectiva", y que su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales, en general, sobre la base del conjunto de la población, y no en función de las cir-

[32] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op. cit*., p. 1295.

[33] CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia. OEA/Ser.L/V/II.84 Doc. 39, de 14 octubre 1993, p. 70.

[34] Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párrs. 116 y ss.

cunstancias del muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.[35]

Sin perjuicio de lo antedicho, la Corte IDH había tenido oportunidad de referirse a estos derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, en el caso *Aloeboetoe vs. Surinam,* de 1993, en cuyo párrafo 116.5 le ordenó al Estado demandado reabrir una escuela y dotarla de personal docente y administrativo para que operara correctamente el derecho a la educación. A su vez, en *Villagrán Morales vs. Guatemala,* de 1999, y en especial el voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli,[36] se abordó la cuestión de los derechos del niño en situación de riesgo (art. 19 CADH), señalando que en esta hipótesis los menores son víctimas de una doble agresión, ya que corren el riesgo de perder la vida y no vivir dignamente.[37]

En 2015, la Corte IDH dictó una sentencia[38] —que más adelante veremos— mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado ecuatoriano por ciertas violaciones a los derechos humanos, cometidas por el contagio del VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad. Consideró que era responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal, ya que no tomó las medidas necesarias para garantizarle a la menor y su familia el acceso a sus derechos sin discriminación; se trata de derechos humanos —reiteró el Tribunal— sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos frente a aquellas autoridades que resulten competentes (véase apdo. 2.3.1).[39]

---

35 *Ibidem,* párrs. 147, 148 y ss.

36 *Ibidem*. Voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párrs. 4 y 7.

37 Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op. cit*., p. 1296.

38 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

39 Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 22: derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, San José, Corte IDH, 2019, p. 7, *http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf*

### *1.6.2. Justiciabilidad directa. Derechos* self-executing

La Corte IDH condenó por violación del artículo 26 de la Convención Americana con motivo de la vulneración directa del derecho al trabajo, con referencia a la estabilidad laboral y a la libertad de asociación. Aquí encontró responsable internacionalmente al Estado peruano.[40] En esta situación —como veremos—, dicha entidad supranacional afirmó su competencia, a la luz del Pacto de San José y con base en el principio *iuria novit curia*, para juzgar la petición sobre afectaciones a los derechos laborales. Para llegar a estas conclusiones recurrió de manera interpretativa a la Carta de la OEA y a la Declaración Americana, así como a las reglas hermenéuticas del artículo 29 de la CADH, en relación con el *corpus iuris* nacional e internacional y a la legislación peruana sobre el particular.

En el mencionado caso *Cuscul Pivaral* de 2018, la Corte IDH se ocupó del derecho a la salud respecto de 49 personas que fueron infectadas por el VIH/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida), responsabilizando al Estado. En particular, encontró que distintas omisiones estatales en el tratamiento médico de las víctimas constituyeron un incumplimiento al deber de garantizar el derecho a la salud. Dijo allí el Tribunal, siguiendo el precedente *Poblete Vilches*[41] ya citado, que de las normas económicas, sociales, y sobre todo de educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA se deriva el derecho a la salud, que en algunas situaciones le otorga al afectado una exigibilidad inmediata.[42] Por ello consideró que, en virtud del artículo 26 de la CADH, ella es plenamente competente para analizar violaciones que derivan de las normas económicas, sociales, y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA (véase apdo. 2.3.3).

Esta decisión constituye un gran aporte a la línea jurisprudencial en materia de DESCA, cuyas pautas se suman —tal cual lo

[40] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

[41] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala...*, *cit*., párrs. 104 y 106.

[42] *Ibidem*, párr. 98.

adelantamos— a los casos *Acevedo Buendía*,[43] *Lagos del Campo*,[44] *Trabajadores Cesados de Petroperú*,[45] *San Miguel Sosa,*[46] *Poblete Vilches*, así como las de la OC-23/17. Ello así en lo que respecta a la justiciabilidad directa de estos derechos y a los alcances interpretativos del artículo 26 del Pacto de San José.[47]

### 1.7. Discriminación por la posición económica (separación de un niño de su familia. Pobreza)

En el caso *Ramírez Escobar,*[48] la Corte Interamericana declaró responsable internacionalmente al Estado guatemalteco por la separación arbitraria de una familia como consecuencia de adopciones irregulares que se llevaron a cabo en los años 2000 en dicho país, violando flagrantemente el derecho interno. Lo cierto es que, invocando razones de pobreza, entre otras, la justicia doméstica había dispuesto que dos hermanos debían vivir en distintos grupos familiares, ya que por "cuestiones económicas" no podían convivir en el mismo hogar.

El Tribunal regional puso de relieve que, a diferencia de otros tratados de derechos humanos, la posición económica resulta justamente "una de las causales de discriminación prohibidas por el art. 1.1 de la Convención Americana".[49] Determinó, en ese orden de ideas, que el efecto jurídico directo de cuando una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías de la norma citada es que el escrutinio judicial debe ser

---

43 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú..., cit*.

44 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú..., cit*.

45 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344.

46 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348.

47 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú..., cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 1 y 2.

48 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, núm. 351.

49 *Ibidem*, párr. 278.

más estricto, debiendo valorar las diferencias de trato basadas en tales categorías.

Por ello, dejó bien claro que la carencia de recursos materiales, como sucedió en el caso, no puede ser el único argumento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño respecto de su familia.[50]

El Tribunal condenó a Guatemala por la separación arbitraria de la familia en violación de la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida familiar y por infracción a las garantías judiciales, así como por la prohibición de discriminación en perjuicio de dicho grupo familiar.[51]

Como vemos, aquí se abordan los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y familiares partiendo de la base de que la "pobreza" de por sí no puede implicar —salvo que haya otros motivos respetables— la separación de un grupo familiar, porque de esa forma se comete una discriminación sancionada por el artículo 1.1 de la CADH, Habida cuenta de que la fragmentación se produjo sobre la base de la posición económica enmarcada en dicho artículo.

## 2. Breve referencia a los fallos más significativos de la Corte Interamericana en materia de DESCA

### 2.1. Cesantes jubilados

La Corte se ocupó de esta temática en el aludido caso *Acevedo Buendía*,[52] concerniente a la responsabilidad del Estado por dos fallos que ordenaban nivelar las pensiones ya otorgadas de 273

[50] *Ibidem*, párr. 279. Como dice este fallo en el mismo sentido, el TEDH puso de relieve que la pobreza no puede ser la única razón para separar a las niñas o niños de sus familiares. Resaltó la obligación positiva de los Estados de poner en marcha las condiciones que permitan el desarrollo del vínculo entre los padres y sus hijos.

[51] Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 22..., cit.,* p. 10.

[52] Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú..., cit.*

miembros de la Controlaría General de la República y restituir los montos acordados por dicho concepto. Según ya lo dijimos cuando nos ocupamos de esta decisión, en dicha oportunidad la Corte sostuvo que se había violado el artículo 26 del Pacto de San José. Por eso consideró pertinente recordar la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los sociales y culturales. Observó que el desarrollo progresivo de los DESCA ha sido materia de pronunciamiento por el Comité DESC en el sentido de la plena efectividad de aquellos.[53]

Reiteró que ese Tribunal es plenamente competente para analizar todos los derechos reconocidos en la Convención, entre ellos el referido artículo 26, en virtud de los principios de progresividad e interdependencia antes aludidos. Sin embargo, dejó bien en claro que, para el caso en cuestión, lo que estuvo bajo análisis

> [...] no fue una providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino el incumplimiento de un pago estatal ordenado por sus órganos judiciales. Por ello el Tribunal consideró que los derechos afectados son aquellos protegidos por los arts. 25 y 21 de la CADH y no encontró motivo para declarar adicionalmente la infracción al art. 26 de dicho instrumento.[54]

Vale la pena repetir que la importancia de este fallo radica en que ya en 2009 el Tribunal regional se había ocupado de los DESCA haciendo un desarrollo muy detallado sobre esta problemática con citas de un fallo del TEDH, destacando que en esta materia el Estado tiene la obligación de "hacer" siempre sobre la base de los recursos económicos disponibles.

En este sentido, el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, con muy buen tino, explicaba en aquel entonces que el Tribunal había avanzado hasta donde lo estimó practicable sobre la problemática de los DESC: "[...] desde luego, reafirmó su competencia —que debe quedar bien establecida— para prohibiciones en torno a posibles incumplimientos del art. 26.

---

53 *Ibidem*, párr. 102.

54 *Idem*.

Esta materia se halla en el ámbito de las cuestiones concernientes a la interpretación y aplicación de la Convención Americana cuyo conocimiento y resolución incumben a este Tribunal",[55] y añadió que "[...] no se trata solamente, pues, de presiones programáticas que induzcan a políticas públicas, sino de fórmulas normativas que determinan el sentido y contenido de esas políticas, de las disposiciones en las que estas se expresan y de los actos en las que unas y otras se concretan".[56]

### 2.2. Derechos del trabajo (la estabilidad laboral como derecho protegido por la CADH)

#### *2.2.1. Caso* Lagos del Campo *y el derecho al trabajo (empleo privado)*

En el caso *Lagos del Campo,* fallado el 31 de agosto del 2017 —que hemos abordado parcialmente—,[57] la Corte IDH —apartándose de su jurisprudencia tradicional— emitió una condena específica por la infracción al artículo 26 del Pacto de San José. Aquí, con relación a esta temática, encontró responsable internacionalmente a Perú como consecuencia del despido irregular del señor Alfredo Lagos del Campo de una empresa privada, declarando

55 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú..., cit*. Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 28.

56 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú..., cit*. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 19 y 21. Agregó dicho juez que "La Corte entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26 —norma imperiosa, no solo sugerencia política— ante instancias llamadas a pronunciarse sobre ese extremo, en el marco del Derecho interno o en el ámbito externo, conforme a las decisiones constitucionales y a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado. La valoración tiene dos dimensiones: la observancia de la progresividad, atenta al máximo esfuerzo para conseguirla, y la negación de la regresividad, que contraría los postulados y el espíritu del *corpus juris* de los derechos humanos y que también debe ser valorada por las jurisdicciones correspondientes".

57 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú..., cit*.

además la violación a la libertad de expresión, a las garantías judiciales y al acceso a la justicia.[58]

Como dice el juez Ferrer Mac-Gregor (en su voto concurrente ya referido), esta histórica sentencia se ocupa de la justiciabilidad de la cuestión analizada a través de una interpretación evolutiva, otorgándole un nuevo contenido normativo al aludido precepto sobre la base del artículo 29 del mismo instrumento, quedando en claro que el artículo 26 no es una norma meramente programática, sino que constituye una regla que impone a la Corte la obligación de remitirse a la Carta de la OEA para lograr la plena efectividad de los DESCA considerándolos justiciables.[59]

El fallo gira sobre cinco ejes, a saber: libertad de pensamiento y expresión (art. 3); estabilidad laboral; garantías judiciales (art. 25); libertad de asociación, y acceso a la justicia (arts. 8 y 25).

Desde este punto de vista —y como en otros precedentes—, los documentos que utiliza como base del pronunciamiento —ya lo dijimos— son la Carta de la OEA,[60] la Declaración Americana, las reglas de interpretación del artículo 29 de la CADH, el *corpus iuris* internacional y la propia legislación doméstica.

Por todo ello, la Corte determinó que el Estado debía pagar las indemnizaciones fijadas en los párrafos 215, 216 y 227 por compensación de daño material e inmaterial y reintegro de gastos y costas. Declaró que es responsable por violación del derecho de pensamiento y expresión, por cinco votos y dos en contra, por violación del derecho a la estabilidad laboral y a la libertad de asociación (disidencia de los jueces Vio Grossi y Sierra Porto); y por unanimidad, que es responsable por violación al derecho a la protección judicial (arts. 8 y 25).

---

58 Lagos del Campo era presidente electo del Comité electoral de la comunidad industrial de su empresa Ceper-Pirelli, y durante una entrevista periodística denunció supuestas irregularidades del Directorio de la empresa en las elecciones, por ese motivo fue despedido, criterio que fue ratificado por la más alta autoridad judicial del país.

59 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú..., cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 3.

60 Derecho y deber al trabajo; salario justo y condiciones de trabajo razonables —arts. 34, inc. g); 45, incs. b) y c), y 46—.

#### *2.2.2. Caso* Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú *(despidos colectivos en empresas públicas)*

La Corte condenó al Estado peruano[61] por violar los derechos al acceso a la justicia y al trabajo con respecto a 164 empleados del sector público cesanteados durante los años noventa.[62] Entendió —citando sus precedentes— que se violó de manera autónoma el derecho laboral de los trabajadores que fueron cesados, y afirmó su competencia para conocer y resolver estas controversias sobre la base del artículo 26 de la CADH. Para proceder a la cesantía en el campo doméstico, el Gobierno dispuso una serie de procesos de "racionalización" de donde surgieron los despidos colectivos de estos empleados del sector público. Como excusa se había implementado una serie de exámenes que no fueron aprobados por la mayoría. Por ello, en el derecho interno los expulsados interpusieron una serie de amparos que fueron rechazados.

El Tribunal interamericano concluyó que, dado que los empleados no gozaban de un recurso judicial efectivo para discutir la irregularidad de sus cesantías, se configuró a la par una violación del artículo 26 del Pacto en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Por ello, dispuso una indemnización para los afectados: 5 mil dólares a cada uno por aportes no recibidos (párr. 218), 43 792 dólares a cada uno como lucro cesante (párr. 222) y 5 mil dólares a cada uno por daño inmaterial (párr. 228). Los jueces Vio Grossi y Sierra Porto presentaron su voto individual parcialmente disidente.

### 2.3. Derecho a la salud. Distintos casos resueltos.

#### *2.3.1. Caso* Gonzales Lluy vs. Ecuador[63]

Aquí la Corte se ocupó de la temática del "derecho a la salud" teniendo en cuenta la problemática del VIH/sida respecto de

61 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú..., cit.*

62 Corresponde a 84 trabajadores de Petroperú, 35 de la Empresa Nacional de Puertos, 39 del Ministerio de Educación y 15 trabajadores del Ministerio de Economía y Finanzas.

63 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador..., cit.*

una menor (Talía) que, cuando tenía tres años, fue contagiada en un instituto privado (Cruz Roja) a través de una transfusión de sangre, lo que le originó una serie de problemas, incluso, la imposibilidad de asistir al colegio. Concluyó que Ecuador violó el derecho a la educación, a la integridad personal y a la salud. Puso de relieve, con gran claridad, que el Comité DESC ya había señalado que todos los servicios e instalaciones de salud deben cumplir con los requisitos pertinentes.[64] Cabe señalar que el caso en cuestión está en supervisión en la Corte IDH desde el 5 de febrero de 2018, trámite que hasta este momento no ha concluido.

### *2.3.2. Caso* Poblete Vilches *vs.* Chile. *Personas mayores*[65]

Tal como adelantamos, el Tribunal, siguiendo la saga de los pronunciamientos que hemos citado, se ocupó de los derechos económicos, sociales y culturales y, en especial y de manera autónoma, del derecho a la salud de las personas mayores.[66] Abordó sobre todo la problemática de las enfermedades crónicas fijando una serie de estándares para los jueces interamericanos que ejercen el control de convencionalidad y que, a la par, los gobernantes deben cumplir. Condenó al Estado considerando que Poblete Vilches tenía 76 años de edad y murió luego de estar dos veces internado en un hospital público, remarcando que en esos casos las personas tienen que tener un mayor nivel de protección.[67]

El fallo trata muy especialmente de la problemática de las personas mayores como sujetos de mejor protección, sobre todo

---

64 *Ibidem*, párr. 173; asimismo, *Caso García Lucero y otras vs. Chile...*, *cit*.

65 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

66 Criterio que —como vimos— ya había esbozado en el caso *García Lucero vs. Chile* en 2013.

67 Consideró que el Estado violó los derechos a la vida y la integridad personal en su perjuicio, así como en no tener el acceso al derecho a la información pública en materia de salud, en perjuicio del señor Poblete; el derecho al acceso a la justicia e integridad personal en perjuicio de sus familiares. Reiteramos que el cuerpo interamericano se pronunció por primera vez sobre el derecho a la salud como parte integrante de los DESCA en interpretación del art. 26 de la CADH, así como sobre el derecho de las personas mayores.

en el caso de enfermedades crónicas y en su fase terminal. En definitiva, el Tribunal desarrolló cuatro puntos cardinales, a saber: *1)* el derecho a la salud es autónomo y está protegido por el artículo 26 de la CADH; *2)* en situaciones de urgencia, este derecho exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios que sean necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad sin discriminación; *3)* las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección en lo atinente a los servicios de salud, prevención y urgencia, y *4)* el consentimiento informado es una obligación a cargo de las instituciones de salud. Las personas mayores gozan de la titularidad de este derecho, empero, se puede transferir a sus familiares bajo ciertas circunstancias.

Concluyó que el Estado era responsable internacionalmente por la falta de garantías de los derechos de salud (art. 26), vida (art. 4), integridad personal (art. 5), libertad (art. 7), dignidad (art. 11) y acceso a la información (art. 13); y fue declarado responsable por violación a los artículos 26, 13 y 11 del Pacto de San José en perjuicio de sus familiares.[68]

### *2.3.3. Caso* Cuscul Pivaral vs. Guatemala. *Personas afectadas por el VIH/sida*

En el caso *Cuscul Pivaral* —del que ya hablamos (véase apdo. 1.5.3)—, resuelto el 23 de agosto de 2018, se ocupó de la salud como derecho autónomo y justiciable siguiendo las aguas de los precedentes sobre el tema que hemos analizado; para ello utilizó distintos métodos de interpretación, a saber: literal, sistemático y teleológico.

El fallo declaró la responsabilidad internacional del Estado por violaciones cometidas en perjuicio de 49 personas que viven o vivieron con VIH/sida y de sus familiares. En particular,

[68] En su voto concurrente, el juez Humberto Antonio Sierra Porto fijó su posición (párr. 15) en el mismo sentido que los casos anteriores, discutiendo la justiciabilidad directa por medio de la interpretación amplia del artículo 26 (*Cfr.* Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*..., *cit*. Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 4).

encontró que distintas omisiones del Estado en el tratamiento médico de las víctimas constituyeron el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la salud violando en ciertas circunstancias el derecho a la vida y a la integridad personal.[69]

También abordó la discriminación interseccional en perjuicio de dos mujeres embarazadas que viven con VIH/sida, quienes no habrían recibido un tratamiento médico que tomara en consideración la forma interseccional de discriminación que sufrieron.

La Corte partió de la base de que el Estado no aportó tratamiento retroviral a las víctimas, cuando estaban en situación de embarazo, y tampoco practicó un parto por cesárea a la otra víctima, cuando esto hubiera constituido una práctica preventiva para evitar la transmisión.

Conviene reiterar que, como bien sostiene Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado (párrs. 44 a 47), el asunto implica un punto de maduración de una línea jurisprudencial en nuestra región en el sentido de que los Estados cumplan sus obligaciones respecto de los DESCA. El citado juez alude que el asunto *sub examine* tiene importancia si se considera que, luego de 40 años de la entrada en vigor del Pacto de San José, esta es la primera ocasión en que la Corte abarca ambas direcciones de los DESCA: exigibilidad inmediata y progresividad.[70]

En Argentina se produjo un contagio de *meningitis* en la cárcel, que afectó al interno José Hernández.[71] Aquí la CIDH consideró al Estado responsable. Su informe de 5 de septiembre de 2017 ha sido sometido a la Corte IDH, la que todavía no se ha pronunciado.

---

69 Los hechos juzgados aluden a 34 personas que viven con VIH en Guatemala; 15 que vivieron con el virus pero que ya han fallecido. La Corte IDH constató que las víctimas fueron diagnosticadas con VIH entre 1992 y 2004, y que la mayoría de ellas no había recibido ninguna atención médica estatal antes de 2004.

70 El juez Humberto Antonio Sierra Porto, en su voto parcialmente disidente, expresa las consideraciones que ya hemos citado en el caso *Poblete Vilches*.

71 CIDH, Informe 96/17. Caso 12.818. Fondo. José Luis Hernández. Argentina. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 114, de 5 septiembre 2017.

### 2.4. Seguridad social. Caso *Muelle Flores vs. Perú*[72]

El asunto bajo análisis abordó un grave perjuicio a la calidad de vida producido a una persona mayor en condiciones de discapacidad que se jubiló de una empresa estatal de Perú en 1990, cuando, por diversas razones, el Estado incumplió en los últimos tres años con los pagos pertinentes, siendo su reclamo luego demorado por las autoridades judiciales locales, y sin ameritar el deber de celeridad de una situación de tal grado de vulnerabilidad.

El Tribunal interamericano se pronunció por primera vez respecto de la seguridad social en el caso particular de personas vulnerables con referencia al derecho a la pensión como derecho autónomo, condenando al Estado por violación al plazo razonable, el derecho a la seguridad social y a la propiedad privada.

## 3. Conclusiones

Hemos querido mostrar el desarrollo progresivo y muy importante que ha tenido la jurisprudencia de la Corte IDH en estos últimos años sobre los DESCA, que a nuestro modo de ver implica un cambio argumental y copernicano del Tribunal, al darle a estos derechos una acomodación a la realidad actual en el esquema regional donde nos toca vivir, siguiendo para ello las improntas del modelo europeo.

Sabido es que el Pacto de San José se ocupa principalmente de los derechos civiles y políticos como directamente operativos, siendo los aquí analizados tratados de una manera —podríamos decir— menos potente en el artículo 26; y más programática sobre la base de documentos internacionales y de los recursos disponibles en la época de la sanción de la CADH. Esto se explica por el hecho de que los gestores del Pacto de 1969 (CADH) entendieron que en ese momento no existían las condiciones en este sector continental para que tales prerrogativas fueran *self-executing*; aunque imaginaron que, como sucedió con el Convenio Europeo,

[72] Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, núm. 375.

podría haber —como realmente los hubo— protocolos adicionales y otros tratados que completaron la tutela.

Vemos que los derechos sociales interamericanos aparecen, según vimos, como directamente operativos y justiciables.

Hemos puesto de relieve en forma sintética las áreas temáticas que han sido resueltas por la Corte, tales como la salud, la educación, la seguridad social, los derechos del trabajo, los medioambientales, los derechos a la alimentación, a la cultura y a la vivienda.

Analizamos, entre otros, los casos *Gonzales Lluy, Cuscul Pivaral, Poblete Vilches, Lagos del Campo, Trabajadores Cesados de Petroperú, San Miguel Sosa, Muelle,* y las opiniones consultivas OC-23/17 y OC-24/17.[73] Esta última se ocupa del derecho a la protección de la vida privada y familiar, así como del derecho a la tutela que pueda derivar de la relación de una pareja del mismo sexo.[74]

Pretendimos recordar que el constitucionalismo social fue uno de los árboles de levas que puso en movimiento esos derechos sobre la base del "Estado benefactor" (*welfare state*).

En esta región, los DESCA se apoyaron, aunque fragmentariamente —y en forma difusa— en varios documentos, tales como la Declaración Americana, la Carta de la OEA, la DUDH de 10 de diciembre de 1948, el PIDCP de la ONU y el Protocolo de San Salvador, entre otros.

---

73 *Cfr*. Pittier, Lautaro y Rincón, Ricardo, *El reconocimiento de la identidad de género por parte del sistema de salud y el derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, La Ley, 2019.

74 Corte IDH. OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva de 24 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 24, párr. 49. Allí se dijo que "[...] la discriminación de este grupo humano no solo lesiona el derecho a la salud individual (art. 5.1), sino también a la salud pública (art. 26 de la Convención y art. 10.1 del Protocolo de San Salvador), que es resultado de las condiciones de salud de los habitantes. El clásico concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud, la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".

Quedó expresado que la jurisprudencia de la Corte IDH dejó en claro que los DESCA están directamente vinculados con los siguientes principios: *1)* interdependencia; *2)* indivisibilidad, y *3)* progresividad.

Muy importantes han sido las propias reflexiones sobre su justiciabilidad y operatividad, tema que fue marcado por la CIDH cuando señaló desde antiguo que estos no escapaban a su competencia teniendo en cuenta la Carta de la OEA. Por ello, había señalado que la vivienda digna, el derecho al trabajo, la educación y la salud debían constituir un objetivo fundamental de las políticas de los Estados.[75]

La Corte IDH ya había abordado esta problemática en el caso "*Cinco Pensionistas*" —antes aludido—, que se erigió como el más antiguo precedente en relación con la seguridad social. Sin embargo, este cuerpo jurisdiccional dictó por primera vez una condena específica por violación del artículo 26 de la CADH con motivo de la vulneración directa del derecho al trabajo con referencia a la estabilidad laboral y la libertad de asociación en el caso *Lagos del Campo,* ya citado.

También señalamos enfáticamente que el Tribunal interamericano, con fecha 9 de marzo de 2018, en el caso *Ramírez Escobar,* declaró la responsabilidad internacional de Guatemala por la separación de una familia debido a razones de pobreza.

A su vez, el caso *Poblete Vilches* "implicó un gran aporte" de la jurisprudencia regional, ya que constituyó la primera ocasión en que la Corte IDH declaró una violación directa y autónoma del derecho a la salud que, con anterioridad, había sido protegido por la vía de la conexidad.

Para finalizar, vale decir que también nos ocupamos del caso *Cuscul Pivaral* (de marzo de 2018), donde se abordó el derecho a la salud con plena autonomía y siendo totalmente justiciable. Se trató de una cuestión atinente a una violación cometida por el Estado en perjuicio de 49 personas infectadas con el VIH/sida.

[75] Véase Fappiano, Oscar L. y Loaiza, Carolina, *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

Como bien sostiene el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor[76] en su voto razonado, el fallo implicó un punto de maduración de la línea jurisprudencial en el ámbito interamericano, en el sentido de que los Estados deben cumplir con sus obligaciones atinentes a los DESCA. El citado juez agrega que el asunto tiene gran trascendencia si se colige que, luego de 40 años de la entrada en vigor del Pacto de San José, esa fue la primera ocasión en que el cuerpo abarca ambas direcciones de los DESCA, es decir, exigibilidad inmediata y progresividad.

## Bibliografía

Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 22: derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, San José, Corte IDH, 2019, p. 7, *http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf*

Fappiano, Oscar L. y Loaiza, Carolina, *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Prologo", en Pérez Cepeda, María y Eguiarte Mereles, Carlos R. (coords.), *Desafíos de la democracia incluyente, en el marco del 40 aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, IEEQ-Tirant lo Blanch, 2019.

Góngora, Juan Jesús, "La Corte Interamericana y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: las virtudes del caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala", *Justicia en las Américas*, 31 de octubre de 2018, *https://dplfblog.com/2018/10/31/la-corte-interamericana-y-los-derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales-las-virtudes-del-caso-cuscul-pivaral-y-otros-vs-guatemala/*

Gross Espiell, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Libro Libre, 1986.

[76] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala..., cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 44-47.

Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1991, t. I,

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2da. ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I, vol. 2.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel Derecho, 1982.

Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año VII, núm. 2, 2009.

Pittier, Lautaro y Rincón, Ricardo, *El reconocimiento de la identidad de género por parte del sistema de salud y el derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, La Ley, 2019.

# IV. ¿Prescribe la reparación civil en los delitos de lesa humanidad? Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina (mayoría y minoría) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

*Juan Carlos Hitters*

Sumario: 1. Introducción. 2. Análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. Documentos internacionales. 3. Los fallos de la Corte Suprema de la Nación. Desarrollo. Mayorías y minorías. 4. La posición de la Corte IDH. El caso chileno y la imprescriptibilidad de la indemnización compensatoria. 5. Conclusiones. Imprescriptibilidad. Interpretación vinculante. Bibliografía.

El tema de la prescripción de la reparación en los delitos de lesa humanidad tiene que ser estudiado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los tratados que lo regulan, porque desde la fría vertiente del derecho civil y del derecho penal común no cabe duda de que, por regla, las cuestiones en general prescriben por el transcurso del tiempo, tanto las acciones como las indemnizaciones y las penas, por razones de seguridad jurídica.

## I. Introducción

Uno de los dilemas del derecho internacional de los derechos humanos es saber si en los delitos de lesa humanidad la reparación

* Publicado en *La Ley* el 21 de agosto de 2019. Cita *online*: AR/DOC/2406/2019.

civil prescribe, ya que no cabe duda de que la cuestión penal es imprescriptible, y aquí hay total coincidencia entre la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales.[1]

El tema requiere un análisis de la situación actual, habida cuenta de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) ha resuelto por la prescriptibilidad de la indemnización, con disidencias de dos jueces, esto es, tres a dos.

Lo cierto es que —como veremos— la reforma del Código Civil y Comercial de 2015 hizo un gran aporte, ya que el artículo 2561, párrafo 3, dejó claramente expuesto que "las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles"; y ello llegó como respuesta a un fallo de la Corte Suprema que analizaremos (*Larrabeiti Yañez*),[2] y que se sitúa en la posición contraria.[3]

Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la moderna posición del legislador argentino ha sido la de la imprescriptibilidad de este tipo de reparaciones.

Un problema que todavía está en pie es la aplicación temporal del artículo referido, pues muchos de los delitos que nos ocupan se produjeron antes de la reforma del ordenamiento civilista, cuando según algunos la prescripción ya se había producido.[4]

Parece claro que, a estas alturas del desarrollo social, cuando hablamos de lesa humanidad nos referimos a la desaparición forzada de personas, torturas u otros tratos inhumanos o degradantes, escapando a este análisis los delitos de guerra cometidos en tiempos pasados, en particular en Europa, tipificados en el

1 CSJN, *Caso Luciano Benjamín Menéndez,* sentencia de 20 de septiembre de 2012. Fallos 335:1876.

2 CSJN, *Larrabeiti Yáñez, Anatole A. y otro c. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento*, sentencia de 30 de octubre de 2007. Fallos 330:4592.

3 López Herrera, Edgardo, "La prescripción de la acción de daños en el Código Civil y Comercial", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros,* año XVII, núm. 4, 2015, p. 336.

4 La profesora Aída Kemelmajer de Carlucci expresaba en 2013 (antes de la reforma del Código Civil y Comercial) que no se animaba a vaticinar la imprescriptibilidad de este tipo de delitos sobre la base de las reglas de las Naciones Unidas, que expresamente aceptan la prescriptibilidad.

ámbito de la Corte Penal Internacional, sobre todo en el artículo 75 de su Estatuto.[5]

La tesis negatoria en cuanto a la reparación civil parte de la base de que estamos en presencia de una cuestión meramente patrimonial, donde está en juego la seguridad en las relaciones jurídicas.

## 2. Análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. Documentos internacionales

### 2.1. Delitos de lesa humanidad

Antes que nada, conviene alertar que el tema de la prescripción de la reparación en los delitos de lesa humanidad tiene que ser estudiado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los tratados que lo regulan, porque desde la fría vertiente del derecho civil y del derecho penal común no cabe duda de que, por regla, las cuestiones en general prescriben con el transcurso del tiempo, tanto las acciones como las indemnizaciones y las penas, por razones de seguridad jurídica. Ya los viejos romanos decían que los pleitos deben tener fin, lo que conlleva en paralelo el postulado de la indestructibilidad de la cosa juzgada.

Por eso, cuando nos ocupamos de esta problemática, el punto de mira nos lleva no solo a la paga de los afectados —que desde ya es importante—, sino a la necesidad de investigación y sanción de los que cometieron los delitos: es lo que modernamente se ha dado en llamar el derecho a la verdad.

---

[5] Esta norma trata de la reparación a las víctimas de los delitos de lesa humanidad señalando que "[...] la Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, a la indemnización y la rehabilitación que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes". Véase Aguilar Cavallo, Gonzalo, "Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno", *Ius et Praxis,* Santiago de Chile, año XIV, núm. 2, 2008, pp. 147-207. El art. 29 de ese instrumento internacional sostiene, sin requilorios, que los crímenes de competencia de esa Corte no prescribirán jamás.

Esto lo ha asimilado en los últimos años la legislación interna argentina hasta el punto de que el artículo 2561 del Código Civil fue expresamente modificado, tal como adelantamos. Con anterioridad, el propio legislador había dictado una serie de leyes en favor de los damnificados y de sus familiares para tratar de paliar los graves daños que se habían producido, lo que veremos en el apartado siguiente.

Sin embargo, el estudio actual no resulta fútil, ya que la norma referida se aplica obviamente a partir de su dictado (art. 2537 del mismo cuerpo legal), por lo que quedan hacia atrás muchísimos delitos cometidos en Argentina —durante las dictaduras militares, sobre todo— que caerían bajo el terrible postulado de la prescripción, es decir, "el que las hace no las paga".[6]

### 2.2. Documentos internacionales y leyes domésticas de reparación

La cuestión sobre los crímenes de lesa humanidad se ve con claridad con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, cuando surgieron las ideas de regular una jurisdicción penal internacional y, en paralelo, incorporar la responsabilidad criminal de los individuos que cometieran este tipo de acciones.[7]

En el siglo XX, como es por demás sabido, imperaron en algunas partes del mundo dictaduras que sistemáticamente y con la fuerza del aparato estatal han lesionado los derechos de los seres humanos. Para qué referirnos al régimen nazi y al esquema mussoliniano, y a modelos similares.

Por ello, el sistema jurídico europeo reaccionó frente a los abusos creando un ámbito protector de los derechos básicos de

[6] Tal criterio tiene que ser visto desde la propia hermenéutica del cuerpo civil, ya que en su art. 2 dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

[7] Poblete Campos, Mario, "La prescripción de las acciones reparatorias emanadas de los delitos de lesa humanidad", *Derecho y Humanidades,* Santiago de Chile, núm. 18, 2011, pp. 145-162.

las personas con la idea de evitar que se repitieran los horrores vividos en aquellas épocas. Aparecieron así los documentos y tribunales que sirvieron para juzgar esos delitos de tanta gravedad.

América Latina no fue ajena a esos hechos. En Argentina, los gobiernos dictatoriales y los regímenes militares *de facto* cometieron —parece obvio decirlo— gravísimos delitos de lesa humanidad. Con el retorno de la democracia a partir de 1984, Argentina poco a poco fue reconociendo algunos de los derechos de las víctimas de estos crímenes, procurando la búsqueda de la verdad y el castigo de los responsables. Ya en 1994, la reforma constitucional enumeró una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos dándole a esta protección rango supranacional.[8]

Las circunstancias imperantes en épocas anteriores imposibilitaban a las víctimas y a sus familiares todo tipo de reparación. Por ello, a partir de 1991 se dictó una serie de normas que permitieron en alguna medida las indemnizaciones pertinentes. Es lo que se dio en llamar las reparaciones históricas reguladas por las leyes 24.043; 24.321; 24.411; 25.564; 25.914; 26.521; 26.564 y 26.915,[9] que fueron cubriendo algunos de los daños producidos en los diversos hechos del terrorismo de Estado. Pero, a su vez, esos cuerpos normativos fijaban plazos perentorios para realizar los reclamos,[10] lo que finalmente dificultaba una reparación integral. Empero, la ley 27.143, sancionada el 27 de mayo de 2015, con muy buen tino estableció en su artículo 3 que el beneficio

---

8 Montilla Zavalía, Félix Alberto, "La acción de responsabilidad civil derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del estado", *El Derecho*, Buenos Aires, 17 de abril de 2016, pp. 737-744.

9 En 2010, la provincia de Buenos Aires otorgó una serie de pensiones graciables para exdetenidos.

10 Marino, María Daniela, "Imprescriptibilidad de la acción resarcitoria derivada de los crímenes de lesa humanidad y genocidio", Audiencia pública de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, l. VI, tít. I, cap. II, secc. 2, *https://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/lamatanza/pdf/LM_009_MARIA_DANIELA_MARINO_VI.pdf*

dispuesto por algunas de esas leyes "[...] no tiene plazo de caducidad [...]".[11]

En paralelo, poco a poco algunos fallos del derecho interno, a través de la interpretación de los documentos internacionales, fueron —como veremos— admitiendo la imprescriptibilidad de estos delitos, tal como lo hizo el artículo 2561 del Código Civil y Comercial unificado, que entró en vigor en 2015 (ley 26.994).[12]

Con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y de los tratados en la materia se le ha ido dando prioridad a este tipo de reglas transnacionales por sobre el derecho interno.[13] Así, a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, surge lo que dio en llamarse la dimensión transnacional del proceso y la justicia, poniéndose en marcha una serie de rituales, organismos y mecanismos, jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales tendentes a proteger al ser humano en cualquier lugar donde se encuentre.[14]

El 18 de julio de 2019 se dictaron tres Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), identificados con los números 486, 487 y 489, creando un Registro Público de Personas Vinculadas a Actos de Terrorismo y determinándose la indemnización pertinente a

---

11 Se refiere a las leyes 24.043, 24.411 y 26.564.

12 Al respecto, la Comisión Reformadora en los Fundamentos del Anteproyecto explicaba que "[...] la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y el derecho privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de los derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto se innova rotundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la constitución, el derecho público, y el derecho privado [...]", Montilla Zavalía, Félix Alberto, *op. cit*.

13 Cappelletti, Mauro, "El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado", trad. de Faustino González, *Revista Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1980, pp. 61 y ss. Del mismo autor, "Justicia constitucional supranacional", trad. de Luis Dorantes Tamayo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 110, mayo-agosto de 1978, p. 339.

14 Hitters, Juan Carlos y Hitters, Juan Manuel, "Derecho Procesal Constitucional Transnacional", *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, 2019, p. 110.

los damnificados por la explosión de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA).[15]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en *Órdenes Guerra*[16] —como veremos—, se ha referido ampliamente al alcance del derecho al acceso a la justicia (arts. 8.1. y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—) y, en forma especial, a las graves violaciones a los derechos humanos que se producen con la manifiesta obstrucción a la justicia. Por esto, en algunas circunstancias, el derecho internacional considera inadmisible e inaplicable la prescripción, así como las disposiciones de amnistías y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente el poder punitivo del Estado.[17]

Por ello, ese Tribunal ha puesto de relieve una serie de desarrollos que se dieron en el derecho internacional en materia de reparaciones, para evitar que estas queden en falsete. En tal sentido, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias manifestó en sus observaciones generales, respecto del artículo 19 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que las acciones de indemnización no estarán sujetas a prescripción.[18] Dicho criterio fue ratificado por el entonces relator Theo van Boven, sobre el derecho a la restitución, indem-

---

15 El DNU 486 —siguiendo reglas de la ONU— dispuso en su art. 2: "Establécese el plazo de caducidad de ciento ochenta [180] días hábiles contados a partir de la publicación del presente en el Boletín Oficial de la República Argentina, dentro del cual deberá efectuarse la presentación, ante la Dirección General de Administración dependiente de la Subsecretaría de Coordinación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de la solicitud tendiente a obtener el beneficio indemnizatorio acordado por la Ley 26.690, su modificatoria 27.205 y su dec. regl. 367 del 14 de marzo de 2012".

16 Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C, núm. 372.

17 *Ibidem,* párr. 77.

18 *Cfr.* Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Observaciones Generales sobre el art. 19 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, E/CN.4/1998/43, párr. 73 e *ibidem,* párr. 79, n. 58.

nización y rehabilitación por graves violaciones a los derechos humanos de dicha entidad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1993.

En ese orden de ideas, en 2006, la Asamblea General de la ONU aprobó una serie de principios y directrices básicas tendentes a evitar la prescripción de la reparación a sus víctimas y familiares.[19]

En este plano internacional, el derecho a una reparación plena o integral ha sido contemplado en numerosos instrumentos y pactos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, art. 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, art. 2); la CADH (art. 63); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 6); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 14); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 39); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 9), y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (art. 24), entre otros documentos.[20]

Las pautas supranacionales sobre la imprescriptibilidad de la indemnización han sido explicadas —ya lo veremos— con toda claridad por el voto del juez Juan Carlos Maqueda en su disidencia en el caso *Villamil* (cdos. 1 a 20), recalcando que el derecho de las víctimas a obtener una reparación económica por la infracción de una obligación internacional se infiere incluso de los primeros fallos de la Corte IDH como *Velásquez Rodríguez*, de 29 de julio de 1988 (párr. 166); *Godínez Cruz*, de 20 de enero de 1989, y *Almonacid Arellano* (párr. 110).[21]

A su vez, en la disidencia del juez Rosatti en el mencionado asunto se destaca la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en esta problemática. Por ello, sostuvo que es

19 Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile..., cit.,* párrs. 80-82.

20 Véase Afarian, Jorge Rubén, "Imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad", *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. 1, núm. 3, 2016, pp. 37-62.

21 Considerando 18 del voto del doctor Maqueda.

un imperativo de la justicia que el Estado se haga cargo íntegramente de los delitos de lesa humanidad, tanto en la persecución penal como en lo que tiene que ver con la idea de reparación, conforme se desprende del artículo 19 de la Constitución Nacional (CN, cdo. 11).

En el caso *Ingegnieros,* los doctores Maqueda y Rosatti —como veremos—, en su voto minoritario conjunto, ratifican todo lo expuesto en *Villamil,* recalcando las pautas transnacionales, por lo que no es posible aplicar el carácter extinguible de los derechos patrimoniales cuando el caso encaja en un régimen diferenciado en materia de prescripción (cdo. 15).[22]

## 3. Los fallos de la Corte Suprema de la Nación. Desarrollo. Mayorías y minorías

### 3.1. *Larrabeiti Yáñez*

El más alto órgano de justicia de Argentina, en una saga de fallos que vamos a desarrollar, y que no compartimos, dispuso por mayoría que a la indemnización civil se aplican los principios generales sobre la prescripción.

En efecto, en el caso fallado el 20 de octubre de 2007, *Larrabeiti Yáñez* (siguiendo la doctrina de *Tarnopolsky*),[23] se determinó la prescriptibilidad. Se trataba del padre biológico de la reclamante, quien desapareció en el lamentable ámbito de torturas tristemente célebre, *Automotores Orletti*, mientras que la esposa y sus dos hijos pequeños fueron detenidos y conducidos también al aludido centro. Luego, los dos niños fueron hallados por los

[22] Considerando 15.

[23] CSJN, *Tarnopolsky, Daniel c/ Estado Nacional y otros s/ proceso de conocimiento*. Fallos 322:1888. Daniel Tarnopolsky y Blanca Edelberg desaparecieron el 15 de julio de 1976 de su hogar. En este caso, la Corte Suprema consideró que la desaparición forzada que daba lugar al reclamo indemnizatorio constituía un delito permanente cuyo carácter se perpetúa hasta en tanto no se establezca el paradero de la víctima y, en consecuencia, entendió que el curso de la prescripción comenzó a correr con la sentencia que declaró la presunta muerte de las víctimas.

carabineros chilenos en Valparaíso y alojados en la casa del cirujano Larrabeiti Yáñez y su cónyuge, quienes los adoptaron. La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal admitió la demanda incoada por Claudia Victoria Larrabeiti Yáñez, una de las hijas de la persona desaparecida. La Corte revocó dicho pronunciamiento sobre la base de lo dispuesto en el artículo 3980 del Código Civil,[24] ya que su petición —dijo— no fue presentada con arreglo a lo dispuesto en tal artículo, pues entendió que el plazo prescriptivo corrió a partir de que estaba en condiciones de conferir un poder general para iniciar las acciones pertinentes y había vencido con creces.

### 3.2. Caso *De Maio*[25]

El presente asunto trató sobre la reparación económica a los desaparecidos, que regulaba la ley 24.043. La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal denegó el reclamo de los hijos de la víctima nacidos fuera del país (Bolivia y Venezuela). Aquí no se abordó el tema de la prescripción, pero la Corte, con muy buen tino, revocó el fallo de alzada y declaró procedente la acción fijada por el mencionado cuerpo legal, dejando expresa referencia a la vocación reparadora del Estado como compromiso internacional.

### 3.3. Caso *Villamil*[26]

El asunto citado en el epígrafe fue resuelto por mayoría en 2017, ya con vigencia del Código Civil y Comercial reformado.[27] La

[24] Fallos 332:1888, cdo. 10 y sus citas.

[25] CSJN, *De Maio, Ana de las Mercedes y Eleonora Lucía,* sentencia de 19 de febrero de 2014. Fallos 337:1006. Votaron Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos Fayt, Carmen Argibay, Eugenio Zaffaroni y Juan Carlos Maqueda.

[26] CSJN, *Villamil, Amelia A. c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios,* sentencia de 28 de marzo de 2017. Fallos 203:2012.

[27] Votos de Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz, con la disidencia en minoría de Carlos Maqueda y Horacio Rosatti, cada uno por su voto.

Corte mantuvo el criterio de la imprescriptibilidad, siguiendo las pautas de *Tarnopolsky* y posteriores ya aludidos. Se trataba del reclamo de Ana María Villamil por la desaparición de su hijo y de su nuera, por la intervención de uniformados que, en 1997, cometieron el delito. Aquí se sentenció con fundamentos similares a los expuestos en los pronunciamientos anteriores, aunque con algunas variantes, porque los hechos no fueron exactamente iguales. La votación mayoritaria se aferró al criterio de que la prescripción ya había operado; todo con el fundamento de la seguridad jurídica, añadiendo que la imprescriptibilidad generaría incertidumbre, dañando la idea de previsibilidad en las relaciones humanas.

Esta figura se basa —dice allí la mayoría de la Corte nacional— en la necesidad de la reducción de la conflictividad entre los particulares, entre sí y con el Estado, así como en la búsqueda de la paz social y la estabilidad de los negocios.

El fallo de primera instancia desestimó la demanda y declaró la prescripción, mientras que la Cámara de Apelaciones de La Plata (Sala Segunda) sostuvo que no existe esa figura liberatoria en los delitos de lesa humanidad. La Corte revocó dicho pronunciamiento e hizo lugar a la prescripción, teniendo en cuenta los antecedentes antes nombrados y partiendo de la base de que "la autoridad institucional de dichos precedentes, fundado en la condición de este tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de ventilar casos sustancialmente análogos" (cdo. 6). La pauta fundamental usada fue que había razones que no exceden el interés patrimonial.

La mayoría agregó que no existía, en el derecho argentino, norma alguna utilizable en favor de los reclamantes que estableciera la imprescriptibilidad, y que es inaplicable el artículo 2561 *in fine* del ordenamiento civil reformado a las violaciones que se hubieran cometido con anterioridad a sus modificaciones. En apoyo de su parecer, la mayoría dijo que tampoco vale lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, puesto que esta normativa institucional solo tiene vigencia para las acciones penales.

Señaló en paralelo que, si bien la Corte IDH, en el famoso caso *Velásquez Rodríguez* (de 29 de julio de 1988), impone al Estado la obligación de indemnizar, Argentina —dice el fallo— ha procurado la reparación de los daños no solo por el camino de la habilitación de políticas indemnizatorias, sino también mediante el establecimiento de regímenes indemnizatorios especiales, por ejemplo, la ley 24.411 (y las que le siguieron), cuya vigencia ha sido prorrogada sucesivamente por otras normas, hasta declararse posteriormente la ausencia de plazo de caducidad para solicitar los beneficios allí establecidos (ley 27.143).[28]

Por todo lo expuesto, con base en el voto mayoritario, se declaró la prescripción, teniendo en cuenta que corre —se dice— desde el fallo que declaró la presunción de fallecimiento de las víctimas.[29]

Empero, la minoría —según vimos—, con los votos de los doctores Maqueda y Rosatti, se puso en las antípodas y llegó a la conclusión de la imprescriptibilidad de la acción resarcitoria en los delitos de lesa humanidad, criterio que compartimos ampliamente.

En efecto, el doctor Maqueda[30] —con una visión universalista— puso de relieve que, en el caso en comento, la viuda, su hijo y su nuera no tenían otra forma de reclamación, pues en el caso particular era inaplicable la ley 24.411. El magistrado concluyó que los precedentes de la Corte deben ser "reexaminados" a la luz de las normas y principios del sistema internacional de protección de los derechos humanos receptados por la jurisprudencia, sobre la base de los precedentes del máximo Tribunal local en materia investigación, persecución y sanción de los delitos de lesa humanidad.[31]

Parado sobre la moderna postura que iluminan las reglas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho hu-

---

28 Considerando 13.

29 Tal cual se había expresado en *Tarnopolsky*.

30 Considerando 8.

31 *Idem*. Allí citó los casos *Arancibia Clavel*, *Simón*, *Mazzeo*, *Menéndez* y *De Maio*: "Normas y principios que, por lo demás, cabe agregar que fueron recogidos por el legislador al adecuar a ellos el ordenamiento infraconstitucional mediante la incorporación de disposiciones relativas a la materia en el Código Civil y Comercial de la Nación".

manitario, dedujo la necesidad de investigar, perseguir y sancionar adecuadamente a los responsables de los delitos de lesa humanidad, criterio que tiene amplia conformación con lo dispuesto en el actual artículo 118 de la CN, por la especial atención que se le daba al derecho de gentes en el ordenamiento anterior de 1853.

El referido magistrado *puso la pica en Flandes* en el Preámbulo de la DUDH; en la Carta de la ONU; en la CADH y en el PIDCP de la ONU, todos vigentes antes de los hechos aquí ventilados, que castigan sin ambages el ejercicio de los delitos de lesa humanidad, postulados liminares contemplados por la reforma constitucional de 1994[32] con la incorporación, en particular, del artículo 75, inciso 22, que ante estos hechos ignominiosos genera responsabilidad del Estado (arts. 1.1 y 2 CADH).[33]

Agregó que, de los antecedentes citados, se puede concluir que la garantía de la tutela efectiva de los derechos humanos está consagrada en los mencionados documentos internacionales, tanto el derecho de las víctimas y sus familiares a la búsqueda de la verdad y persecución penal como para obtener una reparación de los daños sufridos. Añadió con muy buen criterio que, si bien estamos en presencia de órbitas materiales diversas, ellas no resultan excluyentes, sino complementarias, por lo que la averiguación, punición y reparación pecuniaria a las víctimas y sus parientes forman parte de un idéntico collar inescindible, situaciones que derivan de un mismo hecho luctuoso y que la reforma al artículo 2561 del Código Civil vino a reconocer en consonancia con el régimen constitucional y convencional actualmente vigente,[34] al declarar la imprescriptibilidad de la reparación civil en estos delitos.

---

[32] Voto del doctor Maqueda, cdo. 15. *Cfr.* Corte IDH. *Velásquez Rodríguez*; *Godínez Cruz* y *Almonacid Arellano*.

[33] Añade en el cdo. 19 que la CIDH, al declarar admisible una petición relativa a los alcances la ley 24.143, permitió el derecho a una reparación por violaciones a los derechos humanos como derecho autónomo, "[...] por lo que existe independientemente del derecho nacional y forma parte del derecho de responsabilidad internacional del Estado respecto de la conducta violatoria de sus agentes". CIDH, Informe 45/14, Petición 325-00. Admisibilidad. Rufino Jorge Almeida. Argentina. 18 de julio 2014.

[34] Considerando 25.

En síntesis, el voto del doctor Maqueda se ha fundado sobre un análisis del campo supranacional de los derechos humanos, dando prioridad al derecho internacional por sobre el interno. En dicha oportunidad llevó a cabo un correcto control de convencionalidad (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Con un enfoque argumental similar, el doctor Rosatti hizo referencia al Proceso de Reorganización Nacional que lamentablemente se vivió entre 1976 y 1983, donde se instaló la doctrina de la Seguridad Nacional y un totalitarismo que implicó el absoluto perjuicio que sufrieron los accionantes y muchísimos otros a causa de la represión ilegal, generando responsabilidad del Estado. Agregó que es un imperativo de justicia que el Estado "[...] se haga íntegramente responsable de los delitos de lesa humanidad, cuya persecución penal ha considerado imprescriptible y asuma todas las consecuencias [...]".[35]

En definitiva, la mayoría declaró procedente la prescripción, quedando en minoría los doctores Maqueda y Rosatti.

### 3.4. *Ingegnieros c/ Techint*[36]

Este fallo fue dictado el 9 de mayo de 2019 por mayoría de los doctores Rosenkrantz, Lorenzetti (por su voto) y Highton de Nolasco (por su voto), con la minoría y en voto único de los doctores Maqueda y Rosatti. En las actuaciones participó, como procurador del Tesoro, Víctor Abramovich.

Los hechos fueron los siguientes: en la fábrica Techint Sociedad Anónima se produjo, el 5 de mayo de 1977, la desaparición forzada de un empleado dibujante técnico de la entidad, quien

[35] Señaló que, "A la luz del criterio citado, es dable remarcar que es doctrina inveterada de la Corte que el principio general, que establece el art. 19 de la CN, según el cual se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación". CSJN. Fallos: 338:1118, 1160 y 327:3753.

[36] CSJN, *Ingegnieros María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente, ley especial*. Fallo de 9 de mayo de 2019. Véase también AR/JUR/8837/2019.

fue sacado por un grupo de tareas dependiente del Gobierno nacional, en su horario de trabajo. En su momento, la hija, María Gimena Ingegnieros, promovió una demanda con base en la ley 9688 en el Juzgado Laboral Nacional competente, reclamando una indemnización que fue desestimada por prescripción. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, por mayoría, rechazó la excepción y, en una segunda intervención, ya sobre el fondo (con otra integración), declaró procedente la acción.

El 9 de mayo de 2019, la mayoría de la Corte, remitiéndose en gran parte a *Villamil* y *Larrabeiti Yáñez*, pensando que solo se trataba de una cuestión de un interés patrimonial, aplicó el artículo 2537 del Código Civil, pero partiendo de la base de que al momento de los hechos ya había vencido el plazo prescriptivo fijado en dicha norma legal.

Los tres jueces de la mayoría dejaron en claro que no desconocían el fallo de la Corte IDH *Órdenes Guerra y otros vs. Chile* —que luego aludiremos—, aunque lo consideraron no aplicable, ya que en aquella situación el Estado chileno se allanó a la demanda incoada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, además, se trataba de una acción contra el Estado y no contra un particular.[37]

El doctor Lorenzetti, componente de tal mayoría, hizo referencia a la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Nacional, afincando su razonamiento en que no existe una norma del derecho positivo internacional que obligue a pagar una indemnización civil. La imprescriptibilidad —dijo— solamente se aplica a los temas penales; la prescriptibilidad de la indemnización resulta una solución adecuada, ya que no se trata de una materia indisponible e irrenunciable.[38]

---

37 Considerando 7.

38 Considerando 9. Agrega en el cdo. 11 que "[...] la víctima o sus herederos tienen un derecho a la reparación de los daños causados por un hecho ilícito que tiene bases constitucionales. Para ello cuentan con una opción, que es la vía civil que permite la reparación plena, o la derivada de la ley 9688. En este último caso, la ley presenta un sistema transaccional, mediante el cual aligera la carga probatoria, establece presunciones para facilitar la admisibilidad del reclamo y, como contrapartida, limita el monto de la indemnización. El crédito es sustancialmente idéntico en ambos casos,

La doctora Highton de Nolasco, en su voto individual, se remitió a *Villamil* sin mayor argumentación.

El procurador fiscal, con fundamentos concluyentes, dictaminó a favor de la imprescriptibilidad, considerando que la desaparición forzada de personas implica un delito permanente, cuyo plazo prescriptivo nunca comenzó a correr.[39]

Los doctores Maqueda y Rosatti, esta vez en conjunto, fundaron su disidencia en minoría. En efecto, previo a ingresar al examen de los hechos, consideraron importante destacar el contexto histórico político en cuyo marco se desarrollaron y, a tales fines, se remitieron a sus votos disidentes en *Villamil* y en otros —que hemos comentado—, remarcando las características muy especiales del régimen *de facto* que rigió en Argentina entre 1976 y 1983 (cdos. 7 y 8). Dijeron que tanto la acción de daños y perjuicios como la penal derivan de una misma situación fáctica, esto es, un crimen internacional, por lo que, reconocida la imprescriptibilidad de los delitos que estamos analizando, tal característica vale tanto para lo criminal como para la indemnización civil: "[...] sería inadmisible sostener que la reparación de las consecuencias de estos crímenes pueda quedar sujeta a un plazo de prescripción [...]" (cdo. 9).

La argamasa fundacional de las voces de estos magistrados se centra en que no se pueden aplicar al derecho internacional de los derechos humanos los postulados del modelo interno que se opongan a la indemnización pertinente en lo atinente a los delitos de lesa humanidad.[40]

Ello así, habida cuenta de que estas actuaciones delictivas no implican un simple daño patrimonial, sino que afectan el carácter humanitario.

---

variando el sistema resarcitorio. Por esta razón, las consideraciones formuladas en los precedentes mencionados relativos a la prescripción, son claramente aplicables cuando la actora utiliza la vía civil o la de la ley 9688".

39 Dictamen del procurador fiscal Víctor Abramovich.

40 Véase Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso *Fontevecchia vs. Argentina*)", *Estudios Constitucionales,* vol. 15, núm. 2, diciembre de 2017, pp. 533-568.

Con muy buen criterio, los judicantes aludidos trajeron a colación el Informe de la CIDH —sobre el que volveremos y al que nos hemos referido—, *Órdenes Guerra y otros vs. Chile* (de 29 de noviembre de 2018), donde la mencionada entidad de la OEA reconoció el derecho a las indemnizaciones, sin perjuicio de que —en el caso particular— las víctimas habían recibido diferentes beneficios administrativos y otro tipo de reparaciones provenientes de la legislación doméstica de ese país.

Se hizo una clara dicotomía entre los hechos producidos en *Villamil*, donde se reclamó al Estado nacional por actividades nefastas de funcionarios militares y policiales; mientras que en el aquí analizado la acción fue dirigida contra una empresa privada como Techint, donde la responsabilidad nace de la participación necesaria que tuvieron sus ejecutivos con las fuerzas de seguridad para perpetrar los descalificables hechos de estas actuaciones.[41]

Allí surge que la actora fincó su petición en la desaparición forzada de su padre, ocurrida en la "ocasión de trabajo", fundando todo en que la responsabilidad de la entidad privada viene a causa de una conducta dolosa y cómplice de las autoridades empresariales en la comisión del hecho ilícito internacional (cdo. 11). Esto significó, sin duda —concluyen—, que Techint facilitó y colaboró con lo sucedido, y para nada trató de impedirlo.[42]

---

41 Conviene aclarar que, salvo en los delitos de lesa humanidad, como los aquí analizados, no siempre el Estado es responsable por los excesos de sus dependientes. En efecto, la Corte IHD ha dejado en claro que no puede achacársele a los países cualquier violación cometida entre particulares dentro de su jurisdicción: "[...] El carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues su deber de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares, en sus relaciones entre sí, se encuentra condicionado al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo [...]". Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140. Véase Hitters, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 5, núm. 1, junio de 2007, pp. 203-222.

42 Para llegar a esta tipificación, los jueces Maqueda y Rosatti tuvieron en cuenta los siguientes basamentos respecto de los dependientes jerárquicos

Desde la perspectiva argumental, conviene reiterar que los escenarios de *Villamil* y de *Ingegnieros* han sido diferentes, ya que el primero se produjo a través de la actuación de la policía y el Ejército, mientras que el segundo se originó en el ámbito laboral en una entidad particular, aunque con la colaboración-participación de las fuerzas de seguridad.

Hemos escrito con anterioridad sobre la responsabilidad estatal y anticipamos el parecer de la Corte IDH en el sentido de que aquella puede generarse no solo por acción, sino también por omisión (arts. 1.1 y 2 CADH) y que, en esta última situación, el Estado no puede considerarse desligado. Desde tal óptica, los magistrados de la mayoría a los que hacemos referencia ponen de relieve en el considerando 13 de su voto que, en los delitos de lesa humanidad, los Estados nacionales tienen la ineludible obligación de evitar la impunidad que debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades, tanto generales —del Estado— como individuales —penales o de otra índole—, de sus agentes o particulares, conforme lo ha expresado con toda seguridad la Corte IDH, por ejemplo, en *Perozo vs. Venezuela*.[43]

En este sentido —expresan los doctores Maqueda y Rosatti—, reconocida la imprescriptibilidad de los presentes hechos, deviene inadmisible cualquier tipo de eximente de la responsabilidad de la demandada, en cuanto sujeto del derecho privado, cuando se ha acreditado en el expediente —dicen los jueces— que le cupo

---

o directivos de Techint: "Eran conscientes, en tanto funcionarios calificados, de la actividad que desarrollaban en el ámbito geográfico y laboral de la empresa personas ajenas a la misma destinadas a cumplir tareas de espionaje y de delación; desplegaron una conducta no solo omisiva sino comisiva y complaciente, destinada a facilitar que terceros preparan el hecho descrito en el sub lite; el episodio fue consecuencia de un conjunto de actos de inteligencia interna, caracterizado por su excepcionalidad —y en tanto tal es imposible de preservar—, sino por su carácter reiterado y concertado" (cdo. 11).

43 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195, párr. 298 y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 202, párr. 125.

un rol con entidad suficiente para configurar el daño provocado por los agentes estatales (cómplices factibles).

Resumiendo su opinión, podemos decir que con buen criterio ponen énfasis en que la responsabilidad derivada de la complicidad en la comisión de un delito no necesariamente necesita una calificación penal previa, "la cual resulta improcedente, debido a que la empleadora es una persona jurídica" (cdo. 17).

Además, no debemos perder de vista que la responsabilidad civil y la penal resultantes de estos aberrantes hechos constituyen un único acontecimiento secuencial que son la cara y la contracara —agregamos nosotros— de una misma moneda.

En síntesis, en este caso, la mayoría declaró la procedencia de la prescripción, solución que no compartimos, por lo que nos adherimos a los magistrados de la minoría.

## 4. La posición de la Corte IDH.[44] El caso chileno y la imprescriptibilidad de la indemnización compensatoria

### 4.1. *Órdenes Guerra y otros vs. Chile*

La cuestión que venimos analizando sobre la posibilidad de prescripción de la reparación civil en los delitos de lesa humanidad ha sido muy estudiada y resuelta con soluciones diversas en Chile, habida cuenta de que allí sucedieron lamentables acontecimientos durante la dictadura militar, similares a los acaecidos en Argentina. Ello sin perjuicio de que finalmente la Corte IDH en *Órdenes Guerra* falló en favor de la no prescriptibilidad y de la necesidad de indemnizar a las víctimas.

Lo cierto es que el Código Civil nada dice sobre este tipo de indemnizaciones, por lo que por muchos años se entendió que corría el plazo general de prescripción. La antigua jurisprudencia esto sostenía, aunque con el tiempo y con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos fue cambiando

[44] Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile..., cit.*

en favor de la imprescriptibilidad, tal como veremos. En su momento se dictó —como sucedió en Argentina— una serie de leyes que poco a poco permitieron la indemnización en favor de los afectados por los delitos de lesa humanidad.[45]

El 17 de mayo de 2017, la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH, imputándole responsabilidad al Estado chileno por violación de los derechos a las garantías judiciales (art. 8.1 CADH) y protección judicial (art. 25.1 CADH), como consecuencia de la aplicación de la figura de la prescripción a acciones civiles de reparación relacionadas con crímenes de lesa humanidad.

Conviene aclarar que estamos en presencia de una megacausa por hechos ocurridos entre 1997 y 2001, abordada por la Corte en siete grupos de personas afectadas. Nos ocuparemos en particular de la familia Órdenes Guerra, para evitar excesivas dilaciones.

Las reclamaciones fueron rechazadas entre 1999 y 2003 por aplicación del plazo prescriptivo común fijado en artículo 2332 del Código Civil, que establecía un término de cuatro años desde la perpetración del acto. Aunque, como anticipamos, la mayoría de las víctimas luego fueron indemnizadas por distintas leyes, similares a las que se dictaron en Argentina. Por ello, algunas recibieron una pensión mensual administrativa (Ley 19.123 de 1992), así como otros beneficios (bonos de reparación o bonos de compensación). En paralelo, se habían dictado ya en la época democrática Programas Administrativos de Reparaciones.

Uno de los hechos que motivan esta causa acaeció el 9 de septiembre de 1973, cuando el señor Augusto Alcayaga, militante del Partido Radical y presidente de Sindicato de Trabajadores de la empresa "particular" ElecMetal, fue detenido en el interior de la fábrica (muy similar al caso argentino *Ingegnieros-Techint*) por un contingente de carabineros y militares, siendo luego eje-

[45] Céspedes Muñoz, Carlos, "Imprescriptibilidad de la acción civil derivada de la comisión de crímenes de lesa humanidad. Sentencia Excma. Corte Suprema de 8 de abril de 2010", *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Santiago de Chile, núm. 16, 2011, pp. 131-150.

cutado. Su cuerpo fue encontrado en la vía pública. Tenía a su esposa María Laura Órdenes y cinco hijos.

Luego de caída la dictadura militar, en 1990, el presidente Patricio Aylwin, a través de un decreto, creó la Comisión Rettig[46] para esclarecer la verdad de los hechos, tarea que fue concluida en 1991. Sobre las bases de lo dicho por esta entidad, pidió perdón a los familiares de las víctimas y estableció una pensión mensual para los damnificados por la violencia política, les otorgó beneficios médicos y educacionales, eximiendo a los hijos de realizar el servicio militar obligatorio, etc. A su vez, el 11 de noviembre de 2003, se creó la Comisión Valech para determinar quiénes fueron los afectados por la dictadura militar. A la par de las citadas medidas, se crearon y se implementaron diversos programas de apoyo.[47]

Como vimos, la antigua jurisprudencia chilena, con algunas excepciones, se había negado a otorgar cualquier tipo de indemnización civil hasta que finalmente hubo un verdadero cambio de tornas, ya que la Segunda Sala de la Corte Suprema terminó por declarar la imprescriptibilidad de la acción civil en este tipo de casos.[48]

La Corte IDH valoró positivamente la mutación de la doctrina jurisprudencial, lo que significó un giro notable hacia una interpretación razonable y adecuada de su deber de ejercer un efectivo control de convencionalidad.[49]

Ante la demanda impuesta por la CIDH, el Estado se allanó manifestando que aceptaba los hechos que se han tenido por probados: "[...] por la Comisión en el cap. IV de su Informe [...]". Por ello, la Comisión consideró que tal admisión de responsabilidad era absoluta y total, por cuanto incluyó todo marco fáctico establecido en el Informe de fondo y, en consecuencia, ha cesado —dijo— la controversia fáctica, por lo que corresponde proceder a las reparaciones pertinentes.

---

46 Similar a la CONADEP en Argentina.

47 Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile..., cit.,* párr. 39.

48 *Ibidem,* párr. 94.

49 *Ibidem,* párr. 101.

### 4.2. Reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Reparaciones. Complementariedad

Conviene tener presente que, si bien los hechos aquí ventilados —lo mismo que en el caso argentino *Ingegnieros*— acontecieron dentro de una empresa "privada" con la colaboración de fuerzas estatales, lo cierto es que la Corte IDH, para responsabilizar al Estado, tuvo en cuenta que no se cumplió a cabalidad con lo reglado en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, puesto que se aplicaron reglas del derecho interno (como la prescripción) que violaban los preceptos del derecho internacional de los derechos humanos reconocidos en los tratados y demás documentos internacionales y en el *ius cogens*.

También cabe reiterar —y el propio Tribunal regional lo ha puesto de relieve— que hubo un allanamiento por parte del Estado, lo que facilitó notablemente la continuidad de las acciones interamericanas y la indemnización a favor de los afectados.

Es sabido —y lo hemos anticipado— que el derecho interno chileno, poco a poco y luego de superada la dictadura, reconoció pensiones, bonos y otras reparaciones para las víctimas y sus familiares, lo mismo que algunos fallos judiciales en tal sentido. No obstante, la Corte IDH quiso dejar bien en claro que ha fijado indemnizaciones complementarias que no modifican las administrativas ni las judiciales que ya habían sido admitidas por el derecho interno ni, por ende, se altera aquí la cosa juzgada.[50] Además, todo ello no ha impedido a los afectados obtener reparaciones posteriores por vía de la demanda indemnizatoria del daño moral, considerando —como vimos— el carácter complementario de esta figura.

El Tribunal interamericano ha señalado reiteradamente que el principio de complementariedad atraviesa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el que,

[50] Conviene recordar que en este caso particular la Corte IDH dejó intactas las indemnizaciones que habían fijado los tribunales y órganos administrativos domésticos, es decir, no alteró la *res judicata* local, aunque en otros asuntos —no ya de esta naturaleza— el Tribunal mandó "dejar sin efecto" sentencias domésticas que violaban la CADH. Véase Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad...", *cit*.

tal como expresa el Preámbulo de la CADH, es coadyuvante "o complementario de la (protección) que ofrece el derecho interno de los Estados americanos" (párr. 118). Por ello, el modelo del Pacto de San José no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que —valga la redundancia— las complementa sobre la base del postulado de la subsidiaridad (art. 46 CADH).[51]

### 4.3. No a la doble indemnización. Remisión al derecho interno

En el caso *Órdenes Guerra,* la Corte fijó la cantidad de 180 mil dólares a favor de cada una de las víctimas por el concepto de compensación, a lo que le sumó el monto de 10 mil dólares para gastos y costas.[52]

El Tribunal interamericano hizo expresa aclaración de que los valores fijados lo eran solamente para el caso de Chile, porque, para ello, tuvo en cuenta los montos que habían sido cuantificados en el derecho doméstico y, en consecuencia, dijo que tales valores no se deben generalizar para todos los asuntos donde estén en juego este tipo de cuestiones (párr. 124). Hizo aquí un verdadero control de convencionalidad y aplicó las reglas más razonables y adecuadas, luego de balancear las pautas domésticas con las supranacionales, y los fallos pertinentes.

En definitiva, conviene que el lector pare mientes en esta idea de complementariedad de la indemnización que se infiere de los documentos internacionales, que para nada impiden que el propio Estado, como hizo finalmente Chile, determine otro tipo y cuantía de reparaciones que sean complementarias de las que nacen de las reglas internacionales.[53]

---

51 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, núm. 310, párr. 128.

52 No olvidemos que en el caso hubo siete grupos de familiares afectados.

53 Véase Díaz Martínez, Guillermo Andrés, "La imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños y perjuicios emanados de delitos de lesa humanidad, una mirada crítica sobre el fallo 'Villamil' de la CSJN", *Derechos en Acción,* núm. 6, 2018.

Finalmente, no nos tiene que pasar inadvertido que se debe evitar que, sobre la base de estos postulados, las eventuales víctimas "sumen" reparaciones impertinentes y puedan llegar a un enriquecimiento ilícito.

## 5. Conclusiones. Imprescriptibilidad. Interpretación vinculante

Con el desarrollo precedente, hemos visto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, por mayoría, mantiene todavía el criterio de la prescriptibilidad de la indemnización en los delitos de lesa humanidad sobre la base de la seguridad jurídica, para los hechos luctuosos cometidos con anterioridad a la reforma del Código Civil; aunque la minoría de ese Tribunal, encarnada en estos casos por los doctores Maqueda y Rosatti, se ha enrolado en la tesis moderna apontocada en el derecho internacional de los derechos humanos, que hoy sigue la Corte IDH.

De lo que en realidad no cabe duda es de que, luego de la reforma al ordenamiento civil y comercial, la reparación de estos delitos permanece indeleble en el tiempo, ya que —como varias veces repetimos— son ahora imprescriptibles.

El problema que subsiste, entonces, es para las víctimas de los crímenes cometidos por los gobiernos *de facto* "previos" a la modificación del artículo 2561 del mencionado ordenamiento.

La Corte IDH, como vimos en *Órdenes Guerra*, ha dejado bien en claro que la reparación en los delitos de lesa humanidad es imprescriptible. Para ello, tuvo en cuenta los trabajos realizados en ese sentido en el ámbito internacional y los tratados que fueron el resultado de los mismos casos que hemos referido. Todo ello —dijo el Tribunal— siguiendo el Informe de la CIDH en el "caso chileno" al que venimos haciendo alusión. Señaló que para la procedencia de la indemnización no hace falta ninguna condena penal previa y que la reparación compensatoria tiene —ya lo advertimos— un carácter "suplementario" de las cantidades que fueron fijadas por las normas del derecho interno. Incluso ha manifestado que ella puede "dejar sin efecto" las indemnizaciones

fijadas en el campo doméstico si son violatorias de la Convención, aunque haya cosa juzgada interna.[54]

Parece necesario reiterar que la Corte Interamericana ha remarcado este postulado de la complementariedad de la reparación internacional, que informa transversalmente el SIDH: "[...] el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana 'coadyuvante o complementario' de la protección que ofrece el derecho interno de los estados americanos".[55]

Creemos que la mayoría de la Corte Suprema en el caso *Ingegnieros* y en los precedentes que hemos citado ha errado el camino al no aplicar la imprescriptibilidad, sosteniendo —equivocadamente, a nuestro criterio— que aquí era inaplicable el caso trasandino *Órdenes Guerra*, porque en Chile había existido allanamiento del Estado, y que el delito de desaparición se había cometido dentro de una entidad estatal.

Sin embargo, parece necesario poner de relieve que los verdaderos argumentos de la Corte IDH para dar cabida a la imprescriptibilidad han sido las normas del derecho interno chileno que permitieron la prescriptibilidad de la reparación de estos crímenes. Por ello —dijo sin ambages—, independientemente de dónde se originó el delito, la sola existencia de reglas restrictivas viola los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, al limitar el acceso a la justicia.[56]

Con esto debe quedar bien en claro que la Corte IDH no está para nada en contra de la institución de la prescripción en general, solo lo está para los crímenes de lesa humanidad. Además, cuando dicho organismo regional hizo el control de convencio-

---

54 Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile..., cit.,* párrs. 112-114. Como ya lo había dicho en otra perspectiva y ante hechos totalmente distintos en el caso *Fontevecchia*. Véase Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad...", *cit*.

55 Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile..., cit.,* párr. 118.

56 Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, vol. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 131-156.

nalidad en el caso narrado, dejó bien en claro —ya lo anticipamos— que la fijación económica en favor de los afectados en *Órdenes Guerra* no debía tomarse en cuenta en los demás países como criterio generalizado, sino que se hizo sobre la base de los fallos de la Corte Suprema chilena, que habían puesto de relieve la necesidad de la reparación y la imprescriptibilidad de estos crímenes.

Para finalizar, debe quedar como punto basal que los fundamentos jurídicos que el Tribunal regional utilizó para el asunto en comento resultan —a nuestro criterio— "vinculantes" para todos los Estados adheridos a la CADH, tal como lo había expuesto ese cuerpo jurisdiccional regional en *Gelman*.[57]

En efecto, se dijo allí —y en especial en el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor— que los decisorios de ese órgano jurisdiccional producen efecto no solo en el Estado considerado, sino también en aquellos que no intervinieron en el pleito (vinculación relativa, *erga omnes*), "pero solo en la medida de la norma interpretada", no así en la totalidad del fallo.[58] Lo anterior, salvo que exista una hermenéutica más favorable en el derecho doméstico,[59] pues en esa hipótesis —obviamente— se aplica la situación más ventajosa.

En el caso *Órdenes Guerra*, la Corte IDH fue muy clara cuando enfatizó que el sistema chileno había violado los artículos 8.1 y 25.1 del Pacto de San José, al declarar prescrita la indemnización en los delitos de lesa humanidad.

El Tribunal interamericano llevó a cabo un control de convencionalidad y llegó a la conclusión de que las reglas limitativas, en el sentido analizado, son inconvencionales.

Lo dicho vale en Argentina para los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la reforma del artículo 2561

---

57 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 69.

58 Véase el aludido voto razonado de juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Ibidem,* párr. 43.

59 Hitters, Juan Carlos, "Un avance en el control de convencionalidad. El efecto 'erga omnes' de las sentencias de la Corte Interamericana", *La Ley,* 2006.

del Código Civil, lo que significa que esos hechos son todavía reparables en el país, sin perjuicio de las indemnizaciones que hubiesen podido cobrar las víctimas o sus familiares. Ello así, teniendo en cuenta la idea de complementariedad a la que hemos hecho referencia. Mas es necesario tomar en consideración que se debe evitar la superposición de este tipo de reparaciones.[60]

Para finalizar, conviene reiterar que se advierte una contradicción entre lo resuelto por la mayoría de la Corte Suprema argentina en los casos aludidos y lo dispuesto por la Corte IDH, que deberá resolverse en un futuro próximo en favor de la hermenéutica hecha por el Tribunal regional con asiento en Costa Rica, para evitar lo que ya ha sucedido en el caso *Fontevecchia*,[61] donde la Corte IDH mandó modificar un pronunciamiento del más alto cuerpo judicial argentino.[62]

## Bibliografía

Afarian, Jorge Rubén, "Imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad", *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. 1, núm. 3, 2016.

Aguilar Cavallo, Gonzalo, "Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno", *Ius et Praxis,* Santiago de Chile, año XIV, núm. 2, 2008.

60 Vale la pena repetir que la imprescriptibilidad de la reparación de estos crímenes no significa que los afectados lleguen a un enriquecimiento ilícito por esta situación. Existen numerosas decisiones, inclusive en la justicia federal, por indemnizaciones presuntamente fraudulentas y millonarias a familiares de "supuestos afectados" por la subversión. Incluso hay casos de personas que percibieron —aparentemente sin derecho— varias reparaciones, sobre todo a partir de la ley 25.564. Véase la publicación del diario *La Nación Argentina*, de Mario de Vedia, 9 de julio de 2019. Véase editorial del mismo diario, "Escandalosas indemnizaciones", 18 de julio de 2019 y D'Angelo, José Luis, *Mentiras tus muertos. Falsedades y millones detrás del mito de los 30000 desaparecidos,* Buenos Aires, Tatu Ediciones, 2014.

61 CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, resolución de 14 de febrero de 2017. Fallos 340:47.

62 Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad...", *cit*.

Cappelletti, Mauro, "El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado", trad. de Faustino González, *Revista Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1980.

Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional supranacional", trad. de Luis Dorantes Tamayo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 110, mayo-agosto de 1978.

Céspedes Muñoz, Carlos, "Imprescriptibilidad de la acción civil derivada de la comisión de crímenes de lesa humanidad. Sentencia Excma. Corte Suprema de 8 de abril de 2010", *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Santiago de Chile, núm. 16, 2011.

D'angelo, José Luis, *Mentiras tus muertos. Falsedades y millones detrás del mito de los 30000 desaparecidos*, Buenos Aires, Tatu Ediciones, 2014.

Díaz Martínez, Guillermo Andrés, "La imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños y perjuicios emanados de delitos de lesa humanidad, una mirada crítica sobre el fallo 'Villamil' de la CSJN", *Derechos en Acción,* núm. 6, 2018.

Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso *Fontevecchia vs. Argentina*)", *Estudios Constitucionales,* vol. 15, núm. 2, diciembre de 2017.

Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, vol. 10, julio-diciembre de 2008.

Hitters, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 5, núm. 1, junio de 2007.

Hitters, Juan Carlos, "Un avance en el control de convencionalidad. El efecto 'erga omnes' de las sentencias de la Corte Interamericana", *La Ley,* 2006.

Hitters, Juan Carlos y Hitters, Juan Manuel, "Derecho Procesal Constitucional Transnacional", *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, 2019,

López Herrera, Edgardo, "La prescripción de la acción de daños en el Código Civil y Comercial", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros,* año XVII, núm. 4, 2015.

Marino, María Daniela, "Imprescriptibilidad de la acción resarcitoria derivada de los crímenes de lesa humanidad y genocidio", Audiencia pública de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, l. VI, tít. I, cap. II, secc. 2, *https://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/lamatanza/pdf/LM_009_MARIA_DANIELA_MARINO_VI.pdf*

Montilla Zavalía, Félix Alberto, "La acción de responsabilidad civil derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del estado", *El Derecho*, Buenos Aires, 17 de abril de 2016.

Poblete Campos, Mario, "La prescripción de las acciones reparatorias emanadas de los delitos de lesa humanidad", *Derecho y Humanidades,* Santiago de Chile, núm. 18, 2011.

# V. Derecho procesal constitucional transnacional*

*Juan Carlos Hitters*
*Juan Manuel Hitters*

Sumario. 1. Encuadre del tema. Antecedentes. Enfoque histórico. 2. La dimensión supranacional del derecho procesal constitucional transnacional. 3. El derecho procesal constitucional transnacional. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Con la aparición de la dimensión transaccional del proceso del derecho y de la justicia se han puesto en marcha una serie de rituales, organismos y mecanismos, jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales tendentes a proteger al ser humano en cualquier lugar donde se encuentre *(lex universalis)*. Alrededor de todo este importante movimiento y a consecuencia del mismo nació esta nueva disciplina: el derecho procesal internacional (o transnacional) de los derechos humanos.

## 1. Encuadre del tema. Antecedentes. Enfoque histórico[1]

Una de las tendencias evolutivas que tiene su punto de arranque en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial se ha confi-

* Publicado en *La Ley* el 22 de agosto de 2018, 1 - LA LEY2018-D, 984. Cita *online*: AR/DOC/1631/2018.

1 "En la nueva edad de las garantías y de un opulento y efectivo proceso justo la gravitante influencia de los Tribunales trasnacionales y sus vinculantes sentencias condicionan el modelo de las naciones [...]" (Augusto Mario Morello).

gurado, sin duda, en la especial dedicación de los procesalistas, constitucionalistas y comparatistas en abordar la justicia constitucional, todo ello con la evidente finalidad de dar mayor protección a ciertas potestades y derechos fundamentales del hombre.[2]

Desde entonces se puede advertir la "constitucionalización" de no pocos derechos humanos —como veremos—, que algunos autores encasillan bajo el nombre de "dimensión constitucional de la justicia", consistente en la afirmación e individualización de los requisitos mínimos de la equidad y del derecho, resguardados por las cartas magnas y celosamente defendidos por los tribunales constitucionales creados —al principio en Europa— para que dichos criterios axiológicos fueran efectivamente aplicables en la realidad.

Mas, con posterioridad, se consideró que esa vertiente constitucional fue insuficiente, pues era posible que no pocas prerrogativas naturales e inmanentes a la humanidad cambiaran de destino al traspasar las fronteras. Se pensó por ello en que esas garantías debían gozar de una vigencia limitada o, por decirlo de otro modo, operativas en cualquier lugar donde se encuentre el beneficiario.[3]

Se pergeñó así lo que luego dio en llamarse la "dimensión transnacional de la justicia", con la evidente intención de que el resguardo de los derechos humanos lograra un nivel supranacional (*lex universalis*), a través de tribunales y organismos especializados.[4]

Toda esa profunda revolución debió ser acompañada por la legislación fontal y, por supuesto, también por el derecho procesal.

Es posible señalar que, como consecuencia de ello, se fue recortando a la par en Europa una disciplina jurídica llamada derecho comunitario, que rige las relaciones entre el individuo y los Estados, y entre aquel y determinadas organizaciones de tipo supranacional (en el campo económico).[5] Y en paralelo —como no

[2] Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia (conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológico)*, trad. de Juan Carlos Hitters, JA, 1981-2.

[3] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2014, t. I, vol. 1, p. 80.

[4] Durán, Carlos, *Los mecanismos para la protección internacional. Curso de Derechos Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 53.

[5] Por ejemplo, el Mercosur.

podía ser de otro modo— sobresalió la figura de lo que podemos llamar el "derecho procesal constitucional transnacional", que reglamentó las garantías y los trámites jurisdiccionales que emanan de los litigios a nivel comunitario.[6] De este modo, el derecho procesal y el derecho constitucional no han quedado a la zaga en esta colosal transformación, apareciendo entonces una nueva vertiente: el derecho procesal constitucional transnacional.[7]

Alcalá-Zamora y Castillo estima que ha sido Kelsen quien sentó las bases de esta disciplina,[8] que luego fue perfeccionada por Calamandrei[9] y por Couture,[10] y revitalizada por Cappelletti,[11] Fix-Zamudio[12] y González Pérez,[13] entre

---

6 Se advierten así dos "categorías": el derecho procesal transnacional comunitario y el derecho procesal transnacional de los derechos humanos.

7 Cappelletti, Mauro, "El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado", trad. de Faustino González, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, núm. 15, enero-febrero de 1980, pp. 61 y ss. Del mismo autor: "Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional", trad. de Luis Dorantes Tamayo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XXVIII, núm. 110, mayo-agosto de 1978, p. 339.

8 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, UNAM, 1970, p. 215.

9 Este autor abordó dicha temática en tres artículos publicados en italiano, a saber: "Potere giudiziario e suprema corte costituzionale; la illegimità costituzionale delle leggi processo civile"; "Corte Costituzionale e autorità giudiziaria", aparecidos en *Opere giuridiche*, Nápoles, 1968, t. III, pp. 215-225, 337-412, 609-654 (véase Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Sentís Melendo, Ejea, pp. 23-168).

10 Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 1948, pp. 194 y ss. Este jurista le dedicó la tercera parte del t. I al derecho procesal constitucional, bajo el título "Casos de derecho procesal constitucional".

11 Sin duda, este es uno de los publicistas más destacados en esa especialidad. Se ocupó de tales cuestiones en los siguientes artículos: "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes", México, UNAM, 1966; "Jurisdicción constitucional de la libertad", trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961; "El 'formidable problema' del control judicial...", *cit.*, y "Justicia constitucional supranacional...", *cit.*, pp. 337 y ss.

12 Este publicista mexicano abordó con gran profundidad y sin vacuidad esta disciplina. Véase "Protección procesal de los derechos humanos", Ponencia General, presentada en el V Congreso de Derecho Procesal, México, 1972.

13 González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

otros.[14] Este último doctrinario estimaba que dicha rama jurídica fue cultivada en España por los constitucionalistas "a espaldas de la técnica procesal",[15] de ahí que sea necesario que los procesalistas paren mientes en la necesidad de su conceptualización.[16]

La denominación fue mantenida por Couture, Sagüés, González Pérez y Fix-Zamudio, aunque el último, en un antiguo e importante trabajo, rectificó el rumbo, prefiriendo hablar de derecho "constitucional" procesal.[17]

Es necesario poner de relieve que este sector de la ciencia no significa para nada la atomización de la rama madre —el derecho procesal—, pues no debe escapársele al lector que modernamente se tiende a remarcar la unidad del orden jurídico como contraposición a una excesiva disgregación del modelo. Empero, es innegable que desde el horizonte pedagógico y científico es conveniente —sin olvidar lo antes dicho— delinear las fronteras de las ramas que van adquiriendo cierta categorización y autonomía propias.

Siguiendo nuestro hilo conductor, es oportuno poner de relieve que, a causa de esta evolución, el clásico control de constitucionalidad realizado dentro de los países —por órganos centralizados (concentrados), o fragmentariamente por cualquiera de los jueces (difuso)— es ahora mucho más fascinante y abarcador, ya que se cumple a la par por cuerpos transnacionales, que conforman la justicia constitucional supranacional. Todo ello a través del control de convencionalidad.

---

14 Se ha ocupado también en forma específica de la referida asignatura, hace más de 40 años, González-Deleito, Domingo Nicolás, *Tribunales constitucionales. Organización y funcionamiento*, Madrid, Tecnos, 1980.

15 González Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 50.

16 Aclara González Pérez que, sin embargo, en México y en Italia fueron los cultores del derecho procesal los que han abordado el derecho procesal constitucional (*Ibidem*, pp. 50-54).

17 Fix-Zamudio, Héctor "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", presentado en las IX Jornadas Iberoamericanas del Derecho Procesal, celebradas en Madrid, en 1985.

Aparece de esta manera una "dupla" perfectamente imbricada entre la justicia supranacional y el derecho procesal constitucional transnacional, cuya interrelación abordaremos sintéticamente a partir de ahora.

Cabe alertar, que el control doméstico (control "interno" o primario) no queda para nada aminorado por el supranacional, si se tiene en cuenta que este es "subsidiario" (art. 46.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—).

El derecho procesal transnacional rige los trámites tanto para el modelo comunitario (cuya Corte se encuentra en Luxemburgo) como en el esquema de los derechos humanos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—, con asiento en Estrasburgo, y Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—, con asiento en Costa Rica).

## 2. La dimensión supranacional del derecho procesal constitucional transnacional

### 2.1. Generalidades

Las escuelas jurídicas del siglo XIX se ocuparon del derecho positivo "nacional", y tal fenómeno se reflejó en las legislaciones sectoriales y estancas de cada país, sin levantar la mirada más allá de sus fronteras, dictando normas "hacia adentro". Mas tal situación se ha ido revirtiendo —como vimos— a partir de la segunda mitad del siglo pasado, con la aparición del derecho comunitario y del derecho internacional de los derechos humanos que se fueron afirmando de una manera lenta, pero progresiva. Y ese recorrido no se limitó al aspecto exterior, esto es, creciente interés por el derecho comparado, sino que afectó en su raíz a la concepción misma del derecho y de la justicia, al pasar de ciertas ideas "exclusivistas" hacia las "pluralistas"; tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o la Convención Europea de los Derechos y las Libertades Fundamentales; o —para citar ejemplos americanos— la Conferencia Centroamericana de Washington, de 1907, o el llamado Pacto de San José (CADH, de 1969), y los demás tratados y documentos posteriores.

Por ello hemos dicho que el derecho debe adecuarse al carácter progresivamente multinacional, con tendencia universal de los principios fundamentales de la realidad contemporánea.[18]

### 2.2. El *corpus iuris civilis* y el *corpus iuris canonici*

Puntualizamos que este camino del "derecho sin fronteras" y la aparición de organismos transnacionales tuvo su epicentro en la segunda mitad del siglo pasado; mas, si hacemos un análisis histórico-comparativo de la problemática, notaremos sin duda que, en el campo de la enseñanza, el fenómeno se gestó en Europa antes del nacimiento de los Estados nacionales. En efecto, con mucha anterioridad es factible detectar los orígenes de tal proceso de internacionalización si colegimos que, por ejemplo, en la Roma imperial, el *corpus iuris civilis* tenía ya un carácter universal, pues regía a todos los pueblos dominados por el poder central. Similar visión generalizadora se observa en el *corpus iuris canonici*, puesto que la Iglesia aplicó sus pautas rectoras sin ningún tipo de limitación territorial; lo que demuestra que ese ordenamiento tuvo también una vocación de universalidad, que aún mantiene.[19]

### 2.3. La Universidad de Bolonia y la universalización de la enseñanza

En este orden de pensamiento, debemos recordar que en el área de la enseñanza y de la cultura tuvo trascendencia esta apeten-

[18] Hitters, Juan Carlos, "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeo", *La Ley*, Buenos Aires, 2003, p. 1373.

[19] Conferencia titulada "El Instituto Universitario Europeo. ¿Posible modelo para América Latina?", pronunciada por el profesor Mauro Cappelletti en 1981 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata. Sobre el tema puede verse también Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1983, t. I, pp. 14 y ss.

cia transnacional. En efecto, la Universidad de Bolonia jugó un papel determinante en tal evolución, ya que a partir del año 1100 recibió y expandió el derecho romano y el derecho canónico hacia los cuatro vientos. Un siglo después concurrían a esa casa de altos estudios más de 5000 estudiantes, no solo boloñeses, sino que provenían de por lo menos 15 países. Se origina allí una fusión de nacionalidades bajo el común denominador del latín. Los profesores comenzaron a rotar por varias instituciones universitarias, creando algunos de ellos nuevos centros por toda Europa; esta interrelación se extendió hasta el siglo XVI, inclusive.[20]

### 2.4. La evolución posterior

Este desarrollo cae luego —lamentablemente— en un movimiento inverso; podemos decir que a partir de 1500 es cuando se gesta una corriente en sentido contrario a la ley universal, y en favor de las normas intrafronteras. Desde entonces, las universidades son típicamente locales sin vocación transnacional.

Esta oleada concluyó con el proceso de las codificaciones nacionales (en 1804 el Código Civil francés, en 1900 el código alemán, etc.), operando de este modo el fin de la *lex communis*.

Tal peligrosa sectorización y férrea demarcación de los límites fronterizos fue el fermento lamentable de las dos guerras mundiales; la excesiva "nacionalización" actuó como base dogmática de ciertas ideas totalitarias con gran desarrollo en el Viejo Continente. Contra esto, y como reacción, proliferaron entidades de derechos humanos y antibelicistas, así como luego de la primera conflagración vio la luz la Sociedad de las Naciones; después de la segunda fue creada la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Se van avizorando desde esos momentos ciertas respuestas "continentales". En 1951 se crea la Comunidad del Carbón y del Acero (CECA), y en 1957 la Comunidad Económica

[20] Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional supranacional...", *cit.,* pp. 4 y ss.; Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op cit*., p. 81.

Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), instituciones que luego se fueron generalizando. Por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea, el tratado para su funcionamiento (Tratado de Maastricht, 1992, versión consolidada de 2012 y luego actualizada); el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (versión consolidada de 2012), o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (de 2012, con modificaciones posteriores). En el ámbito del Consejo de Europa, para continuar con el enfoque histórico, podemos citar el Protocolo 15, referido a la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (2013), y el Protocolo 16, Convención para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (2014), entre otros que posteriormente se fueron desarrollando.

### 2.5. Jurisdicción internacional de las libertades y la protección de los derechos humanos en el ámbito transnacional

El derecho de acción —o de accionar— es considerado como una potestad autónoma de carácter constitucional. Esta esencia ya había sido avizorada por Carnelutti, Alcalá-Zamora y Couture, pero luego —debido al fenómeno de la socialización jurídica— fue sujeto de una gran transformación impulsada por los ya citados Cappelletti y Fix-Zamudio, entre otros, cambiando la base de sustentación individualista que antes tenía, en una típicamente social, emergiendo entonces la acción procesal como derecho humano a la justicia, reflejando en varias constituciones modernas que caracterizan al derecho de acción con independencia del de petición, con la prístina misión de garantizar (no solo de proclamar) ciertas libertades de la humanidad, que de ese modo gozan de una coraza supralegal; generando en su derredor una nueva protección sustancial —y procesal—: el derecho procesal constitucional.

Dicha génesis, que ya había sido de alguna manera anticipada por Calamandrei cuando hizo referencia a la relatividad del derecho de acción, se observa con claridad en los tratados y en las convenciones internacionales que garantizan el acceso a la juris-

dicción a nivel transnacional, por ejemplo, los convenios y tratados sobre derechos humanos y sus distintos protocolos.

Todo esto tiene trascendencia si reparamos en que un gran número de países, a excepción de Estados Unidos, Canadá y algunas islas del Caribe, ha ido ratificando la mayoría de instrumentos internacionales incorporándolos a su régimen interno (p. ej., entre muchos otros, el art. 75, inc. 22, de la Constitución argentina).

Por otra parte, en la antigüedad se creía que solo los Estados eran sujetos del derecho internacional público; sin embargo, a mediados del siglo pasado, Heffer, Fiore Bluntschili (en el exterior) y Alberdi (en Argentina) sostuvieron que el hombre individualmente considerado goza de ciertas reglas que no pueden ser vulneradas por ningún Estado. Así concebida, la mencionada disciplina jurídica conduce a una internacionalización general del derecho (*lex universalis*), y el hombre adquiere el rango de "ciudadano del mundo".[21]

En el sector interamericano, el sendero de "internacionalización" se puso en evidencia con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Interamericana llevada a cabo en Bogotá en octubre de 1948. A su vez, la "V Reunión de Consulta", cumplida en 1979, en su "Declaración de Santiago de Chile", encomendó la redacción de un proyecto de convención de derechos humanos, que se concretó justamente en el denominado Pacto de San José, firmado el 22 de noviembre de 1969. Esta tendencia proliferó con el tiempo en la sanción de distintos convenios y tratados interamericanos, a los que los países se fueron adhiriendo.

Todo el desarrollo llegó a lo que se denomina, por un lado, la "justicia constitucional de las libertades", por medio de la cual se protegen —dentro de cada Estado— ciertos derechos fundamentales a través de normas supralegales y, por el otro, lo que

[21] Capelletti, Mauro, *La justicia constitucional*, México, UNAM, 1987, pp. 361 y 362; Hitters, Juan Carlos, y Fappiano, Oscar L., *op. cit*., p. 83. Véase García Belaunde, Domingo, "El control de convencionalidad y sus problemas", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional y transnacional*, México, Biblioteca Porrúa, 2016.

Cappelletti bautizó hace mucho tiempo como "jurisdicción internacional de las libertades", como fenómeno de internacionalización o supranacionalización de las prerrogativas humanas, las que pueden defenderse a la par, fuera de las fronteras estaduales. Este trasvasamiento de lo interno a lo internacional necesitó, para su efectiva aplicación, de los "procedimientos" y remedios adecuados para tales fines, a través de lo que hemos llamado derecho procesal transnacional.

## 3. El derecho procesal constitucional transnacional

### 3.1. Particularidades

El trámite ante un órgano jurisdiccional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) implica —como vimos— el ejercicio del derecho de acción, con similares características —aunque con ciertas diferencias— al que se lleva a cabo ante los tribunales domésticos.

Es dable reiterar que el proceso moderno no constituye un simple rito regulado solamente en los códigos adjetivos, pues en los últimos tiempos abarca ciertas instituciones como el derecho a la jurisdicción, el amparo, el *habeas corpus*, etc.; que tienen notable raigambre constitucional y que se incorporaron —tal como vimos— a las cartas máximas; por lo que el pleito se ha convertido en un instrumento para realizar uno de los derechos trascendentes del hombre, el derecho a la justicia, que no se concreta con la mera posibilidad de accionar, sino de acceder efectivamente a ella.[22] Destacamos el fenómeno que concluyó con la aparición de esta nueva disciplina que regula el procedimiento internacional, de la que —como decía hace tiempo el exjuez de la Corte IDH, Gros Espiell— poco se ha escrito y que es necesario abordar en forma autónoma, sin dejar de reiterar que no se diferencia esen-

[22] Berizonce, Roberto, *Efectivo acceso a la justicia*, prólogo de Mauro Cappelletti, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1987, pp. 55 y ss. Véase Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional supranacional...", *cit*.

cialmente de su rama madre, el derecho procesal, dado que se apoya en los mismos principios.[23]

Este sector del derecho adjetivo no recibe una denominación única. Ciertos autores hablan de "derecho procesal internacional", mientras que algunos más de "derecho procesal relativo a los derechos humanos" y otros —entre los que nos incluimos— de derecho procesal transnacional o supranacional atinente a los derechos humanos.[24]

Lo cierto es que —tal cual anticipamos—, como con toda agudeza remarcó Alcalá-Zamora y Castillo, el hecho de que se hayan puesto en funcionamiento tribunales internacionales no autoriza a pensar que los preceptos que lo reglan tengan una esencia diversa de los que se ocupan del rito local; por ende, esta parcela no adquiere autonomía, como tampoco la posee, para dar un ejemplo, la jurisdicción militar.[25] Además, los derechos que custodia tal sistema son los mismos que abarca cualquier juicio doméstico. En todo caso, la autonomía —acota este autor— estaría dada porque opera fuera de las fronteras locales.

Uno de los criterios que iluminan este andarivel es el de la informalidad, que consiste en darle —en principio— validez a los actos, aunque posean ciertas deficiencias formales. Tal esquema ha sido resaltado desde antiguo por el Tribunal Europeo y reiterado por su similar interamericana, la que enfatizó que en la jurisdicción que nos ocupa, "la inobservancia de ciertas formalidades no siempre es relevante, pues lo esencial es que se preser-

---

23 Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte interamericana de Derechos Humanos", *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, IIDH, 1985.

24 El jurista peruano Domingo García Belaunde, con muy buen tino, acota que "[...] así como existe un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existe o debe existir un Derecho Procesal Internacional de los Derechos Humanos", en "El control de convencionalidad y sus problemas", *Pensamiento Constitucional*, Universidad Católica del Perú, núm. 20, 2015, p. 150.

25 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209

ven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados".[26]

De todos modos, parece baladí repetir que ello no significa que reine la anarquía. En uno de sus primeros asuntos que resolvió la Corte IDH, había dicho que las formas existen para apontocar el derecho de defensa en juicio. Por ejemplo, en el antiguo asunto *Viviana Gallardo*, el Tribunal del Pacto de San José puso de relieve que el paso ante la Comisión es —por regla— insoslayable, lo que significa que no se puede llegar a la Corte —en el procedimiento contradictorio— sin transitar primero ante aquella.[27]

Como toda rama que se ha ido consolidando poco a poco, existen discrepancias sobre su naturaleza jurídica, ya que algunos la sitúan dentro del área constitucional, mientras que otros le confieren una esencia netamente procesal, y no pocos participan de una postura intermedia o ecléctica enancándola en una zona común.

Lo cierto es que cuando aludimos en general a procesos constitucionales hay que usar esta terminología con sumo cuidado, pues, al hacerles referencia, estamos hablando de ciertas instituciones que rigen en el interior del Estado;[28] aunque su "esencia" no cambia cuando él pasa al ámbito internacional.

En efecto, en la segunda posguerra —tal como pusimos de relieve— se constitucionalizan ciertas garantías como el amparo y el *habeas corpus* (dimensión constitucional), las que luego fueron incluidas en los tratados internacionales (dimensión transnacional), convirtiendo al juicio (pleito) en un carril idóneo para defender y salvaguardar los derechos esenciales de la persona humana, sea en el ámbito del derecho doméstico, o bien, en el internacional. Esto último es reglado por el derecho procesal transnacional a través de sus órganos específicos y de los tratados, convenios y reglamentos de los organismos trasnacionales. Desde el agotamiento de los recursos internos, pasando por la

[26] Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 38

[27] Corte IDH. *Caso Viviana Gallardo y otras*. Resolución de 15 de julio de 1981. Serie A, núm. 101.

[28] García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, p. 148.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y finalizando en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se habla modernamente de la "constitucionalización de los tratados" o de los "tratados constitucionalizados".

Se advierte así (art. 46.1 CADH) un control de convencionalidad "primario" (hecho dentro de los Estados) y un control de convencionalidad "secundario" (ejecutado por los cuerpos trasnacionales).

Conviene repetir que cobra vida entonces el derecho procesal constitucional, con cierta autonomía —cuya paternidad algunos atribuyen a Kelsen y otros a Couture—, que luego se "infiltra" en los convenios supranacionales, convirtiéndose en el derecho procesal constitucional transnacional.[29]

Hicimos hincapié en que la soldadura intelectual y gnoseológica que se observa entre el derecho procesal y el derecho constitucional ha contribuido a darle vida a dicha rama que, pese a su cierta independencia, se mantiene —como no podía ser de otro modo— dentro del sistema monolítico del orden jurídico.

No obstante, queremos demostrar que, pese a estar informada por los genes de aquellas dos grandes asignaturas,[30] en su esencia procesal —aunque sepamos lo difícil que resulta el encasillamiento, habida cuenta de lo ríspida que es la propia demarcación de los limbos del campo constitucional y del procesal, generando ríos de tinta entre los autores—, cada rama participa de la otra, como vasos comunicantes.

Una de las cuestiones ariscas es la relativa al "contenido" de la disciplina en estudio, que abarca, según nuestro criterio:

---

29 Hitters, Juan Carlos, "El derecho procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, 2002, t. I, p. 193.

30 Si bien es cierto que —como anticipamos— este fenómeno arranca con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, no lo es menos que tuvo algún antecedente cuando se intentó —con timidez— al concluir la primera conflagración mundial, la reglamentación de ciertas garantías mínimas a través de las constituciones, lo que se denominó el fenómeno de racionalización del poder (véase Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Arije, 1983, pp. 26, 45, 110, 149 y 390).

*1)* el debido proceso legal; *2)* las categorías de la jurisdicción; *3)* el control de constitucionalidad y de convencionalidad, y *4)* la jurisprudencia de la Comisión, pero sobre todo la doctrina de la Corte Interamericana, que debe ser tomada en cuenta en el ámbito doméstico, cuya interpretación final se ha convertido casi obligatoria para los países.[31]

Todo ello en virtud de la integración del derecho constitucional y del derecho procesal. Hace más de una década, Eduardo Ferrer Mac-Gregor sostenía, citando al profesor Fix-Zamudio, que el derecho procesal transnacional conforma una disciplina cuya sistematización científica es relativamente reciente y "abarca el estudio y la sistematización de la normatividad adjetiva, no solo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también las del derecho comunitario y de la integración económica y, por supuesto, el sector más dinámico, que es el que corresponde al campo de los derechos humanos, por lo que puede decirse que en la formación de esta novel disciplina jurídica confluyen aspectos comunes del derecho procesal, constitucional, e internacional".[32]

Adviértase entonces que aquí se engloba: *1)* el derecho internacional clásico; *2)* el derecho comunitario; *3)* el derecho a la integración económica, y *4)* el derecho internacional de los derechos humanos.

Podemos reiterar que el procedimiento ante la Corte IDH es de naturaleza dispositiva, con cierta atenuación, pues los parti-

---

31 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 238. Asimismo, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 18 de octubre de 2017; Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso 'Fontevecchia *vs.* Argentina')", *Pensamiento Constitucional,* Perú, núm. 22, 2017, pp. 109-141. *Cfr.* Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad. Conflicto entre la Corte IDH y la CS. ¿Quién y cómo se resuelve? Última interpretación (de nuevo sobre el fallo 'Fontevecchia')", *La Ley*, Buenos Aires, mayo de 2018.

32 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Intérprete Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, *cit.*, t. II, pp. 108-110.

cipantes no "disponen" libremente de la acción, habida cuenta de que una vez puesta en marcha por la Comisión, no siempre pueden "desistirla" (art. 54 del Reglamento de la Corte), salvo en los casos excepcionales cuando solo estén en juego intereses meramente patrimoniales. Todo ello sin perjuicio de advertir un contenido publicista, donde el tribunal está potenciado para ejercer ampliamente sus poderes-deberes como juez-director, sin ningún tipo de impedimento. Puede incluso —como lo ha ratificado recientemente— ir más allá del principio de congruencia, fallando sobre capítulos no reclamados en la instancia liminar.[33]

Esto último sería impensado en el derecho procesal "clásico", en el cual los digestos rituales limitan el contenido de la sentencia a los puntos y rubros propuestos en los escritos constitutivos, salvo el supuesto atípico del artículo 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que también tiene sus límites.

### 3.2. Principios procesales. La prueba

Según expresamos reiteradamente, rigen los principios procesales que imperan en el sector doméstico, aunque con algunas particularidades, pues, en el campo transnacional, el legitimado pasivo es siempre un Estado y el activo la CIDH; y tiene el derecho internacional de los derechos humanos una finalidad tuitiva con relación a la persona, que resulta la destinataria final y única de todos los esfuerzos que prodiga el derecho internacional aquí abordado (art. 29 CADH).

En lo que a esto último atañe, es decir, la especialidad del procedimiento que protege las libertades del hombre, cabe referir que dicha característica se nota con nitidez en el momento en que el ciudadano reclama contra un país.[34] Ese criterio ha sido re-

[33] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344.

[34] TEDH. *Caso De Becker vs. Bélgica*. Sentencia de 27 de marzo de 1962. Serie A, núm. 4.

marcado —desde antiguo— por el Tribunal de Estrasburgo cuando destacó que la finalidad del Convenio de Roma es proteger a los individuos, y ello supone que sus cláusulas procedimentales deben aplicarse del modo en que mejor cumplan ese postulado.[35] Cuando se analizan las reglas adjetivas que imperan en el rito supranacional, no se debe perder de vista —como principio orientador— el carácter subsidiario que tiene este modelo,[36] circunstancia que impide acudir directamente a los órganos del Pacto de San José, salvo raras excepciones. Por ello, estos mecanismos supranacionales solo funcionan después de haberse agotado las vías locales (art. 46. 1.c. CADH).

De todo lo dicho resulta que se aplica siempre la cláusula *pro homine*, garantía mínima (art. 29 CADH). Es algo por demás conocido: campean en este ámbito los principios de contradicción, inmediación, economía procesal, oralidad, publicidad e informalismo.

En el modelo del Pacto de Costa Rica —lo mismo que en el europeo— rige la oralidad, como en los casos domésticos, aunque, por supuesto, convengamos que nunca son químicamente puros, ya que en todo pleito oral hay siempre trámites escritos, tales como la demanda, su réplica, el ofrecimiento de pruebas, ciertos recursos, etc.[37] Tal es el caso del proceso laboral en la Provincia de Buenos Aires (ley 11.653).

Lo primero que debemos reiterar es que el proceso ante la Corte IDH resulta casi una continuación del que llega a la CIDH desde el derecho local, donde ya hubo producción de prueba y una decisión (Informe) de ese órgano, con características similares a una sentencia (arts. 50 y 51 CADH).

---

35 TEDH. *Caso Klass y otros vs. Alemania*. Sentencia de 6 de septiembre de 1978. Serie A, núm. 28.

36 Que en el ámbito de la Corte de Luxemburgo —es decir, en la antigua Comunidad Económica Europea, hoy actualizada por los nuevos tratados que la rigen— se aplica con gran claridad, pues ese Tribunal le ha dado prioridad al derecho comunitario sobre el local, destacando la directa operatividad de aquel. La Corte IDH también marcó el carácter operativo del Pacto de San José (Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op. cit*., p. 213). Recientemente, véase la sentencia Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú..., cit*.

37 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 122.

A su vez, el pleito que arriba a la Comisión porta sobre sus espaldas un juicio doméstico, con los recursos internos agotados, donde también —obviamente— se han cumplido probanzas regidas por el derecho procesal interno (art. 46.1 CADH).

Cuando las actuaciones llegan a la Corte IDH, normalmente están ya cargadas de pruebas, algunas de las cuales se repiten en el juicio oral internacional, sin perjuicio de las que se despliegan automáticamente ante ese Tribunal. Las pruebas producidas en los procesos desarrollados en los ámbitos locales, obviamente, lo son bajo reglas adjetivas que establecen los ordenamientos domésticos que rigen para el caso. Desde luego que estas normas han de respetar la Constitución Nacional y la provincial (si correspondiere), más las internacionales que nos ocupan.

Recuérdese que aquí estamos en un proceso entre tres partes, a saber: el Estado demandado, la CIDH y la presunta víctima. Esta última, si bien no está potenciada para demandar, una vez que la Comisión golpea las puertas de la Corte, ingresa a ese pleito adquiriendo —luego de la reforma del Reglamento— la calidad de parte sustancial.

Este cuerpo adjetivo nada dice, por ejemplo, sobre la carga y valoración de la prueba, vacío que tuvo que llenar la propia Corte IDH desde hace ya algún tiempo, cuando habló de sana crítica y de carga dinámica.[38]

En este ámbito rigen los principios de: libertad probatoria; prueba de oficio; igualdad; inmediación; adquisición o comunidad de las probanzas; razonabilidad, entre otros.[39] El Tribunal

[38] Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001, párr. 50; *Caso Helidoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párr. 64; *Caso Del Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 192; *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 191, párr. 31, y *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193, párr. 49.

[39] Hitters, Juan Carlos y Hitters, Juan Manuel, "La prueba en el ámbito transnacional y el derecho procesal transnacional. Comparación con el derecho

siempre ha sostenido que, por regla, es el Estado el que debe probar que en su ámbito no hubo violación alguna a los tratados internacionales (inversión de la carga o carga negativa).

Recordemos que el proceso supranacional se desarrolla en interés de la víctima (*pro homine*), criterio que se aplica en todo el pleito, especialmente en lo atinente a la producción y valoración de las probanzas (art. 29 CADH).

Esta tramitación, que concluye en una sentencia, puede ser supervisada directamente por el Tribunal, como lo viene haciendo en los últimos tiempos.[40]

A través de todo este camino, la Corte IDH realiza un control de convencionalidad que previamente debió haber sido efectuado en el ámbito doméstico.

Hemos destacado que este trámite es público;[41] con mayor razón en su tramo oral. En relación con tal aspecto, el artículo 15.1 del Reglamento dice que "las audiencias serán públicas", aunque el apartado 2 señala que la Corte tiene que deliberar en privado, y tal actividad debe permanecer secreta.

### 3.3. Fuentes

Nos referimos a las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto fuentes de producción de las normas que regulan esta disciplina. Sin duda, las principales son las reglas internacionales escritas, particularmente los tratados (derecho internacional convencional), que han proliferado en

doméstico", *Obra colectiva denominada La Prueba, en homenaje al Prof. Dr. Roland Arazi, Rubinzal-Culzoni*, Buenos Aires, octubre de 2016, pp. 733 y ss., pto. II.c.

40 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas..., *cit*.; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de septiembre de 2015; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de noviembre de 2016; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 18 de octubre de 2017.

41 Eissen, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985, p. 49.

gran escala en los últimos años, aunque obviamente no debemos preterir a las demás, tales como la costumbre (derecho internacional consuetudinario: *ius cogens*), los principios generales del derecho, las decisiones de los órganos jurisdiccionales,[42] cuya doctrina y la propia de la Corte IDH determinan.[43]

### 3.4. Necesidad de que la disciplina sea abordada por los procesalistas

El derecho "procesal" transnacional debe ser estudiado por los procesalistas, si consideramos que —como remarcaba desde antiguo Alcalá-Zamora— la mayoría de los reglamentos y estatutos han sido pergeñados por internacionalistas, con quizás no muchos conocimientos de las reglas que iluminan el campo adjetivo.

Tanto en el ámbito americano (sea en el Mercosur o en el Acuerdo de Cartagena) como en el sistema regional tuitivo de los derechos humanos (CADH) funcionan órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de jerarquía supranacional, a través de los cuales se resuelven "litigios". Ello significa que es imprescindible estudiar y sistematizar su ritual; y los procesalistas no pueden ser convidados de piedra, debiendo tener un rol participativo.

Tales conceptos se extienden, en general, a los abogados que se ocupan de representar y patrocinar en juicio, ya que, principalmente en Europa, la especialidad en los procesos transnacionales constituye una importante fuente de trabajo.

En suma, estamos en presencia de una nueva materia que ha ido creciendo de modo silvestre, por lo que ha resultado necesario abordarla científicamente, y por especialistas, para que esculpan su verdadero rostro.

---

42 Como ejemplo podemos citar una antigua sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Plataforma Continental de Mar del Norte*, que ha sido elogiada por el análisis profundo que hizo del tema de la costumbre como fuente del derecho internacional.

43 Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, México, Porrúa, 2017, p. 11. Véase Corte IDH. *Caso García de la Cruz*. Sentencia de 12 de noviembre de 2014.

## 4. Conclusiones

Sería prudente reiterar que con la aparición —luego de terminada la Segunda Guerra Mundial— de la dimensión transaccional del proceso del derecho y de la justicia se han puesto en marcha una serie de rituales, organismos y mecanismos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales tendentes a proteger al ser humano en cualquier lugar donde se encuentre (*lex universalis*).

Alrededor de todo este importante movimiento, y como su consecuencia, nació esta nueva disciplina: el derecho procesal internacional (o transnacional) de los derechos humanos.

Por ello, se distingue el derecho internacional de los derechos humanos "sustancial" y el derecho "procesal" internacional de los derechos humanos, ya que, por un lado, se reconoce una pretensión sustancial y, por el otro, una vía para implementarla y hacerla realidad.[44]

Hemos puesto de relieve que a causa de toda esta dinámica tomó vida un conjunto de declaraciones y tratados internacionales que han puesto en operatividad normas "sustanciales" y procesales, y cuerpos especializados colocados "por encima" de las autoridades domésticas, sin sustituirlas (subsidiariedad).

En efecto, este esquema —mundial— ejerce una doble influencia en los carriles locales, ya que, por un lado, los convenios y tratados imponen una serie de preceptos que "se meten" en el torrente jurídico de los países, al complementar de ese modo el derecho interno, resultando directamente operativos —*self-executing*—.[45] Por el otro, tales instrumentos pusieron en funcionamiento, en nuestro ámbito continental, a la Comisión y a la Corte Interamericana, que han establecido una serie de "criterios" que son muy útiles para reforzar el debido proceso legal local, siendo en algunos casos vinculantes para los tres poderes del Estado.[46]

---

44 García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, p. 148.

45 Corte IDH. OC-12/91. Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 6 de diciembre de 1991. Serie A, núm. 12.

46 Hitters, Juan Carlos, "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales...", *cit*.

En el derecho transnacional, en general, el individuo es sujeto del derecho internacional y no objeto, lo que le otorga legitimación para actuar ante los organismos internacionales, en nuestro caso, la Comisión; y en el caso de la Corte IDH, cuando al pleito lo impulsa la Comisión Interamericana, como dijimos.[47]

Este Tribunal ha dejado en claro que este proceso no es de esencia penal, dado que no tiene por objeto imponer penas a los culpables, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños.[48]

La disciplina *sub examine* —como señalamos— rige los trámites tanto para el derecho comunitario como para el de los derechos humanos (TEDH, Corte IDH y Corte Africana), que Cappelletti bautizó como la jurisdicción internacional de las libertades.

No debemos olvidar que el derecho procesal constitucional luego se "infiltra" en los documentos supranacionales, transformándose en el derecho procesal transnacional; todo ello en virtud de la integración entre el derecho procesal y el constitucional.

Para finalizar, nos parece trascendente poner de relieve nuevamente, como lo hizo Ferrer Mac-Gregor hace más de una década, citando a Fix-Zamudio, que el derecho procesal transnacional abarca el estudio y la sistematización de la normatividad adjetiva no solo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también en el derecho comunitario y en la integración económica, y el sector más dinámico que corresponde al campo de los derechos humanos, por lo que es dable manifestar que en la formación de esta asignatura constituyen aspectos comunes el derecho procesal, constitucional e internacional; que es necesario abordar —como decía Gros Espiell— en forma autónoma, sin omitir computar que ella no se diferencia esencialmente de su rama ancestral, dado que se apoya en los mismos principios.

---

47 Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op. cit*., t. I, vol. 1, p. 450.

48 Esta definición la dio la Corte en su primer caso jurisdiccional, *Velázquez Rodríguez*, de 26 de junio de 1987, párr. 134 y lo repitió en varios asuntos posteriores.

## Bibliografía

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, UNAM, 1970.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos,* Madrid, Civitas, 1975.

Berizonce, Roberto, *Efectivo acceso a la justicia*, Prólogo de Mauro Cappelletti, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1987.

Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1983, t. I.

Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Sentís Melendo, Ejea.

Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional*, México, UNAM, 1987.

Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia (conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológico)*, trad. de Juan Carlos Hitters, JA, 1981-2.

Cappelletti, Mauro, "El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado", trad. de Faustino González, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, núm. 15, enero-febrero de 1980.

Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional", trad. de Luis Dorantes Tamayo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XXVIII, núm. 110, mayo-agosto de 1978.

Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 1948.

Durán, Carlos, *Los mecanismos para la protección internacional. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002.

Eissen, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1985.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Intérprete Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, 2002, t. II.

García Belaunde, Domingo, "El control de convencionalidad y sus problemas", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional y transnacional*, México, Biblioteca Porrúa, 2016.

García Belaunde, Domingo, "El control de convencionalidad y sus problemas", *Pensamiento Constitucional*, Universidad Católica del Perú, núm. 20, 2015.

González-Deleito, Domingo Nicolás, *Tribunales constitucionales. Organización y funcionamiento*, Madrid, Tecnos, 1980.

González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, IIDH, 1985.

Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, México, Biblioteca Porrúa, 2017.

Hitters, Juan Carlos, "Control de Convencionalidad. Conflicto entre la Corte IDH y la CS. ¿Quién y cómo se resuelve? Última interpretación (de nuevo sobre el fallo 'Fontevecchia')", *La Ley*, Buenos Aires, mayo de 2018.

Hitters, Juan Carlos, "Control de Convencionalidad. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso 'Fontevecchia *vs.* Argentina')", *Pensamiento Constitucional,* Perú, núm. 22, 2017.

Hitters, Juan Carlos, "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeo", *La Ley,* Buenos Aires, 2003.

Hitters, Juan Carlos, "El derecho procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, 2002.

Hitters, Juan Carlos y Hitters, Juan Manuel, "La prueba en el ámbito transnacional y el derecho procesal transnacional. Comparación con el derecho doméstico", *Obra colectiva denominada La Prueba, en homenaje al Prof. Dr. Roland Arazi, Rubinzal-Culzoni*, Buenos Aires, octubre de 2016.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2014.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Arije, 1983.

# VI. El aborto desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*

*Oscar L. Fappiano*
*Juan Carlos Hitters*

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho de los tratados y su aporte en la cuestión bajo análisis. 3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5. Los organismos de las Naciones Unidas. 6. A modo de final. Bibliografía.

El pronunciamiento más próximo a la problemática del aborto según la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, actualmente en debate, es el vertido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Baby Boy,* en el que se inclinó por considerar ajustada a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) la legalización del aborto, considerando, asimismo, que la inclusión de la frase "y en general" no causaba diferencias hermenéuticas entre la Declaración y la Convención americanas.

## 1. Introducción

El presente artículo tiene como única pretensión efectuar un aporte técnico-jurídico-descriptivo desde el plano del derecho

* Publicado en *La Ley* el 26 de julio de 2018, 1 - LA LEY2018-D, 625. Cita *online:* AR/DOC/1480/2018.

internacional de los derechos humanos, en lo atinente al actual debate acerca de la llamada "legalización" o "despenalización" del aborto, sin emitir opinión sobre el particular, la que dejamos librada al criterio personal de los lectores.

La cuestión *sub examine* no es para nada sencilla, ya que implica delimitar una posición jurídica respecto a esta candente temática sobre la base de los textos de diversos instrumentos de esta disciplina y su entendimiento dado por los organismos encargados de su aplicación, que no siempre son del todo coincidentes, y que deben analizarse a través de distintas épocas y, sobre todo, no perdiendo de vista los "trabajos preliminares" que, con las variantes históricas y la interpretación dinámica, fueron modificando su ropaje.

Esta problemática no es nueva en Argentina, pues ya se hizo alusión a ella en un anterior proyecto de Código Penal de la Nación (Decreto 678/2012). Efectivamente, allí se explicó que la redacción del articulado correspondiente (arts. 84 a 87, inclusive) llevó como fundamento las argumentaciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su sentencia del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*,[1] que comentaremos más adelante.

De igual modo, hemos leído en algún matutino porteño declaraciones del doctor Mariano Borinski —uno de los redactores del actual proyecto de reforma del Código Penal— acerca de esta incidencia. Claro está que, si el Senado sanciona previamente el proyecto de Ley sobre Despenalización del Aborto, ya aprobado por la Cámara de Diputados, resulta evidente que la redacción de esta otra iniciativa reguladora del mismo tema tendrá que conformarse con el texto de esa ley. Justamente, una actual diputada nacional justificó no haber opinado durante el curso de la deliberación del proyecto de "despenalización", porque lo hará en oportunidad de la consideración de este proyecto de Código Penal.

[1] Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación* in vitro*") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

No es ninguna novedad aludir al aporte que con relación al "derecho a la vida" ha efectuado la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de los documentos sobre derechos humanos que enuncia su artículo 75, inciso 22, y con la jerarquía jurídica que les ha otorgado.[2]

La razón de esta excursión por el derecho internacional reposa en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), ratificada por Argentina, pues recoge en su artículo 27 un principio basilar del derecho internacional general, al sostener que ningún Estado puede invocar disposiciones de su derecho interno para dejar de cumplir con una obligación internacional contraída mediante un tratado. Vale decir que estos instrumentos prevalecen sobre todo el derecho doméstico.

De acuerdo con su artículo 31, la interpretación del texto de los tratados debe llevarse a cabo de "buena fe" y conforme con el sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, en su contexto, teniendo en cuenta su "objeto y fin".[3]

Según su artículo 31.3, inciso c), para fines de interpretación, constituye parte del contexto del tratado "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado".

Ya veremos cómo se aplicaron estas reglas hermenéuticas, tanto por parte de la CIDH como de la Corte IDH, en los pronunciamientos de los que daremos noticia en el presente.

Desde este plano de la indagación, entendemos que también corresponde considerar el valor legal de la declaración de Argentina al momento de la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), expresando su entendimiento del término "niño" como todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad, postura que reiteró en la Confe-

[2] Véase Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, México, Porrúa, 2017, pp. 103-111.

[3] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2012, t. I, vol. 1, p. 420.

rencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo (1994), mediante una expresa reserva en los siguientes términos:

> Capítulo II (Principios).
>
> Principio 1. La República Argentina acepta el Principio 1, teniendo en cuenta que la vida existe desde el momento de la concepción y desde ese momento la persona, en su dimensión única e irrepetible, goza del derecho a la vida, siendo este fundante de todos los otros derechos individuales.
>
> [...]
>
> Capítulo VII (Derechos reproductivos y salud reproductiva).
>
> [...]
>
> Párrafo 7.2. La República Argentina, no puede admitir que en el concepto de "salud reproductiva" se incluya el aborto ni como servicio ni como método de regulación de la fecundidad. La presente reserva, fundada en el carácter universal del derecho a la vida, se extiende a todas las menciones que recojan ese sentido.

Como consecuencia de estas declaraciones, la Ley Nacional 26.061, sobre "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes", registra que la CDN declara que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, tanto antes como después de su nacimiento, estatuyendo que en todas las medidas se atenderá al interés superior del niño; que los Estados garantizarán la supervivencia y el desarrollo del niño y que, a su vez, deberán asegurar la atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres, sindicándola como de aplicación obligatoria.

Para finalizar esta propedéutica, señalemos que un análisis de la realidad legal existente en América Latina y el Caribe, nos dice que ciertos Estados han despenalizado algunos tipos de aborto (p. ej., Argentina), pero ninguno —salvo Colombia— lo ha legalizado para cualquier circunstancia y lo ha contemplado como un derecho humano. La gran mayoría penaliza varios supuestos de aborto voluntario y solamente una minoría lo prohíbe por completo.

## 2. El derecho de los tratados y su aporte en la cuestión bajo análisis

Veamos ahora la normativa del derecho internacional contractual, que consideramos de gran importancia para nuestra problemática.

### 2.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948)

Reconoce que: "Todo ser humano tiene derecho a la vida [...]" (art. I) y declara que: "Toda mujer en estado de gravidez [...] así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales" (art. VII).

### 2.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948)

Su artículo 1 prescribe que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y, dotados como están de dignidad y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros", y en su artículo 3 agrega que "Todo individuo tiene derecho a la vida", en tanto que en el artículo 25.1 declara que "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales".

### 2.3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

Dispone que: "Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto [y que] se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición" (arts. 10.2 y 3). Por su artículo 12.1 se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud

física y mental, recomendándose a los Estados "La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños" (art. 12.2.a).

### 2.4. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Consagra el derecho a la vida (como) inherente a la persona humana (art. 6), disponiendo en su artículo 7 que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en particular —añade—, nadie será sometido, sin su libre consentimiento, a experimentos médicos o científicos.

### 2.5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y su Protocolo Adicional

El documento aludido reconoce que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida [...] y, en general a partir del momento de la concepción [y que] nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...], prohibiendo aplicar pena de muerte a mujeres en estado de gravidez" (art. 4).

A su vez, el Protocolo Adicional a esta Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) preceptúa en su artículo 15.3 que: "Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: *a.* Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto [...]".

### 2.6. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985)

Declara en su preámbulo que nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

### 2.7. La Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989. Aprobada por Ley 23.849)

En su preámbulo remarca que: "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, antes como después del nacimiento".

Cabe citar también su artículo 6, que dispone: "1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" (véase art. 19.1).[4]

Recordemos las declaraciones efectuadas por Argentina al ratificar este instrumento, como también en la Conferencia de El Cairo.

Desarrollemos seguidamente cómo han interpretado estos instrumentos internacionales los organismos creados al efecto.

## 3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Si bien este cuerpo ha emitido informes relacionados de alguna manera con el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José), estimamos que el caso que más directamente se compromete con nuestro tema es el siguiente:

### 3.1. Caso *Baby Boy vs.* Estados Unidos (1981)

Dado que Estados Unidos no ha ratificado la Convención Americana y, por ende, le es aplicable únicamente la Declaración Americana, la CIDH emitió una resolución referida exclusivamente al cumplimiento de este último instrumento interamericano.

[4] Reiteramos que asumen relevante significado las "Reservas y Declaraciones de la República Argentina" al ratificar la CDN, toma de posición que ratificó en la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo.

En este caso, la CIDH se pronunció por primera vez respecto a la legalización del aborto, declarando que el provocado en el asunto *Baby Boy* (un feto masculino, saludable, de aproximadamente 6 meses de gestación. Caso *Commonwealth of Massachusetts vs. Kenneth Edelin*, 371 Mass. 497. 1976), permitido por la ley de Estados Unidos, no constituía una violación de la Declaración Americana. No obstante, su opinión a favor de la legalidad del aborto en ese país no llegó a afirmar la existencia de tal derecho, ni indicó una obligación positiva de legalizar o subsidiar dicha práctica. Además, señaló que "un aborto practicado sin causa substancial con base en la ley podría ser incompatible con el artículo 4.1". Asimismo, al admitir implícitamente su competencia *ratione personae* respecto de la víctima, aceptó al no nacido como sujeto de derechos.

Según colegimos de su argumentación, el concepto de derecho a la vida que consagra la CADH no es de carácter absoluto. Transcribiremos, en lo pertinente, su contenido para que el lector extraiga sus propias conclusiones:

> [...] De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México, 1945), el Comité Jurídico Interamericano [...] formuló un proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (Bogotá, 1948). Ese texto preliminar sirvió a la Conferencia de base para las discusiones, juntamente con el texto preliminar de una declaración similar preparada por la Naciones Unidas en diciembre de 1947. b) El art. 1º, sobre el derecho a la vida, del Proyecto sometido por el Comité Jurídico expresa: "Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbéciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad" (Novena Conferencia Internacional Americana, "Actas y Documentos", vol. V, p. 449) [...] e) En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados Americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto —el derecho a la vida desde el momento de la concepción— habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que

> regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; D) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa; y E) por angustia económica [...] g) El 22 de abril de 1948, el nuevo art. I de la Declaración, preparado por el grupo de trabajo, fue aprobado por la comisión sexta con un pequeño cambio de redacción en el texto español (no hubo texto inglés oficial en esta etapa) ("Actas y Documentos", vol. V, ps. 510-516 y 578). Finalmente, el texto definitivo de la Declaración en cuatro lenguas: español, inglés, portugués y francés, fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la Conferencia, el 30 de abril de 1948, y el Acta Final se firmó el 2 de mayo. La única diferencia en la última versión es la supresión de la palabra 'integridad' ("Actas y Documentos", vol. VI, ps. 297-298; vol. I, ps. 231, 234, 236, 260 y 261[5] h) En consecuencia, los EE.UU. tienen razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el art. I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio (párr. 19).

Ahora bien, es sabido que el artículo 4.1 de la CADH contiene la frase "en general", por lo que resulta del caso averiguar si con ello se apartó del significado del texto de la Declaración. A tal propósito, la CIDH exploró los motivos que prevalecieron en la Conferencia de San José para su incorporación en la definición del derecho a la vida. Ello obedeció al objeto de conciliar el texto propuesto "desde el momento de la concepción" con las objeciones suscitadas desde la Conferencia de Bogotá (1948), basada en la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, reforma que, sometida por la CIDH al pleno de la Conferencia, fue aprobada por esta y posteriormente por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, erigiéndose así en el actual texto del artículo 4.1.[6]

---

[5] El texto propuesto decía: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona".

[6] "Actas y Documentos", pp. 160 y 481 y "Anuario", 1968, p. 97.

Tal cuerpo concluyó que:

> A la luz de los antecedentes expuestos, queda claro que la interpretación que adjudican los peticionarios a la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana parece incorrecta. La adición de la frase "en general, desde el momento de la concepción" no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula "en general, desde el momento de la concepción" son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta "desde el momento de la concepción", que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.[7]

En este asunto, la CIDH —a nuestro modo de ver— erróneamente examinó la práctica anterior a la aprobación de la Declaración en análisis, por lo que algunos autores acusan que la resolución presentaba errores históricos de hecho e importantes omisiones de derecho, porque, de acuerdo con la Convención de Viena, para una correcta interpretación del tratado es relevante únicamente la práctica posterior ("ulteriores") a su adopción, no la previa a esta, según hemos visto.

Valiéndose de esas reglas, en su voto disidente el comisionado Monroy Cabra señaló: "Si la interpretación de los acuerdos internacionales debe ser de buena fe, textual, conforme al sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, no hay duda de que la protección del derecho a la vida debe comenzar desde la concepción", y que "el aborto atenta contra el derecho a la vida" (párrs. 6 y 9).

Comentando lo decidido en este asunto, Dinah Shelton (miembro de la CIDH en un periodo posterior) indicó que la admisión de la petición contra Estados Unidos implicaba una aceptación del feto como "persona", abriendo la posibilidad de que otros casos de muerte o lesión fetal puedan ser presentados con base en esta resolución.[8]

---

7 CIDH. Resolución 23/81, Caso 2141. Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, párrs. 14-19 y 30.

8 Shelton, Dinah, "Abortion and right to life in the inter-american system: The case of Baby Boy", *Human Rights Law Journal*, vol. 2, 1981, p. 312. Para

Consignamos seguidamente otros informes de la CIDH en los que, indirectamente, toca el tema.

### 3.2. Caso Paulina Ramírez *vs.* México

En este acuerdo de solución amistosa, la CIDH cooperó con un grupo de organizaciones no gubernamentales (ONG) que promueven la legalización del aborto en México, apremiando al estado mexicano de Baja California a otorgar reparaciones en efectivo y en especie a Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, madre adolescente, por presuntas violaciones a sus derechos reproductivos, las que consistirían en permitirle que fuera expuesta a consejos provida, interfiriendo, así, con su supuesto derecho a abortar después de haber sufrido una violación sexual y obligándola a dar a luz a su hijo.

De 2002 a 2007, la CIDH facilitó varias reuniones entre las organizaciones Center for Reproductive Rights y el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), entre otros, y el gobierno del estado de Baja California, las que concluyeron en un acuerdo de solución amistosa, mediante el cual el estado se allanó a las demandas de los peticionarios asumiendo, entre otras obligaciones, la de: reparar el "daño moral" causado a Paulina por el nacimiento de su hijo no deseado; reformar su legislación interna agilizando los procedimientos para realizar abortos; minimizar el acceso a la información o consejería provida, y publicar una disculpa pública en los periódicos del estado.[9]

---

evitar confusiones hermenéuticas digamos que, en una primera etapa, la CIDH denominaba "Resoluciones" a sus decisiones, para luego, y siguiendo el consejo de la Corte IDH de ajustar su cometido a la nomenclatura textual de la CADH, pasó a designarlas "Informes". Por tanto, "Resoluciones" e "Informes" tienen una misma y única significación.

[9] CIDH. Petición 161-02. Paulina del Carmen Ramírez Jacinto. Informe de solución amistosa 21/07. Cumplimiento total (México), 9 de marzo de 2007, párrs. 5, 8, 11, 12, 16, inc. 1-9, 17 y 19. Véase Pronunciamiento Público de Responsabilidad P-161/02 del Gobierno del Estado de Baja California, de 10 de febrero de 2006.

### 3.3. Caso James Demers *vs.* Canadá

Esta petición consiste principalmente en una denuncia por violaciones del derecho a la libertad de expresión de un activista "provida" condenado penalmente por protestar pacíficamente frente a una clínica donde se practican abortos.

También incluye una denuncia por violación del derecho a la vida de los no nacidos, en virtud de la Declaración Americana (ya que Canadá no es parte de la CADH). La primera denuncia fue admitida, en tanto que la segunda fue declarada inadmisible, porque ella lo fue en nombre de los "cientos de miles de niños no nacidos y sus madres" y/o de una menor y su madre, esto es, formuladas *in abstracto*, al estilo de un *actio popularis*, faltando, entonces, el requisito necesario de individualización y determinación de las supuestas víctimas.

En consecuencia, la CIDH aceptó a los no nacidos como supuestas víctimas de violaciones a la luz de la CADH y como legitimados activos, siempre y cuando las denuncias "en nombre de estos" fueran individualizadas.[10]

### 3.4. Caso Gretel Artavia Murillo *vs.* Costa Rica (anteriormente Ana Victoria Sánchez Villalobos *vs.* Costa Rica y Petición 12.361) y Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros *vs.* Costa Rica

En estas peticiones, un grupo de parejas infértiles alegaron violación de sus derechos humanos por parte del Estado de Costa Rica, porque su Corte Suprema de Justicia prohibió la práctica de la fertilización *in vitro* (FIV) desde el 2000, debido a la previsible destrucción y pérdida embrionaria inherente al procedimiento.

En 2008, Ana Victoria Sánchez Villalobos y su esposo Fernando Salazar Bonilla retiraron su petición, indicando que se habían informado sobre el procedimiento y habían comprendido que el embrión es un ser humano desde el momento de la concepción,

[10] CIDH. Informe 85/06. Petición 225-04 (Admisibilidad), James Demers. Canadá. 21 de octubre de 2006, párrs. 31 y 38-45 y conclusiones 1 y 2.

y que la FIV violenta su derecho a la vida. La CIDH cambió el nombre de la petición, a "Gretel Artavia Murillo *vs.* Costa Rica".

En 2004 y 2010, respectivamente, declaró ambas peticiones "admisibles" respecto de los artículos 5.1 (derecho a la integridad personal), 11.2 (derecho a la privacidad), 17 (protección a la familia) y 24 (igualdad ante la ley), entre otros; e inadmisible con relación a los artículos 4 (derecho a la vida), 5.2 (tratos crueles, inhumanos o degradantes) y 8 (garantías judiciales), todos de la Convención Americana.

La CIDH recomendó a dicho país legalizar y subsidiar la práctica de la FIV, estableciendo varios plazos límite para que el Congreso aprobara una ley que legalizara esa y otras técnicas de reproducción asistida, proveyendo fondos públicos para su práctica, recomendaciones que no se cumplieron.

En agosto de 2010 emitió un informe de fondo sobre la "Petición 12.361" y un año después remitió el caso ante la Corte IDH, alegando que la prohibición constitucional contra la FIV configura una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, al igual que una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, cuyo efecto tuvo un impacto desproporcionado en las mujeres.

Al abordar lo actuado por la Corte IDH, veremos cómo se pronunció en este caso.[11]

Tengamos presente que la Comisión no estimó violado el artículo 4.1 convencional, siendo una de las víctimas quien formalizó esa infracción en su presentación ante la Corte IDH.

### 3.5. Caso MC 43/10 "Amelia" (Nicaragua)

Varias ONG en favor de la legalización del aborto en Nicaragua (entre ellas, Católicas por el Derecho a Decidir) solicitaron a la

[11] CIDH. Informe 25/04. Petición 12.361 (Admisibilidad). Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros. Costa Rica, 11 de marzo de 2004, párrs. 2, 17-30, 69 y conclusiones 1-3; Informe 156/10. Petición 1368-04 (Admisibilidad). Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros. Costa Rica, 1 de noviembre de 2010.

CIDH otorgar medidas cautelares que ordenaran un aborto para Amelia (pseudónimo), una mujer nicaragüense de 27 años que sufriría de un cáncer metastásico, cuyos médicos se opusieron a proporcionarle quimioterapia debido a su estado de embarazo.

La Comisión, si bien se negó a ordenar tal práctica solicitada, emitió una medida cautelar limitada al tratamiento médico de la supuesta víctima, pidiendo al Estado de Nicaragua "que adopte las medidas necesarias para asegurar que la beneficiaria tenga acceso al tratamiento médico que necesite para tratar su cáncer metastásico".

El Estado concernido cumplió con las medidas, brindando quimioterapia a "Amelia", práctica que causó la muerte del *nasciturus* en el vientre materno. Las peticionarias estimaron "inhumano" que "Amelia" hubiera debido llevar su embarazo a término, alegando que el niño no nacido había sido para ella "una carga que, además de inviable, le quitaba energías para luchar contra su enfermedad".[12]

Al decidir como lo hizo, la CIDH eludió reconocer el derecho al aborto "terapéutico", resolviendo que la presunta víctima se encontraba en la necesidad de tratamiento médico, no de un aborto.

### 3.6. Denuncia contra Argentina

Según nos explica la profesora Kemelmajer de Carlucci, la República Argentina fue denunciada ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos justamente porque un médico se negó a proveer a una mujer embarazada, que padecía cáncer, un medicamento que podría haberle salvado la vida, pero causaría daños del feto. La mujer murió (y con ella también el feto) y el médico fue acusado penalmente por mala praxis.[13]

[12] Grupo Estratégico por la Despenalización del Aborto Terapéutico; Católicas por el Derecho a Decidir; el Grupo Feminista de León; el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos y la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe. Véase medidas cautelares otorgadas por la CIDH durante 2010.

[13] Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Una sentencia brasileña con visión de género", *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 39, 2017, pp. 153 y ss.

### 3.7. Otros informes

Además de estas peticiones, existen otros informes en los que la CIDH condenó algunas formas de aborto, incluyendo el aborto voluntario y otros actos de violencia a mujeres embarazadas y niños no nacidos, refiriéndose a esta intervención como violación de derechos humanos. Por ejemplo, en su Informe Anual de 1971, la CIDH expresó que "el uso del aborto para ayudar a resolver los problemas económicos y de subsistencia derivados de la explosión demográfica constituiría patente y grave violación de los derechos humanos".[14]

En 1995, refiriéndose a "golpes en los pechos y el vientre, frecuentemente infligidos a mujeres embarazadas con la intención de causar un aborto o de deteriorar la capacidad de engendrar", los consideró como una forma de "tortura sexual".

### 3.8. Informe "Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos" (7 de junio de 2010)

En este informe, la CIDH establece las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados parte en relación con la integridad y, en particular, con la salud de las mujeres en razón de su rol en la reproducción humana.

Afirma que el artículo 5 de la Convención Americana —referido a la integridad personal— es amplio y se vincula directamente con la atención de la salud de las personas. Si bien la existencia de barreras estructurales tales como el costo, la lejanía de los servicios o el horario de funcionamiento resultan elementos relevantes, igualmente lo son las barreras culturales, entre las cuales enuncia la discriminación que experimentan las mujeres por el solo hecho de serlo.

---

[14] CIDH. Informe Anual de 1972, "Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de acuerdo con lo prescrito por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", OEA/Ser.L/V/II/.29 Doc. 41 rev. 2, 13 marzo de 1973, parte II, párr. 1.44.

Añade que la provisión de servicios de anticoncepción tiene como función asegurar la salud de las mujeres, en la medida en que se propende a que puedan decidir por sí mismas si es que desean tener hijos, cuántos y cuándo y, de tal manera, evitar embarazos no deseados y las consecuencias nocivas para la salud, pues la maternidad no deseada puede terminar en abortos clandestinos.

Agrega que la imposibilidad de que las mujeres puedan, por ejemplo, acceder a abortos no punibles en condiciones seguras no solo constituye una violación al artículo 4.1 de la CADH, sino que también configura una trasgresión al derecho a su integridad, seguridad, salud y dignidad a la luz de otros tratados de derechos humanos como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La negativa de proveer un anticonceptivo para evitar un embarazo no deseado producto de una agresión sexual debe ser una alerta de violación a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y una muestra de la necesidad de que estas manifestaciones sean relevadas en un continente que muestra fuertes restricciones, incluso frente a los abortos no punibles en caso de violación.[15]

## 4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Pasemos ahora a exponer los que consideramos sus precedentes.

### 4.1. Visión general

Hasta la fecha, este organismo supranacional ha emitido una sola sentencia sobre el derecho a la vida desde el momento de la con-

[15] *Ibidem*, párrs. 22 y 29-31.

cepción, establecido en el artículo 4.1 de la CADH. Se trata del ya mentado caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación* in vitro*") vs. Costa Rica*, donde abordó la FIV y sus consecuencias sobre la destrucción y pérdida de los embriones no implantados en el útero materno.

Con anterioridad, la Corte IDH se había referido a niños no nacidos como "niños", "menores de edad", "hijos" y "bebés", en al menos tres casos: *1)* caso de los *Hermanos Gómez-Paquiyauri vs. Perú* (sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 67, 67 (x), 216 y nota 62.10, donde otorgó reparaciones a la hermana de una de las víctimas por la pérdida de su hijo no nacido; *2)* caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 197 [57] y 292. Véase igualmente el voto razonado del juez Cançado Trindade (párr. 61), donde también alude a los no nacidos como "niños"), y *3)* caso *Goiburú y otros vs. Paraguay* (sentencia de 22 de septiembre de 2006, párrs. 160, inc. b), iii, y 161), en el que la Corte indica que Carlos Marcelo Mancuello Ríos era menor de edad al momento de la desaparición forzada de sus padres y hermano, y párr. 100, inc. b), señalando que su madre Gladis Esther Ríos de Mancuello se encontraba embarazada en dicha fecha).

Asimismo, este órgano jurisdiccional se refirió a los abortos inducidos como "actos de barbarie" en el caso de la *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala* (sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 139).

En el asunto de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, observó que el "derecho a la vida de los niños [...] no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas" y reiteró la obligación de los Estados parte de la Convención de garantizar el acceso a la salud prenatal.[16]

[16] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 177. Véase también *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 144, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214, párr. 186.

### 4.2. Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*

En primer término, debemos tener presente cómo define este cuerpo a las técnicas o procedimientos de reproducción asistida. Al respecto, nos dice que constituyen un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen "la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo".

Por su parte, la FIV es "un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio; una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer".

Las fases que se siguen durante la FIV son las siguientes: *a)* inducción a la ovulación; *b)* aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; *c)* inseminación de óvulos con espermatozoides; *d)* observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y *e)* transferencia embrionaria al útero materno.

La decisión de la Sala Constitucional costarricense consideró que la CADH exigía —tal como se encontraba regulada en el derecho interno por decreto ejecutivo— prohibir la FIV, interpretando que el artículo 4.1 de la Convención exigía una protección absoluta del embrión. Frente a ello, la Corte IDH estimó relevante analizar si esa inteligencia del Pacto de San José era admisible a la luz de dicho Tratado y teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes. En particular, examinó el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". Para ello, efectuó una interpretación: *a)* conforme al sentido corriente de los términos; *b)* sistemática e histórica; *c)* evolutiva, y *d)* del objeto y fin del tratado.

#### *4.2.1. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos*

La Corte IDH observó que el concepto "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas legales internos

de los Estados parte. Sin embargo, para efectos de la significación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el Tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

Hizo notar que la prueba rendida en el expediente evidenciaba cómo la FIV transformó la discusión sobre qué debe entenderse por el fenómeno de "la concepción". En efecto, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide y la implantación. Por tal razón —dijo—, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado.

En tal orden de ideas, observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende por tal el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión.

Otra corriente entiende por "concepción" el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero materno, porque esa práctica posibilita la conexión de la nueva célula —el cigoto— con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

Atinente a la controversia de saber cuándo empieza la vida humana, la Corte IDH considera que se trata de una cuestión que puede ser valorada de diversas formas, desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, coincidiendo con tribunales internacionales y nacionales en el sentido de que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida.

Sin embargo, aprecia que hay quienes ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a corrientes que le confieren ciertos atributos "metafísicos" a los embriones. Tales puntos de vista no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de li-

teratura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

No obstante, el Tribunal consideró que es procedente definir, de acuerdo con la CADH, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos esenciales y complementarios en el desarrollo embrionario: la "fecundación" y la "implantación", y que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la "concepción". Teniendo en cuenta estas probanzas producidas por las partes constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que, si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra incorporarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

De ahí que, para la Corte IDH, el término "concepción" no puede ser entendido como un momento o proceso a desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia, si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior es que solo es factible establecer si ha sucedido un embarazo una vez que se ha incorporado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "*Gonodatropina coriónica*", que solo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluyó que por "concepción" debe entenderse el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este hecho no procede aplicar el artículo 4 de la CADH. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no admite precisar el alcance de dichas excepciones.

### *4.2.2. Interpretación sistemática e histórica*

En atención a que la Sala Constitucional y el Estado de Costa Rica sustentaron sus argumentos apoyados en una interpretación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el PIDCP, la CDN y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, infiriendo que otros tratados distintos a la CADH exigen la protección absoluta de la vida prenatal, la Corte IDH efectuó una valoración totalizadora de lo dispuesto por los sistemas de protección respecto a la tutela del derecho a la vida, en particular, acentuando su visión en: *a)* el Sistema Interamericano; *b)* el Sistema Universal; *c)* el Sistema Europeo, y *d)* el Sistema Africano. Asimismo, estudió los "trabajos preparatorios" de dichos documentos internacionales.

Por motivos de brevedad, nos detendremos en los desarrollos que practicó sobre los sistemas "interamericano" y "universal" de derechos humanos.

#### *4.2.2.1. El Sistema Interamericano*

Sobre la base de los antecedentes de la Declaración Americana, la Corte IDH consideró que los "trabajos preparatorios" no ofrecían una respuesta definitiva respecto del punto en controversia. En lo atinente a la CADH, observó que en el transcurso de estos trabajos se utilizaron los términos "persona" y "ser humano" sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la CADH precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos. Por tanto, concluyó que esos "trabajos" indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión "y, en general, desde el momento de la concepción", ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras "en general".

Indicó, asimismo, que la expresión "toda persona" es utilizada en numerosos artículos de la Convención y de la Declaración americanas. Su análisis no autoriza sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de esos preceptos. De igual modo, considerando lo ya señalado en el sen-

tido de que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir que el objeto directo de protección por el artículo 4.1 de la CADH es, fundamentalmente, la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza, en esencia, por medio del amparo de la madre. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

*4.2.2.2. El Sistema Universal*

De acuerdo con los "trabajos preparatorios", la Corte IDH señaló que la expresión "ser humano", utilizada en la DUDH, no fue entendida en el sentido de incluir al *nasciturus*.

También expresó que de los "trabajos preparatorios" del PIDCP se advierte que, en su artículo 6.1, los Estados no pretendían estimar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a los nacidos, aseverando que las decisiones del Comité de Derechos Humanos permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.

Respecto a la CEDAW, expresó que los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada por sobre el interés de custodiar la vida en formación.

Finalmente, la Corte postuló que los artículos 1 y 6.1 de la CDN no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. Si bien el preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar "protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento", los "trabajos preparatorios" indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo a quien no nació lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida.

Dicho organismo concluyó que la Sala Constitucional de Costa Rica se basó en el artículo 4 de la CADH, en el artículo 3 de

la DUDH y en el artículo 6 del PIDCP. Sin embargo, de ninguna de estas normas y tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado "persona" en los términos del artículo 4 de la Convención, y que tampoco era factible inferir dicha conclusión de los "trabajos preparatorios" o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención o en la Declaración americanas.

### 4.3. Interpretación evolutiva

Esta interpretación era de especial relevancia, porque la FIV es un procedimiento que no existía en la época en que los redactores de la Convención Americana aprobaron el texto de su artículo 4.1. Por tanto, la Corte analizó dos temas: *1)* los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al estatus legal del embrión, y *2)* las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

#### *4.3.1. El estatus legal del embrión*

La Corte hizo referencia al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión de que el embrión sea considerado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

#### *4.3.2. Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado*

La Corte consideró que la mayoría de los Estados de la región permiten que la FIV se practique en sus respectivas jurisdicciones. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados parte, se ha entendido que la Convención permite esta práctica y, con ello, se ha interpretado que la protección del embrión sea de magnitud tal que no tolere las técnicas de repro-

ducción asistida, delimitando, así, los alcances del artículo 4 de la Convención. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental —y no absoluta— de la vida prenatal y lleva a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

### 4.4. El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

Los antecedentes analizados le permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos protegidos por ella. En ese sentido, la frase "en general" tiene como objeto y fin permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho respecto a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo referido es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya protección pueda justificar la negación total de otros.[17]

Luego, la Corte IDH concluyó que el objeto y fin de la frase "en general" del artículo 4.1 es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa su atención, la Corte estima suficiente con señalar que dicho "objeto y fin" implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

El pronunciamiento no fue por unanimidad de los jueces que participaron de la deliberación, sino que contó con la disidencia del juez Vio Grossi, que viene al caso comentar porque, partiendo de las mismas reglas de interpretación que provee la Convención de Viena, arriba a conclusiones opuestas. Así, por ejemplo, en lo referente al sentido y alcance de la expresión "y en general" del artículo 4.1, sostiene que con ella se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna de que la protección del derecho a la vida debe ser "aun cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún [...]. La expresión no alude a una excepción, a una

[17] Véase Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad..., cit.*, pp. 17 y ss.

exclusión, es, por el contrario, inclusiva, hace aplicable la obligación de proteger [...] el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción".

Atinente al término "concepción", asevera que, para que adquiera su auténtico sentido, debe interpretarse como la fecundación del óvulo por el espermatozoide, pues de lo contrario no se le asignaría sujeto alguno, cuando de lo que se trata es de la "concepción" de "toda persona".

Finalizando su abordaje de este precepto, añade que la prohibición arbitraria de la vida —faceta no encarada en el caso, pero prevista en el artículo 4— indica que "no sea un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictadas solo por la voluntad o el capricho"

En otro pasaje de su opinión hace presente que el voto de mayoría no se pronuncia acerca de si ha mediado violación del artículo 4.1 convencional, sin dar razones de ello.

### 4.5. Conclusión de la interpretación del artículo 4.1 que hizo la Corte regional

Para la mayoría de los jueces de la Corte IDH, los diversos métodos hermenéuticos que empleó arribaron a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como "persona" para efectos del artículo 4.1 del Pacto de San José. Por ello concluyó que, luego de un abordaje de las bases científicas disponibles, la "concepción", en el sentido al que se refiere dicha norma, tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero materno, razón por la cual antes de este significativo hecho no habría lugar a la aplicación del artículo de referencia. Por último, de la frase "en general" es válido concluir que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber exclusivo e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.[18]

[18] No podemos dejar de señalar que, además de las consideraciones que efectúa acerca de este precepto, la Corte IDH encara otros aspectos del caso,

## 5. Los organismos de las Naciones Unidas

Ya fuera del Sistema Interamericano es necesario traer a colación lo actuado tanto por el Comité de Derechos Humanos como por el Comité CEDAW, ambos organismos de las Naciones Unidas.

### 5.1. El Comité de Derechos Humanos

En el asunto K. L., de Perú, este órgano dictaminó que la "negación" a brindar acceso al aborto legal viola los derechos humanos básicos de las mujeres, especificando que el caso de K. L. constituyó una infracción al derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes. K. L. era una adolescente forzada a llevar a término el embarazo de un feto anencefálico, siendo el suyo el primer caso en el que un organismo internacional de derechos humanos hace responsable a un Estado por no garantizar el acceso a servicios de aborto legal.[19]

Con relación a Argentina —Provincia de Buenos Aires—, el mismo Comité resolvió una situación similar el 29 de marzo de 2014. L. M. R., una mujer con discapacidad mental permanente quedó embarazada luego de haber sido violada. Su madre y representante solicitaron que se le practicara un aborto (no punible), pero le fue negado y obstaculizado (aunque el aborto no fue admitido en el primer hospital al que L. M. R. acudió, después fue autorizado por tratarse de un "aborto no punible" —art. 86 del Código Penal—).

---

los que solo nos limitaremos a enunciar con fines propedéuticos: la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con la discapacidad, el género, la situación socioeconómica y la evaluación de los alegados logros alcanzados en la persecución de la finalidad buscada con la interferencia.

19 Comité de Derechos Humanos, K. L. *vs.* Perú, Dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comunicación 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 24 de octubre de 2005.

A pesar de ello, una orden judicial que prohibía continuar con cualquier procedimiento abortivo y que iniciaba un proceso con el fin de impedir esta práctica fue notificada al personal de salud. Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires autorizó la práctica; sin embargo, L. M. R. y su madre fueron presionadas por los medios de comunicación y terceros para que no abortara. En ese contexto, y pese a contar con la autorización de la Suprema Corte bonaerense, ningún establecimiento de salud le practicó el aborto, por lo que L. M. R. actuó de manera clandestina.[20]

El Comité resolvió que Argentina vulneró el derecho a la vida privada y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes de L. M. R., así como el derecho a un recurso efectivo en relación con los mencionados derechos vulnerados.[21]

### 5.2. El Comité CEDAW

A su turno, el Comité CEDAW, en su dictamen sobre la comunicación 22/2009, de 17 de octubre de 2011,[22] resolvió que Perú vulneró los derechos contenidos en los artículos 5 (prohibición de prejuicios y estereotipos de género) y 12 (discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica) de la CEDAW.[23]

---

20 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *R. L. M., 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia,* Ac. 98.830, 31 de julio de 2006.

21 Comité de Derechos Humanos, Dictamen sobre la Comunicación 1608/2007, CCPR/C/101/D/1608/2007, 29 de marzo de 2011.

22 Comité CEDAW, Comunicación 22/2009, Dictamen aprobado por el Comité en su 50º período de sesiones, celebrado del 3 al 21 de octubre de 2011, CEDAW/C/50/D/22/2009, 17 de octubre de 2011.

23 El caso era el siguiente: L.C., víctima de violación sexual, quedó embarazada a los 13 años y, en su intento de suicidio, motivado por los ataques sexuales y la posterior gestación, sufrió serios daños en su columna vertebral (se le diagnosticó "traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa con riesgo de discapacidad permanente y riesgo de deterioro de la integridad cutánea resultante de la inmovilidad física"). Debido a su delicado estado, los médicos recomendaron una intervención quirúrgica para evitar daños irreversibles. En el día programado para la operación, esta fue cancelada, pues la intervención suponía, según

Las recomendaciones que formulan estos organismos internacionales generan las consiguientes responsabilidades: "El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que estas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del art. 86 del Cód. Penal".[24]

En tal sentido, el Comité CEDAW recomendó a Argentina que el Estado nacional debe: *i)* sancionar el proyecto de ley para la interrupción voluntaria del embarazo*; ii)* asegurar que todas las provincias tengan protocolos para la atención de los abortos legales, en línea con el Protocolo del Ministerio de Salud de la Nación; *iii)* garantizar el acceso a abortos legales y seguros, y a servicios posaborto, y *iv)* establecer requisitos estrictos para evitar el uso indiscriminado de la objeción de conciencia.[25]

---

los médicos, un gran riesgo para el no nacido. L. C. y su madre decidieron, entonces, solicitar un aborto conforme al art. 119 del Código Penal peruano (no punible). Luego de una larga espera, la junta médica del hospital decidió desestimar la petición por considerar que la vida de la paciente no estaba en peligro. L. C. presentó un recurso de reconsideración ante la misma junta que fue desestimado. Durante el lapso que medió entre la solicitud de reconsideración y la decisión final, L. C. sufrió un aborto espontáneo y finalmente, fue intervenida quirúrgicamente después de casi tres meses y medio. Actualmente, L. C. "se encuentra paralizada desde el cuello para abajo y solo ha recuperado parcialmente la movilidad de las manos. Depende de una silla de ruedas para moverse y de terceros para satisfacer todas sus necesidades. Se encuentra conectada a una sonda que le deben cambiar cinco veces al día en condiciones higiénicas de esterilización total, lo que le impide acudir a un centro de enseñanza [...]". L. C. alegó ante el Comité la violación de los siguientes artículos de la CEDAW: 1 (discriminación contra la mujer); 2, incisos c) y f) (medidas de protección); 3 (igualdad); 5 (prohibición de prejuicios y estereotipos de género); 12 (discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica); y 16, inciso e) (la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares).

24 Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, CCPR/C/ARG/4, 31 de marzo de 2010, párr. 13.

25 Comité CEDAW, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/7, 18 de noviembre de 2016.

## 6. A modo de final

Como dijimos al comienzo, no es nuestro propósito expresar una opinión acerca de cuál es la conclusión a la que puede arribarse luego de la interpretación de los instrumentos sobre derechos humanos que emergen de sus distintos organismos internacionales encargados de su aplicación, si a favor o en contra de la "despenalización" o "legalización" del aborto, teniendo en cuenta, incluso, que no media una opinión consultiva que haya abordado el tema en general, sino que estos pronunciamientos aluden a casos específicos o puntuales.

Por ejemplo, a fin de aquilatar lo asentado por la Corte IDH en *Artavia Murillo*, debe tenerse presente que estaba considerando las consecuencias emergentes de una FIV, vale decir, hacía referencia a los embriones no implantados en el útero materno, o sea, a la pérdida embrionaria por ser desechados, eliminados, etc., al concluir que, según las tendencias de regulación en el derecho internacional, estas no conducen a la conclusión de que el embrión sea tratado de manera igual a una persona; por el contrario, ponen de manifiesto que en determinados casos de conflicto entre la vida del no nacido y los derechos de la embarazada se tiende a interpretar sus contenidos dando preponderancia a los derechos de la mujer.

No encara, entonces, lo relativo al embrión ya implantado en el útero materno.

Por otro lado, el fallo pone de relieve que la prohibición de esta técnica de reproducción asistida, sustentada en el derecho a la vida, paradójicamente genera un impedimento a la vida misma, al bloquear el derecho de hombres y mujeres a la procreación. Se instituye así, para la Corte, un impedimento indebido a la vida.

Pensamos que el pronunciamiento que más se acerca al tema actualmente en debate es el vertido por la CIDH en el caso *Baby Boy*, en el que se inclinó por considerar ajustada a la Declaración Americana la legalización del aborto, considerando, asimismo, que la inclusión de la frase "y en general" no causaba diferencias hermenéuticas entre la Declaración y la Convención americanas.

A nuestro leal saber y entender, estas decisiones recalcan que la protección de la vida "a partir de la concepción" es una "regla general" que, como toda regla, admite excepciones establecidas por ley formal y material.

Por último, la conclusión a que arriba la sentencia dada en *Artavia Murillo* parece acomodarse mejor al criterio que sustentaba el Código Civil de Vélez Sarsfield, al preceptuar que la existencia de la persona humana comienza con la concepción "en el seno materno", que al actual artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación que lo remplazó, pues solo alude a la "concepción", dando a entender con la supresión de aquella frase que también la concepción se produce fuera del seno materno. Pero ello es merecedor de otros comentarios, por lo que ponemos punto final al presente.

## Bibliografía

Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, México, Porrúa, 2017.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2012, t. I, vol. 1.

Kemelmajer Carlucci, Aída, "Una sentencia brasileña con visión de género", *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 39, 2017.

Shelton, Dinah, "Abortion and right to life in the inter-american system: The case of Baby Boy", *Human Rights Law Journal*, vol. 2, 1981.

# VII. Control de convencionalidad. Conflicto entre la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina[1]

*Juan Carlos Hitters*

Sumario: 1. Antecedentes. 2. Segunda etapa. 3. La solución —cuasi— final. 4. Cierre. Conflicto entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal máximo de Argentina. Quién resuelve y cómo se resuelve. Bibliografía.

Si bien se "soluciona" parte de los problemas que se suscitaron entre ambos cuerpos judiciales, terminar con una anotación marginal que deja renga una sentencia de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) no nos parece una solución técnica ni jurídicamente adecuada.

## 1. Antecedentes

### 1.1. El caso *Fontevecchia vs. Argentina,* de 2011, y los fallos posteriores

Con anterioridad[2] nos hemos ocupado del caso *Fontevecchia vs. Argentina,* de 2011, y de su posterior versión lo-

[1] Publicado en *La Ley* el 9 de mayo de 2018, 1 - LA LEY2018-B, 1196. Cita *online:* AR/DOC/873/2018.

[2] Véase Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso *Fontevecchia vs. Argentina*)", *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXI, núm. 145, agosto de 2017, pp. 1-8.

cal,[3] donde se planteaba la problemática de saber si era posible que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dispusiera que el Tribunal Supremo argentino "dejara sin efecto" su propia sentencia.[4]

### 1.2. Primera etapa

Será necesario recordar que la CSJN había condenado a la Editorial Perfil y a los directivos, Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, en 2001, declarando procedente un reclamo indemnizatorio del entonces presidente de la Nación argentina, doctor Carlos Saúl Menem, por la infracción a su derecho a la intimidad (art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH, Pacto de San José—) con motivo de la publicación de dos artículos en la revista *Noticias,* en 1995, que aludían al hijo no reconocido del primer mandatario, así como a la relación de este último con su madre, la que finalmente se suicidó.[5]

Llegado el caso en 2011 a la Corte IDH, esta sostuvo enfáticamente que no hubo injerencia alguna al derecho a la vida privada del primer mandatario; funcionario público electivo del más alto grado del poder ejecutivo. Ello así, pues las publicaciones referidas constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre ex-

[3] CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fallo de 14 de febrero 2017, núm. CSJ 368/1998 (34-M)/CS1.

[4] Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 238. El itinerario decisorio completo de este asunto fue el siguiente: *a)* CSJN, fallo de 25 de mayo de 2001 (que finalmente recibió la anotación marginal); *b)* Corte IDH, sentencia de 29 de noviembre de 2011; *c)* CSJN, fallo de 14 de febrero de 2017, *Ministerio de Relaciones Exteriores*; *d)* Corte IDH, primera supervisión de 1 de septiembre de 2015; *e)* Corte IDH, segunda supervisión de 22 de noviembre de 2016; *f)* Corte IDH, tercera supervisión de 18 de octubre de 2017, y *g)* CSJN, fallo de 14 de diciembre de 2017. Todos estos pronunciamientos están individualizados posteriormente en el presente trabajo.

[5] Importa tener presente que, en esa oportunidad, la Corte Suprema revocó un fallo de cámara que había absuelto a los demandados por entender que no se había violado el derecho a la intimidad.

presión, habida cuenta de que se trataba de: *1)* asuntos de interés público, y *2)* el presunto afectado no había contribuido a resguardar la noticia cuya difusión *a posteriori* objetó (art. 13 CADH).[6]

Entendió entonces que la Corte argentina, en 2001, cometió un error al excluir de toda ponderación, en el caso concreto, los aspectos de interés público de la información. Por ello, dispuso —entre otros temas— que el supremo órgano judicial argentino "dejara sin efecto" las consecuencias del decisorio de referencia (véase n. 2).

Aquí queda claro que la Corte IDH le imputó a la jurisdicción doméstica un déficit, al "no valorar una cuestión esencial" como era el interés público del asunto.

Sobre tal base, expresó que su sentencia de 2011 constituye *per se* una forma de reparación, agregando que el Estado, entre otros puntos, debe dejar sin efecto la condena, así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año a partir de la notificación (punto resolutivo 137, párr. 105),[7] ello así —reiteramos— por

---

[6] Recientemente, la Corte IDH le ha dado relevancia al citado art. 13, sobre la libertad de expresión, a favor de un obrero en materia laboral. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340 y *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344.

[7] Este fallo fue luego supervisado bajo el siguiente esquema: *i)* primera supervisión, Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de septiembre de 2015. Ante la falta de acatamiento de alguna de las mandas impuestas en el proveimiento interamericano de 2011, el Tribunal sostuvo que, pasados dos años y ocho meses después del primer pronunciamiento, Argentina no había informado respecto de la implementación del acatamiento de la aludida sentencia, ni presentó escrito alguno, lo que implica un incumplimiento de la obligación de informar. Por esto, dijo que, ante el silencio estatal, la supervisión debía continuar; *ii)* segunda supervisión, Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de noviembre de 2016. El Tribunal consideró que a esa fecha el Estado había acatado la mayoría de los mandatos de la sentencia de 2011, salvo: *a)* dejar sin efecto la condena civil a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico y todas sus consecuencias (punto dispositivo 2 de la sentencia), y *b)* entregar en concepto de reintegro las sumas

violación del artículo 13 de la CADH (libertad de pensamiento y expresión).[8]

Conviene recordar que la Corte Suprema nacional, como respuesta, el 14 de febrero de 2017 sostuvo enfáticamente, y por mayoría de votos,[9] que "ella no puede ser obligada a acatar un fallo interamericano que la mande dejar sin efecto una resolución".[10]

Señaló allí que la Corte Interamericana carece de aptitud (de competencia) para disponer esa orden. Expresó, a la par, que el aludido cuerpo regional no constituye una cuarta instancia que esté potenciado para revisar o anular decisiones judiciales estatales, dado que su jurisdicción es subsidiaria, coadyuvante y complementaria. Añadió que "dejar sin efecto" un decisorio de este tipo es uno de los supuestos en los que la restitución resulta imposible, a la luz del artículo 27 de la carta suprema de Argentina, ya que dicha norma impone una esfera de reserva soberana que se denomina "fórmula argentina", regla —añadió— que no ha sido alterada por la reforma constitucional de 1994.[11]

Empero, hay que recordar que antes —y en diversos procesos—, la Corte IDH había mandado "dejar sin efecto" varios fallos en casos argentinos sin que la Corte Suprema, con otra integración, se hubiese opuesto, como luego veremos.

---

efectivamente pagadas, las costas y gastos de la etapa internacional. Por ello, mantuvo abierto el proceso de supervisión y no cerró el caso (véase n. 2), y *iii)* tercera supervisión (véase apdo. 2.3 de este trabajo).

8 La Corte regional tuvo en cuenta —por los motivos apuntados— que la Corte Suprema había tenido un déficit valorativo de la situación fáctica ya que, en el caso en particular, debía ponerse en juego el art. 13 de la CADH, sobre la libertad de pensamiento y expresión, y no el art. 11, sobre la protección a la honra y la dignidad. Sin embargo, el punto central de todas estas actuaciones radicó en saber si la Corte argentina debía tolerar que la interamericana le ordenara dejar sin efecto una sentencia local.

9 Votos por mayoría de los doctores: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti. Voto propio, y por minoría, del doctor Maqueda.

10 CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina..., cit*.

11 Véase Lozano, Luis Francisco, "El cumplimiento de la condena de la Corte Interamericana a dejar sin efecto un fallo nacional", *La Ley*, noviembre de 2017. Allí, con sólidos argumentos, expone una tesis ecléctica.

En síntesis, aparece una disputa seria y preocupante entre ambos tribunales, pues la Corte de Costa Rica mandaba "dejar sin efecto" el fallo; y la nacional entendía que ello no era posible.

## 2. Segunda etapa

### 2.1. Posturas de ambos órganos jurisdiccionales. Pliegues y repliegues

Ante la brecha que había quedado entre sendos precedentes (interamericano y argentino) y las eventuales contradicciones insalvables que existían por aquel entonces, el Tribunal con sede en Costa Rica explicó en la tercera supervisión de cumplimiento, de 18 de noviembre de 2017, su posición anterior (fallo de 2011, párr. 105), aclarando que lo que había dicho entonces fue que "a efectos de cumplir con la presente reparación, el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias" para cumplir con su sentencia, dejando entonces una puerta entreabierta.

Por ello, en esta segunda etapa, en la resolución en comento (tercera supervisión, párr. 16) enfatizó que "[...] en cumplimiento del deber de 'dejar sin efecto' las sentencias internas que se determinaron en la sentencia del presente caso como violatorias de la Convención Americana, correspondía a la Argentina identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por este tribunal".

Sin embargo, la Corte Suprema había entendido que lo dispuesto por la Corte IDH en 2011, en el fallo de fondo y reparaciones, era "sinónimo de revocar" la decisión de 2001 (cdo. 6.III).

No obstante —repetimos—, en verdad, al ordenar esta reparación, el cuerpo interamericano no indicó que el país tuviera necesariamente que "revocar" dicho fallo. Es por ello que en su párrafo 105 dispuso —ya lo dijimos— que el Estado debía adoptar medidas "judiciales", "administrativas" y "de cualquier otra índole" que fueran necesarias para "dejar sin efecto tales sentencias".[12]

[12] Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas..., *cit*.

En definitiva, la Corte IDH delimitó en su tercera supervisión una pauta un poco más amplia, dando ahora "opciones" que no habían sido expresamente referenciadas antes. Ya habíamos dicho en el trabajo citado[13] que la frase "dejar sin efecto" no implicaba lisa y llanamente "revocar", sino que podían dictarse —como realmente ha sucedido después— distintas medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra naturaleza que llevaran a acatar el fallo regional.

Empero, dijimos allí que, de todos modos, la frase "dejar sin efecto" parecía demasiado fuerte; quizá hubiese sido mejor hablar de "adaptar" las sentencias locales a los fallos regionales, habida cuenta de que técnicamente no era del todo correcto hablar de "revocación" (que implica, salvo excepciones, una impugnación previa) ni de "nulidad" o "invalidación", ya que la Corte IDH no es un organismo *ad quem* respecto de los judiciales locales. Se trata de cuerpos de diversa naturaleza que no tienen una relación de jerarquía.[14]

Se nota —repetimos— un déficit hermenéutico de la Corte Suprema nacional, porque su par interamericana "nunca" había sostenido que "necesariamente" se debía romper el fallo, sino solo dictar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole que fueran necesarias para acatar lo expresado por la Corte IDH.

### 2.2. Resolución de supervisión de cumplimiento de la Corte Interamericana de 18 de octubre de 2017 (tercera supervisión)[15]

Por ello —y tal cual anticipamos— en 2017, al momento de supervisar el cumplimiento de la sentencia, volvió sobre esta álgida

[13] Véase Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad...", *cit.*, punto 9, Conclusiones, *in fine*.

[14] Véase *ibidem*, párr. VI Conclusiones; Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2015, t. II, vol. 3, p. 1870.

[15] Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de septiembre de 2015.

problemática criticando nuevamente los fundamentos del más alto cuerpo judicial argentino y ratificando los de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[16]

Con la idea de ir finiquitando este litigio, que llevaba mucho tiempo sin solución definitiva,[17] la Corte regional tomó nota de que el Estado, en febrero de 2017, había elaborado un proyecto de decreto para el pago de los montos contemplados en la sentencia de fondo (párrs. 128 y 129), correspondientes al reintegro de las costas y gastos; pero observó que no siguió su trámite, ya que la Secretaría Legal y Técnica de la Nación dictaminó que no incluía la totalidad de los pagos ordenados.

En suma, en su parte resolutiva, el cuerpo jurisdiccional interamericano estableció que:

---

16 La Comisión Interamericana destacó, en la audiencia pública de supervisión de cumplimiento, que "[...] un elemento esencial de la restitución en este caso es, sin duda, eliminar la atribución de responsabilidad civil a las víctimas; la decisión que impuso esta responsabilidad ulterior es incompatible con la Convención". También expuso las razones por las cuales considera que "[...] la decisión de la Suprema Corte argentina es un grave obstáculo para el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, cuyas implicancias trascienden al caso". Al respecto sostuvo, entre otros argumentos, que "[...] el desconocimiento por parte del máximo tribunal argentino de la competencia de la Corte Interamericana, en este caso, vulnera el derecho de las víctimas [...], dado que no ha cesado la violación en su perjuicio, [...] y también genera un efecto sistémico regresivo más general para Argentina, en tanto desconoce la exhaustiva ponderación realizada por la Corte Interamericana" en la sentencia del presente caso en materia de libertad de expresión y derecho a la vida privada de funcionarios públicos electivos. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte declarar que la posición del Estado sobre el cumplimiento de la reparación ordenada no resulta consistente con la sentencia que emitió este Tribunal internacional en este caso, ni con su práctica, ni con los principios básicos que regulan la responsabilidad internacional del Estado. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 18 de octubre de 2017, párr. 11.

17 Ese cuerpo advirtió, con preocupación, que habían transcurrido casi cinco años en el campo internacional desde que venció el plazo concedido en la sentencia sin que el Estado argentino haya procedido a reintegrar los pagos en conceptos de costas y gastos (cdo. 39).

1. El Estado no ha dado cumplimiento a la reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias, ordenada en el punto dispositivo segundo de la Sentencia.
2. El Estado no ha dado cumplimiento al reintegro de costas y gastos, ordenado en el punto dispositivo cuarto de la Sentencia.
3. Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación ordenadas en los puntos dispositivos segundo y cuarto de la Sentencia, relativas a:
   *a)* dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias, en los términos del párrafo 105 de la Sentencia (*punto dispositivo segundo de la Sentencia*), y
   *b)* entregar los montos referidos en los párrafos 128 y 129 de la Sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos (*punto dispositivo cuarto de la Sentencia)*[18] (cursivas en el original).

Por lo que respecta a "dejar sin efecto la condena civil", la Corte le había dado al Tribunal local las dos opciones que ya aludimos, es decir, la eliminación de la publicación de la sentencia argentina del sitio web;[19] o que se mantuviera la misma, pero que se realizara algún tipo de anotación indicando que esa decisión fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte IDH.[20]

---

18 Parte resolutiva, apdos. 1-7.

19 Sentencia publicada en el sitio web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, párr. 21.

20 Esta fue la solicitud inicial de los representantes durante la etapa de fondo, expresada en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Posteriormente, en sus alegatos finales escritos, "reformularon ese pedido solicitando al tribunal que condenara al Estado a adoptar las medidas necesarias para que la sentencia dictada por el poder judicial argentino pierda fuerza vinculante interna y toda aptitud para ser fuente de consecuencias legales de cualquier tipo". *Cfr*. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas..., *cit*., párr. 104.

### 2.3. Cumplimiento por parte de la Corte Suprema nacional

Casi dos meses después, el 5 de diciembre de 2017,[21] la Corte nacional se pronunció eligiendo una de las dos opciones, poniendo de relieve que la anotación sugerida no vulnera los principios del derecho público establecidos en el artículo 27 de la Constitución Nacional (CN), por lo que resulta adecuado acceder a lo sugerido. Repárese también en que en esa norma se había apoyado la Corte para incumplir el fallo regional de 2011.

Siguiendo este hilo conductor, en su parte resolutiva, el supremo Tribunal doméstico dispuso que se asentara, junto a la decisión ordenada en fallos 324:2895, la siguiente leyenda: "Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (CSJN, sentencia de 29 de noviembre de 2011)".

## 3. La solución —cuasi— final

Esta larga porfía entre la Corte Suprema nacional y el Tribunal interamericano está —por suerte— a punto de finalizar, ya que la primera acató las "sugerencias-órdenes" del segundo, es decir, puso una anotación marginal a la sentencia de 2001;[22] restando ahora que el poder ejecutivo dicte con celeridad el decreto para el pago del reintegro de las costas y gastos, más los intereses moratorios que correspondan[23] y la devolución de las sumas pagadas por las víctimas.[24]

Cuando ello suceda, es decir, si se emite tal acto jurídico y se cumple con lo que él disponga, "se eliminarán los efectos de la sentencia civil" condenatoria.

---

21 Resolución 4015/2017 ESC. /4218/2017 Exp. 6439/11.

22 CSJN, *Menem, Carlos S. c/ Editorial Perfil SA y otros s/ daños y perjuicios sumario,* 25 de septiembre de 2001. Fallos 324:2895.

23 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 18 de octubre de 2017, párr. 17.

24 Obviamente, el plazo ya está vencido e incumplido.

La Corte IDH hizo ver que "tanto el Estado como los representantes de las víctimas han implementado acciones para la determinación de los montos que deben ser pagados, y el Estado ha afirmado que emitirá a finales del presente año (2017)[25] el decreto que disponga proceder con dicho pago. Resulta positivo —dijo— que Argentina haya indicado un mecanismo para realizar este pago, que no invoque judicialización del mismo", como vimos.[26]

Valoró a la par que, por la sugerencia de ese Tribunal interamericano,

> [...] las partes se reunieron en su sede con posterioridad a la audiencia de supervisión de cumplimiento con el fin de conversar los aspectos relativos a la determinación concreta de los montos que serán reintegrados; por eso requirió que el Estado indique los resultados de dicha reunión, si se logró avanzar por la cuantificación y los avances en relación con la emisión del decreto que disponga el reintegro concreto y el pago correspondiente.[27]

Por ello, no es baladí reiterar que, según el pronunciamiento subexamine, el cumplimiento de la reparación ordenada[28] también implica "dejar sin efecto" lo atinente a la atribución de responsabilidad civil de los señores Fontevecchia y D'Amico.[29]

En definitiva, para obedecer *in totum* esta resolución de supervisión se requiere: *1)* la anotación marginal a la sentencia originaria, que la Corte Suprema ya llevó a cabo, lo que implica el

---

25 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 18 de octubre de 2017, párr. 18.

26 En el mismo texto añadió "[...] pero se requiere que proceda a cumplir con el mismo de la manera más expedita posible". *Ibidem,* párr. 17, cdo. 4. Cabe destacar que, a finales de marzo de 2018, ello todavía no se había cumplido.

27 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 18 de octubre de 2017, párr. 17.

28 *Ibidem*, párr. 18.

29 La Corte IDH dijo que, durante la etapa de supervisión de cumplimiento, los representantes de las víctimas no han presentado alegatos sobre otros efectos que hayan determinado las decisiones internas que deban ser reparados a través de esta medida. *Ibidem,* párr. 18, n. 31.

cese de la responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, y *2)* el dictado del decreto —tantas veces aludido— que disponga los pagos pertinentes (véase resolución de supervisión, párrs. 128 a 130). [30]

## 4. Cierre. Conflicto entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal máximo de Argentina. Quién resuelve y cómo se resuelve

Tal como intentamos explicar, en el fallo de la Corte Suprema de 14 de febrero de 2017[31] se insistió, por mayoría, en que ese cuerpo no puede cumplir con la orden de la Corte IDH de "dejar sin efecto" fallos domésticos. Aquí aparece un grave *desideratum,* pues se nota una contradicción entre una sentencia "local" con una "regional", aunque sí se acató con la anotación marginal.

Quedó claro, a partir de los decisorios del Tribunal con sede en San José, que no debe haber ninguna duda respecto a que el derecho interno carece de aptitud para apoyarse en el artículo 27 de la CN para incumplir un mandato interamericano (*cfr.* art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Como vimos, el más alto organismo judicial argentino —a nuestro modo de ver— erró el camino al pretender afincarse en el esquema interno infringiendo las decisiones supranacionales.

La Corte IDH ya había expresado estas claras pautas en 2011 y las ratificó a pie juntillas en su resolución de 2017. En caso de presentarse en el futuro un conflicto de competencia como el aquí ventilado, el organismo con asiento en Costa Rica se reserva declarar inconvencional cualquier providencia doméstica que se ponga en contradicción.

En verdad consideramos que, si bien de este modo se "soluciona" parte de los problemas que se suscitaron entre ambos cuerpos judiciales, terminar con una anotación marginal que deja

30 Parte resolutiva, puntos 1-4.

31 CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina..., cit.*

renga una sentencia de la propia Corte Suprema no parece una solución técnica ni jurídicamente adecuada.

Este tortuoso camino surgió —a nuestro modo de ver— de una fallida interpretación que la Corte Suprema hizo (por mayoría) en su fallo de 14 de febrero de 2017, tantas veces traído a colación, al considerar que el Tribunal regional le había ordenado "dejar sin efecto", lisa y llanamente, un fallo; aunque en verdad solo dispuso dictar las medidas pertinentes para modificar "los efectos del fallo".

Tal cual remarcamos en otro momento,[32] el fallo prístino del supremo Tribunal argentino fue elaborado sobre la base de una serie de argumentos muy meditados; sin embargo, respetuosamente creemos que ha significado para el Sistema Interamericano un retroceso, pues, al limitar el poder rectificador de la Corte IDH, queda minimizada la tutela que surge de los tratados internacionales a los que el país se ha adherido. Ello así, habida cuenta de que, al desconocer la competencia de ese cuerpo, se volvió de alguna manera al dualismo y además se afectó el principio de no regresividad.[33]

El Tribunal reconoció allí la jurisdicción "completa" de la Corte con asiento en San José; mas el pronunciamiento de la mayoría había sostenido que, si bien los fallos de aquel cuerpo son obligatorios, la Corte IDH en determinadas circunstancias puede carecer de "competencia" para fallar.

Ello implicó que se partiera de la base de que, para acatar en profundidad una sentencia regional, fuera preciso llevar a cabo en el orden doméstico "una especie de *exequatur*", a fin de examinar si la Corte de la región ha tenido competencia para expedirse.

Lo que aquí estuvo en debate fue una errónea disputa de "competencia" entre la Corte Suprema y la Corte IDH, siendo esta la que debe resolver la problemática, al ser justamente la última intérprete del Sistema Interamericano, cuando se valoran normas internacionales (*kompetenz-kompetenz*).

---

32 Véase Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad...", *cit*.

33 Véase Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 18 de octubre de 2017.

El fallo interno sostuvo que no debe ordenársele "dejar sin efecto" sus propios pronunciamientos, porque tal potestad no está contemplada en el artículo 63.1 de la CADH ni en los trabajos preparatorios de la Convención.

Adelantamos que del análisis de la citada normativa internacional puede inferirse sin hesitación justamente lo contrario, ya que ese Tribunal regional está expresamente facultado para "dejar sin efecto ciertos contenidos de las providencias domésticas". Esto así porque, al permitírsele disponer que "se reparen las consecuencias", obviamente se le potencia para ello (art. 63.1 CADH).[34]

No debemos olvidar que los tratados sobre derechos humanos tienen que ser interpretados conforme su "objeto y fin"; y que cuando el Estado se sujeta a este tipo de convenios, debe tener en consideración que de alguna manera "limita" parte de su competencia en beneficio del modelo regional.

Resultaba imposible —a nuestro entender— invocar lisa y llanamente el postulado del "margen de apreciación nacional", pues tiene límites que finalmente dependen de la apreciación del último intérprete de los instrumentos internacionales, que —como vimos— es la Corte IDH, la cual no resulta obviamente un organismo extranjero.

Lo que debe quedar bien en claro es que el Tribunal con asiento en San José y todo el esquema regional tienen como fuentes el *ius cogens* (costumbre internacional) y los tratados sobre derechos humanos; y que tales convenios son de "distinta esencia" a los que alude el artículo 27 de la CN, que no fueron ni siquiera imaginados al redactar dicha regla magna; por eso se hablaba de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras (pensando en épocas de conflictos externos).

De la forma en que la Corte Suprema juzgó el caso se advierte que queda plasmada una contradicción, habida cuenta de que el fallo nacional benefició al expresidente Menem y lo hizo acreedor a una indemnización; mientras que la Corte IDH dice todo lo contrario (cortocircuito entre los arts. 11 y 13 de la CADH).

---

[34] Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos,* México, Porrúa, 2015, col. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 111.

Téngase presente que la Corte IDH en varios casos (entre ellos *Palamara Iribarne*, *Tristán Donoso*, *Bueno Alves*, *Kimel* y *Herrera Ulloa*) ha dispuesto modificaciones a las sentencias locales, decisiones que han sido toleradas por los órganos jurisdiccionales domésticos, incluyendo a la Corte argentina, aunque —ya lo dijimos— con otra integración.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha seguido los mismos pasos que la Corte IDH en el caso resuelto el 12 de junio de 2014 (*Príncipe de Mónaco-Grimaldi*),[35] en una temática similar a *Fontevecchia*, dándole prevalencia a la libertad de expresión (art. 13 CADH).

Coincidimos entonces con el voto minoritario del doctor Maqueda, que esgrimió una postura que armoniza con sus propios votos anteriores y con los precedentes de la Corte Suprema, en el sentido de que los fallos interamericanos —y sobre todo la interpretación convencional que ella hace— deben cumplirse sin rodeos, pues de lo contrario se incurre en responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 CADH).

---

[35] Este tema es muy parecido al caso *Fontevecchia*, el cual trató de un decisorio de la más alta jerarquía jurisdiccional francesa, que había condenado a la revista *Paris Match* por haber revelado la existencia de un hijo extramatrimonial del príncipe de Mónaco. La abogada de esa editora, Marie-Christine de Persin, remarcó justamente la diferencia que existe entre las personas públicas y quienes no lo son, con referencia a la problemática aquí abordada. En un fallo unánime, la Gran Sala del TEDH declaró que Francia vulneró la libertad de expresión, al condenar a la editorial Hachette Filipacchi y a la directora de la revista *Paris Match*, por publicar información de la vida privada del príncipe Alberto de Mónaco. El 5 de mayo de 2005, la referida revista publicó una entrevista a Nicole Coste, madre soltera de un hijo del príncipe Alberto de Mónaco, agregando en su portada dos fotos del niño junto a su padre y su madre, razón por la cual se condenó al pago de 50 mil euros al príncipe por concepto de indemnización. Los afectados recurrieron al TEDH argumentando que dicha condena vulneró el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su recurso fue acogido por la Quinta Sala del TEDH, ante lo cual Francia apeló. En su sentencia, la Gran Sala del TEDH sostuvo que tanto la editorial como la directora de la revista *Paris Match* contribuyeron a cubrir un asunto de interés público, dada la naturaleza hereditaria de las funciones del jefe de Estado de Mónaco. TEDH. *Caso Couderc y Hachette Filipacchi Associés vs. Francia* (Gran Sala), 10 de noviembre de 2015, núm. 40454/07.

Aunque la frase "dejar sin efecto" parezca —y realmente lo es— demasiado contundente, quizá sería técnicamente más adecuado hablar de "adaptar" las sentencias domésticas a los fallos interamericanos, como finalmente se hizo ahora.

A modo de conclusión de todo lo expuesto, reiteramos que para quedar totalmente cumplida la última supervisión —y cerrado el caso— hace falta: *i)* que la Corte Suprema disponga —como lo hizo— la anotación marginal, y *ii)* se dicte el decreto (además de que se cumplan todos los pagos y reintegros ordenados).

Acatado ello, la sentencia de origen deja de producir efectos y desaparece la responsabilidad civil de los condenados en el ámbito doméstico, quedando desvirtuado el fallo de la Corte Suprema de 2001. Consideramos que la nota marginal prácticamente hace desaparecer el pronunciamiento aludido en el ámbito interamericano, que permanece en un limbo, quedando una especie de contradicción como en el oxímoron al que alude Borges en su *Aleph*.

## Bibliografía

Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, México, Porrúa, 2015, col. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 111.

Hitters, Juan Carlos, "Control de convencionalidad. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso *Fontevecchia vs. Argentina*)", *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXI, núm. 145, agosto de 2017.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2015, t. II, vol. 3.

Lozano, Luis Francisco, "El cumplimiento de la condena de la Corte Interamericana a dejar sin efecto un fallo nacional", *La Ley*, noviembre de 2017.

# VIII. Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?*

*Juan Carlos Hitters*

Sumario: 1. Antecedentes. 2. Contenido del fallo de la Corte Suprema nacional de 14 de febrero de 2017 (caso [...] *Ministerio de Relaciones y Culto* [...]). 3. Casos en los que la Corte IDH ha mandado "dejar sin efecto" fallos locales. 4. Es posible dejar sin efecto fallos domésticos. 5. Réplica. 6. Consecuencias jurídicas de la falta de anulación. 7. La controvertida interpretación del Tribunal Supremo nacional. 8. Imposibilidad de incumplir un fallo de la Corte IDH. El caso *Radilla Pacheco*. 9. Conclusiones. Bibliografía

El fallo *Ministerio de Relaciones y Culto* ha significado un retroceso para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), pues, al limitar el poder rectificador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), queda minimizada la tutela que surge de los tratados internacionales a los que el país se ha adherido. Ello así, habida cuenta de que, al desconocer la competencia de ese cuerpo jurisdiccional de la región, se ha vuelto de alguna manera al dualismo y además se ha afectado el principio de no regresividad.

---

* Publicado en *La Ley* el 2 de agosto de 2017, 1 - LA LEY2017-D, 1025. Cita *online*: AR/DOC/2033/2017.

## 1. Antecedentes

### 1.1. Generalidades. Conflicto de competencias entre el Supremo Tribunal argentino y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El difícil problema que pretendemos poner de relieve es focalizar las facultades decisorias de la Corte IDH en su relación con los supremos tribunales de los diversos países que se han adherido al modelo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José).

Es decir, lo que buscamos saber es si aquel cuerpo regional estaría en condiciones de "dejar sin efecto" o "revocar" los pronunciamientos de las más altas cortes domésticas.

Esta cuestión se ha planteado recientemente en Argentina, donde la Corte Suprema le disputa parte de la competencia al Tribunal interamericano, sosteniendo que, si bien las sentencias de este son obligatorias, dicho organismo no puede "casar" o "dejar sin efecto" decisiones judiciales locales.

Desanudar esta madeja es trascendente, pues se discuten en definitiva las potestades de estos órganos, y en tal cuestión no se puede albergar duda alguna, porque hace a la distribución de competencia de ambos tribunales, uno nacional y otro supranacional; y además implica resolver si para cumplir con los fallos interamericanos es necesaria una especie de "contralor previo" por parte de los más altos cuerpos jurisdiccionales domésticos.

### 1.2. El caso *Fontevecchia*

#### *1.2.1. Sentencia de fondo y reparaciones*[1]

Conviene aclarar previamente y de modo sintético, para luego desarrollar con mayor profundidad esta difícil cuestión, que la Corte Suprema de la Nación argentina (CSJN), el 14 de fe-

[1] Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 238.

brero de 2017,[2] ha sostenido enfáticamente —por mayoría de fundamentos— que ella no puede ser obligada a acatar el fallo supranacional de "dejar sin efecto" un pronunciamiento doméstico.[3]

Será importante poner de relieve que los tribunales argentinos habían condenado a la Editorial Perfil y a los directivos Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico en 2001, declarando procedente el pedimento del entonces presidente de la Nación, doctor Carlos Saúl Menem, por la infracción a su derecho a la intimidad con motivo de la publicación de dos artículos en 1995 en la revista *Noticias.* Ambos se referían a un presunto hijo no reconocido del primer mandatario, así como a la relación de este último con su madre.

Luego, la Corte IDH sostuvo enfáticamente que no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del presidente, funcionario público electivo del más alto grado del país. Ello así, pues las publicaciones referidas constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión, habida cuenta de que se trataba de: *1)* asuntos de interés público, y *2)* el presunto afectado no había contribuido a resguardar la noticia cuya difusión *a posteriori* objetó.

Entendió entonces que, al condenar a la revista y a los señores Fontevecchia y D'Amico, se cometió el error de excluir de toda ponderación, en el caso concreto, los aspectos de interés público de la información.

Aquí queda en claro que la Corte IDH le imputó a la jurisdicción doméstica un déficit, al "no valorar tal cuestión esencial".

---

[2] CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso "Fontevecchia y D'Amico vs Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* 14 de febrero de 2017, 368/1998 (34-M)/CS1.

[3] A su vez, la Corte IDH resolvió "[...] Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación [...] relativas a: dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias [...]". *Cfr.* Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de noviembre de 2016.

### *1.2.2. Primera supervisión*[4]

Como es sabido, el Tribunal regional tiene la competencia de supervisar el cumplimiento[5] de sus fallos.[6]

Por ello, el 19 de septiembre de 2015, ante la falta de acatamiento de alguna de las mandas impuestas en el proveimiento interamericano de 2011,[7] sostuvo que, pasados dos años y ocho meses del pronunciamiento prístino, Argentina no había informado respecto de la implementación del acatamiento de la aludida sentencia ni presentado escrito alguno,[8] lo que implica un

---

4 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de septiembre de 2015.

5 Hitters, Juan Carlos, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana," *La Ley*, 6 de junio de 2012, p. 1.

6 Dicha potestad surge de la propia jurisprudencia de tal entidad jurisdiccional (Corte IDH. *Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72) y además se desprende de lo dispuesto en los arts. 33, 62.1, 62.3 y 65 de la CADH, art. 30 de su Estatuto y 69 del Reglamento.

7 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas..., *cit*.

8 En esta supervisión de cumplimiento, la Corte señala que: "[...] los Estados Partes de la Convención Americana tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las Sentencias que a ellos conciernan, obligación que, como lo señala el derecho internacional consuetudinario y lo ha recordado la Corte, vincula a todos los poderes y órganos estatales" (*cfr*. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*. Resolución de 17 de noviembre de 1999, cdo. 3; *Caso Baena, Ricardo vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104, párr. 131, y *Caso Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 21 de agosto de 2014, cdo. 6) y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional. Al respecto, es menester añadir que siempre, según el derecho internacional consuetudinario y lo afirmado por la Corte, al producirse un hecho ilícito atribuible a un Estado, surge la responsabilidad internacional de este por violación de una norma internacional, dándose así origen a una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar (*cfr*. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39, párr. 40, y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en 11 casos contra Guatemala. Resolución de la Corte IDH de 21 de agosto de 2014, cdo. 6). Tal como ha indicado la Corte (*cfr*. *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie

incumplimiento de la obligación de informar. Por esto dijo que, ante el silencio estatal, la supervisión debía continuar.[9]

### *1.2.3. Segunda supervisión*[10]

Luego, el 22 de noviembre de 2016, consideró que, a esa fecha, el Estado había acatado la mayoría de los mandatos de la sentencia de 2011, salvo: *a)* dejar sin efecto la condena civil a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico y todas sus consecuencias (punto dispositivo 2 de la sentencia), y *b)* entregar en concepto de reintegro las sumas efectivamente pagadas, las costas y gastos de la etapa internacional.[11]

---

C, núm. 43, párr. 50, y *Caso Cruz Sánchez vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C, núm. 292, párr. 451), el art. 63.1 de la Convención reproduce el texto de una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados (*Cfr*. Supervisión conjunta de *11 casos vs. Guatemala*. Resolución de 21 de agosto de 2014, cdo. 6). Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de septiembre de 2015, cdo. 5 (primera supervisión).

9 Por ello, resolvió: "1) Disponer que Argentina adopte, en definitiva y a la mayor brevedad posible, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a las reparaciones dispuestas en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas dictada en el presente caso, de acuerdo con lo estipulado en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2) Disponer que el Estado presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 31 de marzo de 2016, un informe en el cual indique las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas por esta Corte, de conformidad con la parte considerativa de esta Resolución, 3) Disponer que los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe, y 4) Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Resolución al Estado, a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de septiembre de 2015, puntos 3-6.

10 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de noviembre de 2016.

11 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas..., *cit*., párrs. 105, 117, 128 y 129.

Por ello mantuvo abierto el proceso de supervisión y no cerró el caso.

## 2. Contenido del fallo de la Corte Suprema nacional de 14 de febrero de 2017 (caso [...] *Ministerio de Relaciones y Culto* [...])

Para dejar perfectamente enfocada esta problemática no será ocioso llevar a cabo una pequeña explicación de los tramos de estas actuaciones que pasaron por tres tribunales locales, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y luego la Corte IDH. En efecto, la demanda original fue desestimada en primera instancia. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la revocó y, como consecuencia, declaró procedente la pretensión del entonces presidente doctor Carlos Menem y condenó a la revista *Noticias* y a los demandados ya aludidos, fijando un monto indemnizatorio. La Corte Suprema de la Nación, en su pronunciamiento de 25 de septiembre de 2001, ratificó la sentencia del *a quo*, solo reduciendo la cuantía indemnizatoria.

Con posterioridad, primero intervino la CIDH y luego la Corte IDH en su fallo de fondo de 29 de noviembre de 2011, y en las dos supervisiones que ya aludimos, la primera de 1 de septiembre de 2015 y la segunda de 22 de noviembre de 2016.

La Corte regional ordenó, entre otras medidas, que se debía: "a. Dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, como así también todas sus consecuencias [...]".[12]

[12] Además, dispuso 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; asimismo, entregar sumas de dinero reconocidas como reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

Este pronunciamiento fue parcialmente acatado por el sistema doméstico, salvo el apartado "a.", ya que el más alto Tribunal de la Nación, en su fallo de 14 de febrero de 2017,[13] expuso, por mayoría compuesta por los jueces doctor Ricardo Lorenzetti, doctora Elena Highton de Nolasco, doctor Carlos Rosenkrantz, y el voto concordante del doctor Horacio Rosatti y con el voto disidente del doctor Juan Carlos Maqueda, que el cuerpo interamericano "no puede dejar sin efecto la condena civil impuesta", pese a que señaló que las sentencias de la Corte IDH dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio. Empero, añadió que "[...] Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias de dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado Argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte IDH [...]".[14]

En definitiva, la Corte Suprema le negó a su par regional la potestad de revocar fallos domésticos de la más alta jerarquía local.

### 2.1. Postura de la mayoría de la Corte nacional

En forma estenográfica corresponde reiterar que, según el más alto cuerpo jurisdiccional doméstico, él no puede "dejar sin efecto la condena civil impuesta", habida cuenta de que la Corte IDH carece de aptitud para disponer esta orden. Señaló en paralelo que dicho cuerpo interamericano no constituye una cuarta instancia que revise o anule decisiones judiciales estatales, dado que la jurisdicción es subsidiaria, coadyuvante y complementaria.[15]

Añadió que la vía de "dejar sin efecto" una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es "un mecanismo restitutivo que

[13] CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso "Fontevecchia y D'Amico vs Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos..., cit.*

[14] *Ibidem,* cdo. 6.

[15] *Ibidem,* cdo. 8.

no se encuentra previsto en el texto convencional"; agregando que, por definición, los tribunales internacionales son de competencia limitada de la manera prescrita en los instrumentos que los han constituido.

"Dejar sin efecto" —añadió— equivale a "revocar" y ese trámite está fuera de la competencia convencional.

En ese sentido, postuló que el artículo 63.1 de la CADH no contempla este andarivel, que tampoco ha sido siquiera imaginado —dijo— en los Trabajos Preparatorios de la Convención.[16]

"Dejar sin efecto" un decisorio de la Corte Suprema con calidad de *res judicata* es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz del artículo 27 de la Constitución Nacional (CN), ya que dicha norma impone una esfera de reserva soberana[17] que se denomina "fórmula argentina", postulado este que no ha sido modificado en la Convención Constituyente de 1994.

Antes de seguir adelante conviene alertar que lo hasta aquí expresado por la mayoría de la Corte Suprema no resulta ser una novedad, ya que remarca en gran parte lo sostenido por los votos disidentes de los doctores Fayt y Boggiano en los autos *Arancibia Clavel*,[18] y repetido luego por el doctor Fayt en su voto minoritario *Espósito*,[19] entre otros.[20]

---

16 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2. *Cfr*. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso "Fontevecchia y D'Amico vs Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, *cit*., cdo. 14.

17 CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso "Fontevecchia y D'Amico vs Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, *cit*., cdo. 16.

18 CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa 259,* 24 de agosto de 2014.

19 CSJN, *Espósito, Miguel Á. s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter D,* 23 de diciembre de 2004, E 224 – XXIX.

20 Con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico, Argentina (CSJN, exp. 1307/2003) fue condenada por primera vez por la

### 2.2. Postura concurrente del juez Rosatti

Este ministro —que fue miembro de la Convención Nacional Constituyente— se une a los argumentos de la mayoría, particularmente en lo que hace a la esfera de reserva soberana de Argentina, añadiendo fundamentos propios.[21]

---

Corte IDH (fallo de 28 de noviembre de 2002, *Cantos vs. Argentina*) por violentar los arts. 1.1, 8 y 25 de la CADH. En efecto, el más alto órgano de justicia local no acató el pronunciamiento supranacional con respecto a unas costas producidas en el derecho interno y a la reducción de los honorarios de los peritos y abogados intervinientes. Como respuesta de ello, el Superior Tribunal de Argentina (en una sentencia dividida), ante el pedido del procurador nacional respecto a que se cumpliera el fallo interamericano (esto es, reducir la paga de los emolumentos profesionales), sostuvo, por mayoría, que no podía disponer lo pedido, porque de esa manera se afectaría el derecho de los terceros que no intervinieron en el pleito, y que además no podía afectarse la cosa juzgada local, que había dispuesto un monto mayor. En dicha ocasión, el doctor Maqueda, en su voto minoritario, puso de relieve que el Estado debía dar cumplimiento a las disposiciones de la Corte Interamericana, por ser obligatorias. El 26 de agosto de 2010, al supervisar la Corte IDH dichas actuaciones, dispuso que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento pronto a los puntos resolutivos pendientes de acatamiento de la sentencia regional. Esta todavía no ha sido cumplida por el derecho interno, pese a que ha habido varias actuaciones para no violentar el fallo regional.

21 El juez Rosatti señaló que "[...] a la luz de la obligación que surge del art. 68.1 de la CADH que ha sido suscrita por la República Argentina y goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), por la cual el Estado Nacional se compromete a cumplir con las decisiones de la Corte IDH en los procesos en que ha sido parte, corresponde poner de manifiesto lo siguiente: "Con relación al inc. c) del consid. 2°, se ha informado a este Tribunal que, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentra en vías de cumplimiento la medida de reparación prevista en el punto 4 de la parte dispositiva del referido fallo, hecho que da cuenta del principio de ejecución de dicho punto del pronunciamiento internacional (véase fs. 23/24 del escrito 2869/2016; fs. 1 del escrito 3201/2016). Con relación al inc. b) del consid. 2°, el 22 de noviembre de 2016 la Corte IDH declaró que el Estado argentino dio cumplimiento total a la medida de reparación ordenada en el punto 3 de su sentencia, relativa a la realización de las publicaciones del pronunciamiento internacional y del resumen oficial en los medios allí contemplados". *Cfr.* CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso "Fontevecchia y D'Amico vs Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, *cit*. Voto del doctor Rosatti, cdo. 4.

Para mientes en que "no se puede hacer prevalecer automáticamente y sin escrutinio alguno el derecho internacional —sea de fuente normativa o jurisprudencial— sobre el ordenamiento constitucional argentino, a los cuales los Tratados Internacionales (y con más razón la interpretación de dichos tratados) deben ajustarse y con los cuales debe guardar conformidad".[22]

Esta interpretación —agrega— es reflejo de una fuerte tradición constitucional doméstica, tal como supo exponer Joaquín V. González: "Un Tratado no puede tener la supremacía de la Constitución Nacional".

Señala que la frase de la Corte IDH "dejar sin efecto" debe interpretarse de manera armónica con el ejercicio de la máxima potestad jurisdiccional instituida en el sistema republicano constituido por el ordenamiento constitucional argentino (arts. 1, 8 y 16), "no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional sin violentar lo dispuesto en los arts. 27 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional argentina, cláusulas por cuya observancia esta Corte debe velar".[23]

### 2.3. Postura minoritaria del juez Maqueda

El ministro referido en el epígrafe —que también integró la Convención Constituyente de 1994— se pone, en alguna medida, en las antípodas de sus colegas, entiende que los decisorios de la Corte Interamericana deben cumplirse en su totalidad.

Por ello, siguiendo a pie juntillas los fundamentos de la Corte IDH en el caso *Fontevecchia*, sostiene justamente que corresponde "dejar sin efecto" la anterior decisión de la Corte nacional fallada con otra composición.

El doctor Maqueda, coherentemente con sus opiniones anteriores, en su lúcido voto discrepa con los jueces de la mayoría, pues, siendo las sentencias del organismo interamericano "obligatorias" y "vinculantes" en el ámbito de su competencia, no acatarlas —dice— implica una infracción convencional (art. 27 de la

[22] *Ibidem,* cdo. 5

[23] *Ibidem,* cdo. 8

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —Convención de Viena—).[24] Además, explica que negarse a dejarlas sin efecto evita cuestionamientos futuros (cdo. 6).

## 3. Casos en los que la Corte IDH ha mandado "dejar sin efecto" fallos locales

### 3.1. Generalidades

Si bien es por demás sabido que los órganos judiciales pueden —y a veces deben— modificar su jurisprudencia cuando resulte necesario, no lo es menos que en este asunto la Corte Suprema se pasó a las antípodas, concretando una doctrina que nos parece muy endeble.

En verdad, lo resuelto en *Fontevecchia* por el Tribunal del Pacto no es una novedad, ya que ha habido otros precedentes del mismo cuerpo en sentido similar.

Antes que nada —y para evitar confusiones— hay que tener bien en cuenta que en este trabajo estamos hablando de casos en los que el Tribunal de Costa Rica ha dejado sin efecto sentencias, pues, como parece una obviedad, en muchísimos otros asuntos mandó a dejar sin efecto, "prácticas", "normas" y "leyes" violatorias de la Convención.[25]

Vamos a traer a colación algunos asuntos sobre el particular sin pretender agotar los casos.

---

[24] CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso "Fontevecchia y D'Amico vs Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, *cit*. Voto del doctor Maqueda, cdos. 4 y 5.

[25] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM, 2011, t. II, pp. 339-429. También puede encontrarse como: "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012, p. 163.

### 3.2. El caso *Palamara Iribarne vs. Chile*[26]

En el fallo citado en el epígrafe, la Corte IDH determinó que los procesos llevados a cabo en la jurisdicción "penal" militar en contra de la víctima no tuvieron las garantías de competencia, imparcialidad e independencia necesarios en un Estado democrático, y el país debe "dejar sin efecto", en el plazo de seis meses, la sentencia emitida por la Corte Marcial de la Armada chilena por el delito de desacato.[27]

Esta sentencia espeja una saga de pronunciamientos —sobre todo de México— de ese Tribunal donde fustigó la posibilidad de que los cuerpos judiciales castrenses juzguen a civiles por delitos comunes.[28]

Importa alertar que Chile finalmente cumplió con el mandato de "dejar sin efecto en todos sus extremos las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Humberto Palamara"[29] (quien fue la víctima).[30]

Sin duda, la solución aquí brindada no podía ser enfocada de otra manera, ya que se trataba de una sentencia de un Tribunal Penal Militar totalmente incompetente y parcial.

---

26 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135.

27 *Ibidem*, párr. 253.

28 Como bien dice la jurista chilena María José Eva Parada ("Chile ante el Sistema Interamericano, el caso *Palamara*", *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2006), el fallo es de gran importancia para ese país, pues, entre otras cosas, exige adecuar el ordenamiento interno no solo en lo que señala con relación a las leyes de desacato, sino también en lo que respecta a la justicia militar. En ese orden de ideas, la Ley 20477, de 22 de noviembre de 2016, restringió la competencia de los tribunales militares de la forma aquí indicada.

29 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2016.

30 Véase CEJIL, "Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó resolución en relación con el caso Palamara Iribarne *vs.* Chile", 27 de agosto de 2009, *https://www.cejil.org/es/corte-interamericana-derechos-humanos-dicto--resolucion-relacion-caso-palamara-iribarne-vs-chile*

### 3.3. El caso *Tristán Donoso vs. Panamá*[31]

Otro ejemplo de esta matriz lo podemos ver en *Tristán Donoso vs. Panamá,* donde finalmente la Corte IDH condenó a "dejar sin efecto" una sentencia penal por violentar el Pacto de San José.

La víctima, Santander Tristán Donoso, trabajaba en 1996 como asesor legal de una Diócesis y en paralelo como abogado litigante y defensor. En su momento tuvo una conversación telefónica privada con su cliente que fue interceptada y grabada subrepticiamente, de donde surgiría *prima facie* que el procurador general de la Nación habría recibido en 1994 una suma de dinero en calidad de donación de dudosa procedencia. Dicho funcionario público divulgó el contenido y, debido a ello, el letrado aludido finalmente fue condenado por el delito de injurias.

Ante tal situación, luego de agotar los recursos internos, patrocinado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) promovió la denuncia ante la CIDH, que luego llegó a la Corte IDH. El Tribunal regional, con fecha 21 de enero de 2009, condenó al Estado a "[...] dejar sin efecto la condena penal [...] y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia [...]".[32]

---

31 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193.

32 Dijo allí: "Esta Corte ha determinado que la sanción penal emitida en contra del señor Tristán Donoso afectó su derecho a la libertad de expresión (supra párr. 130). Por lo tanto el Tribunal dispone que, conforme a su jurisprudencia, el Estado debe dejar sin efecto dicha sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que ésta pudiere tener respecto de terceros, a saber: a) la calificación del señor Tristán Donoso como autor del delito de calumnia; b) la imposición de la pena de 18 meses de prisión (reemplazada por 75 días-multa); c) la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual término; d) la indemnización civil pendiente de determinación; y e) la inclusión de su nombre de cualquier registro penal. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia". *Ibidem*, párr. 195. De la misma sentencia, Puntos Resolutivos, disposición 14.

En cumplimiento de lo dispuesto por la Corte IDH, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de Panamá absolvió al mencionado letrado de los cargos como autor del delito de calumnias, y dejó sin efecto las penas impuestas de 18 meses de prisión, la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos y el pago de la indemnización civil por el daño material causado a la víctima.

Por todo ello, en la supervisión[33] de 1 de septiembre de 2010, la Corte IDH dio por cumplidos en forma total los puntos resolutivos de la sentencia aludida y archivó las actuaciones.[34]

Obsérvese que el máximo órgano de justicia de Panamá, en su Sala Segunda, acató sin ambages lo dispuesto por la Corte regional, "dejó sin efecto" la providencia condenatoria, basándose exclusivamente en el mandato de la Corte IDH.

### 3.4. El caso *Kimel vs. Argentina*[35]

Eduardo Kimel era un conocido periodista de investigación que escribió el libro *La masacre de San Patricio*, ocurrida durante la dictadura militar argentina el 4 de julio de 1976. Allí se aludía al asesinato de cinco religiosos de la Orden de los Palotinos. El actor criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación y al juez en particular. El magistrado promovió una querella criminal, de la cual Kimel resultó condenado en primera instancia a un año de prisión en suspenso y a una multa de 20 mil pesos.

Para entender en pocas líneas el trámite de estas actuaciones, resulta preciso señalar su tránsito por el derecho interno, luego por la CIDH y por último en la Corte IDH.

---

33 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2010.

34 Con fecha 1 de septiembre de 2010.

35 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

En el caso, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal había absuelto en 1996 —por mayoría— al señor Kimel; sin embargo, la Corte Suprema nacional —también por mayoría—, con fecha 22 de diciembre de 1998,[36] revocó la sentencia absolutoria de segunda instancia y remitió la causa a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal para que dictara una nueva sentencia. El máximo órgano jurisdiccional nacional consideró que la decisión había sido arbitraria.

Después, el 17 de marzo de 1999, la Sala IV, siguiendo los lineamientos de la Corte doméstica, confirmó parcialmente la decisión condenatoria de primera instancia en lo que respecta a las penas, pero en vez de sentenciar al señor Kimel por injurias, entendió que se había configurado el delito de calumnias.

Contra la providencia de alzada, el afectado interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema nacional que fue rechazado, lo mismo que una queja que también fue desestimada, por lo que la condena quedó firme en el campo argentino el 14 de septiembre de 2000.

Ya en la instancia supranacional, el Tribunal interamericano, el 2 de mayo de 2008, concluyó, entre otros temas, que el Estado debe dejar sin efecto la condena penal impuesta a Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia.

Luego —y otra vez al ámbito doméstico—, el pronunciamiento de la Sala IV aludido fue atacado por vía del recurso de revisión, y resuelto el 10 de noviembre de 2011,[37] el que se apoyó en dos pilares: *1)* el fallo de la Corte IDH que había mandado dejar sin efecto la sentencia, y *2)* que la modificación legal dispuesta por la ley argentina 26.551[38] de los tipos penales en la que se basó

[36] CSJN. Fallos 321-3596.

[37] Causa 13.272. Fallo de la Sala III, CNCP, *Kimel, Eduardo G. s/ recurso de revisión,* registro 17 de agosto de 2011.

[38] Cabe enfatizar que, como consecuencia del tránsito supranacional del *Caso Kimel,* el 18 de noviembre de 2009 se sancionó la Ley 26.551, que modificó parcialmente el Código Penal del país. Por el art. 1 de dicha norma legislativa se sustituyó el art. 109 por el siguiente texto: "[...] la calumnia o falsa

la postura condenatoria habilita el recurso de revisión (art. 479, inc. 5 del Código Procesal Penal). Ante dicha petición, el fiscal general y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, en su calidad de "Amigo del Tribunal" aceptaron que se declarara procedente el recurso de revisión.

Con base en ello, dicha Sala de la Cámara Nacional de Casación Penal, apoyándose más en la modificación legislativa que en el fallo de la Corte IDH, declaró haber lugar al recurso de revisión y dejó sin efecto el pronunciamiento condenatorio, acatando de ese modo el decisorio interamericano de 2 de mayo de 2008.

Finalmente, la Corte IDH, luego de tres supervisiones, declaró que el Estado argentino ha dado total cumplimiento a la obligación de dejar sin efecto la condena penal, por lo que decidió archivar el expediente.[39]

---

imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida por multa de pesos tres mil ($ 3000) a pesos treinta mil ($ 30.000). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las cuales no sean asertivas [...]". El art. 2 de dicha ley modificó el art. 110 del siguiente modo: "[...] el que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos ($ 1500) a pesos veinte mil ($ 20.000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardas en relación con un asunto de interés público [...]".

[39] El pronunciamiento fue el siguiente: "[...] Declara que: El Estado ha dado cumplimiento total a la obligación de dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven (punto resolutivo séptimo de la Sentencia), de conformidad con lo señalado en los Considerandos noveno a décimo tercero de la presente Resolución. Y Resuelve: 1. Dar por concluido el caso Kimel, dado que la República Argentina ha dado cumplimiento íntegro a lo dispuesto en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de mayo de 2008. 2. Archivar el expediente del presente caso. 3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2013. 4. Que la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos notifique la presente Resolución a la República Argentina, a los representantes de los familiares de la víctima y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [...]". Corte IDH. *Caso Kimel*

Se advierte aquí que el poder judicial doméstico, por vía indirecta (a través del recurso de revisión) dejó sin efecto una sentencia local, que esta vez no había sido dictada por la Corte Suprema, sino por un tribunal inferior.

### 3.5. El caso *Bueno Alves vs. Argentina*[40]

En el caso aludido en el epígrafe, tramitado durante la época democrática en Argentina (1988), fue detenido Bueno Alves, quien denunció casos de tortura. Como consecuencia de ello, se condenó a René J. Derecho por el delito de torturas de las que había resultado víctima también Pérez Galindo, siendo el caso sobreseído por el Tribunal Supremo argentino, al haberse declarado extinguida la acción penal por prescripción.[41]

Contra el fallo, y en las mismas actuaciones, el señor Pérez Galindo —como querellante— dedujo un recurso de aclaratoria, vía que fue recalificada por la Corte Suprema como "recurso de revocatoria". Este cuerpo declaró haber lugar a tal recurso —por mayoría—,[42] citando expresamente las consideraciones expuestas en el precedente *Espósito*.[43] En consecuencia, sin más argumentación que la referencia al caso *Bulacio*, le dio cabida a la revocatoria, dejando sin efecto el fallo de la propia Corte y devolviendo las actuaciones al Tribunal de origen.[44]

---

*vs. Argentina.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013.

40 Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 164.

41 CSJN, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal -causa 24.079,* sentencia de 29 de noviembre de 2011, D. 1682. XL.

42 Con los sufragios de los jueces: Highton de Nolasco, Petracchi, Zaffaroni y Maqueda, según su voto, y con las disidencias de los jueces Faty y Argibay, quienes propusieron declarar haber lugar a la prescripción.

43 CSJN, *Caso Espósito*, 2004. Fallos 327:5668.

44 La Corte IDH, en su supervisión de sentencia de 5 de julio de 2011, dispuso —entre otras cosas— realizar las debidas investigaciones para determinar las responsabilidades correspondientes por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea (punto 3.b).

### 3.6. El caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*

El caso *Herrera Ulloa*[45] tiene una gran similitud con el asunto *Fontevecchia*.

Mauricio Herrera Ulloa fue condenado por vía penal y civil en el derecho interno costarricense a raíz de varias publicaciones. Se trató de un periodista que trabajaba en el diario local *La Nación,* quien publicó, en su momento, un grupo de artículos en los cuales denunciaba por diversas conductas ilícitas a un funcionario, Félix Przedborski, que representaba a dicha nación ante un organismo supranacional: la Organización Internacional de Energía Atómica (OIEA).

Este último incoó en mayo de 1995 dos querellas por "delitos de difamación, calumnias y publicaciones ofensas". Herrera Ulloa finalmente fue condenado por el máximo Tribunal de justicia del país, lo mismo que la empresa periodística donde trabajaba.

Posteriormente, la Corte IDH sancionó al Estado costarricense, considerando que en el territorio aludido no estaba prevista la doble instancia en materia penal, de conformidad con el artículo 8.2.h del Pacto de San José, y existiendo otras irregularidades al debido proceso legal. Sostuvo que se debía dejar sin efecto en todos los extremos la sentencia penal condenatoria.

En la supervisión de sentencia de 22 de noviembre de 2010, la Corte IDH señaló que Costa Rica cumplió a cabalidad con el fallo.

Adviértase que, en este asunto, en el derecho interno, en lugar de "anular" literalmente la decisión condenatoria y sus consecuencias, el Estado acató las órdenes de la siguiente manera: *1)* por medio del Juzgado Contencioso Administrativo ordenó la cancelación de los intereses, etc., y *2*) en cuanto a las costas, a través de un Tribunal Constitucional Administrativo, puso a disposición del diario *La Nación* los fondos pertinentes.[46]

---

45 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

46 Sobre el particular dijo el Tribunal: "[...] Con respecto a la obligación de dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de no-

No va a resultar ocioso puntualizar que, a causa de ello, ese cuerpo judicial interamericano dio por cerrado el caso y archivó las actuaciones.[47]

Obsérvese que ni el Estado, en general, ni el poder judicial, en particular, hicieron objeciones algunas a la posibilidad de "dejar sin efecto" fallos domésticos, no se cuestionó entonces —como hizo la Corte Suprema argentina— las potestades del órgano regional.

De paso, debemos tener presente que no fue el Tribunal Superior el que cumplió el fallo, sino otros órganos del ámbito doméstico.

---

viembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José (punto resolutivo cuarto de la Sentencia), el Estado informó lo siguiente: a) sobre la suma adeudada por intereses, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda aprobó, mediante resolución de 8 de septiembre de 2009, la cancelación de intereses legales y moratorios por un monto de ¢8.447.457,44 colones, el cual fue depositado a favor de La Nación el 13 de noviembre de 2009, y b) en cuanto al monto adeudado por costas personales, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera del Segundo Circuito Judicial de San José, aprobó por medio de resolución de 23 de febrero de 2010 la suma de ¢422.372,87 colones, la cual 'se encuentra a disposición de la empresa para ser girada contra el fondo de costas que el Estado mantiene para este fin'. Asimismo, señaló que ha solicitado la gestión de los trámites correspondientes para que dicho monto sea depositado en la cuenta bancaria de la empresa. Por lo anterior, el Estado consideró que 'ha satisfecho las obligaciones derivadas de la Sentencia de 2 de julio de 2004, motivo por el cual solicitó que se declare el cumplimiento definitivo en este aspecto' [...]". Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010, párr. 7.

47 En tal sentido, resolvió: "[...] 1. Dar por concluido el caso Herrera Ulloa, dado que la República de Costa Rica ha dado cumplimiento íntegro a lo ordenado en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de julio de 2004; 2. Archivar el expediente del presente caso; 3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su próximo periodo ordinario de sesiones por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2010; y 4. Requerir a la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que notifique la presente Resolución a la República de Costa Rica, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de la víctima [...]". *Ibidem*, Puntos Resolutivos.

## 4. Es posible dejar sin efecto fallos domésticos

### 4.1. Argumentos del fallo argentino comentado

Como anticipamos, el pronunciamiento bajo análisis, si bien implicó un tratamiento meduloso de la cuestión que venimos enfocando, consideramos que la mayoría se ha apegado demasiado al dualismo, minimizando de algún modo las potestades de la Corte IDH en lo que tiene que ver con los artículos 62, incisos 3 y 68 de la CADH. De la postura mayoritaria se advierte que, si bien los pronunciamientos de ese órgano jurisdiccional regional son obligatorios, no pueden ordenarle a la más alta jerarquía judicial doméstica cazar, anular o dejar sin efecto sentencias.

Lo que importa aquí no es tanto el incumplimiento de la Corte Suprema, sino los principios que fijó el fallo; que pueden significar un paso hacia atrás para Argentina en el ámbito de los derechos humanos y en el control de convencionalidad.[48]

Se parte del artículo 27 de la CN, que señala que los tratados con las potencias extranjeras deben estar en conformidad con los principios del derecho público establecidos por la carta magna. Parece surgir de ese postulado un debate que todavía continua sobre la prioridad de la Constitución con respecto a los tratados internacionales y viceversa. Por ello, tal pronunciamiento parte de la idea de que la jurisdicción supranacional tiene una esencia "subsidiaria" y que el Tribunal "supremo" nacional, por su carácter de tal, no puede recibir órdenes del cuerpo jurisdiccional interamericano.

Lo que debe quedar bien claro es que los fallos de la Corte IDH tienen como fuentes el *ius cogens* (la costumbre internacional) y los tratados sobre derechos humanos, que, como vemos, son de distinta esencia que los tratados entre dos Estados.

[48] Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, México, Porrúa, 2015, col. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 111.

De allí que, según nuestra posición, el artículo 27 de la CN obviamente no tuvo en la mira —considerando la época— a los tratados sobre derechos humanos que implican una cesión parcial de la soberanía cuando el Estado se adhiere a ellos, porque la Corte IDH no es un Tribunal extranjero, sino que forma una soldadura indestructible entre el derecho interno y el derecho internacional.

Siendo así, puede ser que la Corte IDH haya utilizado en varias oportunidades la frase "dejar sin efecto" de manera no muy feliz en su aspecto terminológico, ya que, en lugar de ello, pudo haber dicho que el derecho doméstico se adaptara a la Convención, sin aludir a esa expresión ("dejar sin efecto") que lleva a posturas ríspidas en el campo local. Por ello pensamos que en el futuro debería adaptarse esta fraseología sin mutar su esencia.

Lo cierto es que las cuestiones *sub examine* llegan al Tribunal Supremo argentino vía oficio de la Cancillería (Dirección General de Derechos Humanos) para que ese cuerpo "[...] cumpla en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, con la sentencia publicada por la Corte Interamericana [...]" (párr. 4).

Recuérdese que la Corte IDH había dispuesto: *a)* dejar sin efecto la condena civil, así como todas sus consecuencias; *b)* publicar un resumen oficial de la sentencia, y *c)* entregar las sumas reconocidas en dicho fallo.

Uno de los puntos nucleares del fallo analizado es que el cuerpo interamericano no tiene competencia para ordenar a los órganos jurisdiccionales de la más alta jerarquía del derecho interno "dejar sin efecto" sus sentencias, y otro de los argumentos basilares radica —según la mayoría (cdo. 16)— en que dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución "resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios centrales del derecho público argentino".

Entre esos postulados inconmovibles se halla —dice el pronunciamiento— el "carácter de órgano supremo" de la Corte de Justicia de la Nación. De ahí entonces que, según esta opinión —que no compartimos—, el mismo no puede recibir "órdenes" internacionales; se trata de una "esfera de reserva soberana" (art.

27 CN) a la cual los tratados internacionales deben ajustarse. Esta pauta es totalmente ratificada por el ministro Rosatti (cdos. 4 a 6).[49]

Parece fácil deducir de lo contextualizado que los fundamentos de la mayoría, sumados a los del juez Rosatti, se apoyan en alguna medida en la disidencia del doctor Fayt en el caso *Espósito* (cdo. 13),[50] que a su vez venían instalados en *Arancibia Clavel*.[51] Es decir que el exministro supremo enlaza los argumentos de *Arancibia Clavel* y de *Espósito* que, en definitiva —eso creemos—, florecen en el asunto *Ministerio de Relaciones Exteriores* (*Fontevecchia*) aquí comentado.[52]

Ello sin perjuicio de que el doctor Rosatti sostiene enfáticamente que los tratados internacionales están en una escala inferior a la CN, por lo que deduce que no puede cumplirse la orden de la Corte IDH de "dejar sin efecto" el fallo de la Corte nacional de 2011. Aclara —y en esto estamos totalmente de acuerdo— (en

[49] Este ministro sostiene —citando a Joaquín V. González— que un tratado no puede alterar la supremacía de la CN, p. ej., cambiando la forma de gobierno, suprimiendo una provincia, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos, "[...] en cuanto a la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional [...]" (cita textual de Joaquín V. González).

[50] Dijo allí que "[...] el art. 27 de la Constitución Nacional debe ser ponderado como una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Por ello, la interpretación propiciada preserva —ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo Tratado—, el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de la soberanía [...]". Aquí cita su disidencia en el *Caso Arancibia Clavel*, cdo. 16.

[51] CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique L. s/ homicidio y asociación ilícita -causa 259,* sentencia de 8 de marzo de 2005.

[52] Repárese en que —y creemos que esto es de gran importancia— en ambos expedientes donde vota el doctor Fayt en disidencia se tratan cuestiones "penales", mientras que aquí estamos haciendo referencia a asuntos "civiles".

el cdo. 8 de su voto) que, en un contexto de "diálogo jurisprudencial", debe procurarse mantener la convergencia decisional entre los organismos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, "reconociendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como último intérprete de la CADH (art. 62, puntos I y III CADH)" y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional argentina (arts. 116 y 117 CN). Por ello concluye que la sentencia *Fontevecchia* está "prácticamente cumplida",[53] lo único que no es posible es revocar —añade— el decisorio nacional.

En síntesis, de los basamentos centrales del fallo mayoritario podemos llegar a las siguientes conclusiones:

*1)* no es competencia de la Corte Interamericana "dejar sin efecto" un fallo de la más alta autoridad judicial del país;
*2)* tal mecanismo restitutivo no está contemplado en el artículo 63.1 de la CADH, ni siquiera fue pensado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana;
*3)* la competencia de la Corte del Pacto está "limitada" sobre la base del principio de subsidiariedad. Esta comprensión —dice la Corte Suprema— está abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en sus doctrinas del margen de apreciación nacional;
*4)* el cimero Tribunal regional no revisa los pronunciamientos domésticos;
*5)* dejar sin efecto equivaldría a "revocar";
*6)* la *integrum restitutio* —el remedio restitutivo— visto por la Corte IDH como forma de reparación, pues ella misma ha sostenido en muchos casos que tal remedio es improcedente, pues puede suceder que dicho esquema en ciertas hipótesis sea imposible o íntegramente inadecuado;
*7)* la cualidad de "órgano supremo" de la Corte Suprema forma parte de los principios de derecho público a los que hace referencia el artículo 27 de la CN. El constituyente —añade— ha consagrado en la citada norma[54] una esfera de reserva soberana, a la cual los tratados internacionales

[53] En esto —como veremos— no estamos de acuerdo.

[54] Citando a Joaquín V. González, como vimos.

deben ajustarse. Por ello, no es posible hacer prevalecer automáticamente —sin escrutinio alguno— el derecho internacional sobre la carta magna;

*8)* la Corte Suprema no niega obligatoriedad al pronunciamiento del Tribunal internacional, solo que en este caso carece de competencia y, por último,

*9)* tanto la mayoría como el voto coincidente del doctor Rosatti entienden que la cuestión debe resolverse en un contexto de diálogo jurisprudencial partiendo de la base —para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional— de que la Corte IDH es el último intérprete de la CADH (art. 62, puntos 1 y 3 CADH), y que la Corte Suprema es el último intérprete de la CN (arts. 116 y 117).

## 5. Réplica

### 5.1. Tratados clásicos y tratados sobre derechos humanos

Antes que nada, conviene repetir que no coincidimos con todos los argumentos del pronunciamiento local de la mayoría, pues los principios de derecho público, a los que según el mismo deben conformarse los tratados, no fueron pensados para esta época donde imperan los "tratados sobre derechos humanos", sin perjuicio —claro está— de lo dispuesto en la Reforma de 1994, esencialmente en el artículo 75, inciso 22 de ese ordenamiento, que obviamente los tuvo en cuenta.

Es importante hacer una marcada dicotomía entre los tratados clásicos y los que reglamentan internacionalmente los derechos humanos, aunque se aprecian notables diferencias entre los tradicionales y los atinentes a las libertades del hombre. En efecto, estos tienen un contenido que apunta a una garantía mínima cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé; además, no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios ni rige para ellos el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas. En este tipo de instrumentos el destinatario es el ser humano; y los Estados, en estos casos,

no tienen un interés propio, puesto que apuntan a mantener las prerrogativas del ser humano. Por otra parte, la mayoría de ellos crea obligaciones *erga omnes* para los gobiernos y, además, no se aplican las reglas generales sobre "reservas", que imperan para los tratados clásicos.[55]

Digamos que el objeto y fin de los documentos abordados en este apartado son los derechos fundamentales del hombre, y no quedan sin efecto —como los otros— en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rasgos definidores es que se le reconoce al individuo la calidad de sujeto de derecho internacional.

Siendo ello así, es fácil colegir que cuando el voto mayoritario habla de la fórmula argentina, de la reserva de soberanía y de los tratados que estén en conformidad con los principios del derecho público argentino establecidos en el artículo 27 de la CN (cdos. 16 a 18), creemos que el razonamiento no se autoabastece, ya que existe una notable diferencia entre aquellos tratados y los que regulan los derechos humanos aludidos.

En efecto, la carta magna de 1853-1860 aludía a los tratados de paz y comercio de aquel momento, que nada tienen que ver con las convenciones internacionales tuitivas de las potestades y libertades del hombre.[56]

### 5.2. *Kompetenz-Kompetenz*

El fallo de la Corte Suprema considera que la entidad judicial interamericana no tiene "competencia" para dejar sin efecto sentencias domésticas que han pasado en autoridad de cosa juzgada.

---

55 Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad..., cit.*, cap. XI, p. 108.

56 En este sentido, Midón sostiene con acierto que aquel precepto aludía a los tratados de paz y comercio propios de ese contexto histórico: "[...] paz en cuanto antítesis de guerra y comercio en la más pura acepción de compraventa de mercancías". Véase Midón, Mario, "El alzamiento de la Corte ante una sentencia de la CIDH", cit. por Gil Domínguez, Andrés, "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", *La Ley*, 3 de abril de 2017.

Sin embargo, como se infiere de un postulado clásico del derecho procesal, es el cuerpo de la más alta jerarquía judicial el que tiene la aptitud de juzgar sobre su propia competencia.

Si bien es cierto que la Conferencia Especializada[57] eliminó la potestad que surgía del artículo 51 del Proyecto de la Comisión (a diferencia de su homónima europea,[58] que la contempló), la Convención Americana nada dijo sobre esta temática, aunque de su contexto se infiere tal posibilidad, por ser la Corte IDH el único órgano jurisdiccional del modelo regional. Además —como expresa Buergenthal—, tal laguna fácilmente puede llenarse sosteniendo que es regla del derecho internacional generalmente reconocido, que es incumbencia del más alto cuerpo de justicia sentenciar sobre su propia competencia, lo que los alemanes llaman *Kompetenz-Kompetenz*. Es que decidir esto, al igual que interpretar el Estatuto y el Reglamento que rigen su organización y funciones, constituye una atribución esencial de la independencia que debe poseer todo órgano convencional.

Así lo ha hecho presente la Corte IDH al parar mientes en que, como todo cuerpo con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, ya que el reconocimiento de la misma por el Estado presupone la admisión del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Convención Americana.[59] En tal sentido, ha considerado que no puede dejar

---

57 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, OE/Ser.K/XVI/1.2., San José, Costa Rica, 7 a 22 de noviembre de 1969. Véase Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad*..., *cit*., cap. XI, p. 108.

58 El art. 49 del Convenio de Roma dice: "En caso de que sea discutida la competencia del Tribunal, este decidirá sobre la misma". Tal criterio había sido instalado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Buergenthal, Thomas, "Las convenciones europea y americana: algunas similitudes y diferencias", en AA. VV., *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D.C., OEA, 1980, p. 121.

59 Corte IDH. *Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*... *cit*., párr. 68; del Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 33; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54, párr. 34; *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. Repúbli-*

a la voluntad de los países la determinación de cuáles hechos se encuentran excluidos de su competencia.[60]

De ello fácilmente cabe colegir que cualquiera que sea el argumento de la Corte argentina, la potestad de decidir la competencia de la interamericana es exclusiva del Tribunal con asiento en Costa Rica.[61]

---

*ca Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130; párr. 78; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 118, párr. 74; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 45, *Caso García Prieto y otro vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 41; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 14.

60 La aplicación de esta potestad se observa en el *Caso Vélez Loor*, en el que se había cuestionado la competencia de la Corte IDH para conocer de violaciones a la Convención contra la Tortura. Por ello expresó allí que "Si bien el art. 8 de la Convención contra la Tortura (Este precepto dispone respecto a la competencia para aplicarla que 'una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que este prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado' al que se atribuye la violación de dicho tratado) no menciona explícitamente a la Corte Interamericana, este Tribunal se ha referido a su propia competencia para interpretar y aplicar dicha Convención, en base a un medio de interpretación complementario, como son los trabajos preparatorios, ante la posible ambigüedad de la disposición". Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218, párr. 33, y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 51.

61 Desde esta vertiente, el profesor Nogueira Alcalá ha dicho que, en Chile, las reglas derivadas de la Convención Americana son normas internacionales incorporadas al derecho interno, por lo cual deben ser aplicadas por la jurisdicción local como fuente del ordenamiento jurídico del país, además de ser normas internacionales cuyo intérprete supremo es la Corte de San José. Nogueira Alcalá, Humberto, "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el 'caso Almonacid Arellano'", *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 2, 2006, pp. 363 y 364.

### 5.3. Vuelta al dualismo

Desde otro punto de vista, como bien señalan algunos autores, al no darle a los tratados internacionales la verdadera jerarquía constitucional que poseen se vuelve a la teoría dualista[62] —por oposición a la monista—, apareciendo generalmente una serie de conflictos entre ambos modelos en relación con la "autonomía" de cada uno y con la "prioridad" o "prelación" que le corresponde.

### 5.4. El principio de subsidiariedad

En el asunto comentado, el voto mayoritario sostiene que en el modelo regional impera el principio de subsidiariedad, criterio que compartimos ampliamente (cdo. 8). Pero de ello no puede inferirse de ninguna manera que en el sector nacional sea posible resolver los juicios sin acatar los pactos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.[63]

La premisa de la CADH es que los países deben concluir sus problemas dentro de sus fronteras, pero a sabiendas de que, si se equivocan, las actuaciones pueden llegar —vía Comisión IDH— a la propia Corte, que es —como varias veces dijimos— el último y más genuino intérprete de los tratados a los que el país se ha adherido.[64]

---

62 Abramovich, Víctor, "Comentarios sobre el 'caso Fontevecchia', Buenos Aires, CJDH-UNLA, 17 de febrero de 2017.

63 Hitters, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales", *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año V, núm. 1, 2007, pp. 208 y ss.

64 Al respecto, debe recordarse, como lo ha establecido el mencionado cuerpo regional, que "[...] el Estado 'es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno [...], antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos' [...]". *Cfr*. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, núm. 144, párr. 66; *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sen-

Cuando el Tribunal cimero nacional, en el voto del doctor Rosatti, hace referencia al "diálogo", pensamos que una de las formas más contundentes para lograrlo es "armonizando" el derecho nacional y el internacional de los derechos humanos a través de lo que se ha dado en llamar "cláusula de interpretación conforme"[65] (arts. 27, 75, inc. 22, y 108 CN y art. 27 CADH).

En síntesis, el principio de subsidiariedad tiene en la mira que en el ámbito doméstico se concluyen los pleitos (art. 46.1 CADH), y el Tribunal regional solo interviene —y con amplias potestades— cuando no se han respetado las convenciones.

Bajo esta hermenéutica, si bien el fallo analizado habla de "diálogo", no debería haber concluido que los pronunciamientos de la Corte local no pueden ser dejados sin efecto por el Tribunal interamericano.

### 5.5. Margen de apreciación nacional

El fundamento del "margen de apreciación nacional", utilizado por la mayoría, nos parece que no puede llegar a resultados tan contundentes. Tiene límites y juega a fondo solo cuando no hay jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema.

La Corte Suprema señala que el Tribunal interamericano no tiene carácter de órgano de casación o de apelación, citando en esto el fallo del Tribunal regional *Genie Lacayo*.[66] De esa manera, liga los conceptos de "margen de apreciación nacional" con el de "subsidiariedad" (cdo. 10),[67] deduciendo que la Corte IDH

---

tencia de 26 de mayo de 2014. Serie C, núm. 278. Voto conjunto disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 63.

65 La misma consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual las reglas contenidas en las cartas magnas locales son "armonizadas" con los postulados y principios que surgen de los tratados de derechos humanos. Hablamos de tratados constitucionalizados.

66 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30.

67 Díaz Crego, María, "Margen de apreciación nacional", *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Alcalá de Henares,

no posee el poder de dejar sin efecto la sentencia de la causa en cuestión, porque esto significaría inmiscuirse en el derecho interno (cdo. 11).

Uno de los temas más complicados de esta problemática es saber cuál es el margen y qué amplitud tiene.[68] Tal figura ha sido utilizada —dice la Corte nacional— por el TEDH.[69] La podemos definir como una especie de "deferencia" del cuerpo supranacional hacia las autoridades locales, para que sean estas las que fallen en determinadas cuestiones, con independencia de los organismos que imponen los tratados internacionales. Ello se da en aquellas hipótesis en las que el cuerpo jurisdiccional internacional "considera" que los judiciales internos están en mejores condiciones para fallar el asunto.

Por eso pensamos que el campo se "achica" cuando existen criterios o estándares establecidos por la Corte IDH.[70]

De todos modos, lo cierto es que, tal como lo expresamos, sería conveniente "flexibilizar" en lo posible esa posición que impone la supremacía convencional o interpretación jerárquica, por el "principio de la coordinación" entre los sistemas nacionales e internacionales y viceversa,[71] esto es, lo que ha dado en llamarse diálogo jurisprudencial entre la justicia local y la internacional.[72]

---

Universidad de Alcalá, *http://diccionario. Pradpi.org/inicio/indez.php/términos_pub/view/94*

68 Como vimos, esta es la teoría que manejó el doctor Fayt en sus votos de Simón, Mazzeo y Bulacio, entre otros.

69 Aunque, en puridad, en verdad fue la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos la que hizo expresa referencia a tal corriente, hundiendo sus raíces en la idea del *marge d'appréciation* aplicada por el Consejo de Estado francés. Díaz Crego, María, *op. cit.*

70 Véase García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C.*, Puebla, México, vol. V, núm. 28, diciembre de 2011.

71 Carpizo, Jorge, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013, pp. 939-971.

72 Nogueira Alcalá, Humberto, "El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile",

Un ejemplo que ha dado la Corte Interamericana sobre la aplicación del margen de apreciación nacional es el caso *Castañeda Gutman vs. México*,[73] donde "permitió" que la dirección del Gobierno y su actividad democrática interior fuera competencia exclusiva del Estado mexicano, en ciertos temas electorales.[74]

Sin embargo, en asuntos como en el caso *Gelman vs. Uruguay*,[75] el cuerpo regional le negó a la Suprema Corte[76] de ese país la posibilidad de poner en juego el margen de apreciación nacional. Ello ocurrió cuando el Tribunal interamericano se ocupó del problema en la supervisión de cumplimiento de sentencia,[77] sosteniendo que ese país debía acatar el fallo dictado por él.

Este fue un caso muy similar a *Fontevecchia-Ministerio*,[78] ya que la Corte IDH entendió que la Suprema Corte oriental no había acatado su fallo *Gelman vs. Uruguay*.

## 6. Consecuencias jurídicas de la falta de anulación

Al haber rechazado la Corte Suprema en 2011 la posibilidad de dejar sin efecto su fallo de 2001,[79] quedan dos decisorios firmes que encierran una contradicción.

---

*Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional*, La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.

73 Sentencia de 6 de agosto de 2008.

74 Carpizo, Jorge, *op. cit*.

75 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2010. Serie C, núm. 221, párrs. 241-246.

76 Suprema Corte del Uruguay, *Caso M. L., J. F. F., O. Denuncia excepción de inconstitucionalidad,* Sentencia de 18 de febrero de 2013, por mayoría. IUE -II- 109971/2011.

77 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 69.

78 Similar, pero no idéntico, porque la Corte uruguaya —a diferencia de la argentina— le había negado valor vinculante al pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre el tema.

79 CSJN, 324:2985, de 25 de septiembre de 2001..., *cit*.

En 2001, el Tribunal cimero argentino había condenado a los accionados por violación al derecho a la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (arts. 14, 19 y 33 CN; 17, párrs. 1 y 2, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y 2 y 3 de la CADH), y a pagar una indemnización a favor del expresidente Carlos Menem.

En 2011, la Corte IDH declaró haber lugar a la demanda contra el Estado argentino y dispuso dejar sin efecto aquella "condena civil", así como todas sus consecuencias. Recuérdese que en la vía doméstica se había dispuesto indemnizar a Carlos Menem, y que el Tribunal supranacional dijo que tal reparación era improcedente. Esto implicó que, al haber abonado el Estado la indemnización correspondiente por la sentencia de 2001, luego, y como consecuencia de ello, tal pago puede verse como un enriquecimiento (sin causa) en virtud de lo dispuesto en el artículo 1794 del Código Civil, lo que podría potenciar al Estado a llevar a cabo la repetición.[80]

Lo cierto es que, como acabamos de sostener, y pese a la interpretación de la Corte argentina,[81] la contradicción sería: por un lado, pagarle a Menem (fallo Corte Suprema 2001) y, por otra parte, el Estado nacional debe entregar las sumas reconocidas en el fallo regional.[82]

Si esto se acata a pie juntillas, el Estado estaría haciendo un pago indebido.

---

80 Como dice Palacio de Caeiro, "[...] aquí se torna importante indagar acerca de un resarcimiento por parte del Estado nacional debido a sumas pagadas a un tercero que finalmente se benefició. A resultar condenas patrimoniales aquél debe tener la posibilidad de resarcirse, pero tal contingencia se torna imposible al mantenerse la autoridad de la cosa juzgada interna en el caso 'Menem [...]', cuyos efectos fueron dejados sin efecto y anulados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...]". Véase Palacio de Caeiro, Silvia B., "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Ley*, Buenos Aires, 8 de marzo de 2017, p. 21.

81 Véase voto del doctor Maqueda, cdo. 6.

82 Conforme a lo dispuesto en la sentencia regional y en la última supervisión de la Corte de 29 de noviembre de 2016, Punto Resolutivo 1.d.

## 7. La controvertida interpretación del Tribunal Supremo nacional

Este órgano judicial llevó a cabo una interpretación forzada del Sistema Interamericano —creemos— para llegar a la conclusión de que no puede ser obligado a "dejar sin efecto" los pronunciamientos que él emite.

A nuestro modo de ver, las reglas regionales no necesitan ningún tipo de interpretación, pues el artículo 63.1 es muy claro al sostener que, cuando hubo violación, la Corte IDH puede disponer que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad vulnerados y, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias y el pago de una indemnización. Y justamente en la frase "que se reparen las consecuencias" está incluida la posibilidad de "dejar sin efecto" un decisorio local (*in claris non fit interpretatio*).

Ello así, pues "anulando" o "revocando" una sentencia local deficitaria se reparan las consecuencias y se puede indemnizar a la víctima.

No obstante eso —y a todo evento—, si fuese imprescindible una hermenéutica, nos parece que la que ejercitó la Corte Suprema es muy discutible, y creemos que los casos que cita no se acomodan al caso analizado.

Como sabemos, se parte de la base del artículo 27 de la CN para llegar —a través de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena— al resultado de la imposibilidad de revocar o anular, por mandato de la Corte IDH, los fallos domésticos.

Vemos que aquí también hay un hueco argumental en el Tribunal argentino, porque, si bien es cierto que la Convención de Viena ilumina el derecho de los tratados, no lo es menos que ese cuerpo normativo apunta especialmente a los convenios entre países, y no específicamente a los atinentes a los derechos humanos, que, como expresamos, precisan de una interpretación muy afinada, teniendo en cuenta la materia sobre la que se ocupan.

Desde esa vertiente pensamos que, al "cambiar" la Corte nacional su anterior jurisprudencia, se ha inaplicado el principio de

no regresividad, el cual establece que no debe crearse o modificarse normativa o postulados que vengan a reducir la pantalla protectora ya existente.

Esto es por vía del principio, pues obviamente no significa que un tribunal no pueda alterar sus criterios cuando lo considerare necesario; pero debe tenerse mucho cuidado en el campo de los derechos humanos.

En efecto, si tenemos en cuenta que ese cuerpo jurisdiccional —en *Kimel*— abrió la posibilidad de "dejar sin efecto sus sentencias'", resulta que ahora ha puesto en discusión ese postulado, lo que implica una regresión (no regresividad).

En el considerando 12, el Tribunal supremo argentino dice que dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada importa acudir a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional, agregando que el análisis "textual" —gramatical— es fundamental, puesto que la letra de los tratados determina los límites de la competencia remedial.

Del artículo 31 de la Convención de Viena deduce que los organismos internacionales poseen competencia limitada, de la manera prescrita en los instrumentos que los han constituido, y carecen de jurisdicción para seleccionar los remedios que quieran, y por lo que, a tenor literal del artículo 63.1 de la Convención, se entiende que el Tribunal regional no está en condiciones de disponer tal "amputación" a una sentencia dictada en sede nacional.[83]

Observando la problemática interpretativa desde la ventana del Pacto de San José y de la jurisprudencia interamericana, debemos reiterar que, cuando la Corte doméstica se niega a modificar su propio fallo, achica la tutela internacional, dándole prioridad a una norma interna (art. 27 CN),[84] en infracción al artículo 27 de la Convención de Viena aludida.

---

83 Considerando 13, voto de la mayoría.

84 Corte IDH. OC- 4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva de 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4. Voto separado del juez Piza Escalante.

La clave de bóveda para evitar desenfoques es no olvidar la doctrina legal del propio Tribunal del sistema regional, donde se sostiene que, para interpretar una convención sobre derechos humanos, hay que tener en cuenta tres elementos fundamentales: *1)* el propio tratado; *2)* el *ius cogens*, y *3)* la jurisprudencia de la Corte IDH.

Estas doctrinas fueron ratificadas por las opiniones consultivas OC-3/83[85] y OC-8/87[86] donde —ya lo adelantamos— se llega a la conclusión de que el sistema de la Convención Americana está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo. Cada uno de los convenios sobre derechos humanos debe analizarse teniendo como base el objeto y fin de los mismos. Por ello dijimos que el Tribunal Supremo argentino ha desinterpretado lo dicho por la Corte IDH en *Perozo*, *Genie Lacayo*, *Aloeboetoe* y *Blake*,[87] entre otros.

Veamos. Cuando la Corte Suprema trae a colación los casos *Aloeboetoe* y *Blake* para llegar a la conclusión de que el mecanismo restitutivo no está regulado en la CADH, importa poner de relieve que, en ambos asuntos, la situación fáctica era muy distinta a la aquí analizada, pues en sendos precedentes la *restitutio* no fue posible, ya que las víctimas habían fallecido.

El primero de ellos abordaba, entre otras, la cuestión de la desaparición forzada de Nicholas Blake,[88] de ahí que la "revisión" no fuera factible, aunque sí la indemnización compensatoria a los familiares.

El caso *Aloeboetoe* [89] se trataba de cinco campesinos que vivían alejados de los centros urbanos —cimarrones se dice en el

---

85 Corte IDH. OC-3/83. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 8 de septiembre de 1983. Serie A, núm. 3, párr. 48.

86 Corte IDH. OC-8/87. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8, párrs. 4-21.

87 CSJN, fallo *Ministerio del Interior...*, *cit*., cdo. 15.

88 Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, núm. 36.

89 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C, núm. 11.

fallo— que fueron asesinados por las fuerzas militares de Surinam. Allí tampoco fue posible la *resitutio in integrum,*[90] por eso se indemnizó a los deudos.

La Corte Suprema,[91] haciendo referencia al caso *Perozo,*[92] sostiene que el Sistema Interamericano se autodefine como subsidiario y que el cuerpo jurisdiccional regional no constituye una "cuarta instancia" que revisa o anula fallos internos. Si bien ello es cierto, creemos que el citado expediente contra Venezuela tampoco es cabalmente aplicable al caso que no ocupa, porque allí la Corte IDH no pudo juzgar el fondo, pues no se habían agotado en ese momento los recursos internos (art. 46.1), ya que el Estado no había concluido las investigaciones (civiles y penales) en sede local.[93] Por eso, la Corte IDH señala que ella solo interviene "después" de que el país haya tenido la oportunidad de conocer.[94]

Obsérvese que en *Ministerio-Fontevecchia* las actuaciones concluyeron en Argentina, fueron abordadas luego en la Comisión Interamericana y posteriormente falladas por la Corte regional; mientras que en *Perozo* —como se dijo— faltaba una serie de investigaciones domésticas y, por ende, el proceso no estaba concluido.[95]

---

90 La Corte IDH dijo, en lo que respecta al derecho a la vida, que no es posible devolver su goce a las víctimas. En estos casos, la reparación debe asumir otras formas restitutorias, como la reparación pecuniaria. *Ibidem,* párrs. 49 y 50.

91 Considerando 8.

92 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195, párr. 64.

93 Para entender en profundidad este expediente que cita la Corte argentina como fundamento de su decisión, conviene conocer detalladamente las circunstancias fácticas. En efecto, los hechos se refieren a una serie de actos y omisiones, ocurridos entre octubre de 2001 y agosto de 2005, consistentes en declaraciones de funcionarios públicos, actos de hostigamiento, agresiones físicas y verbales, y obstaculizaciones a las labores periodísticas, cometidos por agentes estatales y particulares en perjuicio de 44 personas vinculadas al canal de Televisión Globovisión, entre ellas figuran periodistas, personal técnico asociados, empleados, directivos y accionistas. *Idem*.

94 *Ibidem*, párrs. 65-74

95 Véase CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso "Fontevecchia y D'Amico vs Argentina" por la Corte Inte-*

Algo similar ha sucedido en *Genie Lacayo,*[96] donde finalmente el Estado nicaragüense fue condenado por obstaculizar la investigación policial y por una demora no razonable en el proceso (arts. 8.1 y 1.1 CADH). Aquí la investigación —como en *Perozo*— no había sido concluida,[97] por lo cual, la Corte supranacional[98] expresó que "[...] carece de competencia para subsanar [...] violaciones en el ámbito interno [...]".[99]

---

*ramericana de Derechos Humanos..., cit*., cdo. 8. Por eso, la Corte dijo que en el futuro "[...] El Estado debe conducir eficazmente y dentro de un plazo razonable las investigaciones y procesos penales abiertos a nivel interno que se encuentran en trámite, así como los que se abran en lo sucesivo, para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea [...]". Véase Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela..., cit*. Puntos Resolutivos, párr. 426.11.

96 Los hechos ocurrieron el 28 de octubre de 1990. Jean Paul Genie Lacayo, de 16 años de edad y residente en la ciudad de Managua, se dirigía en automóvil a su domicilio en el reparto Las Colinas. Cuando conducía en la carretera se encontró con una caravana de vehículos con efectivos militares, quienes, al ver que los trataba de sobrepasar, le dispararon con sus armas. Luego de ello, Jean Paul Genie Lacayo fue abandonado en la carretera y murió de *shock* hipovolémico a consecuencia de la hemorragia. Sus familiares presentaron una serie de recursos ante instancias administrativas, policiales, judiciales y militares, todos ellos dirigidos a investigar y sancionar a los responsables de la muerte de Jean Paul Genie Lacayo. No obstante, existieron numerosos obstáculos en la investigación, y no se llegó a identificar y sancionar a los autores. Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua..., cit*.

97 Por eso señaló que "[...] Finalmente de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; solo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al señor Raymond Genie Peñalba, que es el afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer, según se ha expresado anteriormente, a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente [...]". *Ibidem,* párr. 94.

98 *Idem*.

99 Contra ese fallo se interpuso un recurso de revisión que fue desestimado por la Corte Interamericana, pero, en la resolución de revisión de sentencia, en un voto disidente, el juez Antônio Cançado Trindade sostuvo: "[...] Cuando la Corte establece la violación de una o más disposiciones de la Convención, surge la obligación del Estado de cumplir con el fallo de la Corte, a la cual corresponde el derecho del individuo demandante

En síntesis digamos, por un lado, que el artículo 63.1 de la CADH es muy claro, y no hacía falta más que aplicarlo. Si hubo violación, la Corte IDH debe disponer que "se deje sin efecto" el fallo doméstico.

Por otro lado, si a todo evento se necesitaba una interpretación, no es pertinente partir solo de la "letra" (mirada gramatical) de la Convención de Viena (arts. 31 y 32) ni acudir a los Trabajos Preparatorios del Pacto de San José.[100] Más correcto hubiese sido ejercitar la interpretación evolutiva de los tratados sobre derechos humanos que ha hecho el cuerpo judicial de la región (arts. 26 y 29 de dicho instrumento y opiniones consultivas 3, 8 y 9 de la Corte IDH).

## 8. Imposibilidad de incumplir un fallo de la Corte IDH. El caso *Radilla Pacheco*

Un ejemplo de lo que venimos marcando lo tenemos en México, cuando la Corte Interamericana, en el caso *Radilla Pacheco*,[101] condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH, ordenando reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero.[102] Tal apertura ha implicado que esa nación

---

de requerir que su fallo sea cumplido". Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Voto disidente del juez Cançado Trindade, párr. 26, *in fine*.

100 La Conferencia Especializada se celebró en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, cuando todavía ni siquiera funcionaba —obviamente— la Corte IDH. Aunque en dichas sesiones se contempló —como ya pusimos de relieve—, después no se reflejó expresamente en el Pacto. Véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos... *cit*. Véase CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso "Fontevecchia y D'Amico vs Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos..., cit*., cdo. 12.

101 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México..., cit*.

102 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 19 de mayo de 2011, párr. 58. 2. c). En dicha

reformara su propia carta magna nacional,[103] incluyendo, en su artículo 1, la problemática de los derechos humanos.[104]

La Suprema Corte, al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de "constitucionalidad" y también la inspección difusa[105] de "convencionalidad".[106]

---

ocasión dijo que el país debía "adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el art. 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (punto resolutivo décimo y cdos. 20-22).

103 Véase, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2009; allí se estudia en profundidad el asunto de referencia.

104 En su art. 1 dispone: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...] Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes [...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, modificada el 10 de junio de 2011, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

105 De ello resulta que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

106 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

Quedó claro que la sentencia del Tribunal regional es obligatoria para México y, por ende, debe ser cumplida en su totalidad.

Como expresa Ferrer Mac-Gregor,[107] "la Suprema Corte de Justicia al decidir sobre el cumplimiento del caso 'Radilla Pacheco' el 14 de julio de 2011 y que el propio Presidente de dicho Tribunal calificó como un asunto 'histórico', realizó interpretaciones constitucionales de gran calado para el sistema jurídico mexicano, apoyándose en gran medida en los nuevos contenidos normativos del vigente artículo 1º constitucional". Uno de los criterios principales que deriva de dicho asunto es la obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH en los temas donde esa nación ha sido parte, por lo que no pueden ser objeto de revisión por el supremo cuerpo judicial del país, ni siquiera cuando se trata de reservas o declaraciones interpretativas formuladas en su momento por el Estado mexicano.

## 9. Conclusiones

Para finalizar, y en forma estenográfica, queremos poner de relieve que el fallo del supremo Tribunal argentino fue elaborado sobre la base de una serie de argumentos muy meditados; empero, respetuosamente, creemos que ha significado un retroceso para el Sistema Interamericano, pues, al limitar el poder rectificador de la Corte IDH, queda minimizada la tutela que surge de los tratados internacionales a los que el país se ha adherido. Ello así, habida cuenta de que, al desconocer la competencia de ese cuerpo jurisdiccional de la región, se ha vuelto de alguna manera al dualismo y, además, se ha afectado el principio de no regresividad.

El Tribunal había reconocido hasta ahora la jurisdicción completa de la Corte con asiento en San José; empero, el nuevo pronunciamiento de la mayoría sostiene que, si bien los fallos de aquel cuerpo son obligatorios, estima que en determinadas circunstancias pueden carecer de "competencia" para fallar.

[107] Véase el trabajo de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...", *cit.,* pp. 163, 339-429.

Ello implica que se ha partido de la base de que, para acatar en profundidad una sentencia interamericana, es preciso llevar a cabo en el orden doméstico una especie de *exequatur* para examinar si la Corte IDH ha tenido competencia para pronunciarse.

Lo que aquí está en juego, en puridad de verdad, es una errónea disputa de "competencia" con el organismo regional, que es el que debe resolver la problemática, por ser justamente el último intérprete del sistema de la región cuando están en juego normas internacionales (*Kompetenz-Kompetenz*),[108] tal como lo hemos expresado.

El fallo interno sostiene que no puede ordenársele dejar sin efecto sus propios pronunciamientos, porque tal potestad no está contemplada en el artículo 63.1 de la CADH ni en los trabajos preparatorios de la Convención.

Adelantamos ya que del análisis de la citada normativa puede inferirse sin duda que ese Tribunal regional está expresamente facultado para dejar sin efecto providencias domésticas, ya que, al permitírsele disponer que "se reparen las consecuencias", obviamente se le potencia para anular las sentencias locales que violen la Convención.

No tenemos que olvidar que los tratados sobre derechos humanos tienen que ser interpretados, como sostiene la doctrina de la Corte IDH, conforme su objeto y fin, y que cuando el Estado se sujeta a este tipo de convenios, debe tener en consideración que de alguna manera "limita" su propia soberanía en beneficio del modelo regional.

Resulta imposible —a nuestro entender— invocar lisa y llanamente el postulado del "margen de apreciación nacional", pues el mismo tiene límites que finalmente dependen de la apreciación del último intérprete de los instrumentos internacionales, como

[108] Véase Nogueira Alcalá, Humberto, "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana...", *cit.*, donde señala que "[...] el juez nacional, al resolver los casos específicos de los cuales conoce en el ámbito de su competencia, puede y debe realizar la interpretación de las normas convencionales incorporadas al derecho interno en clave convencional, debiendo necesariamente tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana".

lo es la Corte IDH, que no resulta obviamente un organismo extranjero.

El Tribunal argentino parte del artículo 27 de la Constitución, sosteniendo que los tratados con las potencias extranjeras deben estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la carta magna y, en consecuencia, considera que la jurisdicción supranacional posee una esencia "subsidiaria" que le impide recibir órdenes del cuerpo jurisdiccional interamericano. Esta fundamentación ha sido tomada casi textualmente —sin haberlos citado— de los votos del doctor Fayt en los casos *Arancibia Clavel* (cdo. 15) y de *Bulacio*, *Espósito* (cdos. 11 a 4), que ya hemos aludido.

Pensamos que tal argumentación infringe el artículo 27 de la Convención de Viena, pues la base hermenéutica del fallo se sustenta en el concepto de que la Corte nacional es "suprema" en el ámbito de su competencia. Y esta idea de prelación doméstica se basa en el artículo 27 de la Constitución del país, dado que la Corte es "suprema" y tal categoría —dice la sentencia— resulta ser un principio del derecho público de linaje constitucional que no puede infringirse.

Con ese criterio podría dejar de existir el control de convencionalidad y todo el modelo interamericano quedaría en falsete.

Lo que debe quedar bien claro es que la Corte IDH y todo el esquema regional tienen como fuentes el *ius cogens* (costumbre internacional) y los tratados sobre derechos humanos, y que tales convenios son de distinta esencia a los que alude el artículo 27 local y que no fueron ni siquiera pensados al redactar dicha regla magna.

De la forma en que la Corte Suprema juzgó el caso, se advierte que queda plasmada una contradicción, habida cuenta de que el fallo nacional beneficia al expresidente Menem y lo hace acreedor a una indemnización; mientras que la Corte IDH dice todo lo contrario.

Desde otro ángulo, hemos pretendido poner de relieve que la Corte IDH, en varios casos, entre ellos *Palamara Iribarne*, *Tristán Donoso*, *Bueno Alves*, *Kimel* y *Herrera Ulloa*, ha dispuesto modifi-

caciones a las sentencias locales, decisiones que han sido toleradas por los órganos jurisdiccionales domésticos, incluyendo a la Corte argentina.

El TEDH ha seguido las mismas aguas que la Corte IDH en el caso resuelto el 12 de junio de 2014 (*Príncipe de Mónaco-Grimaldi*),[109] en una temática similar a *Fontevecchia* sobre libertad de expresión.

El pronunciamiento mayoritario argentino de 2011 (*Ministerio de Relaciones Exteriores-Fontevecchia*), desinterpretó —creemos— a la CADH y seguramente cuando la Corte regional se ocupe nuevamente del tema —no nos olvidemos de que ya realizó dos supervisiones— condenará al Estado.

Coincidimos ampliamente con el voto minoritario del doctor Maqueda, que sigue una postura que armoniza con sus propios criterios y los precedentes de la Corte Suprema, en el sentido de que los fallos interamericanos deben cumplirse a cabalidad sin rodeos, pues, de lo contrario, se incurre en responsabilidad

[109] Dijimos que el tema es muy parecido a *Fontevecchia,* ya que se trató de un decisorio de la más alta jerarquía jurisdiccional francesa que había condenado a la revista *Paris Match* por haber revelado la existencia de un hijo extramatrimonial del príncipe de Mónaco. La abogada de esa editora, Marie-Christine de Persin, remarcó justamente la diferencia que existe entre las personas públicas y quienes no lo son con referencia a la problemática aquí abordada. En un fallo unánime, la Gran Sala del TEDH declaró que Francia vulneró la libertad de expresión al condenar a la editorial Hachette Filipacchi y a la directora de la revista *Paris Match*, por publicar información de la vida privada del príncipe Alberto de Mónaco. El 5 de mayo de 2005, la referida revista publicó una entrevista a Nicole Coste, madre soltera de un hijo del príncipe Alberto de Mónaco, agregando en su portada dos fotos del niño junto a su padre y su madre, razón por la cual se condenó al pago de 50 000 euros al príncipe por concepto de indemnización. Los afectados recurrieron al TEDH argumentando que dicha condena vulneró el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su recurso fue acogido por la Quinta Sala del TEDH, ante lo cual Francia apeló. En su sentencia, la Gran Sala del TEDH sostuvo en lo grueso que tanto la editorial como la directora de la revista *Paris Match* contribuyeron a cubrir un asunto de interés público, dada la naturaleza hereditaria de las funciones del jefe de Estado de Mónaco. TEDH. *Caso Couderc y Hachette Filipacchi Associés vs. Francia* (Gran Sala), 10 de noviembre 2015, núm. 40454/07.

internacional del Estado y, en este caso, para acatar no hay otro remedio que dejar sin efecto.

En definitiva, la problemática aquí planteada podría resolverse armonizando el derecho interno con el regional (diálogo), porque, por ejemplo, el pensamiento del jurista Joaquín V. González —vertido hace muchas décadas— no puede invocarse hoy a rajatabla cuando, a partir de la reforma de 1994, tenemos una Constitución convencionalizada;[110] por ello hablamos de dialogar, armonizar. La Corte del país utilizó esta fraseología, pero finalmente tomó una decisión unilateral, dándole prioridad al derecho doméstico.

Aunque la frase "dejar sin efecto" parezca —y realmente lo es— demasiado fuerte, quizá sería mejor hablar de "adaptar" las sentencias locales a los fallos interamericanos. Técnicamente no es del todo correcto hablar ni de revocación (que implica una impugnación previa) ni de nulidad o invalidación, ya que la Corte IHD no es un organismo *ad quem* respecto a los tribunales locales,[111] se trata de cuerpos jurisdiccionales distintos, que no tienen una relación jerárquica.

De todos modos, no debemos olvidar que, al dejar sin efecto, casi siempre se afectan derechos de tercero que no fueron parte en el sector interno.

## Bibliografia

Abramovich, Víctor, "Comentarios sobre el 'caso Fontevecchia'", Buenos Aires, CJDH-UNLA, 17 de febrero de 2017.

Buergenthal, Thomas, "Las convenciones europea y americana: algunas similitudes y diferencias", en AA. VV., *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D.C., OEA, 1980.

110 Sagüés, Néstor Pedro, "¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?", *Revista El Derecho 272*, 4 de abril de 2017, núm. 14.155.

111 Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, reimp., Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2002, p. 190.

Carpizo, Jorge, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013.

CEJIL, "Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó resolución en relación con el caso Palamara Iribarne *vs.* Chile", 27 de agosto de 2009, *https://www.cejil.org/es/corte-interamericana-derechos-humanos-dicto-resolucion-relacion-caso-palamara-iribarne-vs-chile*

Díaz Crego, María, "Margen de apreciación nacional", *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, *http://diccionario.Pradpi.org/inicio/indez.php/términos_pub/view/94*

Eva Parada, María José, "Chile ante el Sistema Interamericano, el caso *Palamara*", *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2006.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM, 2011, t. II.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C.*, Puebla, México, vol. V, núm. 28, diciembre de 2011.

Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos*, México, Porrúa, 2015, col. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 111.

Hitters, Juan Carlos, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", *La Ley*, 6 de junio de 2012.

Hitters, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales", *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año V, núm. 1, 2007.

Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, reimp., Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2002.

Midón, Mario, "El alzamiento de la Corte ante una sentencia de la CIDH", cit. por Gil Domínguez, Andrés, "Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad", *La Ley,* 3 de abril de 2017.

Nogueira Alcalá, Humberto, "El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", *Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional,* La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el 'caso Almonacid Arellano'", *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 2, 2006.

Palacio de Caeiro, Silvia B., "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Ley,* Buenos Aires, 8 de marzo de 2017.

Sagüés, Néstor Pedro, "¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?", *Revista El Derecho 272*, 4 de abril de 2017, núm. 14.155.

# IX. Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

*Juan Carlos Hitters*

Sumario. 1. Introducción. 2. La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre derechos humanos. 3. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. 4. Intensidad del control. 5. Interpretación conforme. 6. Margen de apreciación nacional. 7. De oficio y en abstracto. 8. ¿Quiénes ejercen el control y sobre qué normas? 9. Consecuencias del control de convencionalidad. 10. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales. 11. Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana. 12. Obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH. 13. Conclusiones: adelantos y retrocesos del control de convencionalidad.

## 1. Introducción

### 1.1. Orígenes

Los órganos jurisdiccionales domésticos —y los tribunales constitucionales que en determinados países no dependen del poder jurisdiccional— ejercen el llamado *control de constitucionalidad,* que supone una comparación entre su carta magna y las normas que, por su rango, están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Podemos hablar entonces de un contralor *concentrado,* típico de algunas constituciones europeas, como el Tribunal ustriaco de 1920, donde la revisión es hecha exclusivamente por

un único cuerpo diseñado para tales fines o, en su caso —como es por demás sabido—, del control *difuso* que debe ser llevado a cabo, como en Estados Unidos y en Argentina, y últimamente en México, por todos y cada uno de los magistrados judiciales.

Pero como lo viene sosteniendo desde hace cierto tiempo uno de los jueces de la Corte Interamericana, ella ejerce lo que se ha dado en llamar, a partir del caso *Myrna Mack Chang,*[1] el "control de convencionalidad", que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José y otras convenciones sobre derechos humanos a las que el país se ha adherido con las disposiciones del interno de las naciones que forman parte del modelo.[2]

En tal sentido se expresó el conjunto de los jueces de la Corte en el caso *Trabajadores Cesados del Perú,*[3] al sostener que

> [...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana [...][4] (véase apdo. 3.1.1).

---

1 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez. Aquí quien utilizó esta terminología fue el citado juez.

2 Primero se habló de una especie del control, aunque luego el concepto se extendió.

3 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

4 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú..., cit*., párr. 128; *cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile..., cit*., párr. 124. Véase Loianno, Adelina, "El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina: 'Arancibia Clavel', 'Simón', 'Mazzeo'", en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad,* Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 114-117. Véa-

Claro está que, como hemos dicho en anteriores trabajos,[5] cuando se utiliza la terminología de "control de convencionalidad" no se quiere decir que recién a partir de los referidos asuntos la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) haya ejercido tal potestad, porque desde siempre ha venido haciendo una compulsa entre ambos esquemas, destacando la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde entonces se utiliza tal fraseología.

El Tribunal interamericano ha dejado en claro que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales, sino que su tarea *es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia.*[6]

Hemos querido adelantar que ese cuerpo internacional ha establecido la postura en el sentido de que, por regla, no está diseñado para modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en *controlar* si las normas locales acatan —o no— las convenciones internacionales y, por ende, *no se convierte en una cuarta instancia que deja sin efecto las leyes de los países.*[7]

---

se también Sagüés, Néstor, "El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales", *La Ley*, Buenos Aires, 2009-B, p. 761.

5 Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", *La Ley*, Buenos Aires, 2009-D, p. 1205; Hitters, Juan Carlos, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", *La Ley*, Buenos Aires, 2012-C, p. 1215; Hitters, Juan Carlos, "Un avance en el control de convencionalidad. El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana", *La Ley*, Buenos Aires, 2013-C, p. 998.

6 Como bien apuntan Albar y Cançado Trindade, no se trata en verdad de "revisar" las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la CIDH y la Corte IDH, como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes. Cançado Trindade, Antônio y Albar, Germán, "Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", AA. VV., *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* San José, Cox Editores, 1998, p. 584.

7 Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?", *La Ley,* Buenos Aires, 2008-E, p. 1169.

De lo antedicho surge que la misión prístina de la Corte IDH consiste en llevar a cabo una revisión de convencionalidad "comparando" si los Estados cumplen con la CADH y otros tratados, y desentrañar si se quebrantaron esas reglas internacionales.[8]

Conviene reiterar, como lo expresamos,[9] la trascendencia de la tarea que ejecuta la Corte a través de este contralor heterónomo,[10] que importa de alguna manera una especie de "casación regional" que sirve para unificar la interpretación jurídica de los países que forman parte del modelo y que abarca en el ámbito interamericano más de 400 millones de habitantes[11] (véase apdo. 10.1).

---

8 Para esclarecer si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales, por las actuaciones de órganos judiciales, puede conducir a que la Corte IDH deba ocuparse de examinar los procesos internos. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135 párr. 121. En el *caso Acevedo Jaramillo* (Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C, núm. 144, par. 167) la Corte señaló que "[...] eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la Convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada, lo cual no ha ocurrido en el presente caso [...]". *Cfr.* Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 132, párr. 98; *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 117, párr. 131; y *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 45, párrs. 10-12.

9 Hitters, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales", *La Ley*, Buenos Aires, t. 2007-C, p. 875; del mismo autor, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte...", *cit.;* "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", *cit*.; "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", *cit.;* "Un avance en el control de convencionalidad...", *cit*.

10 Cuando decimos heterónomo no estamos hablando de una inspección hecha por cuerpos extranjeros, ya que tanto la CIDH como la Corte IDH forman parte del Sistema Interamericano, por lo que obviamente no pueden entenderse como extraños a nuestro sistema regional.

11 El último protocolo de la versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea regula, en su art. 56, un "recurso de casación" ante el Tribunal de Luxemburgo, contra las sentencias dictadas por el órgano jurisdiccional de Primera Instancia de dicha Comunidad.

Lo cierto es que este "control de convencionalidad" no solo se realiza en el sistema regional correspondiente al área de los derechos humanos, sino —y como es sabido— también se cumple desde antiguo en el derecho comunitario, sea por los jueces nacionales como también por el propio Tribunal de Luxemburgo[12] y, de alguna manera, en el modelo del Mercosur.[13]

En ese orden de ideas, vale la pena recordar que en la famosa sentencia *Costa vs. ENEL,* dictada por ese cuerpo judicial europeo en 1964,[14] el mismo sostuvo que las leyes comunitarias, tanto primarias como secundarias,[15] han sido consistentemente proclamadas por ese organismo como preeminentes, tanto frente a las leyes internas anteriores como a las posteriores (incluyendo las leyes constitucionales nacionales). Estos criterios han quedado firmes en la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y en sus protocolos.

### 1.2. Desarrollo

Conviene aclarar que la inspección de convencionalidad debe ser llevada a cabo primero en el campo doméstico, en cuyo caso hablamos del "*control primario*", lo que significa una comparación

---

12 Hitters, Juan Carlos, "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur - Hacia un derecho comunitario", *La Ley*, Buenos Aires, 1997-C, p. 1406, véase punto "C" y n. 17. *Cfr.* Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos,* Buenos Aires, Ediar, 1991, t. 1, p. 29 y ss.; Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I, vol. 1, pp. 79 y ss.

13 Cappelletti, Mauro, "El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado", trad. de Faustino González, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, 1980, pp. 61-104.

14 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso 6/64, *Costa vs. ENEL,* en E.C.R., 1964, p. 585.

15 El principio de autonomía quedó perfectamente dibujado hace ya tiempo en el caso *Van Gen en Loos*, donde ese Tribunal expresó que el derecho comunitario es un nuevo orden jurídico, en cuyo beneficio los Estados signatarios han limitado ciertas esferas de su soberanía. A su vez, en el *leading case Costa vs. ENEL*, dejó sentada la doctrina de la supremacía de las disposiciones normativas de la Comunidad.

entre las normas internacionales y las domésticas. Se trata de una verificación difusa que —como dijimos— es hecha dentro del país. Esta figura es una verdadera manifestación del control de constitucionalidad del derecho internacional, que implica un nuevo paradigma para el Estado constitucional latinoamericano.[16]

A la par, existe el *control de convencionalidad secundario* (concentrado), que es ejercido, obviamente, por el Tribunal regional.

La figura analizada ha ido recibiendo una serie de variantes en la última década, ya que si bien al inicio la Corte IDH ejercía una inspección exclusivamente sobre la actividad de los jueces, con el tiempo la ha ido extendiendo a los tres poderes del Estado. Es decir, no solo se observa una revisión de la actividad de los judicantes, sino que *a posteriori* se amplió a todo el poder judicial y a los órganos vinculados a la administración de justicia de cualquier nivel, y en los últimos tiempos a los poderes ejecutivo y legislativo.[17]

Además, la Corte no solo hace este cotejo con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sino también respecto a la totalidad de lo que se ha llamado el *corpus iuris interamericano*[18] o *corpus iuris internacional de los derechos*

16 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Ferrer Mac-Gregor Eduardo (coord.), *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional,* Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, p. 674.

17 Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad". Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259, párr. 142; *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm. 276. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 25. Eduardo Ferrer Mac-Gregor opina, en su voto concurrente, que el derecho a la protección judicial del art. 25.1 de la CADH, de gran trascendencia sustantiva, constituye un elemento integrador entre el derecho interno y el derecho internacional, *Cfr*. Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*..., *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 5.

18 Castilla Juárez, Karlos, "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, IIJ-UNAM, vol. XIII, 2013, pp. 51-97.

*humanos,*[19] que abarca hasta la propia jurisprudencia de ese organismo.[20]

Muchas veces ha manifestado el Tribunal regional que son los órganos del Estado doméstico quienes deben realizar ese primer examen de constitucionalidad y convencionalidad. No es plausible llevar todo a la Corte IDH, quien puede resolver no más de 30 o 40 casos por año. Por ello, es imprescindible que los integrantes de los poderes del Estado,[21] y especialmente los abogados litigantes, conozcan en profundidad la jurisprudencia del Tribunal, para pedir que se aplique directamente en sus países sin la necesidad de cruzar las fronteras.

Esta es una doctrina legal "consolidada" bajo la concepción ya expresada de que todas las autoridades y órganos del Estado deben realizar el control de convencionalidad (arts. 1.1 y 2 CADH). De ahí entonces surge otro postulado que se ha abierto camino en el ámbito interamericano: el de la regla del agotamiento "efectivo" de los recursos internos,[22] que queda relevado cuando no

---

19 Como lo denomina Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Dice este autor: "El *corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* <u>*está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones).*</u> Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo" (subrayado añadido). Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad", en *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional t. III, 2010, p. 314. *Cfr*. Corte IDH. OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16.

20 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname..., cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 25; *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C, núm. 278.

21 Corte IDH. *Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008. Serie C, núm. 181.

22 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname..., cit*., núm. 276. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 26-28. Con respecto al

existe un verdadero acceso a la justicia en el ámbito interno, o cuando no se le permite al agraviado acceder a las vías judiciales.

Ello así sin perjuicio de la apertura, en el sentido de que el "agotamiento" puede concluirse aun cuando el proceso ya está "dentro" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), esto es, después de iniciada la denuncia ante tal cuerpo, hasta el momento en la que la Comisión resuelva.[23] Creemos que esta es una loable pauta en beneficio del ser humano para llegar prontamente a la solución de su caso.[24]

### 1.3. Principio de subsidiariedad

Como hemos dicho —varias veces—, el Sistema Interamericano, a través del Pacto de San José, funciona —respecto del control de convencionalidad— bajo el modelo de la subsidiariedad (art. 46.1.1).

---

agotamiento de los recursos internos dice que: "Adicionalmente, la disposición del artículo 46 de la Convención Americana debe de interpretarse de conformidad con el artículo 29.a) de la misma, que establece que 'ninguna disposición' del Pacto de San José puede ser interpretada en el sentido de '[...] suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella'. Esto es que el Sistema Interamericano debe ser funcional y efectivamente protector de los derechos humanos, por lo que no resulta razonable que si el requisito del agotamiento de los recursos internos se alcanzó durante el transcurso del procedimiento inicial ante la Comisión, antes de la adopción del Informe de Admisibilidad, o incluso antes de que el Estado conozca de la petición, una vez ante la Corte IDH, esta decidiera desvirtuar total o parcialmente el caso, no obstante la existencia de presuntas violaciones alegadas. Dicho estándar sería evidentemente contrario a una interpretación favorable a la presunta víctima y, por ende, resultaría contrario al principio *pro persona*, destacando que está en juego el derecho de acceso a la justicia —en sentido amplio—. Igualmente, una postura de este tipo llevaría a desconocer la necesidad de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental" (párr. 26).

[23] *Ibidem*, párrs. 26 y 27.

[24] En Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 273, párr. 3, la CIDH tuvo en cuenta un informe del Estado denunciado presentado *con posterioridad al sometimiento del asunto*.

Al respecto, debe recordarse, como lo ha establecido el mencionado Tribunal que,

> [...] el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno [...], antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos" [*Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú..., cit*., párr. 66]. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad" [*Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259, párr. 142].[25]

Se expresó allí que la excepción al principio de subsidiariedad se da justamente cuando no existe en la legislación interna el debido proceso legal (art. 46.2.a CADH),[26] o no se haya permitido al denunciante el acceso a la justicia doméstica, o se haya impedido su agotamiento (art. 46.2.b CADH).

No debemos olvidar que, para que se cumpla a cabalidad el principio de "agotamiento de los recursos internos", el órgano doméstico que debe decidir no puede tener limitaciones de hecho o de derecho que le impidan agotar la cuestión en profundidad. Por ello, la Corte IDH ha señalado que no hay revisión judicial válida si quien debe hacerla está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como podría suceder en casos en que se considere limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por otro órgano que hubieran sido decisivas en la resolución del caso.[27]

---

25 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela , cit*. Voto conjunto disidente los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 63.

26 *Ibidem,* párr. 65.

27 *Ibidem,* párr. 204; Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname..., cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 43; *cfr. Caso*

En el asunto *Brewer Carías*, la Corte IDH —por mayoría— desestimó una demanda propuesta por la Comisión, por entender que el denunciante no había transitado todas las vías domésticas; empero, la minoría, integrada por los jueces Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor,[28] sostuvo que dicha defensa

*Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, núm. 234, párr. 204.

28 El caso sometido a la Corte versó sobre el siguiente relato: "[...] El 7 de marzo de 2012, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la [CADH], la [CIDH] sometió a la jurisdicción de la [Corte IDH] (en adelante 'escrito de sometimiento') el caso Allan Randolph Brewer Carías [Allan Brewer Carías es un especialista en derecho constitucional. Ha sido senador suplente, ministro y miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. *Currículum Vitae* del señor Allan R. Brewer-Carías (expediente de anexos al informe de la Comisión, apéndice, t. V, folios 1770 a 1922)] contra la República Bolivariana de Venezuela (en adelante "el Estado" o "Venezuela"), relacionado con la presunta falta de garantías judiciales y protección judicial en el proceso seguido al abogado constitucionalista Allan R. Brewer-Carías por el delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución, en el contexto de los hechos ocurridos entre el 11 y el 13 de abril de 2002, en particular, su supuesta vinculación con la redacción del llamado 'Decreto Carmona' mediante el cual se ordenaba la disolución de los poderes públicos y el establecimiento de un 'gobierno de transición democrática'. La Comisión concluyó que 'el hecho de que el proceso penal seguido contra Allan Brewer Carías estuviera a cargo de tres jueces temporales durante la etapa preliminar constituía en sí misma una violación a las garantías judiciales en el caso concreto'. Asimismo, la Comisión consideró que 'en este caso se afectaron las garantías de independencia e imparcialidad del juzgador y el derecho a la protección judicial, teniendo en cuenta que uno de los jueces temporales fue suspendido y reemplazado dos días después de presentar una queja por la falta de cumplimiento de una orden emitida por él que ordenaba el acceso del imputado a la totalidad de su expediente, sumado a la normativa y práctica respecto del nombramiento, destitución y situación de provisionalidad de los jueces en Venezuela'. Finalmente, la Comisión consideró que 'la imposibilidad de la presunta víctima de acceder al expediente en su totalidad y sacar fotocopias, configuró la violación al derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa' [...]"; Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*..., *cit*., párr. 1. Voto conjunto disidente los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en minoría, sostuvieron "[...] En definitiva, los suscritos disentimos del criterio mayoritario porque consideramos se actualizan las tres excepciones a que se refiere el artículo 46.2 de la Convención Americana, puesto que el caso involucra cuestiones de fondo, especialmente las referidas a las supuestas violaciones al derecho a un juez

tendría que haber sido desestimada, por lo que ese cuerpo regional debió entrar a analizar el fondo de la cuestión, sin retrotraer el caso.[29]

### 1.4. Criterios o estándares jurisprudenciales de la Corte IDH que deben cumplirse en el derecho interno

Sin entrar a ocuparnos —por ahora— del tema de la vinculatoriedad de los fallos del Tribunal de Costa Rica, nos parece indispensable dejar en claro que recientemente la Corte IDH ha reiterado —al juzgar un caso sobre la aplicación de la Ley Antiterrorista a la comunidad indígena mapuche— que las autoridades judiciales domésticas deben aplicar los *estándares o criterios establecidos por ella* para garantizar el derecho de defensa en ejercicio del control de convencionalidad.[30]

---

y tribunal imparcial (art. 8.1 CADH), al debido proceso (8.2 CADH), y al derecho a la protección judicial (art. 25 CADH). Al aceptar la excepción preliminar de agotamiento de los recursos internos se está condenando al señor Brewer a afrontar un proceso en donde existe la posibilidad de que se hayan cometido violaciones a la Convención Americana [...]". Agregan dichos jueces que "[...] En consecuencia, el Tribunal interamericano debió desestimar la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos y entrar a resolver el fondo del caso, conforme a la línea jurisprudencial sobre la materia que ha establecido la propia Corte. El utilizar como uno de los argumentos centrales en la Sentencia la artificiosa teoría de la 'etapa temprana' del proceso, para no entrar al análisis de las presuntas violaciones a los derechos humanos protegidos por el Pacto de San José, constituye un claro retroceso en la jurisprudencia histórica de esta Corte, pudiendo producir el precedente que se está creando consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia; derecho fundamental de gran trascendencia para el sistema interamericano en su integralidad, al constituir en sí mismo una garantía de los demás derechos de la Convención Americana en detrimento del efecto útil de dicho instrumento [...]", Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Voto conjunto disidente los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 118 y 119.

29 Corte IDH. *Caso Brewer Carías vs. Venezuela* , *cit*., párr. 144.1.

30 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279, párrs. 242, 247-436.

Por ejemplo, en el ámbito de la protección de testigos (relativa a la reserva de identidad), ha destacado —como estándar— que esa posibilidad debe llevarse a cabo como medida excepcional sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no debe ser utilizado de manera decisiva para fundar una condena.

En el mismo cuadrante y con respecto, por ejemplo, a la "prisión preventiva", señaló enfáticamente que dicho instituto debe manejarse conforme a los *criterios o estándares* señalados por el Tribunal regional;[31] lo mismo expresó en lo atinente a la posibilidad de ejercer el derecho a recurrir un fallo (art. 8.2.h CADH).[32] Puede concluirse entonces que las autoridades judiciales que ejercen el control de convencionalidad en los respectivos países *deben tener en cuenta los estándares o criterios que dicho cuerpo regional establece en sus fallos*, en los diversos temas.

Claro está que tiene que ser el intérprete doméstico el encargado de detectar y ponderar dichos estándares para evitar que el asunto llegue a la Corte IDH, y se dilate el proceso recargando innecesariamente a este Tribunal.

Por ejemplo, siguiendo estas pautas, la Sala Colegiada Penal de Texcoco (México) estimó como obligatorio el control difuso de convencionalidad y puso de relieve que para resolver el asunto tuvo en cuenta "los criterios orientadores y obligatorios de la Corte Interamericana que sirven como base a este Tribunal Colegiado no solo por su obligatoriedad sino porque ese Tribunal Internacional se puede considerar intérprete [...] del contenido de la Convención Americana".[33]

En definitiva, la Corte viene reiterando que resulta necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garan-

31 *Ibidem,* párrs. 307, 312 y 464.

32 *Ibidem,* párrs. 298 y 460 *in fine*.

33 Véase Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México , cit*., párr. 61. Se trató de un caso de detenciones ilegales y torturas sin que se hubieran puesto en juego las garantías del debido proceso, que la Corte fijó como "criterio" en varias oportunidades.

tías se apliquen adecuándolas a los estándares o criterios establecidos por su jurisprudencia.[34]

### 1.5. Positivación constitucional de los estándares o postulados fundamentales sobre derechos humanos

En las últimas tres décadas, las constituciones de los países de nuestro sistema —y cada una a su manera— han comenzado a positivar —en su seno— los postulados de interpretación básicos en el campo de los derechos humanos, tales como: la "interpretación conforme", el "principio de progresividad", el "postulado *pro homine*", etc., lo que implica dar directrices precisas a los órganos nacionales cuando tienen que llevar a cabo el control de convencionalidad interno (véase apdo. 2.1).

De todos modos, como bien dice Nogueira Alcalá,[35] ellas operan como elementos básicos de toda interpretación de derechos fundamentales, y valen aunque no se encuentren positivadas dentro de la propia Constitución. Ello así por la imprescindible aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los países integra el derecho interno y es de preferente aplicación con respecto a las fuentes formales que nacen del derecho local.[36]

En este aspecto, el ente jurisdiccional interamericano ha determinado que las interpretaciones que él ha efectuado en el control de convencionalidad han sido, en ge-

---

34 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, párr. 305. *Cfr*. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C, núm. 233, párr. 228, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 254, párr. 284.

35 Nogueira Alcalá, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad *del corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012, p. 1177.

36 *Idem*.

neral, seguidas por los tribunales de más alta jerarquía de la región, tales como los de Bolivia,[37] Perú,[38] Argentina,[39]

[37] El Tribunal Constitucional de Bolivia ha expresado que el Pacto de San José, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo; la segunda denominada dogmática, y la tercera, referente a la parte orgánica. Precisamente, el capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte IDH. En consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional 'sistémico', debe establecerse que este órgano y, por ende, las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, núm. 227, párr. 166.

[38] El Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal [Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente núm. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12]. *Cfr.*, Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela..., cit.,* párr. 168.

[39] La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana "resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual dicha Corte ha establecido que "en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional" [Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), *Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, cdo. 6.]. Igualmente, dicha Corte Suprema estableció "que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ya que se "trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la

Colombia,[40] México,[41] Costa Rica[42] y República Dominicana. En este orden de ideas, expresó que es necesario que tanto las interpretaciones judiciales y administrativas como las garantías se apliquen en el orden local adecuándose a los principios establecidos por la propia jurisprudencia del Tribunal regional,[43] tal cual expresamos.

---

Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos" [Sentencia de la CSJN, *Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad*. M. 2333. XLII. y otros de 13 de julio de 2007, párr. 20]. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela..., cit.,* párr. 170.

40 Además, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que, en virtud de que su Constitución señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", se deriva "que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales" [Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6]. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela..., cit.,* párr. 171.

41 Más recientemente, Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México...*, *cit*., párr. 61.

42 La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que debe advertirse que, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "[...] la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada" [Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII]. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela..., cit*., párr. 165.

43 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina...*, *cit*., párr. 305. *Cfr*. Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela...*, *cit*.; *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile..., cit*., párr. 284; en este caso, la Corte IDH destacó que era de particular relevancia la necesidad de tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona, especialmente cuando se trate de menores de edad o con discapacidad con la finalidad de que se les garantice un trato preferencial respecto de la duración de los procesos judiciales, sobre todo en los que se disponga el pago de indemnizaciones.

En definitiva, podemos decir que las referidas cortes supremas han enclavado entre sus andariveles ciertos estándares o principios relativos a los derechos humanos, lo que ha significado un importante avance regional.

A todo evento puede añadirse que en los países donde no ha ocurrido la positivación constitucional, los estándares y pautas aludidos igual se aplican en el campo doméstico a través del principio *pro homine,* instaurado en el artículo 29 de la CADH, que forma parte del derecho interno.

## 2. La reforma de la Constitución argentina de 1994 y los tratados sobre derechos humanos

### 2.1. La reforma de la Constitución argentina de 1994. Generalidades

#### *2.1.1. Introducción*

De conformidad con lo que dicta el artículo 30 de la Constitución Nacional de ese país, que permite la reforma de dicha norma fundamental, el 29 de diciembre de 1993 se dictó la ley 24.309, que justamente declaró la necesidad de la reforma parcial de la carta magna de 1853 (que ya ha había sido retocada los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1972). Allí se dispuso, sobre la base de un núcleo de *coincidencias básicas,* "rejuvenecer" varios preceptos del citado instrumento. Por ello, el artículo 3 de la ley nombrada puso sobre la mesa el debate sobre diversos puntos, entre esos, habilitó (art. 3, I) el campo de *los institutos de integración y la jerarquía de los tratados internacionales*. En la segunda parte del título primero, sección I, el capítulo 4 ("Atribuciones del Congreso"), el artículo 67, inciso 19, de la vieja Constitución, se transformó en el nuevo artículo 75, inciso 22, que enclavó entre las potestades de ambas cámaras legislativas la responsabilidad de aprobar o desechar tratados.[44]

[44] La primera parte del art. 75, inc. 22, señala: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internaciona-

Puntualizó que estos documentos tienen jerarquía superior a las leyes; mas, en paralelo, enumeró una serie de instrumentos sobre "derechos humanos" (aquí está uno de sus puntos vertebrales) otorgándole *jerarquía constitucional*, esto es, un escalón superior al de los tratados "comunes".

Pero además, en su segunda parte dio el paso fundamental, al traer al ámbito doméstico el derecho internacional de los derechos humanos. Se le dio vigencia, entonces, por una vía constitucional privilegiada, a los convenios y tratados sobre derechos humanos, fenómeno global que para el jurista Mauro Cappelletti ha sido uno de los movimientos mundiales más importantes en el ámbito de la política internacional, de la última mitad del siglo pasado.

Si bien es cierto que la Constitución de 1853 (con sus modificaciones anteriores a 1994) abordaba el tema de los tratados internacionales (arts. 27, 31, 67, inc. 19, y 86, inc. 14), la verdad es que no se ocupaba particularmente de estos especiales convenios relativos a los derechos humanos, cuya aparición se venía advirtiendo sin ambages desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1945) y posteriormente con la Organización de los Estados Americanos (OEA, 1948). Ello así sobre la base de distintos documentos universales y regionales.

La reforma de 1994 llegó por un gran consenso, pues el *Pacto de Olivos* fue seguido por dos acuerdos políticos más amplios, los del 1 y el 15 de diciembre de ese año, donde se fijaron las pautas fundamentales: por un lado, el contenido del núcleo de coincidencias básicas y, por el otro, el amplio alcance de los temas habilitados por el Congreso, que fueron la base para lograr nuevos acuerdos en el ámbito de la Convención que permitieron la unanimidad para su aprobación.[45]

---

les y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

[45] García Lema, Alberto, "Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código", *La Ley*, Buenos Aires, 2014-C, 2 de junio de 2014, p. 1.

### *2.1.2. Los tratados internacionales sobre derechos humanos*

#### *2.1.2.1. Generalidades*

Como adelantamos, la ley 24.309 (de 29 de diciembre de 1993) habilitó, entre otros puntos, el tratamiento de la "jerarquía de los tratados internacionales", enumerando en forma expresa 10[46] documentos supranacionales a los que se les dio —ya lo dijimos— jerarquía constitucional, permitiendo al Congreso aprobar —en el futuro— otros documentos de esta naturaleza y con la misma categoría, por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

En puridad de verdad, y afinando los conceptos, cabe decir que en ese encuadre, el artículo 75, inciso 22, refirió una serie de instrumentos, algunos de los cuales no son tratados en sentido estricto; por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que —como su nombre lo dice— son verdaderas "declaraciones" que originalmente solo enumeraban derechos y potestades del individuo, aunque con el tiempo se les fue otorgando cierta obligatoriedad y jerarquía.

#### *2.1.2.2. Particularidades*

Los tratados sobre derechos humanos que tuvieron un desarrollo progresivo a partir de la puesta en marcha de la ONU, y que han proliferado en los últimos años, tanto los de tipo universal como los regionales, conforman ciertas características que en alguna medida los diferencia de los clásicos.[47] En efecto, estos tienen en la mira un intercambio recíproco de beneficios y, en caso de incumplimiento, hasta pueden quedar sin efecto o suspender par-

[46] En realidad fueron 11, porque englobó bajo un mismo acápite el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[47] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *op. cit.*, t. I, vol. 1, § 162 a 164, pp. 416 y ss.

cialmente sus consecuencias, conforme al artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena). En cambio, los referentes a las prerrogativas del hombre enfocan al individuo como destinatario principal y no a los Estados. Otra de las particularidades de la institución analizada, que fue remarcada por la Corte Internacional de Justicia cuando se refirió a la Convención sobre Genocidio, es que

> [...] los Estados contratantes no tienen intereses propios solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en un instrumento de ese tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones[48] (véase apdo. 2.1.2.1).

Ese Tribunal dejó también puntualizada la dicotomía que existe ente las obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto, esto es, con relación a los seres humanos, y las que nacen frente a otro Estado. Con referencia a los primeros, ese órgano jurisdiccional agregó que todos los Gobiernos tienen interés legal en su protección, pues se trata de obligaciones *erga omnes*. Las mismas "derivan por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo de actos ilegales de agresión, del genocidio y también de los principios y reglas concernientes a *los derechos fundamentales de la persona humana*".[49] (Cursivas añadidas)

Otra de las originalidades de las convenciones sobre derechos humanos —referidos en la Constitución de 1994— es que

---

48 CIJ, *Réserves à la Convention sur le Gènodice, Avis Consualatif: Recueil,* 1951, p. 23.

49 Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Excepciones Preliminares), fallo de 24 de julio de 1964, Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Segunda Fase), fallo de 5 de febrero de 1970. Véase también su *Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951, CIJ, núm. 15).*

su ámbito de aplicación y su alcance no están gobernados por el equilibrio recíproco entre las partes signatarias, ya que la finiquitación de un tratado por incumplimiento grave de uno de los adherentes, que opera en el derecho internacional clásico, no juega en el campo que nos ocupa. En este orden de ideas, el artículo 60.5 de la referida Convención de Viena dicta que tales pautas tradicionales no son válidas con respecto "a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados".[50]

La Corte Interamericana no ha sido ajena a esta categorización que venimos haciendo y remarcó, desde hace tiempo y en varias oportunidades, la notable diferencia que hay entre los tratados clásicos y los atinentes a las prerrogativas del hombre. En la opinión consultiva (OC) 2/82, dijo claramente que estos últimos no son multilaterales de tipo tradicional para beneficio de los Estados, "[...] su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio estado como frente a los otros estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción [...]".[51]

No olvidemos que en la siguiente OC-3/83, ese Tribunal se ocupó nuevamente de la temática que estamos abordando, perfilando una vez más las características propias de este tipo de tratados, apuntando que los principios que rigen el modelo clásico, con respecto a las reglas que gobiernan la reciprocidad en materia de reservas de los mismos, no tienen valor en el campo de los derechos humanos.[52]

---

50 *Idem*. Guardia, Ernesto de la y Delpech, Marcelo, "El derecho de los tratados y la Convención de Viena", *La Ley*, Buenos Aires, 1970, p. 543.

51 Corte IDH. OC-2/82. El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2, párr. 29.

52 Corte IDH. OC-3/83. Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sobre la interpreta-

El carácter especial de ellos fue reconocido también por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos;[53] y surge en paralelo de la CADH, cuyo preámbulo hace referencia a su propósito de "consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre [...]".[54]

Sintetizando, podemos reiterar que se aprecian notables diferencias ente los tradicionales tratados y los referentes a los derechos del hombre. En efecto, estos tienen un contenido que apunta a una garantía mínima cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé; además, no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios ni rige el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas. En tal tipo de instrumentos, el destinatario es el ser humano y los Estados no tienen un interés propio, ya que apuntan a mantener las prerrogativas del hombre. Por otra parte, la mayoría de ellos crea para los Gobiernos obligaciones *erga omnes*, y no se aplican las reglas generales sobre "reservas", que imperan para los tratados clásicos (véase apdo. 2.1.3).

Digamos que el *objeto y fin* de los documentos abordados en este apartado son los derechos fundamentales del hombre, y *no quedan sin efecto* —como los otros—– en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rangos definidores es que se le reconoce al individuo la calidad de sujeto de derecho internacional.

Por último, conviene reiterar que las constituciones modernas le dan a este tipo de convenciones un ponderable rango

---

ción de los tratados se dijo también en ese pronunciamiento que juega el principio de la buena fe, y que se deben tener en cuenta criterios objetivos. Opinión consultiva de 8 de setiembre de 1983. Serie A, núm. 3, párr. 52.

53 Comisión Europea de Derechos Humanos. Cuando sostuvo que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en el Convenio Europeo son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, de violaciones originadas por las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre ellas (*Austria vs. Italia*, Application núm. 788/60, *European Yearbook of Human Rights*, 1961, vol. 4, p. 140).

54 Corte IDH. OC-2/82..., *cit*., párr. 30.

normativo. Adviértase que el artículo 46 de la carta magna de *Guatemala* dispone que los tratados sobre derechos humanos ratificados por ese país tienen preeminencia sobre el derecho interno. A su vez, el artículo 105 de la Constitución de *Perú*, de 1979, establecía que "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Carta Fundamental". Por su parte, el artículo 95.1 de la carta suprema de *España* determina que "la celebración de un tratado internacional que contenga disposiciones contrarias a la *Constitución exigirá la previa revisión constitucional*".[55]

Como expresamos, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 —a la que venimos haciendo referencia— le dio a ciertos instrumentos allí enumerados (art. 75, inc. 22) *jerarquía constitucional,*[56] aclarando que los mismos "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución (parte dogmática) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Como se advierte, de este modo se produjo una "agregación" de normas y preceptos que coexisten —y deben conciliarse— con las libertades y derechos clásicos de la primera parte.[57]

La Convención de Viena es, principalmente, una codificación del derecho consuetudinario (*lex lata*). Ciertas normas de este cuerpo preceptivo se erigen como derecho nuevo, por ejemplo, el artículo 46 sobre disposiciones de la legislación interna concernientes a la competencia para celebrar tratado; y otras son simplemente modificación del derecho internacional general existente, como el caso del sistema de reservas.

Este conjunto de preceptos se aplica solo a los tratados celebrados por escrito y regidos por el derecho internacional. Ello sin

55 Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo,* Madrid, IIDH, 1987, p. 92.

56 Véase Hitters; Martínez, Tempesta, "Jerarquía de los tratados de derechos humanos fundamentos de la reforma de 1994", *El Derecho*, boletín de 31 de octubre de 1994.

57 García Lema, Alberto, *op. cit.*, p. 4.

perjuicio de señalar que sus pautas hermenéuticas valen como criterios de interpretación para los tratados celebrados por los Estados que no han ratificado dicha normativa, pues, como dijo la Corte IDH en su OC-3/83, Restricciones a la Pena de Muerte, los criterios que determina este instrumento pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema de los derechos humanos.

Los parámetros relativos a la hermenéutica de los tratados constituyen una de las secciones de la Convención de Viena.[58] Los cuatro artículos que se ocupan de esta cuestión son fruto de la jurisprudencia desplegada por la Corte Internacional de Justicia.[59]

### *2.1.3. La reforma y el derecho internacional de los derechos humanos*

La reforma de 1994, al atribuirle a estos tratados un valor constitucional privilegiado en el orden normativo argentino, sirvió como una plataforma de lanzamiento para incorpo-

---

58 Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo,* Madrid, Tecnos, 1980, p. 56.

59 El art. 31.1 impone el principio de la buena fe, que obviamente también opera en el campo negocial privado. Dice esa norma que "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado con el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto fin"; el párrafo 2 dispone que a estos fines se considerará además del texto, el preámbulo y sus anexos. A su vez, párrafo 3 aclara que junto con el contexto se deberá considerar también: "a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la interpretación de sus disposiciones; b) toda práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". Por último, el apartado 4 del artículo 31, dispone que, "se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes". El artículo 32 permite acudir a los medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el mismo.

rar —con fuerza normativa— al ámbito argentino el derecho internacional de los derechos humanos, que ya tenía un desarrollo fundamental y progresivo en el campo internacional y regional.

Lo cierto es que, con anterioridad a la reforma, el país había ratificado, entre otros documentos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nacida en 1969 (llamada Pacto de San José), ratificada mediante la ley 23.504 de 1983. Este Tratado fundamental para el esquema interamericano —quizá el más trascendente— estableció una serie derechos protegidos (arts. 4 a 23) y, en particular, reguló dos cuerpos de protección: uno preexistente, la CIDH, y el otro allí creado, la Corte IDH. Esos dos organismos han generado una serie de pronunciamientos —especialmente la Corte— que le dieron tal altitud a la materia aquí estudiada al punto de haber generado decisiones impensables en los últimos 35 años, como la obligatoriedad de sus pronunciamientos en el derecho interno, que influyeron notoriamente en el país, al grado de haber sido la base argumental para que la Corte Suprema nacional decretara, por ejemplo, la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, etcétera.

En este orden de ideas, vale reiterar[60] que modernamente ha visto la luz lo que se ha dado en llamar el *derecho internacional de los derechos humanos*, como una rama del derecho internacional clásico, que tiene como objeto la *protección y promoción* de las libertades fundamentales del hombre. Se trata —como veremos— de una nueva disciplina que posee ciertas características que la diferencian de su rama ancestral, tales como la posibilidad de que el ser humano reclame *per se* ante los órganos metanacionales.[61]

Todo desde una perspectiva distinta, ya que los tratados sobre derechos humanos se distinguen de los tradicionales, pues en los aquí referidos —como anticipamos— *el hombre es sujeto de*

[60] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *op. cit*., t. I, vol. 1, p. 404.

[61] *Ibidem*, t. I, vol. 2, p. 646.

*derecho*, mientras que en los otros solamente los Estados tienen esa condición.[62]

Es dable remarcar las particularidades de la materia examinada: en efecto, aquí el individuo aisladamente (o en grupos) es considerado *sujeto del derecho internacional*. Como consecuencia de todo ello, se ha producido una positivación de sus prerrogativas, en declaraciones, convenciones y tratados y, en paralelo —vale la pena reiterarlo—, se ha logrado la promoción y protección de esas potestades inalienables a través de órganos especializados ya referidos creados a estos efectos.

La Carta de la ONU constituyó el primer intento serio y abarcador que se ocupó de la protección y de la promoción de los derechos del hombre en el cuadrante internacional, puesto que, para la Liga de las Naciones, dicha temática era una cuestión de derecho interno en la cual no podría interferir ningún Estado. Tal tendencia se consolidó con los pactos internacionales de las Naciones Unidas de 1966.

La plataforma compuesta por la Carta de la ONU, la Declaración Universal y los dos pactos de la ONU de 1966[63] ha servido de basamento para la puesta en marcha de otros documentos internacionales de gran importancia, verbigracia, los incorporados por la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22).

En este orden de ideas, no debemos perder de vista que la adopción de los pactos de 1966 impuso la modalidad de los "informes periódicos", producidos por los distintos comités de expertos, justamente para asegurar el acatamiento de estas prerrogativas fundamentales.[64]

Luego se fue avizorando una tendencia hacia la regionalización en este campo, primero en Europa occidental y posteriormente en América y en África, que terminó por conformar este cuadro de situación que es siempre cambiante y progresivo.

---

62 *Idem*.

63 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobados el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI).

64 Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *op. cit*., t. I, vol. 1, § 121, p. 331.

## 2.2. Jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos

### *2.2.1. Generalidades. La Constitución internacionalizada*

La Comisión de Integración y Tratados Internacionales de 50 miembros,[65] presidida por el convencional Juan Pablo Cafiero,[66] se ocupó de esta problemática tanto en el Dictamen de la Mayoría como en el Dictamen de la Minoría.[67]

En la sesión 3ª reunión 22A (de 2 de agosto de 1994) y en la sesión 3ª reunión 23A (de 3 de agosto de 1994),[68] referidas al inciso I del artículo 3 de la ley 24309, al abordar el que sería el nuevo artículo 75, inciso 22 (antiguo art. 67, inc. 19), el Dictamen de la Mayoría propuso el siguiente texto:

> Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados *tienen jerarquía constitucional*, y los derechos, libertades y garantías que consagran se presumen operativos. Solo podrán ser denunciados con la mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. Los derechos, libertades y garantías consagradas por esta Constitución, los Tratados Internacionales, la legislación y las demás disposiciones del derecho interno se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados. En todos los casos se aplicará la norma de tutela más favorable.[69] (Cursivas añadidas)

---

65 Integrada por: presidente Juan Pablo Cafiero, vicepresidente Enrique De Vedia, vicepresidente 1º, Zelmira Mireya Regazzoli, vicepresidente 2º, Hugo Rodríguez Sañudo, vicepresidente 3º, Hilario Muruzabal, vicepresidente 4º, Ana María Pando, secretarios Jorge Daniel Aena y Esteban Miguel Llamosas. Quien escribe este trabajo intervino como miembro de dicha Comisión.

66 Véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, p. 2828.

67 *Ibidem*, pp. 3841 y ss.

68 *Ibidem*, pp. 1815-2926, 2927-2944 y 2947-3090.

69 *Ibidem*, p. 3842. Respecto del Dictamen de la Minoría véase pp. 3850 y ss.

Aunque el texto final de la Convención no fue aprobado exactamente igual al sugerido por la Comisión de Tratados, lo cierto es que esta propuso la jerarquía constitucional de los documentos sobre derechos humanos, sin enumerarlos.

En la Comisión aludida también se enfatizó que este tipo de instrumentos deberían *interpretarse* sobre la base del principio *pro homine* (ello se infiere del art. 29 de la CADH), criterio que fuera adoptado por la Corte IDH, particularmente en sus últimos fallos, donde se señaló que estos instrumentos supranacionales, desde la perspectiva hermenéutica, deben ser acordes a la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional interamericano,[70] en la medida en que el derecho interno no sea más favorecedor.[71]

### *2.2.2. Tratados internacionales sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22*

El artículo 75, inciso 22, presentó los siguientes documentos: *1)* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;[72] *2)* Declaración Universal de los Derechos Humanos;[73] *3)* Convención Americana sobre Derechos Humanos;[74] *4)* Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo;[75] *5)* Pacto Internacional de Derechos Civi-

70 Véase Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, y en especial el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

71 Para conocer las opiniones de los distintos convencionales sobre el particular, véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, pp. 3094-3174.

72 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

73 Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

74 Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por la República Argentina por Ley 23.054. Sancionada el 1 de marzo de 1984, promulgada el 19 de marzo de 1984.

75 Suscrito en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313. Sancionada el 17 de abril de 1986, promulgada el 6 de mayo de 1986.

les y Políticos;[76] *6)* Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;[77] *7)* Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;[78] *8)* Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer;[79] *9)* Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,[80] y *10)* Convención sobre los Derechos del Niño[81] (véase apdo. 1.5).

### *2.2.3. Tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados con posterioridad a la reforma de 1994*

*A posteriori* se aprobaron los siguientes documentos, todos ellos con rango constitucional: *1)* Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,[82] y *2)* Convención sobre la

76 Suscrito en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313. Sancionada el 17 de abril de 1986, promulgada el 6 de mayo de 1986.

77 Aprobada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. Ratificada por la República Argentina por el decreto-ley 6286/1956.

78 Suscrita en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, el 13 de julio de 1967. Ratificada por la República Argentina por Ley 17.722 (26 de abril de 1968).

79 Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscrita por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Ratificada por Ley 23.179. Sancionada el 8 de mayo de 1985, promulgada el 27 de mayo de 1985.

80 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.338. Sancionada el 30 de julio 1986. Fecha de Promulgación: 19 de agosto de 1986.

81 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.849. Sancionada: 27 de septiembre de 1990, promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

82 Aprobada durante la 24 Asamblea General de la OEA, el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, República Federativa del Brasil. Aprobada por la República Argentina por Ley 24.556. Jerarquía Constitucional por Ley 24.820. Sancionada el 30 de abril de 1997, promulgada el 26 de mayo de 1997.

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.[83]

### 2.3. Los derechos humanos y los órganos interamericanos

La constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22, y los que luego alcanzaron esa condición, produjo importantes efectos en el derecho interno argentino. Ello así considerando el "diálogo" que se viene dando entre los órganos jurisdiccionales domésticos y los cuerpos del sistema (la CIDH y la Corte IDH). Y esto no solo en el ámbito argentino, sino en todo el modelo del Pacto de San José, ya que los decisorios de los dos órganos citados han generado una verdadera casación interamericana, uniformando las pautas de interpretación para más de 500 millones de personas.

Se parte de la base de que, en principio, ninguna actuación de cualquiera de los tres poderes del Estado puede resultar contraria a lo expresado en los tratados internacionales sobre derechos humanos y, como consecuencia de ello, los países deben respetar la jurisprudencia del Tribunal regional aludido (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), pues, de lo contrario, se origina la responsabilidad internacional del Estado, conforme a los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José (véase subtítulo 10).

La Corte IDH ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas, sino que su tarea *es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia*,[84] ya que, como es por demás

---

[83] Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26 de noviembre de 1968. Aprobada por la República Argentina por Ley 24584. Jerarquía constitucional Ley 25778. Sancionada el 20 de agosto de 2003, promulgada el 2 de septiembre de 2003.

[84] Como bien apunta el juez Cançado Trindade, no se trata en verdad de "revisar" las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte,

sabido, el derecho internacional es *subsidiario*, lo que significa que solo actúa en la medida en que las autoridades internas hayan violado un tratado internacional (art. 46.1.a CADH).

Por ello, ha establecido —sin entrometerse en las jurisdicciones locales— que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos

> [...] tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando esta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada.[85]

En ese sentido, añadió que solo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional "[...] *deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos*".[86]

### 2.4. Conclusiones. Un avance de la reforma de 1994 y el control de convencionalidad

La irrupción de los tratados sobre derechos humanos ha producido una verdadera revolución tanto en el Sistema Europeo como en el Interamericano, puesto que la Corte regional con sede en Costa Rica, en un desarrollo progresivo, ha llegado a la conclusión de que ella debe efectuar, aun de oficio,[87] una inspección

---

como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes. Germán, Albar y Cançado Trindade, Antônio, *op. cit*., p. 584.

85 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*..., *cit*., párr. 167.

86 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 13, párr. 198; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*..., *cit*., párr. 121.

87 Véase Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*..., *cit*., supra, n. 3, párr. 124. Véase Gialdino, Rolando, "Control de constitucionalidad y

sobre las actividades de los tres poderes del Estado, a efecto de averiguar si en el ámbito doméstico se han violado los tratados sobre derechos humanos; a tal punto que ha condenado a varios países, entre ellos a Argentina,[88] por infringir este postulado (véase apdo. 1.4).

No nos debe pasar inadvertido que, como hemos puesto de relieve, el derecho internacional de los derechos humanos es de esencia subsidiaria, por lo que la obligación primaria de los jueces y órganos del Estado es efectuar ellos mismos esta revisión de convencionalidad (control primario) y, en su caso, descartar o desaplicar las normas internas que infrinjan los pactos internacionales. Y esta tarea no solo deben llevarla a cabo los jueces, sino también el poder ejecutivo y a la par el propio Parlamento, que tiene el deber de no dictar preceptos violatorios de los tratados[89] (véase apdo. 1.3).

Tal como vimos, la reforma de 1994 implicó un trascendente avance en el derecho argentino, ya que si bien el texto final se apartó en alguna medida de los Dictámenes de la Mayoría y de la Minoría, lo cierto es que su gran mérito ha sido, por un lado, incorporar a la carta magna la cuestión de los tratados sobre derechos humanos, y, por el otro, darle linaje constitucional.

En efecto, el artículo 75, inciso 22 —tal cual lo adelantamos— enumera 11 documentos y les otorga jerarquía constitucional privilegiada, y en su parte final permite la anexión de nuevos instrumentos de esta naturaleza, imponiendo a las cámaras legislativas una mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara.

---

de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *La Ley*, Buenos Aires, 2008-C, p. 1295. *Cfr.* Albar, German y Cançado Trindade, *op. cit*., p. 584.

88 Véase Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, núm. 97; *Caso Forneron e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, núm. 242, entre otros (véase apdo. 11.3.2, inciso b).

89 Véase Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, *cit*., párrs. 46, 59, 95 (véase apdo. 11.2.2).

El artículo 31 de la carta magna anterior aludía a los tratados en general; a su vez, el artículo 27 disponía que los mismos debían ser conformes a los principios del derecho público establecidos en la Constitución. Pese a que tales normas que están vigentes (pertenecientes a la primera parte de dicha norma fundamental), luego de la reforma de 1994, han sido reinterpretadas de alguna manera, en concordancia con el artículo 75, inciso 22, actual y con el 27 de la Convención de Viena, que no permite invocar ninguna regla nacional para incumplir un tratado.

La actual redacción modifica sustancialmente el sistema de fuentes del orden público argentino, ya que —a través del artículo 75, inciso 22— se incorpora un conjunto de reglas convencionales internacionales que permean en los andariveles del antiguo modelo,[90] y de esa forma entran en el torrente normativo argentino. Podemos hablar sin ambages de *tratados constitucionalizados*, o de la *Constitución internacionalizada*.

La reforma les da identificación propia y una jerarquía suprema. Por ello, a partir de entonces nuestro país quedó en una mejor posición para poner en marcha en el campo doméstico todo el desarrollo previo sobre la protección de los derechos humanos que se había gestado en el ámbito europeo y, en particular, en el interamericano. En este último sector, obligando a los organismos jurisdiccionales a permear la valiosísima jurisprudencia emitida por la Corte IDH y también por la CIDH.[91]

---

[90] Pizzolo, Calogero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque de constitucionalidad federal", *La Ley,* Buenos Aires, 2006-D, p. 1023.

[91] El expresidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en García Ramírez, Sergio, "La 'navegación americana' de los derechos humanos: hacia un *ius commune*", en Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius Constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-IIJ-UNAM, 2014, Serie Doctrina Jurídica, núm. 688, p. 486, siguiendo a Abramovich (en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, p. 421), destaca las bondades de la reforma argentina: "incorporó nuevos derechos y garantías s al sistema constitucional; contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional

A ello se fue acoplando el formidable instrumento del control de convencionalidad, que permitió —e impuso— a los organismos del Estado a llevar a cabo una "inspección" comparativa entre los tratados y las normas domésticas, a fin de darle prioridad al derecho internacional de los derechos humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH[92] (véase subtítulo 4).

Este contralor —como pusimos de relieve— debe ser hecho primero por los órganos domésticos (control primario) y luego, en caso de que permanezca la inconvencionalidad, por la Corte IDH (control secundario). Aunque conviene aclarar que, si bien este Tribunal no anula ninguna regla interna, al achacarle la inconvencionalidad, obliga al país a tomar medidas para evitar una condena internacional (arts. 1.1 y 2 CADH).

Conviene repetir que el ámbito del control de convencionalidad se ha ido ampliando progresivamente en la jurisprudencia de la Corte IDH, pues esta tarea no solo corresponde a los judicantes —como antes se decía—, sino a "*todas las autoridades públicas y en todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueves*

---

de los derechos humanos, impuso cambios en la administración de justicia, determinó la necesidad de repensar la organización federal, favoreció la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar políticas de gobierno específicas de derechos humanos; y contribuyó a la consolidación de una disciplina académica que discutió y favoreció la aplicación de esos estándares y principios en los distintos campos del derecho público y privado".

92 Por ejemplo, la CSJN aplicó esta doctrina —entre otros— en el *caso Videla*. Allí señaló en que "[...] Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de 'convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones [...]". CSJN. *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación*. V.281. XLV. 31 de agosto de 2010.

*y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*"[93] (véase subtítulo 12).

Para finalizar, no será baladí reiterar que el artículo 75, inciso 22, y los posteriores tratados sobre derechos humanos a los que Argentina se ha adherido han producido una valiosa "dilatación" de la tutela del hombre, que se ha reafirmado a través del control de convencionalidad. Podemos hablar de *Constitución internacionalizada*.

La constitucionalización de los derechos humanos y la interpretación de los órganos interamericanos ha generado cambios trascendentales en el modelo continental, por ejemplo la modificación de la carta magna de Chile a raíz de la sentencia del caso *Olmedo Bustos*[94] sobre la libertad de expresión (art. 13 CADH), o la reforma de la Constitución mexicana como consecuencia del fallo de la Corte IDH en el caso *Radilla Pachecho*.[95] Allí se condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH; el Tribunal mandó reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero (párrs. 277 y 300) y, posteriormente, cuando llevó a cabo la supervisión de cumplimiento de la sentencia,[96] insistió en la necesidad de concluir las modificaciones legislativas ordenadas.[97] Tal apertura ha implicado que esa nación refor-

93 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia..., *cit*.

94 Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

95 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209 (véase apdo. 9.2).

96 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución de 19 de mayo de 2011.

97 *Ibidem*, párr. 58. 2. c). Allí dijo que el país debía "adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*punto resolutivo décimo y Considerandos 20 a 22*)".

mara recientemente su propia carta magna,[98] incluyendo en su artículo 1 la problemática de los derechos humanos. A su vez, la Suprema Corte de ese país, al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de "constitucionalidad" —que antes era concentrado— y de paso también la inspección difusa de "convencionalidad"[99] (véase apdo. 9.2).

## 3. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad

### 3.1. Introducción. Desarrollo de la institución. Progresividad

Como vimos, la terminología utilizada, esto es "control de convencionalidad", fue manejada por primera vez, en el mencionado caso *Myrna Mack Chang*, en 2003, a través del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.[100]

El 7 de diciembre de 2004, en el *caso Tibi*,[101] dicho juez volvió a *poner la pica en Flandes* sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea de los jueces trasnacionales se asemeja a la de los tribunales constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales,

> La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de

98 Véase el libro de los autores Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, Porrúa-UNAM, 2009, donde se estudia en profundidad el asunto de referencia.

99 De ello resulta —según lo entiendo— que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

100 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala..., cit.*

101 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114.

> los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.[102]

En dicha oportunidad, el citado jurista mexicano aclara que, del mismo modo que un Tribunal Constitucional no puede, ni debe pretender, traer ante sí todos los casos en que se cuestione la supralegalidad de actos y normas,

> [...] un tribunal internacional de derechos humanos no aspira —mucho menos todavía que el órgano nacional— a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento.[103]

Lo expresado significa —en definitiva— que en el ámbito regional el país debe tener en cuenta "la jurisprudencia" de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico.

En el caso *Raxcacó Reyes,*[104] la Corte IDH, llevando a cabo el "control de convencionalidad"[105] entre el Pacto de San José y

---

102 *Ibidem*. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

103 *Ibidem*, párr. 4.

104 Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 133.

105 En este caso no se utilizó expresamente la frase "control de convencionalidad".

el Código Penal guatemalteco, consideró que este último infringía los postulados de aquel, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que, mientras no se cumpla con tal mandato jurisdiccional, "El Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro [...]".[106]

En 2006, en el asunto *López Álvarez,*[107] el juez García Ramírez volvió sobre esta temática cuando le tocó analizar el "plazo razonable" (arts. 7.5 y 8.1 del Pacto), sosteniendo que

> [...] el "control de convencionalidad" debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero estos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquellos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes.[108]

En el caso *Almonacid Arellano*[109] —ahora— la Corte "en pleno" se ocupó de tal problemática —refiriéndose a delitos de lesa humanidad—, sosteniendo que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y obligados, por ende, a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento

---

106 Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala...*, *cit*., párr. 145, subpuntos 5, 6, 7 y 8. Se le había impuesto al señor Roland Raxcacó Reyes la pena de muerte por la comisión del delito de plagio y secuestro, pese a que dicha sanción no se encontraba prevista en la ley al momento que Guatemala ratificó la Convención Americana, solo se admitía cuando, como consecuencia de tales hechos, falleciera la persona secuestrada, que no era el caso juzgado.

107 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm. 141.

108 *Ibidem*. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 30.

109 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, *cit*.

jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un tratado, como el Pacto de San José, "sus jueces" *como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella*,[110] lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, "el Poder Judicial debe ejercer *una especie*[111] de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas, que aplican a 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 IDH, intérprete última de la Convención".[112] (Cursivas añadidas)

Repárese en que, en el asunto referido, el Tribunal interamericano —en pleno— utilizó por primera vez la frase "control de convencionalidad".

En el caso *Vargas Areco,*[113] fallado en septiembre de 2006, nuevamente el juez Sergio García Ramírez, en su voto razonado, trabajó sobre esta álgida cuestión hablando de *control de convencionalidad*.[114]

Tales expresiones del juez apuntan a advertir que la Corte IDH debe confrontar las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, etc., con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia —examen de compatibilidad— entre aquellos y estas.[115]

Desde esa vertiente, no debemos olvidar que la lógica del modelo tutelar del Pacto de Costa Rica reside en la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos:

---

110 *Ibidem*, párr. 124.

111 Sagüés, Néstor, "El control de convencionalidad...", *cit*.

112 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile..., cit*., párr. 124.

113 Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 155.

114 *Ibidem*. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

115 *Ibidem*, párr. 7.

> [...] esto es evidente y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia. Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención —e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito—, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención.[116]

El 24 de noviembre de 2006, en el caso de los *Trabajadores Cesados*, todos los jueces del Tribunal[117] abordaron esta cuestión de control de convencionalidad.[118] Posteriormente, el entonces juez Cançado Trindade añadió conceptos en el mismo asunto en 2007, cuando se ocupó de la solicitud de interpretación de la sentencia.[119]

Conviene reiterar que, en el citado caso de 2006, la Corte no habló ya de "una especie" de control, sino que directamente lo calificó como *control de convencionalidad*, lo que permite presumir que dicha terminología quedó anclada a partir de ese momento en los andariveles de ese cuerpo.

En el segundo de los expedientes citados (solicitud de interpretación),[120] el juez Cançado Trindade,[121] en su voto disidente, hizo un excelente análisis de la institución que venimos abordando, hablando —citando a Cappelletti[122]— *de la dimensión constitucional y de la dimensión supranacional del derecho* (tema

---

116 *Ibidem*, párr. 8.

117 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*..., *cit*.

118 *Ibidem*, párr. 128.

119 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 174. Voto disidente del mencionado juez.

120 *Idem*.

121 *Idem*.

122 Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, UNAM, 1987, p. 239. Cappelletti, Mauro, "El 'formidable problema'...", *cit*.

del que nos hemos ocupado en trabajos anteriores).[123] Sostuvo enfáticamente —y esto nos parece de mucha importancia— que la necesidad de agotamiento de los recursos efectivos del derecho interno[124] (art. 46.1.a CADH) integra la propia protección internacional de los derechos humanos (aquí vuelve a su voto de 2006 en el caso *de los Trabajadores Cesados*).[125]

El juez referido sostuvo allí que el artículo 2 del Pacto, al imponer esa obligación de "armonización" entre el derecho nacional y el internacional, se abre el camino para una "constitucionalización" de una convención supranacional.[126]

---

123 Véase, Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos, cit*., t. 1, p. 29, párr. 9, punto III, n. 33; Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *op. cit*., t. I, vol. 1, p. 79, párr. 9, punto III, n. 102 [Hitters, Juan Carlos, "El Derecho Procesal Constitucional*", Revista El Derecho*, t. 121, p. 881; Fábrega, Jorge (comp.), *Estudios de derecho constitucional panameño*, Panamá, 1987, p. 865]. Cappelletti, Mauro, "Acceso a la Justicia", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXIII, núm. 41 y, del mismo autor, "Giustizia Costituzionale Soprannazionale", *Rivista Di Diritto Processual*, año XXXIII, t. II, 1978.

124 Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos, cit*., t. II, pp. 348 y ss.

125 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, Solicitud de Interpretación de la Sentencia..., *cit*. Voto concurrente razonado del juez Cançado Trindade, párr. 11.

126 En el caso *Penal Castro Castro* (Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú..., cit*.), en su voto razonado, el juez García Ramírez volvió a hacer referencia al tema que nos ocupa, sosteniendo que, a través del "control de convencionalidad", la Corte IDH explora "[...] en el universo normativo al que debe disciplinar su desempeño las disposiciones que le confieren o le niegan atribuciones para conocer de ciertas contiendas. Esta es la primera cuestión que analiza y resuelve el órgano jurisdiccional que recibe una demanda de justicia. El punto no reviste mayor complicación cuando existe una norma clara, enfática, que de manera directa y explícita confiere esas atribuciones. Obviamente, tampoco la hay cuando la norma niega semejante posibilidad o la concede a un órgano diferente de aquel que está analizando y resolviendo sobre su propia competencia [...]" (Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro..., cit*. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 16), agregando que "[...] Existe una tercera situación, que se plantea cuando las disposiciones del ordenamiento sobre derechos humanos contienen algún régimen sobre el control de la materia por parte de los órganos internacionales de protección, pero la fórmula que utilizan no es por sí misma, *prima facie,* suficientemente explícita o unívoca, o difiere de la utilizada en otros casos. En esta hipó-

El 20 de septiembre de 2007, en el caso *Boyce*,[127] la Corte se ocupó nuevamente de esta temática,[128] observando que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. Se dijo allí que, de acuerdo con la Convención de Viena (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, "[...] y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales [...]".[129]

Ejemplificando, y con un tono docente, se señaló allí que la jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que la Corte de Justicia del Caribe (último órgano doméstico) también debió decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, *violó o no la Convención*.[130]

En el caso *Heliodoro Portugal*,[131] referido a la desaparición forzada de personas, el Tribunal en cita añadió que, a través de lo que se denomina *control de convencionalidad*, cada juzgador debe

---

tesis, el tribunal debe interpretar la disposición y hallar su significado. No digo, por supuesto, que debe 'integrar' el ordenamiento y crear, a partir de su voluntad o de su imaginación, una competencia que no se encuentra recogida, en lo absoluto, en la norma sobre control de convencionalidad de los actos del Estado. Su poder no llega tan lejos: solo debe desentrañar el sentido de la disposición oscura o elusiva y establecer, a través de ese proceso lógico-jurídico, su sentido y alcance. Es esto lo que ha hecho la Corte Interamericana a propósito de la Convención de Belém do Pará, y su aplicabilidad al presente caso [...]" (*ibidem,* párr. 17).

127 Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169.

128 Se trataba de una sentencia que dispuso la pena de muerte de dos personas, y una norma del derecho interno de Barbados no permitía a los tribunales que declararan la inconstitucionalidad de dicha máxima sentencia.

129 Corte IDH. *Caso Boyce vs. Barbados*..., *cit*., párr. 77. Véase Sagüés, Néstor, *op. cit*.

130 Corte IDH. *Caso Boyce vs. Barbados*..., *cit*., párr. 78.

131 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párrs. 180 y 181.

velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales; por ende, el derecho doméstico —como dijimos— *debe adecuar* sus normas al Pacto de San José.

La Corte ha interpretado que la "adecuación" de los preceptos locales "[...] implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías",[132] criterio que ya había sido fijado con anterioridad (véase apdos. 10.1.2.1 y 10.1.2.2).

### 3.2. Primeras conclusiones

Hemos tratado de esbozar en forma sintética lo que se ha dado en llamar en los últimos tiempos *control de convencionalidad,* mecanismo que debe ser llevado a cabo primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una "comparación" entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte IDH, y luego por el Tribunal regional, si es que el caso llega a sus estrados.

Lo cierto es que los organismos judiciales internos, antes que nada —y esto es obvio—, deben cumplir una inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y, en paralelo, ver si tales decisorios se armonizan las convenciones internacionales ratificadas por Argentina (arts. 1.1 y 2 CAHD).[133]

Con respecto al contralor de marras, la Corte del Pacto de San José hizo referencia a las reglas *legislativas, administrativas* y *de cualquier otro carácter*, lo que implica, como vimos, que la ins-

[132] Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal..., cit.,* párr. 180.

[133] Sobre este tema véase el excelente trabajo de Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 2009, p. 79.

pección de "compatibilidad" con la Convención se efectuara sobre todo el material normativo del país (véase apdos. 8.2 y 8.3). Ese cuerpo ha establecido que los pronunciamientos locales tienen que ser acatados, y solo en circunstancias excepcionales puede la Corte IDH ocuparse de examinar los respectivos procesos internos, habida cuenta de que ella no constituye una tercera o cuarta instancia. En ese aspecto, ha sostenido que los jueces y tribunales domésticos están sujetos al imperio de la ley y están obligados a aplicarla, pero cuando el Estado ha ratificado un tratado como el Pacto de San José, *sus jueces,* como parte del aparato estatal, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar para que sus efectos no sean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarios a su objeto y fin, este concepto fue luego ampliado (véase subtítulo 12).

Esta verificación de convencionalidad tiene un carácter *difuso,* ya que cada uno de los magistrados locales *puede* y *debe* cumplir la tarea, sin perjuicio de la postrera intervención de la Corte Interamericana (véase apdo. 10.2).

Cuando hacemos referencia a la "revisión de oficio" queremos poner de relieve —obviamente— que, en esas circunstancias, la Corte está potenciada para hacerla aun cuando determinados casos de convencionalidad no le sean articulados en forma expresa. Es decir que si una actuación arriba a sus estrados por la violación de determinado derecho —por ejemplo, el derecho a la vida—-, ella puede ocuparse —digamos— de la infracción al debido proceso legal (véase apdo. 7.1).

Por último, nos parece necesario repetir que si ese cuerpo declara no convencional un determinado precepto doméstico —que haya sido aplicado o no—, el país debe inmediatamente "adaptar" la legislación interna —incluyendo su propia Constitución, como lo ha hecho Chile en el asunto ya citado— bajo el apercibimiento de que, de no hacerlo, incurriría en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 CADH), y atendiendo al *ius cogens* (véase apdo. 10.1.2.2).

### 4. Intensidad del control

La verificación de convencionalidad se puede llevar a cabo con mayor o menor "intensidad" de conformidad con las normas y

reglas aplicables en un determinado Estado, dependiendo de la "profundidad" de la función y jerarquía de cada órgano que la ejecuta.

Ya es sabido que este control, *stricto sensu,* solo puede ser realizado por el poder judicial y, en general, por quienes realizan funciones jurisdiccionales,[134] ya que únicamente ellos están en condiciones de declarar la invalidez de una norma jurídica.[135]

Sin perjuicio de esto, y tal cual hemos dicho, el poder ejecutivo y el legislativo también están "sujetos" a esta inspección, aunque no lo lleven a cabo *per se* (podemos hablar de sujetos pasivos de control). Empero, lo cierto es que, para evitar la responsabilidad internacional del Estado, lo que deben hacer los "demás poderes" es *tener en cuenta la jurisprudencia internacional para evitar el dictado de actos o la ejecución de conductas que infrinjan los tratados internacionales*. Es decir que las autoridades que no ejecutan funciones típicamente jurisdiccionales tienen que interpretar los derechos humanos de la manera más favorecedora, sin que estén potenciados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en casos concretos, conforme lo ha expresado la Suprema Corte de México en el caso *Radilla Pacheco*[136] (9 de diciembre de 2010).

Parece claro que el grado de *despliegue* se ejerce con más fuerza en los Estados que permitan el control difuso, al tener —por

---

134 De acuerdo con lo expresado por la Corte IDH en el famoso caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

135 El control de convencionalidad puede efectuarlo cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo —según el diagrama de los diversos países— las cortes supremas de justicia, las cortes, salas o tribunales constitucionales, y en los países que ejecutan el control difuso, todos los jueces sin distinción de jerarquías. En el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

136 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México...*, *cit*. Véase también García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, Puebla, México, vol. V, núm. 28, diciembre de 2011, p. 243.

regla— todos los judicantes locales la atribución de "inaplicar" o "invalidar", según el caso, la norma inconvencional.[137]

Sin embargo hay un grado intermedio,[138] por ejemplo, cuando el operador, en lugar de romper una regla local viciada, está en condiciones de llevar a cabo una *interpretación conforme* de la normatividad interna con los tratados internacionales y de la jurisprudencia interamericana. Ello así, pues, al cumplir este tipo "interpretación", se puede salvar la inconvencionalidad del precepto interno, tal como veremos en el siguiente apartado.

## 5. Interpretación conforme

En efecto, puede darse el caso de que el operador, en lugar de romper la regla local supuestamente viciada, lleve a cabo una "interpretación conforme" de la normatividad doméstica con la supranacional, sobre la idea de salvar la convencionalidad del precepto.

Una de las formas más contundentes para lograr esta "armonización" entre el derecho nacional y el internacional se viabiliza a través de la denominada *cláusula de interpretación conforme*.[139] La misma consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual las reglas contenidas en las cartas magnas locales son "armonizadas" con los postulados y principios que surgen de los tratados sobre derechos humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte IDH, *para alcanzar una mayor eficacia*.

---

137 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad", *cit.,* p. 208.

138 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales,* México, Fundap, 2012, pp. 683-754; *idem,* en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011, pp. 239-249. *Cfr.* Castilla Juárez, Karlos, *op. cit.,* p. 87.

139 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos..., cit.,* p. 698.

Algunas constituciones disponen que los derechos y deberes que ellas regulan deben ser interpretadas de *conformidad* con los tratados internacionales ratificados.[140] Esta fórmula surge, por ejemplo, del artículo 10.2 de la Constitución española de 1978, que expresa: "[...] las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificadas por España".[141]

Para los países del Sistema Interamericano que no contengan esta cláusula, va de suyo —como adelantamos— que se debe aplicar la regla antes citada (interpretación *pro homine*).

En este orden de ideas, la modificada Constitución de México[142] dicta en su artículo 1:

---

140 Entre las constituciones latinoamericanas que adoptan esta pauta interpretativa podemos citar —entre otras— las de Bolivia, Perú y México.

141 Este es el criterio que marca Argelia Queralt Jiménez cuando dice: "En este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramientas hermenéuticas. La utilización de la jurisprudencia del TEDH como instrumento interpretativo de sus propios catálogos internos de derechos y libertades se debe, en unos casos, a la existencia de una norma interna que prevea la necesidad de interpretación conforme con el estándar europeo. Este sería el caso de España donde el artículo 10.2 de la Constitución Española claramente establece la obligación de interpretación conforme y que supone el ejemplo paradigmático de este tipo de apertura al Derecho internacional. En otros casos, en cambio, se deberá al cumplimiento de la obligación general derivada del artículo 1 CEDH de compatibilidad con el estándar europeo compuesto tanto por el CEDH como por la jurisprudencia del TEDH", Queralt Jiménez, Argelia, "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", *Teoría y realidad constitucional,* Madrid, UNED, núm. 20, 2007, pp. 435-470. Sobre la temática, véase también su libro *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional,* Madrid, CEPC, 2008; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", *cit.,* p. 699.

142 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, modificada el 10 de junio de 2011, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.* Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad [...].[143] (Cursivas añadidas)

[143] Luis Fernando Angulo Jacobo señala los pasos para llevar a cabo el control de convencionalidad: La Suprema Corte de Justicia de la Nación [de México], a través de una tesis aislada estableció que el poder judicial, al ejercer el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, debe realizar los siguientes pasos: A) *Interpretación conforme en sentido amplio*. Todos los jueces del país, independientemente del fuero al que pertenezcan, deben interpretar las normas pertenecientes al orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte. B) Al respecto, es necesario resaltar al lector que esta interpretación presupone la inexistencia de un conflicto entre las normas internas y los derechos humanos contenidos en la carta magna y en los tratados internacionales, con lo que únicamente resulta necesario realizar la interpretación atinente de conformidad con tales derechos. C) *Interpretación conforme en sentido estricto*. En el supuesto de que existan varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, en este supuesto, se tiene que el problema de la posible inconstitucionalidad o inconvencionalidad deriva no de la norma, sino de su interpretación, con lo que se debe preferir aquella que salvaguarde los derechos humanos que se encuentren en conflicto. D) *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.* Implica la determinación del juzgador de no aplicar una norma formalmente válida pero contraria o menos favorecedora a los derechos humanos del afectado. Lo anterior, no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces como el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

En definitiva, podemos reiterar que el modelo de la "interpretación conforme" busca una hermenéutica que compatibilice —en lo posible— las normas internas con las de los tratados, para salvar la convencionalidad de aquellas.

Así se puede lograr una mayor utilidad sin "romper" un dispositivo legal doméstico, esto es, cuando se le "interpreta" usando el criterio más favorable. Se deja de lado así una imposición coactiva de las reglas internacionales.

## 6. Margen de apreciación nacional

Esta figura, que ha sido usada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se ha definido como una suerte de "deferencia" —del cuerpo supranacional encargado de juzgar— hacia las autoridades nacionales para que sean ellas las que fallen sobre determinada temática, con independencia de los organismos que imponen los tratados supranacionales. En ese caso, las autoridades domésticas quedan —podemos decir— encargadas de resolver determinadas vulneraciones de los derechos humanos. Ello se da en aquellas hipótesis en las que el Tribunal internacional considera que los cuerpos internos están en mejores condiciones para decidir el asunto.

La postura *sub examine* hunde sus raíces en la doctrina del *marge d'appréciation* aplicada por el Consejo de Estado francés y en la jurisprudencia sobre la discrecionalidad administrativa de algunos países del ámbito continental. Esto significa que la corriente podría tener su base en un debate más amplio centrado

La inaplicación de la ley es la última alternativa con que cuenta el intérprete de la norma, ante la imposibilidad de realizar una interpretación que sea constitucional o convencional, con lo que en aras de salvaguardar los derechos humanos el intérprete no debe aplicar la norma solo en el caso concreto. *Cfr*. Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. Tesis aislada LXIX/1011 (9a.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, t. I, diciembre de 2011, p. 551. Véase Angulo Jacobo, Luis Fernando, "El control difuso de convencionalidad en México", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, PJF-CJF, núm. 35, 2013, p. 85. Véase también García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad...", *cit*.

en los límites que deben tener los judicantes a fin de garantizar una efectiva separación de los poderes. Empero, su migración al campo internacional apunta a la problemática asociada al carácter subsidiario del derecho internacional y a la legitimidad democrática de ciertas legislaciones internas.[144]

Esta doctrina se ha originado —tal como anticipamos— en la jurisprudencia del TEDH, aunque en puridad de verdad fue la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos quien hizo expresa referencia al margen de apreciación nacional.[145]

Uno de los temas más complicados en esta problemática es saber cuál es ese "margen" y qué amplitud tiene.[146]

Nótese que el TEDH ha dado cierto margen de apreciación a los países[147] sosteniendo, por ejemplo, que estos tienen libertad para definir el estatus jurídico del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).[148] Este modelo pretende que los estándares internos sean "compatibles" con ese Tratado, no pide para

---

144 Díaz Crego, María, "Margen de apreciación nacional", *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales,* Universidad de Alcalá, Última actualización: 9 de mayo de 2011, *http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/94*

145 *Idem*. Cabe destacar que "Los primeros asuntos en los que la Comisión hizo uso de esta doctrina planteaban supuestos recubiertos de cierta excepcionalidad, ya que se enjuiciaban medidas de derogación de los derechos reconocidos en el Convenio, adoptadas por los Estados en virtud de lo previsto en el artículo 15 CEDH. Sin embargo, la doctrina del margen sería incorporada posteriormente a asuntos en los que se debatían eventuales vulneraciones de otros preceptos del CEDH, como por ejemplo, el derecho a la educación, en el caso *Lingüístico Belga*, de 24 de junio de 1965 (Comisión), o la libertad de expresión, en el asunto *Handyside* (Arai-Takahashi, 2002; Lambert, 1998; Yourow, 1996). A partir de esa extensión de la doctrina del margen a otros preceptos del CEDH, la utilización del margen por los órganos de control del CEDH ha crecido de forma exponencial, siendo uno de los recursos habitualmente utilizados para la resolución de las eventuales violaciones de derechos humanos que llegan a Estrasburgo".

146 El juez de la CSJN, S. Fayt, en sus votos vertidos en los casos *Simón* y *Mazzeo*, advierte que, a través del art. 27 de la Constitución Nacional argentina, se puede encontrar un hueco para hablar de *margen de apreciación nacional*.

147 García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad...", *cit.,* p. 128.

148 Castilla Juárez, Karlos, *op. cit*.

nada que sean "idénticos", ni siquiera "conformes", ya que los Estados gozan de ese marco de apreciación local en la elección de los medios para cumplir sus obligaciones convencionales.[149]

Como vimos, en la jurisprudencia del Viejo Continente se ha otorgado en varias oportunidades la "deferencia" hacia las autoridades locales, con el argumento del carácter subsidiario del derecho internacional.[150] Por ejemplo, en el caso *Evans vs. Reino Unido*, atinente a la fertilización *in vitro*, se dejó librado a estas lo atinente a la presunta violación del derecho a la vida de los embriones preservados, debido a que la legislación nacional exigía su destrucción ante el retiro del consentimiento de la pareja de la peticionaria sobre su implantación.[151]

Ciertos doctrinantes —como veremos— han criticado la figura *sub examine,* ya que consideran que el uso excesivo de la misma impide a los operadores jurídicos conocer con cierta dosis de previsibilidad cuál sería la jurisprudencia mayoritaria de un tribunal internacional, lo que atentaría contra la seguridad jurídica.

Por otro lado, y en una postura opuesta, conviene alertar que ciertos autores pregonan un amplio margen de apreciación nacional, a tal punto que inclusive se oponen, por ejemplo, al control de convencionalidad, ya que entienden que afecta la legitimación democrática del Parlamento.[152]

Los epígonos de esta vertiente sostienen que ni de las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la CADH ni del restante contenido de esta, ni de ningún otro tratado, puede inferirse la existencia de una obligación para los Estados de integrar y situar en el

149 *Ibidem,* p. 82.

150 Véase Comisión, *Grecia vs. Reino Unido*, de 26 de septiembre de 1958 (Vol. I y Vol. II); TEDH, *Handyside vs. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, parr. 48; Díaz Crego, María, *op. cit*.

151 TEDH, *Caso Evans vs. Reino Unido* (núm. 6339/05), sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 54

152 Entre otros, véase Vítolo, Alfredo M., "Una novedosa categoría jurídica: el 'querer ser'. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del 'control de convencionalidad'", *Pensamiento Constitucional,* Escuela de Posgrado, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, núm. 18, 2013, p. 374.

sistema jurídico local a los tratados al mismo nivel o un rango superior que el de su Constitución, "pero mucho menos que los órganos vinculados a la administración de justicia estén obligados a hacer eso o a tomar esa decisión. En ningún lado encontramos la obligación para los Estados de someter todo su ordenamiento jurídico al contenido de un Tratado [...] lo que establece son formas de adecuación y coordinación para que se cumpla con la CADH".[153]

Con un criterio más armonizador se ha puesto de manifiesto que en todo derecho de fuente internacional puede darse una dicotomía entre lo que se denomina el "núcleo duro" inalterable y común para todos, y otro más sencillo y maleable que sí puede ser manejado y acomodado según las circunstancias por los jueces locales.[154]

Si bien es cierto que la Corte Interamericana ha expresado constantemente que —tal como dijimos— los países deben tener en cuenta no solo los tratados internacionales, sino también la jurisprudencia de ese Tribunal, lo cierto es que en algunos casos ella misma ha permitido, tanto en el ámbito consultivo[155] como en la jurisdicción contenciosa,[156] cierta posibilidad de apreciación nacional.[157]

---

153 Castilla Juárez, Karlos, *op. cit.*, p. 80.

154 Sagüés, Néstor, "Dificultades operativas del 'control de convencionalidad' en el Sistema Interamericano", *La Ley*, Buenos Aires, 2010-D, p. 1245; del mismo autor, *La interpretación judicial de la Constitución,* 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 222.

155 Véase Corte IDH. OC-4/84. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión consultiva de 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4.

156 En el asunto *Castañeda Gutman* (Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184) la Corte —contradiciendo en alguna medida lo que venía diciendo en asuntos como *Yatama contra Nicaragua* (Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127)— aceptó que la dirección del Gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva del Estado mexicano. *Cfr*. Carpizo, Enrique, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos*", Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013, pp. 939-971.

157 La Corte de la región dice que la protección de los derechos humanos constituye en límite infranqueable a las mayorías parlamentarias. Véase Corte

En verdad conviene señalar que este "margen" resulta muy amplio cuando la Corte de la región no ha sentado opinión sobre algún tema en particular, ya que en esa situación la judicatura local no tiene ninguna cortapisa para llevar a cabo la hermenéutica que le parezca más conveniente, teniendo en cuenta las normas locales y su compatibilización con los tratados internacionales, aunque en esa situación no podemos hablar obviamente de "la" doctrina de la Corte IDH, por lo que se trata de meros criterios provisionales locales que obviamente no tienen efectos *erga omnes*.[158]

Por ello, pensamos que este campo "se achica" cuando ya hay criterios o estándares establecidos por la Corte IDH, pues una interpretación contraria implicaría la violación de los artículos 1.1 y 2 de la CADH y de la jurisprudencia del Tribunal.

Aunque, en puridad de verdad, sería conveniente flexibilizar en lo posible esta contraposición que impone la supremacía convencional o interpretación jerárquica, por el postulado de la "coordinación" entre los sistemas nacionales e internacionales y viceversa, sobre la base de la interpretación *pro homine*,[159] en el sentido de buscar entre las normas de la jurisdicción internacional y de la nacional la más protectora para el ser humano.[160]

Como dice Carpizo, el principio hermenéutico *pro personae,* en su variante de preferencia normativa, posibilita superar el criterio de interpretación jerárquica y atender a la regla que mayor beneficio otorgue a la persona.[161]

---

IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221; Vítolo, Alfredo M., *op. cit.,* p. 374.

158 García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad...", *cit.,* p. 128.

159 Carpizo, Enrique, *op. cit*., p. 957. Véase también Bazán, Víctor, "El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado dialogo jurisprudencial", *La Ley*, Buenos Aires, Suplemento Actualidad, febrero de 2011, p. 1.

160 Véase Hitters, Juan Carlos, "Un avance en el control de convencionalidad...", *cit*.

161 Carpizo, Enrique, *op. cit*., p. 957.

Esto es lo que ha dado en llamarse —ya lo dijimos— el diálogo jurisprudencial entre la justicia local y la internacional,[162] siempre teniendo en cuenta que los Estados, al adherirse al Pacto de San José, han consentido en limitar su soberanía en beneficio de un bien superior al mismo, que —como dice Nogueira Alcalá— es el respeto a la dignidad inherente al ser humano. Ello implica, en definitiva, reconocer que la soberanía estatal está restringida en su ejercicio por respeto y garantía efectiva de los derechos humanos.[163]

García Ramírez[164] hace ver que el control interno de convencionalidad supone algún *margen de apreciación nacional*; empero, es preciso reconocer que, en la mayoría de los casos, esta deferencia hacia lo local está acotada por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante.

Este autor sostiene que "no es conveniente ni realista pretender que *todo* el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión. En el mismo sistema interamericano se cuenta con ejemplos —cada vez más numerosos y aleccionadores— sobre la racionalidad y los beneficios del diálogo jurisprudencial".[165]

---

[162] Nogueira Alcalá, Humberto, "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XIX, 2013, pp. 512 y ss.

[163] Nogueira Alcalá, Humberto, "El diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", Ponencia del XXV Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, Argentina, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades Nacional de La Plata, Católica de La Plata y Universidad del Este, septiembre de 2013. En el mismo sentido se expresa García Ramírez ("El control judicial interno de convencionalidad...", *cit*., p. 129) que el control de convencionalidad desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien jurisdiccional) interno e internacional.

[164] García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad...", *cit*., p. 128.

[165] *Ibidem*, p. 129.

Hemos puntualizado que cuando la Corte IDH fija una doctrina legal —imperativa—, la misma es vinculante —en principio— para los Estados parte, por lo que, de ese modo, de alguna manera, se reduce el principio del margen de apreciación nacional, teniendo en cuenta la obligatoriedad de los pronunciamientos del Tribunal regional.

En efecto, en el caso *Gelman vs. Uruguay,* de 2011,[166] la Corte IDH sostuvo que el país demandado infringió la CADH en relación con el caso de "Juan Gelman, María García de Gelman, y María Macarena Gelman García".

Con anterioridad, el Parlamento uruguayo había aprobado la ley de caducidad (ley 15.848), similar a las de obediencia de vida y punto final dictadas en Argentina. Vale la pena recordar que la normativa de Uruguay pasó —como es sabido— por varias vicisitudes en el ámbito doméstico.[167]

166 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*..., *cit*.

167 El Tribunal interamericano señala que "Tras la promulgación de la Ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay fue llamada a pronunciarse sobre su constitucionalidad, en virtud de acciones de inconstitucionalidad presentadas por representantes de víctimas y familiares de desaparecidos o de planteamientos formulados de oficio por los jueces que estaban conociendo de las denuncias [...]. En 1988 la Suprema Corte de Justicia sostuvo la constitucionalidad de la Ley de Caducidad por mayoría de tres votos a dos, lo cual, de acuerdo con el derecho constitucional uruguayo, tenía efectos vinculantes únicamente para el caso concreto. En dicho caso los jueces consideraron que, pese a no figurar la palabra 'amnistía' en el texto, la intención del legislador había sido conferir una 'auténtica amnistía' a las fuerzas de seguridad [...]. El 16 de abril de 1989 un grupo de ciudadanos y familiares de detenidos desaparecidos, que conformaron la 'Comisión Nacional pro Referéndum contra la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado', promovió y obtuvo la recolección de las firmas de más del 25% de los electores (aproximadamente 630.000), con las cuales se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad, el cual no fue aprobado por la ciudadanía uruguaya, pues solo el 42.4% de los votantes se pronunció a favor de hacer lugar al recurso y el resto en contra [...]. El 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia dictó la sentencia No. 365 en la causa *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela*, en la que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley y resolvió que son inaplicables al caso concreto que generó la acción [...]. El 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía, junto con las elecciones de autoridades nacionales y mediante el mecanismo de

Finalmente, llegado el asunto a la Corte IDH, esta concluyó que el Estado había violado los derechos y las garantías judiciales previstas en los artículos 8 .1 y 25.1 del referido Pacto, sosteniendo, en particular, que la aplicación de la ley de caducidad carece de efecto jurídico respecto de las graves violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo en Uruguay, con motivo de los hechos antes relatados.[168]

Resulta muy importante poner de manifiesto que cuando el Tribunal interamericano tuvo que supervisar el cumplimiento de la sentencia *Gelman vs. Uruguay*, el 20 de marzo de 2013, se ocupó del asunto que hemos denominado como el *Caso de los Coroneles*.[169] En

'iniciativa popular' que requirió previamente el apoyo de más de doscientas cincuenta mil (250.000) firmas, un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declararía nula la Ley de Caducidad y dejaría inexistentes los artículos 1, 2, 3 y 4 de la misma, propuesta que solo alcanzó el 47.7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada [...]. El 29 de octubre de 2010 la Suprema Corte de Justicia dictó otro fallo en la causa 'Organización de los Derechos Humanos', en el cual, mediante el mecanismo de 'Resolución anticipada', reiteró la jurisprudencia establecida en el caso Sabalsagaray, acerca de la excepción de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad, confirmándose los argumentos esgrimidos en la sentencia referida". *Ibidem,* párrs. 145-150.

168 *Ibidem*, párrs. 241-246.

169 Suprema Corte del Uruguay, Caso *M. L., J. F. F., O. – Denuncia- Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 2 y 3 de la Ley Nº 18.831. IUE 2–109971/2011*; al que nosotros denominamos el *Caso de los Coroneles*. Sentencia núm. 20 de 22 de febrero de 2013. Dicho cuerpo legal dispone: "Ley núm. 18.831. Pretensión Punitiva del Estado. Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985. El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, Decretan: Artículo 1º: Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1 de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1 de la Ley núm. 15.848, de 22 de diciembre de 1986. Artículo 2: No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1 de esta ley. Artículo 3: Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte. Artículo 4: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Eje-

dicho caso, dos militares de alto rango[170] atacaron la ley 18.831 (de 27 de octubre de 2011) como contraria a la Constitución en el marco de una investigación penal.[171] Cabe señalar que ese cuerpo legal fue dictado como consecuencia de lo dispuesto por la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay* (de 24 de febrero de 2011).

En efecto, la Suprema Corte de Justicia de ese país, en el decisorio de 22 de febrero de 2013, declaró —por mayoría— que lo dispuesto por la Corte Interamericana en el ya nombrado fallo *Gelman* y, en general, en los demás pronunciamientos de ese organismo internacional, *no son vinculantes para quienes no han sido parte de ese proceso judicial*. Para ello, puso en juego la doctrina denominada "margen de apreciación nacional".

El Tribunal regional, en la resolución de la supervisión del caso *Gelman* (de 20 de marzo de 2013) ya referida, replicó con severidad los basamentos de los jueces domésticos, negando la posibilidad del "margen de apreciación nacional" que había invocado la Corte Suprema uruguaya.

Este es un caso muy especial, dado que el Tribunal regional ya había expresado su opinión sobre la inconvencionalidad de las leyes de caducidad; no obstante, el más alto órgano judicial de Uruguay había desconocido dicho criterio, y sobre el argumento del margen de apreciación nacional desaplicó la jurisprudencia interamericana. Cuando la Corte IDH tuvo que supervisar su decisorio, advirtió el apartamiento doméstico y allí indirectamente fulminó la aplicación del margen de apreciación nacional, ya que señaló que sus pronunciamientos eran obligatorios para el ámbito interno y que la Suprema Corte de Uruguay debió atenerse al decisorio del Tribunal interamericano.[172]

---

cutivo. Sala de Sesiones de la Cámara de Representantes, en Montevideo, a 27 de octubre de 2011".

170 Galai Palermo, Pablo, "Uruguay: Una sentencia declara inconstitucional Ley 18831", *http://www.asuntosdelsur.org/uruguay-sentencia-scj-inconstitucional-ley-18831/*

171 En ese expediente, los coroneles R.R.S.S. y M.C. impugnaron por vía de excepción de inconstitucionalidad de la ley en comento.

172 Véase Hitters, Juan Carlos, "Un avance en el control de convencionalidad...", *cit*.

En síntesis, podemos decir que en el ámbito del control de convencionalidad existe el margen aludido, en el sentido de que impera allí la posibilidad de que las autoridades impongan ciertos criterios locales, ello sobre la base del modelo de subsidiariedad en el sentido de que son los Estados, en especial los jueces y el poder judicial en general, los que ejecutan el control primario y ponen en juego las normas nacionales e internacionales que consideren convenientes.

Como vimos, esta corriente nació en el ámbito de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y se extendió al Tribunal regional homónimo con sede en Estrasburgo.

También pusimos de relieve que esta "deferencia" que se les confiere a las autoridades locales se aplica con mayor amplitud cuando no existe jurisprudencia de la Corte IDH sobre el particular. En cambio, la cuestión "se achica" cuando el Tribunal interamericano ha fijado determinada doctrina legal.

En algunas circunstancias se ha evitado poner en contraposición el criterio de la supremacía convencional o interpretación jerárquica, utilizando el postulado de la "coordinación" (o diálogo) entre los esquemas nacionales e internacionales, sobre la base del principio de interpretación *pro homine;*[173] criterio utilizado por la propia Corte IDH, por ejemplo, en el aludido caso *Castañeda Gutman*.[174]

## 7. De oficio y en abstracto

### 7.1. De oficio

En Argentina y en algunos otros países —depende de la normativa vigente— se discute si el control de constitucionalidad debe ser llevado a cabo a *pedido de parte* o *de oficio*.[175]

---

[173] *Idem*.

[174] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México...*, *cit*.

[175] En el caso de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia, con ciertas variantes, se ha pronunciado por la procedencia del control oficioso de constitucionalidad (véase causas L. 69.523, *Barone*, sentencia de

Sin perjuicio de lo que en definitiva resuelvan los tribunales locales, reiteramos que, según la interpretación de la Corte IDH,

> [...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad'[176] *ex officio*[177] entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que esa revisión deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.[178]

La Corte, en el caso de los *Trabajadores Cesados del Perú,* habló del control difuso de convencionalidad que ella puede ejercer. Luego, en *Almonacid Arellano,* puso de relieve esta posibilidad de inspección con independencia de que las partes la invoquen. Ferrer Mac-Gregor señala que, en realidad, la posibilidad de ejercitar esta vía de oficio constituye un complemento del carácter difuso de dicho control. A partir de entonces se ha mantenido firme la jurisprudencia que permite el cotejo *ex officio*.[179]

---

1 de abril de 2003, L. 76.279, *Castillo*, sentencia de 1 de octubre de 2003; L. 80.156, *Martínez*, sentencia de 31 de marzo de 2004; L. 72.336, *Iommi*, sentencia De 14 de abril de 2004; L. 78.008, *Pereyra*, sentencia de 14 de abril de 2004) (causas L. 83.781 *Zaniratto*, sentencia de 22 de diciembre de 2004; L. 74.311 *Benitez*, sent. del 29-12-2004; L. 84.131 *Barreto*, sentencia de 8 de junio de 2005; L. 81.577 *Guzman*, sent. del 8-6-2005; L. 84.880 *Castillo*, sentencia de 27 de junio de 2007; Ac. 88.847 *Peters*, sentencia de 12 de septiembre de 2007, entre otras).

176 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros... cit*., supra, n. 3, párr. 124. Véase Gialdino, Rolando, "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio..., *cit*., p. 1295; Gialdino, Rolando, *Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales*, t. I, p. 369.

177 Este criterio ha sido ratificado recientemente en el *Caso J vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 275, párr. 407.

178 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú..., cit*., párr. 128.

179 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad... cit*.., p. 312.

El Tribunal regional aclaró, en varias oportunidades, que para poner en juego esta doctrina no deben perderse de vista los supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.[180]

Este control de oficio se debe cumplir conforme a la competencia de los órganos internos y bajo las reglas adjetivas establecidas para este efecto. Esto no significa que todos los jueces sean competentes para aplicar sin mayores exigencias domésticas este tipo de confrontación, pues, repetimos, por regla deben observar las normas locales.[181]

Vista ahora la problemática, no ya desde del derecho doméstico, sino del supranacional, lo cierto es que cuando las actuaciones llegan a la Corte regional, ella realiza —sin duda— esta verificación, *aun de oficio*, considerando que es la última intérprete de la normativa interamericana y que, por una cuestión meramente procesal, no se puede permitir que el Estado infrinja la Convención (art. 27 de la Convención de Viena).

En ese orden de ideas, obsérvese que estamos hablando de un control normativo; no obstante, y a fin de comprender lo que venimos analizando, debe tenerse presente que el férreo principio de congruencia, muchas veces utilizado en el campo interno —por lo menos en los pleitos de marcada esencia dispositiva—, ha sido morigerado por el Tribunal interamericano, quien, apli-

---

180 Dice García Ramírez, ahora no ya como juez, sino como doctrinario: "[...] La exigencia de que se satisfagan estos presupuestos no implica de suyo, en el caso concreto en el que se plantean, apreciación sobre la existencia de las violaciones aducidas o la responsabilidad de quien deba enfrentarlas o la reparación pertinente. Solo significa -pero esto no carece de importancia y trascendencia, casuísticamente, como es evidente- que el despliegue de la vía internacional, en su caso, y del control interno de convencionalidad, en el suyo, se hallan asociados a la observancia de esos presupuestos. Desde luego, la normativa interna puede ser —e incluso debe ser— muy favorecedora de la tutela de los derechos fundamentales, y por ende puede y debe reducir al mínimo los citados presupuestos, a fin de no oponer barreras innecesarias a la protección del individuo. Bajo la misma lógica se prevén los presupuestos en el ámbito internacional [...]", García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad...", *cit.,* p. 153.

181 *Ibidem,* p. 151.

cando el principio de *iura novit curia,* en verdad dilata en forma indirecta aquel duro postulado.[182]

En definitiva, la Corte regional sostiene que la compulsa de convencionalidad debe *hacerse de oficio en el marco de las respectivas competencias del órgano juzgador local*.

Reclama que el país haga el control primario sin perder de vista los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y la procedencia de su legislación, en la medida en que no haya infracciones al debido proceso legal.

De todos modos, la Corte se reserva el derecho de hacerlo ella como último interprete de la CADH y para evitar que se frustre —por una decisión doméstica— el control de convencionalidad.

### 7.2. En abstracto

Pasando ahora al *control de convencionalidad en abstracto,* conviene poner de relieve que, en los primeros tiempos, tal cuerpo interamericano sostenía que era improcedente la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero, últimamente fue cambiando de parecer, destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, *aun en abstracto*.[183]

En una primera etapa, en efecto, el 27 de enero de 1995, en el caso *Genie Lacayo,*[184] había expresado que "[...] La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales *en abstracto* sino que es ejercida para re-

[182] Hitters, Juan Carlos, "Los tribunales supranacionales", *La Ley*, Buenos Aires, 2006-E, p. 818. En efecto, con buen tino ha dicho en el caso *Fermín Ramírez*, que tanto las víctimas como sus familiares o representantes pueden invocar derechos distintos de los comprometidos en la demanda de la Comisión. Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, núm. 126, párr. 116.

[183] Sobre el particular puede verse el importante libro del profesor colombiano Ernesto Rey Cantor, a donde nos remitimos *brevitatis causa*, dado que lleva ahí análisis pormenorizado de la temática (*Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos,* México, Porrua, 2008, pp. 68, 69, 70, 71 y ss.).

[184] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Serie C, núm. 21, párr. 50.

solver casos *concretos* en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención [...]"; concluyendo que no tiene aptitud para activar *ex officio* "en abstracto" el contralor de convencionalidad, criterio que mantuvo a rajatabla en el mismo asunto el 29 de enero de 1997 en la sentencia de fondo.[185]

Tal pauta fue criticada en estas últimas actuaciones por el entonces juez Cançado Trindade en su voto disidente, quién, abriendo una brecha en la sólida jurisprudencia precedente, dejó en claro que la infracción convencional *se produce por el solo hecho de que la norma doméstica esté vigente (aunque no haya sido aplicada);* añadiendo luego, en el caso *El Amparo* que, para que exista violación a la CADH, "[...] no me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño [...]".[186]

En una segunda etapa se muestra un cambio en la jurisprudencia aludida, al sostener la Corte IDH, en el caso *Suárez Rosero,*[187] y posteriormente en *Castillo Petruzzi,*[188] entre otros, que puede haber infracción al Pacto de San José *aun cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado en un asunto en concreto*.

En una apretada síntesis podemos concluir que, en las últimas épocas, ese Tribunal efectuó como siempre el control de convencionalidad de los preceptos del derecho doméstico aplicados al caso concreto, y también de aquellas reglas que, habiendo sido

185 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30, párr. 91.

186 Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, núm. 28. Voto disidente del juez Cançado Trindade, párr. 3. Dicho juez agregó que "[...] un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas [...]" (párr. 5).

187 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 35, párr. 98. Apuntalando ese criterio véase también el voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso *"La Última Tentación de Cristo":* Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile... cit.,* párr. 13.

188 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52.

sancionadas —y vigentes—, no hubieran sido utilizadas en una causa determinada.[189]

## 8. ¿Quiénes ejercen el control y sobre qué normas?

### 8.1. ¿Quiénes ejercen el control?

Como lo hemos expresado en artículos anteriores,[190] en el caso *Almonacid Arellano*[191] quedó remarcada la pauta a la que hemos hecho referencia, en el sentido de que no solo el Tribunal interamericano debe llevar a cabo la verificación, sino que también los jueces locales pueden y deben cumplimentar previamente esta tarea. Ello así porque —reiteramos— la intervención de los cuerpos supranacionales es *subsidiaria* y las actuaciones —por regla— deben ser analizadas en la instancia doméstica —control primario— sin perjuicio del eventual "salto" a los andariveles interamericanos. De ahí que el Pacto imponga la necesidad de "agotar los derechos internos" (art. 46.1.a).

Sabido es que —como anticipamos— la Corte IDH ha ido desarrollando sus razonamientos, aclarando que la inspección de convencionalidad no solo debe ser hecha por los jueces, sino por todo el poder judicial[192] y la totalidad de las autoridades y órganos del Estado.[193]

189 En definitiva, esta inspección de compatibilidad puede ejercitarse *preventivamente*, como en el caso de algunos tribunales constitucionales europeos (de jurisdicción concentrada). En la Provincia de Buenos Aires, el Código Procesal Civil y Comercial regula esta posibilidad en los arts. 686 a 688 (conforme art. 161.1 de la Constitución provincial bonaerense) que tramita directamente ante la Suprema Corte de dicho estado.

190 Véase —entre otros— Hitters, Juan Carlos, "Control deconstitucionalidady control de convencionalidad...", *cit*., p. 1.

191 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*..., *cit*.

192 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*..., *cit*., p. 225.

193 El Consejo de Estado francés (que es el órgano administrativo supremo y la última instancia judicial en determinados ámbitos) ejerce también el control de convencionalidad y desde esa perspectiva ordenó por ejemplo retirar cuidados paliativos a un paciente en estado vegetativo (Vicent Lambert, Sentencia del 24 de julio 2014) llegando a la conclusión de que el Código de Seguridad galo es compatible con la Convención Europea de Derechos Hu-

A la par quedó dicho que los demás poderes del Estado, tanto el ejecutivo como el legislativo,[194] sin tener la potestad anulatoria, deben ejercer la comparación y efectuar un balance dentro de sus ámbitos de competencia, haciendo valer las reglas que superen el test de convencionalidad. Esa pauta hermenéutica vale para cualquier persona que tenga a su cargo aplicar una norma jurídica.[195] Esta extensión forma parte de la jurisprudencia reciente del Tribunal.[196]

### 8.2. ¿Sobre qué normas supranacionales se debe ejercitar el control de convencionalidad?

Como hemos expresado repetidamente, tanto los órganos pertinentes domésticos como los jueces de la Corte IDH deben buscar la "compatibilidad" entre las normas locales y las supranacionales. En este aspecto cabe repetir que, cuando hablamos de estas últimas, no nos referimos solo al Pacto de San José, sino a todos los tratados internacionales ratificados por el país,[197] al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

### 8.3. ¿Sobre qué normas domésticas se debe ejercer la "comparación"?

En puridad de verdad, la Corte no ha hecho una descripción respecto a qué tipo de preceptos locales deben ser inspeccionados,

manos. Marrama, Silvia, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad en una sentencia del Consejo de Estado francés", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, 1 de septiembre de 2014, p. 1.

194 Véase Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay...*, *cit*.

195 García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad...", *cit*., p. 126.

196 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname...*, *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 26.

197 Al aludir a las normas internacionales se pueden citar: el Protocolo de San Salvador; el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etc.; que integran el *copus iuris* convencional de los derechos humanos, tal cual quedó dicho.

por lo que consideramos que cualquier regla de alcance general y abstracto (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constituciones provinciales y nacional), tiene que estar incluida en el concepto aludido.[198]

En los países donde la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema es "obligatoria" para los inferiores,[199] ella también reviste el carácter de "norma" o "ley" y, por ende, puede y debe ser incluida en el contralor al que nos venimos refiriendo.[200]

De todos modos, no debemos olvidar que la Corte IDH ha dicho reiteradamente que la responsabilidad del Estado nace desde el momento mismo en que se emitió el precepto inconvencional, aunque no haya sido aplicado.

---

198 En el *Caso Yatama vs. Nicaragua*..., *cit*., párr. 7, se trataba de *leyes electorales* que impedían a los indígenas participar como candidatos electivos. Véase también el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, en el que la Corte señaló el deber de "[...] adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo judicial que haga efectivo el derecho de los pueblos indígenas de Paraguay al derecho de propiedad de su hábitat tradicional o tierras ancestrales [...]". Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 201, punto i.

199 Señala Sagüés que "[...] cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de *norma*, y por ende, está captada por dicho control. Incluso, la constitución nacional, no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de 'La Última Tentación de Cristo', (cit.), por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después [...]". Sagüés, Néstor, "El control de convencionalidad...", *cit*., punto 5.

200 Véase Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad...", *cit*., apdo. C.

## 9. Consecuencias del control de convencionalidad

### 9.1. Generalidades

Uno de los temas que necesita ser analizado en profundidad y que, en principio, depende del derecho interno es saber qué consecuencias produce una declaración de inconvencionalidad positiva, esto es, cuando el órgano encargado de llevar a cabo el control ve una falta de armonización entre las normas internacionales y las locales. Si esta actividad es ejercida por la justicia doméstica y se advierte tal defecto, los jueces pueden "desaplicar" el precepto, o "anularlo" (en aquellos países donde se permite esta última posibilidad). Si mantienen el dispositivo inconvencional, el Estado es responsable internacionalmente (arts. 1.1, 2 y 27 CADH). Parece obvio aclarar que si el dispositivo produjo ya sus efectos nocivos, solo quedan las reparaciones sustitutivas (véase subtítulo 13).

En cambio, si el contralor es llevado a cabo por la Corte IDH y esta advierte un desfase, debe así declararlo para que se adecue el precepto al derecho supranacional, de conformidad con la sentencia regional (véase apdo. 3.2).

En el control de convencionalidad los órganos "domésticos" pueden, como vimos, desaplicar o anular la norma; si esto ha sido dispuesto por la Corte IDH, es el Estado quien luego debe cumplir.

Una de las dudas que aparecen en el ámbito interamericano —lo mismo que en el europeo— es saber si la declaración de inconvencionalidad realizada por la Corte IDH produce la *nulidad* o la *inaplicabilidad* de la regla en juego.

Por ello, cuando ese cuerpo jurisdiccional —luego de hacer la comparación respectiva— dispone que en el caso concreto se infringió la Convención,[201] tal pronunciamiento es vinculante para el legitimado pasivo[202] (arts. 62.3 y 68.1 del Pacto), y el Estado

[201] Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua..., cit.; Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile..., cit*.

[202] A este tema ya nos hemos referido *in extenso* en el trabajo Hitters, Juan Carlos, "*¿Son vinculantes los pronunciamientos...*", *cit*.

tiene la obligación de adaptar y, en su caso, modificar el derecho interno —incluyendo la propia Constitución— como ocurrió en el caso "*La Última Tentación de Cristo*".[203] Si no se cumple, aparece la responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 CADH).

Conviene repetir que, desde esta vertiente, la decisión interamericana no implica una abrogación automática del precepto local, ni produce una expulsión de la regla analizada, pues es el país —reiteramos— quien debe cumplir con el pronunciamiento regional.

Sin embargo, en los delitos de lesa humanidad la cosa parece tener un matiz diferenciado, ya que, a nuestro juicio, en esas circunstancias, por ejemplo, en los casos *Barrios Altos*;[204] *Tribunal Constitucional de Perú*[205] y *La Cantuta,*[206] la Corte IDH se comportó como un verdadero Tribunal Constitucional declarando "inaplicables" en todo el país y con efectos *erga omnes*[207] las leyes de amnistía dictadas en Perú.[208]

---

203 Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, *cit*.

204 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

205 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú...*, *cit*.

206 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú...*, *cit*.

207 El distinguido constitucionalista Néstor Pedro Sagüés en el trabajo que ya hemos citado (párr. 2), haciendo referencia a nuestra opinión cuando hablamos de la eventual anulación de las normas nacionales en los casos de Perú (Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos...", *cit*., n. 67), desde otra mirada sostiene que "[...] una cosa es que la Corte Interamericana repute jurídicamente inválidos esos preceptos y resuelva inaplicarlos por infligir el Pacto y otra es que esté habilitada para abolirlos [...]". Consideramos que, desde el punto de vista estrictamente técnico, la crítica es acertada porque en verdad no se produce una verdadera "anulación", sino que la Corte le veda a Perú aplicar normas de impunidad en la totalidad de su territorio. Se ha dicho que los considerandos de tales pronunciamientos *son vinculantes para todo el poder público peruano, incluso en aquellos en los que el Estado no haya sido parte*. (Véase Tribunal Constitucional en el caso *Arturo Castillo Chirinos*, exp. núm 2730-06-PA/TC, de 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13). Rescatamos la opinión del citado publicista, ya que en verdad no ha habido "abolición", sino una declaración de inaplicabilidad de las leyes de impunidad, con efecto *erga omnes*, lo que en verdad produce un efecto similar.

208 Si bien en este artículo no nos ocupamos de la permeabilidad de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno, ni —por ende— de la recepción

Hemos dicho que la consecuencia general de la declaración de inconvencionalidad consiste en privar de los efectos jurídicos a la norma infectada, en cuyo caso, según el derecho doméstico, la regla debe ser declarada inválida. Sin embargo, la cuestión se complica cuando en ese ámbito solo se admite la declaración con efectos para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (efectos *ex tunc*). A partir del caso *Almonacid Arellano,* la Corte IDH tuvo la intención de marcar que la regla atacada carece de efectos jurídicos desde su inicio, criterio que mantuvo en casos posteriores. Empero, esta pauta no fue constante en la Corte IDH y todo depende del caso concreto.

### 9.2. La situación en México

En México solo el Poder Judicial de la Federación puede declarar la invalidez *erga omnes* de la norma infractora; en cambio los demás jueces solamente están capacitados para "desaplicarla" —no invalidarla— para el caso concreto.

La Suprema Corte, en concordancia con la Corte IDH y con la reforma constitucional de 2011, ha producido una serie de decisiones muy importantes en el derecho interno, especialmente a partir del caso *Radilla Pacheco,*[209] que conviene tener en cuenta, ya que se trata —a nuestro modo de ver— de una verdadera revolución en dicho país.[210]

En el caso de referencia, la Corte regional condenó al Estado por la violación de varios derechos consignados en la CADH,[211] or-

---

que tuvo la jurisprudencia interamericana por el más alto tribunal de ese país, como dijimos en el trabajo "¿Son vinculantes los pronunciamientos...", *cit*.; repárese en que, por ejemplo, en el caso *Simón* (*Simón, Julio H., y otros*, sentencia de 14 de junio 2005, *La Ley*, Buenos Aires, 29 de junio de 2005), entre otros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, siguiendo a la Corte Interamericana, produjo la anulación de las leyes de obediencia de vida (ley 23.521) y punto final (ley 23.492).

209 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México* , *cit*.

210 Véase también Angulo Jacobo, Luis Fernando, *op. cit*.

211 El señor Radilla Pacheco fue detenido y desaparecido el 25 de agosto de 1974 por un retén militar en el estado de Guerrero. Se trataba de un expresidente municipal de Atoyak de Álvarez, a quien se le había involucrado

denando reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, que implicó la imposibilidad de juzgar en el futuro a los civiles en dicho fuero (párrs. 277 y 300).[212] Posteriormente, cuando llevó a cabo la primera supervisión de cumplimiento de la sentencia,[213] insistió en la necesidad de concluir las modificaciones legislativas ordenadas.[214]

Tal apertura ha implicado que México reformara su propia carta magna,[215] incluyendo en su artículo 1 la problemática de los derechos humanos, tal como lo expresamos.

A su vez, la Suprema Corte, al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de "constitucionalidad" y de paso también la inspección difusa de "convencionalidad".[216]

---

en la guerrilla. Por ese caso se responsabilizó en 2005 a un alto jefe del Ejército que fue llevado a la justicia militar, y en 2006 se dispuso el cierre del mismo.

212 Podemos citar, en concordancia con lo dicho: *a)* en el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México* (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 25 de noviembre de 2010), donde la Corte IDH, que había condenado a dicho país por la investigación insuficiente del delito de violación sexual, sostuvo que "[...] el Estado deberá conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación [...]", añadiendo que ese cuerpo supranacional seguirá supervisando, y *b)* en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 25 de noviembre de 2010), también por violación sexual, donde la Corte IDH llegó a la misma conclusión. Otro asunto de índole parecida lo tenemos en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de mayo de 2009), aquí el Estado pagó como indemnización más de 380 000 dólares (a cuenta) a los familiares de varias víctimas, que habitaban en el Chaco paraguayo, por violación de sus derechos fundamentales (por falta de atención estatal).

213 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 19 de mayo de 2011.

214 *Ibidem,* párr. 58. 2. c), dijo allí que el país debía "adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*punto resolutivo décimo y Considerandos 20 a 22*)".

215 Véase el libro de los autores Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *op. cit.,* donde se estudia en profundidad el asunto de referencia.

216 De ello resulta —según entiendo— que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

En el caso *Radilla Pacheco,* el Pleno de ese Tribunal determinó en definitiva que los integrantes de las Fuerzas Armadas que mancillen las garantías individuales de la población no deben ser juzgados por la justicia castrense.[217] Vale la pena tener presente que, como corolario de todo esto, la Suprema Corte doméstica decidió que la sentencia interamericana aludida es obligatoria para el Estado mexicano.[218] Lo cierto es que el Tribunal regional sigue supervisando el caso y en su pronunciamiento de 14 de mayo de 2013 dispuso no archivarlo por ahora.[219]

Enfocada esta problemática desde el punto de vista del derecho interno, no será baladí remarcar que el fallo local —emitido por siete votos contra tres— autorizó esa inspección de constitucionalidad y convencionalidad por parte de cualquier juez (control difuso) para asegurar que los magistrados judiciales no contradigan el sentido de las disposiciones del Pacto de San José. Conviene aclarar que para que una decisión del Tribunal en pleno sea obligatoria, se requieren, por lo menos, ocho votos.

---

217 Además de la modificación a la carta magna, en junio de 2011, sobre derechos humanos, se aprobó otra reforma constitucional en materia de amparo, el 10 de junio del mismo año, de gran importancia, donde se incorpora la posibilidad de que las sentencias tengan efectos *erga omnes*, admitiendo los casos de interés legítimo, etcétera.

218 El propio Gobierno reconoció la responsabilidad internacional del Estado. A través de un mensaje emitido el 2 de agosto de 2011, el Secretario de Gobernación dijo "[...] que ese pronunciamiento da muestra de la clara apertura y transparencia con la que hoy se conduce el gobierno de México [...]".

219 En el párr. 58.2, Resolutivo 1 y 2 decidió "[...] De conformidad con lo señalado en los Considerandos pertinentes de la presente Resolución, se encuentran pendientes de cumplimiento los siguientes puntos resolutivos de la Sentencia: [...] Resuelve: 1. Requerir a los Estados Unidos Mexicanos que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento, señalados en el punto declarativo segundo *supra*, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. Solicitar a los Estados Unidos Mexicanos que, a más tardar el 29 de agosto de 2011, presenten un informe detallado sobre las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas que se encuentran pendientes de cumplimiento, en los términos establecidos en los Considerandos 7 a 56 de esta Resolución. Posteriormente, el Estado mexicano debe continuar presentando un informe de cumplimiento cada tres meses".

En suma, la Suprema Corte, el 14 de julio de 2011, al analizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria de la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco*, amplió la posibilidad de control por parte de los judicantes.[220]

Quedó claro, en ese trascendente fallo, que la sentencia del Tribunal interamericano es *obligatoria para México*[221] *y, por ende, debe ser cumplida.*[222]

Como expresa Ferrer Mac-Gregor:

> [...] la Suprema Corte de Justicia al decidir sobre el cumplimiento del caso Radilla Pacheco el 14 de julio de 2011 y que el propio Presidente de dicho Tribunal calificó como un asunto "histórico", realizó interpretaciones constitucionales de gran calado para el sistema jurídico mexicano, apoyándose en gran medida en los nuevos contenidos normativos del vigente artículo 1º constitucional. Los criterios principales que derivan de dicho asunto son los siguientes: a) Obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH en los asuntos donde el Estado mexicano es parte; por lo que no pueden ser objeto de revisión por la Suprema Corte, ni siquiera cuando se trata de reservas o declaraciones interpretativas formuladas en su momento por el Estado mexicano; b) Obliga-

220 Resolución de 14 de julio de 2011. El engrose se publicó el 4 de octubre de ese año, en el *Diario Oficial de la Federación*.

221 Reiteramos que esta obligatoriedad no solo rige para el poder judicial, sino para todas las autoridades del país en su ámbito de competencia (arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José). Debe tenerse en consideración que, como ya lo expresamos, el art. 1 de la Constitución reformada en 2011 incorpora expresamente la problemática de los derechos humanos, pero, a su vez, el viejo artículo 133 —todavía vigente— dispone que "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados".

222 Véase el trabajo de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, *cit*., pp. 339-429; *idem*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos..., cit*, p. 163.

ciones específicas a los jueces mexicanos (como parte del Estado mexicano) derivadas del cumplimiento de dichas sentencias; por lo que existen, en la sentencia del Caso *Radilla*, obligaciones para el Poder Judicial de la Federación y los jueces mexicanos, particularmente para la Suprema Corte, con independencia de las obligaciones a otros poderes y órganos del Estado mexicano; c) El deber de todos los jueces del Estado mexicano de ejercer el Control Difuso de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la CADH, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes.[223]

En el caso *sub examine,* la Suprema Corte llevó a cabo sus deliberaciones entre el 4 y el 14 de julio de 2011 (expediente varios 912/2010 y el engrose fue aprobado el 20 de septiembre de ese año, habiéndose publicado oficialmente el 4 de octubre de 2011).[224]

Repetimos que este decisorio fue supervisado varias veces por la Corte IDH.[225] En efecto, en el del 14 de mayo de 2013, el mencionado órgano interamericano señaló que, a partir de 2011, se cumplieron varios mandatos de la sentencia[226] y otros queda-

---

223 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad...", *cit.,* p. 163.

224 Aunque como bien dice García Ramírez, no se trata de una sentencia en amparo, en acción de inconstitucionalidad o en controversia constitucional. "El pronunciamiento posee otra naturaleza jurídica, de la que derivan sus efectos. Se ha considerado que recoge decisiones orientadoras. Es, sin duda, fuente favorecedora o determinante para decisiones judiciales, administrativas y legislativas que no necesariamente habrán de instalarse sobre los criterios adaptados por el alto tribunal de la República", *op. cit.*, p. 156.

225 El 19 de mayo de 2011, el 1 de diciembre de 2011, el 28 de junio de 2012 y el 14 de mayo de 2013.

226 La supervisión de 2013 señala que "[...] el Estado ha dado cumplimiento total a sus obligaciones de: a) implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, de conformidad con el punto resolutivo décimo segundo de la Sentencia; b) realizar una semblanza de la vida del

ron pendientes,[227] resaltando que el fallo interno constituye un avance en materia de protección de los derechos humanos, "no solo dentro del presente caso sino, en todas las esferas del Estado Mexicano [...] este Tribunal valora positivamente las consideraciones hechas por el máximo órgano de justicia del Estado, las cuales son de gran trascendencia para la consolidación de los derechos humanos de la región".[228]

Para finalizar este apartado, conviene reiterar que en el caso *Radilla Pacheco* aquí analizado y en sus supervisiones, la Corte IDH llevó a cabo un verdadero control de convencionalidad, sosteniendo que el artículo 57 del Código de Justicia Militar era totalmente incompatible con la CADH y con la Convención Inte-

señor Rosendo Radilla Pacheco, de conformidad con el punto resolutivo décimo quinto de la Sentencia; y c) pagar las cantidades fijadas en los párrafos 365, 370, 375 y 385 de la Sentencia por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos, según corresponda, de conformidad con el punto resolutivo décimo séptimo de la misma". Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. 14 de mayo de 2013. Resolutivo Punto 1.

227 Pese a ello, "[...] Mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos resolutivos 8, 9, 10, 11 y 16 de la Sentencia, relativos a las obligaciones del Estado de: a) conducir eficazmente con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación, y en su caso, los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar eficazmente las sanciones y consecuencias que la ley prevea; b) continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata del señor Radilla Pacheco o, en su caso, de sus restos mortales; c) adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; d) adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y e) brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas declaradas en el Fallo que así lo soliciten". *Ibidem,* Resolutivo Punto 2.

228 *Ibidem,* apdo. 6.

ramericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, obligando al Estado a compatibilizar aquella disposición castrense con los estándares internacionales en la materia y con los demás tratados internacionales.

En todos estos casos, el Estado actúa unitariamente. Ya había dicho la Corte Interamericana en el caso *Myrna Mack Chang*[229] y en *Garrido y Baigorria*[230] que no se puede oponer la estructura federal para el incumplimiento[231] (art. 28 CADH) (véase apdo. 11.5).

## 10. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales

### 10.1. Deberes de los Estados

#### *10.1.1. Introducción*

##### *10.1.1.1. La regla y las excepciones al principio general de la responsabilidad estatal*

Como es por demás sabido, la problemática de la *responsabilidad el Estado en el marco de la CADH*, si bien ha sido desarrollada "progresivamente" por la Corte IDH desde hace más de 25 años, ha adquirido relevancia en los últimos tiempos, sobre todo en lo atinente a los daños producidos a poblaciones enteras o a un conjunto de habitantes que ese órgano jurisdiccional le ha dado el calificativo de "masacres".[232]

Como luego pondremos de relieve, ese Tribunal regional ha destacado últimamente que esta responsabilidad internacional,

---

229 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala...*, *cit*.

230 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C, núm. 26.

231 CADH, art. 28. Véase Hitters, Juan Carlos, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", *cit*., p. 1215.

232 Hitters, Juan Carlos, "Los tribunales supranacionales", *cit*., p. 817, apartado III.E. Sobre el particular, véase el excelente voto razonado del juez Cançado Trindade en el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140.

en el marco del tratado antes citado, *nace en el momento mismo de la violación*[233] de las obligaciones generales *erga omnes* de respetar ya hacer respetar —garantizar— las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos que allí se consagran en cualquier circunstancia y respecto de toda persona. Ello así conforme a lo dispuesto en los artículos 1.1 y 2 del referido documento internacional[234] (art. 2 PIDESC).

Cabe acotar que esa responsabilidad arranca de *actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes del Estado, independientemente de la jerarquía* de los funcionarios que infrinjan las disposiciones del Pacto de San José y de otros tratados —suscritos por los países—, apareciendo inmediatamente el ilícito internacional.[235] Ello así aunque actúen fuera de los límites de su competencia.[236]

La responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos se apoya como regla general —como es por demás sabido— en dos normas fundamentales del Pacto de San José. En efecto, el artículo 1.1 señala que los países se comprometen a

---

233 Desde esta vertiente, el juez Cançado Trindade acotó, en su voto razonado en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, *cit*., párr. 31, que "[...] Después de volver a referirme a la cuestión en mi Voto Razonado (párr. 4) en el caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Sentencia del 25.11.2003), me permití reiterar, en mi Voto Razonado (párr. 14, y cf. párrs. 11-18), en el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (Sentencia del 08.07.2004), mi entendimiento en el sentido de que: '[...] En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la responsabilidad internacional del Estado surge en el momento mismo de la violación de los derechos de la persona humana, o sea, tan pronto ocurra el ilícito internacional atribuible al Estado [...] puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano o agente de este'". *Cfr.* Corte IDH. *Caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, *cit*., párr. 72; *cfr.* Voto concurrente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, párr. 16, y pp. 85-87, párrs. 31-33.

234 La Corte en el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...*, *cit*., párr. 111; Hitters, Juan Carlos, "Los tribunales supranacionales", *cit*., n. 76.

235 Hitters, Juan Carlos, "Los tribunales supranacionales", *cit*., apartado III.E.

236 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...*, *cit*.; *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia...*, *cit*., párr. 111, y OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 140.

*respetar* los derechos y libertades reconocidas en dicho cuerpo y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio; y el artículo 2 completa el concepto proclamando señalando que si los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, "[...] los Estados parte se comprometen a adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para ser efectivos tales derechos y libertades". Estos dos preceptos perfectamente alineados e imbricados marcan las reglas generales —sin perjuicio de los deberes especiales que luego veremos— que operan como el *árbol de levas* de todo el sistema. El Estado debe *respetar y garantizar* el cumplimiento de sus deberes y, si quedara algún hueco tutelar, debe adoptar las conductas pertinentes para llenar dichos baches (art. 2).

Adelantándonos a lo que luego diremos, no debemos olvidar que, según la Corte, para cumplir con el mandato del aludido artículo 2, es necesario: *1)* el *dictado de normas,* y *2)* el *desarrollo de prácticas* conducentes al acatamiento efectivo de los derechos y libertades consagrados en el pacto de marras. Por ello, resulta obligatorio *suprimir los preceptos y las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación de las garantías*[237] *previstas en la Convención:*[238] "Este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile)*, para el cual el Estado debe 'adaptar' su actuación a la normativa de protección de la convención".[239]

---

237 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua..., cit*., párr. 120.

238 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C, núm. 123, párr. 91; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 119, párr. 219; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 206; y OC-18/03. Condición Jurídica de los Migrantes..., *cit*., párrs. 78 y 101.

239 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua..., cit*., párr. 170; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú..., cit*., párr. 220; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay..., cit*., párr. 205 y *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, núm. 100, párr. 142.

Es bueno recordar que el derecho internacional de los derechos humanos interactúa sobre dos cuadrantes fundamentales, por un lado, el valor del derecho de gentes y, por el otro, la influencia de los tratados y de la jurisprudencia internacional en el derecho interno.[240]

Todo este desarrollo que venimos efectuando —y que profundizaremos a partir de ahora— intenta hacer ver que la actividad estadual —activa o pasiva— de sus representantes —y en algunos casos de ciertos terceros o particulares—[241] genera una muy fuerte responsabilidad internacional —no hay ya impunidad— y, por ende, si el Estado "rompe" (incumple) los tratados, tiene que "pagar" (debe reparar).

No obstante, será bueno poner en evidencia que la aludida Corte, haciendo funcionar la regla de los frenos y contrapesos (*checks and balances*), también ha destacado que los países *deben tener la oportunidad de acatar* la Convención, subsanando sus errores, antes de que el caso pase a la esfera internacional (Comisión y/o Corte).

Manifestó a la par que no puede achacarse a los países cualquier violación cometida entre particulares dentro de su jurisdicción:

> El carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí *se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.*[242] (Cursivas añadidas)

---

240 Corte IDH. OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión consultiva de 28 de agosto de 2002. Serie A, núm. 17, párr. 92; *Caso Yatama vs. Guatemala...*, *cit*.; *Caso Cantos vs. Argentina...*, *cit*., párr. 59; *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párr. 164; *Caso Bulacio vs. Argentina...*, *cit*., párr. 140, y *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay...*, *cit*., párr. 205.

241 Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...*, *cit*.

242 *Ibidem*, párr. 123.

En este sentido, ese Tribunal ha puesto entre andariveles a esta problemática —en sus precisos límites—, dejando bien claro que no toda conducta punible puede imputársele a los Gobiernos,[243] sino que deben darse dos condiciones sustanciales, a saber: la primera, situación de riesgo real e inmediato; la segunda, la necesidad de valorar "razonablemente" la posibilidad real que han tenido las autoridades para prevenir o evitar el riesgo.

Ha expresado —ya lo anticipamos— que tal responsabilidad solo puede ser exigida después de que el país haya tenido la oportunidad de reparar por sus propios medios el daño ocasionado y la imputación "[...] deberá determinarse atendiendo a las particularidades y circunstancias de cada caso".[244] Aquí se pone en práctica lo que se ha dado en llamar el *principio de subsidiariedad*[245] (art. 46 del Pacto de San José).

### *10.1.1.2. Deberes de los magistrados judiciales*

Hemos visto que la responsabilidad de los países por las infracciones de sus agentes es un principio básico del derecho internacional de los derechos humanos.

En tal orden de ideas, la Corte interamericana ha manifestado que los *jueces y tribunales internos* están sujetos al imperio de las normas legales y, en consecuencia, están obligados a aplicar las disposiciones domésticas. Empero, si un Gobierno ha ratificado una regla internacional, por ejemplo, la Convención Americana,

> [...] sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas 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

---

243 Para evitar repeticiones de palabras usamos muchas veces como sinónimos de "Estado" las voces "países" o "gobiernos" cuando en puridad de verdad técnicamente no lo son.

244 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*..., *cit.*, n. 7, párr. 103; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*..., *cit.*, párr. 116.

245 Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *op. cit.*, t. I, vol. 1, apdo. 276.

> debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. 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.[246]

Agregamos que aquí está en juego el artículo 27 de la Convención de Viena.

Como vemos, el judicial, como poder de Estado, está obligado a *acatar* y a *hacer acatar* los preceptos internacionales, y estos deberes son quizá más fuertes que los del ejecutivo y los del legislativo, por ejercer aquel el control de los controladores (*Quis custodiet ipsos custodes?)* (véase subtítulo 12).

### *10.1.2. Deberes de "respetar" y "garantizar"*

#### *10.1.2.1 El deber de "garantizar" implica prevenir, investigar, adoptar las disposiciones del derecho interno, etcétera*

En la doctrina jurisprudencial que venimos analizando quedó claro que *prevenir*[247] significa evitar, en lo posible, que se produzcan violaciones.[248] Tal como dijimos, la Corte, en los últimos

---

246 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú...*, *cit*. Voto del juez García Ramírez, párr. 173. *Cfr*. *Caso Almonacid Arrellano y otros vs. Chile...*, *cit*., n. 6, párrs. 123-125.

247 Véase Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...*, *cit*., párr. 123.

248 El Tribunal Europeo, haciendo referencia al art. 2 del Convenio (similar al art. 4 del Pacto de San José), ha expresado que "[...] En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido que el artículo 2 del Convenio Europeo también impone a los Estados una obligación positiva de adoptar medidas de protección, en los siguientes términos: La Corte recuerda que la primera oración del artículo 2.1 obliga al Estado no solo a abstenerse de privar intencional e ilegalmente de la vida, sino también a tomar pasos apropiados para salvaguardar las vidas de quienes se encuentren bajo su jurisdicción (Ver caso L.C.B. vs Reino Unido. Sentencia de 9 de junio de 1998, Reports 1998-III, pág. 1403, párr. 36). Esto conlleva un deber primario del Estado de asegurar el derecho a la vida, a través del establecimien-

años, ha puesto bajo el microscopio no solo en la necesidad de *reparar*, sino también de *investigar.*[249]

Se busca, en definitiva, lograr de ese modo el *derecho a la verdad*. Esta categoría tutelar quedó bien subsumida, hace ya tiempo, en el caso *Barrios Altos,*[250] donde se puso de relieve el derecho de la víctima y de sus familiares de *lograr de los órganos domésticos competentes el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes a través de la "investigación" y el "juzgamiento"*. Ello ha implicado, en definitiva, evitar la puesta en marcha de cualquier ley o sentencia del derecho interno que lleve a la impunidad.[251]

---

to de disposiciones de derecho penal efectivas para disuadir la comisión de delitos contra las personas, apoyadas por una maquinaria de implementación de la ley para la prevención, supresión y castigo del incumplimiento de esas disposiciones. También se extiende, en ciertas circunstancias, a una obligación positiva de las autoridades de tomar medidas preventivas operativas para proteger a un individuo o grupo de individuos, cuya vida esté en riesgo por actos criminales de otros individuos (ver la sentencia de Osman [...], p. 3153, párr. 115). Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, la impredictibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Por consiguiente, no todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riego llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo (véase la sentencia de Osman [...], p. 3159, párr. 116)". Véase Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...*, *cit*., párr. 124.

249 Por lo que hace a mi país, debe recordarse el *Caso Bulacio vs. Argentina...*, *cit*.

250 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú...*, *cit*., n. 140, párr. 48; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, *cit*., n. 159; *Caso Bámaca Vélasquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70, párr. 201.

251 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú...*, *cit*.

En el caso *Almonacid,*[252] la Corte quiso poner en evidencia, una vez más, esa necesidad de *investigar* hasta sus últimas consecuencias la violación de las libertades humanas, a fin de evitar la impunidad.

### *10.1.2.2. Deber de adecuar (adoptar) el derecho interno*

Una consecuencia de la violación a las disposiciones convencionales ratificadas es —como hemos evidenciado— la necesidad de "adecuar", o lo que es lo mismo, "amoldar" o "adaptar", las disposiciones del derecho interno a los tratados (art. 2 del Pacto de San José).

Esto implica que si las normas domésticas, sean legislativas o de cualquier otro carácter, y/o las prácticas estaduales, no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, la nación debe adecuarlas y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema. Estamos hablando —reiteramos— del deber general del Estado de "adecuación" de las disposiciones transnacionales.[253]

Ello significa que, en el derecho de gentes, una regla consuetudinaria dispone que un país que ha celebrado un tratado debe modificar (amoldar) su preceptiva interna para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Como dice Corte IDH, esta disposición es válida universalmente y ha sido definida por la jurisprudencia como un *principio evidente*.[254]

Resulta claro que el artículo 2 del Pacto de San José no define cuáles son las medidas correspondientes para llevar a cabo ese acomodamiento de las disposiciones domésticas, ya que ello depende del carácter de la regla que la requiera y de las particularidades de la cuestión.

Ese Tribunal, llevando a cabo una tarea que podríamos denominar complementaria, ha interpretado que la *adecuación* significa la adopción de medidas en dos direcciones, a saber:

---

252 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile..., cit.*, párrs. 159 y ss.

253 Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay... cit.*, n. 135; *Caso Bulacio vs. Argentina..., cit.*, párr. 205.

254 *Cfr. Caso Almonacid Arellano vs. Chile..., cit.*, n. 6, párr. 117; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay..., cit.*, párr. 205, y *Caso Bulacio vs. Argentina..., cit.*, párr. 140. Véase *Caso La Cantuta vs. Perú..., cit.*, párr. 170.

[...] i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[255] Ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico[256] y, por ende, se satisface con la modificación,[257] la derogación, o de algún modo anulación,[258] o la reforma[259] de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda[260] (véase apdos. 9.1 y 9.2).

### *10.1.3. Efectos del incumplimiento del deber de "reparar"*

#### *10.1.3.1. Deben desaparecer los efectos nocivos*

Como vimos —y lo que digamos vale para el derecho interno—, producida la violación, rebota como contrapartida la necesidad de reparar, cara y contracara de una misma moneda. Es decir, originada la infracción, luego tienen que "desaparecer"[261] —en la

---

255 *Cfr*. *Caso Almonacid Arrellano vs. Chile...*, *cit*., n. 6, párr. 118; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, n. 6, párr. 83, y *Caso "La Última Tentación de Cristo" vs. Chile..., cit*., párr. 85.

256 *Cfr.* Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" vs. Chile...*, *cit*., n. 142, párrs. 87-90.

257 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala..., cit*., n. 128, párrs. 96-98, y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, núm. 94, párr. 113.

258 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago...*, *cit*., párrs. 91, 93 y 94.

259 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Almonacid Arrellano vs. Chile...*, *cit*., párr. 118, y *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala...*, *cit*., n. 128, párr. 87.

260 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú..., cit*., párr. 172. Hitters, Juan Carlos, "Los tribunales supranacionales", *cit*., punto II.B.

261 La Corte IDH ha puntualizado que "Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima

medida de lo posible— sus efectos nocivos. Esta conducta estadual —ya lo dijimos— opera desde el momento mismo en que se origina la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes,* de respetar y hacer respetar —garantizar— las normas de protección y de asegurar los derechos allí consagrados.[262]

Las formas de reparar son de distinta entidad y jerarquía según los perjuicios producidos a las víctimas (véase apdo. 9.1).

### *10.1.3.2. Responsabilidad agravada. Principio de proporcionalidad*

Puede suceder que exista lo que algunos definen como un "agravamiento" "del daño, y ello acontece cuando se advierte una *falta de proporcionalidad* en el uso de la fuerza gubernamental, como se dio, por ejemplo, en el caso del *Penal Castro Castro*[263] en Perú, donde fueron masacrados hombres y mujeres dentro de una prisión en un plan perfectamente organizado y premeditado entre los días 6 y 9 de mayo de 1992.[264]

---

o sus sucesores. En este sentido, las reparaciones que se establezcan deben guardar relación con las violaciones declaradas [...]". Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C, núm. 129, párr. 148; *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago...*, *cit*., párr. 122; *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C, núm. 121, n. 88, párr. 88, y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C, núm. 120, n. 2, párr. 135.

262 *Cfr*. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia...*, *cit*., n. 7, párr. 111, y OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes..., *cit*., párr. 140. Véase Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...*, *cit*., párr. 111, n. 187.

263 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, *cit*., se trató de la operación "Mudanza 1", dispuesta por el Estado (Fujimori) contra presos del partido comunista en especial los de Sendero Luminoso, en una prisión en Perú donde murieron 42 personas y más de 175 fueron heridas y lesionadas en forma cruel e inhumana. Quedó probado que el Estado dispuso ejecuciones extrajudiciales (párrs. 179.9 y 197) dentro mismo del penal (párr. 197.16) cuando descubrieron que los internos habían hecho túneles para comunicarse entre los pabellones.

264 *Ibidem*, párr. 197.40.

Tal postulado —el de proporcionalidad— se utiliza con frecuencia en el derecho internacional humanitario, en particular en la hipótesis de conflictos armados,[265] para imponer limitaciones a los bandos beligerantes.[266]

En el área de los derechos humanos, y por aplicación de dicho modelo, si se origina una infracción de gran lesividad como la anteriormente aludida o como las ocurridas también en Perú en la Universidad de La Cantuta,[267] la responsabilidad estadual se expande y genera reparaciones de mayor entidad. El juez García Ramírez, en su voto razonado emitido en dicha causa, puso en evidencia con toda claridad que, si se afecta a un amplio grupo de personas, o a individuos vulnerables que requieren "garantías especiales" por parte del país, se produce un "agravamiento" del perjuicio y, por ende, se debe potenciar la cuantía de la indemnización.[268]

En este sentido, el citado juez expone que

> [...] es aquí donde se expresa la apreciación que hace la Corte acerca de la entidad y la gravedad de los hechos violatorios y la naturaleza y cuantía, en su caso, de las reparaciones. A veces –aclara— se alude a una "responsabilidad agravada" del Estado cuando se tiene a la vista un panorama de violaciones particularmente reprobables.

---

265 *Ibidem*. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párrs. 32-39.

266 Aunque como bien dice el juez en el caso *sub examine,* no podemos hablar de dos partes beligerantes. *Ibidem.* Voto juez Cançado Trindade, párr. 35.

267 El *Caso de la Universidad La Cantuta* fue introducido por la CIDH el 14 de febrero de 2006 y resuelto por la Corte el 29 de noviembre de 2006. Fueron afectados un urofesor y varios estudiantes y familiares, por el secuestro de las víctimas sucedido en una Universidad —La Cantuta (Lima)— en 1992, por el ejército. Algunos han sido ejecutados sumariamente. En 2001, ante la Comisión, Perú reconoció su responsabilidad y prometió reparación. En 2005 la Comisión, en su Informe, otorgó dos meses al Estado para dar cumplimiento a sus recomendaciones. La Comisión, ante el reiterado incumplimiento, sometió el caso a la Corte el 14 de febrero de 2006. El Estado se allanó a los hechos, pero les asignó otras consecuencias jurídicas, y aclaró que el allanamiento era parcial, pues reconoció la ejecución extrajudicial de solo tres víctimas, el secuestro de otros y la desaparición forzada de otras tres personas (todo esto en la época de Fujimori).

268 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú...*, *cit*. Voto del juez García Ramírez, párr. 22.

> En realidad -concluye— no se puede hablar de "responsabilidad agravada", sino de hechos que determinan la responsabilidad internacional del Estado y que ameritan, por su gravedad, consecuencias más rigurosas.[269]

En suma, vale repetir que cualquier daño que se le origina a un ser humano es de por sí grave, sobre todo si se infringe un tratado internacional. Mas esa "gravedad" se multiplica —se agudiza— cuando se advierte una desproporcionalidad en la utilización de la fuerza estadual, como sucedió en el caso *del Penal Castro Castro*, o en la Universidad La Cantuta, ya referidos; sale a la luz entonces un *animus agressionis* y, en esas circunstancias, si bien es técnicamente discutible –como vimos— hablar de *responsabilidad agravada*, cierto es que —como dice el juez García Ramírez en el nombrado pronunciamiento—, por lo menos, se imponen consecuencias más rigurosas para el agresor y se potencia la modalidad de la reparación.

### *10.1.3.3. Formas de reparación*

No será ocioso anticipar que, en el aspecto de las *reparaciones,* la Corte ha ido evolucionando "progresivamente",[270] ya que en los primeros casos, por ejemplo, en el legendario *Velázquez Rodríguez*,[271] este deber se cumplía con la indemnización a la víctima y a los familiares. Sin embargo, el Tribunal luego fue advirtiendo que no era suficiente con la satisfacción pecuniaria y, por ende le exigió a los países una actividad más intensa, más contundente, como la supresión de normas y prácticas

[269] *Idem*.

[270] La "progresividad" (art. 26 del Pacto de San José) es una característica del derecho internacional de los derechos humanos, como bien lo ha puesto de manifiesto la Corte IDH, tal como lo hace notar Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, IIDH-Civitas, 1987, p. 309; Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, *cit*., p. 25.

[271] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.

infractoras a la Convención;[272] y en caso de vacío normativo, el dictado de preceptos y el desarrollo de prácticas a favor de las víctimas. También en algunas situaciones le mandó al Estado "pedir perdón"[273] o disculpas públicas a los afectados,[274] dictar medidas educativas y cursos sobre derechos humanos,[275] edificar

---

272 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru...*, *cit*., párr. 172. *Cfr. Caso Almonacid Arrellano vs. Chile...*, *cit*., n. 6, párr. 118; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil...*, *cit*., n. 6, párr. 83, y *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, *cit*., párr. 85.

273 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú...*, *cit*. Voto del juez García Ramírez, párrs. 24-30. El juez destaca que la solicitud de perdón a raíz de una gravísima falta implica la puesta en marcha de un valor ético específico para quién la formula y para quien la recibe "[...] En términos generales, la petición de perdón a raíz de una falta grave reviste un valor ético específico para quien la formula y para quien la recibe. En estos casos, quien la expresa no es —aunque pudiera ser, en algunas ocasiones— la persona que cometió el agravio. Se trata de una manifestación que posee carácter formal, más bien que sustancial. Es el Estado, a través de un agente suyo, quien pide perdón por la conducta ilícita perpetrada por otro agente del Estado. Este es el sujeto directamente responsable —desde el punto de vista moral, además de jurídico—; en cambio, aquél es extraño a los hechos, se halla vinculado al proceso por la investidura que ostenta, no por la culpa que tiene, y es ajeno a los profundos sentimientos, al íntimo dolor, a la grave alteración que los hechos provocaron en la víctima[...]". (párr. 27).

274 Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...*, *cit*., párr. 296.14.

275 En el *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia...*, *cit*., párr. 316, la Corte ha reiterado continuamente la necesidad de la *educación* en materia de derechos humanos. En el tantas veces citado *Caso La Cantuta vs. Perú*, luego de condenar al Estado, señaló que, como consecuencia de la infracción, el país "[...] deberá adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los fiscales y jueces, incluidos aquéllos del fuero penal militar, en cuanto a los estándares internacionales en materia de protección judicial de derechos humanos. Para ello, el Estado deberá implementar, de igual manera, en un plazo razonable, programas permanentes de educación en derechos humanos dirigidos a aquellos funcionarios" (párr. 241). "Dentro de dichos programas se deberá hacer especial mención a la presente Sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos" (párr. 242). "Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada me-

monumentos,[276] prohibir la pena de muerte,[277] evitar la discriminación por género,[278] etcétera.

En la mayoría de los casos, ese cuerpo regional ha sancionado a los Estados por la infracción al debido proceso en el ámbito penal (art. 8 del Pacto de San José), área que ofrece un amplio conjunto de garantías supranacionales. Sin embargo, como es por demás conocido, también ha castigado a los países cuando se producen infracciones "no penales" en cuanto resulten practicables y pertinentes algunas garantías concebidas y elaboradas para el proceso criminal, cuando ello se observa especialmente en el ámbito *administrativo,* por ejemplo, si el trámite culmina en sanciones que no son propiamente penales, pero que implican en definitiva *una expresión del poder punitivo del Estado*.[279]

En el enjuiciamiento internacional, la Corte IDH se ocupa de hacer cumplir los pactos internacionales; mas, como reiteradamente lo ha dicho, no se encarga de sancionar al Estado, como en el derecho penal interno.

---

diante una sentencia condenatoria. En cuanto a su reembolso, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable" (párr. 243.)

276 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia...*, *cit*., párr. 335.12. En el citado caso *Castro Castro*, y en el ámbito de las llamadas reparaciones simbólicas, la Corte ordenó que, dentro del término de un año a partir de la publicación del fallo, todas las víctimas del lamentable suceso carcelario ya aludido, estén representadas en un monumento llamado "Ojo que llora" de Lica Mutal, enclavado en Lima (puntos resolutivos 12 y 17).

277 Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala...*, *cit*., párr. 31.

278 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, *cit*. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 8.

279 García Ramírez, Sergio, "Elementos del debido proceso en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal,* Buenos Aires, IIDH, núm. 9, 2006, p. 46.

Se trata, en puridad de verdad, de dos ámbitos de actuación —si bien concéntricos— totalmente diferentes, ya que la jurisdicción trasnacional es mucho menos formalista y aprecia las pruebas con gran amplitud.

Como dice García Ramírez, la Corte no efectúa apreciaciones que competen exclusivamente a los tribunales domésticos, como pudieran ser las correspondientes a la eficacia de las pruebas admisibles para demostrar hechos sujetos a la consideración de aquellos,[280] o a la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Ya hemos visto que el derecho internacional es "subsidiario" y, por ende, la Corte "[...] no tiene competencia para reemplazar al juez nacional para decidir si las circunstancias en que se absolvió a unos y se condenó a otros eran exactamente iguales y merecían el mismo tratamiento, y que, por lo tanto, no ha sido suficientemente acreditada la existencia de una violación del artículo 24 de la Convención [...]".[281]

### *10.1.3.4. Efectos del reconocimiento de la responsabilidad del Estado*

Como sucede en el derecho interno, no siempre la admisión de la responsabilidad por parte del ofensor implica el cese de los efectos de la violación.[282] En el caso *Acevedo Jaramillo vs. Perú*, pese a que el Gobierno admitió ante la Comisión Interamericana la falta de acatamiento de los deberes convencionales, la Corte IDH hizo notar con mucho énfasis que solo con ello no puede cerrar el caso,

---

280 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú...*, *cit*., párr. 174.

281 Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 115. García Ramírez, Sergio, "Elementos del debido proceso...", *cit*., p. 83.

282 El art. 53.4 del Reglamento de la Corte dispone que "si el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante y a las de los representantes de las presuntas víctimas, sus familiares o representantes, la Corte, oído el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este supuesto, la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes".

ya que depende de una valoración que ella misma realice.[283] Siempre ha sostenido que en el ejercicio de su función contenciosa aplica e interpreta el Pacto de San José y, en consecuencia, cuando un asunto ha sido sometido a su campo de actuación, queda potenciada para declarar condenas por infracciones a la Convención,[284] y podrá, si lo considera pertinente, "[...] determinar si el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por un Estado demandado ofrece una base suficiente, en los términos de la Convención Americana, para concluir el procedimiento o si es preciso llevar adelante el conocimiento del fondo y determinar eventuales reparaciones y costas. Para estos efectos, el Tribunal analizará la situación planteada en cada caso concreto".[285]

Por ejemplo, el 22 de noviembre de 2005, en el caso *Gómez Palomino vs. Perú,* donde se ventiló la problemática de la desaparición forzada de personas, el Gobierno demandado admitió su responsabilidad respecto de la infracción a la integridad personal[286] (art. 5 del Pacto citado) aludiendo solo a algunas de las víctimas del suceso; sin embargo, no hizo lo mismo con relación a otras, por lo que terminó condenando por las no incluidas en el allanamiento.[287]

Va de suyo que —repetimos— los legitimados activos para obtener las reparaciones son las propias víctimas, es decir, los afectados directos; sin embargo, también los indirectamente perjudicados pueden asumir aquella aptitud en el proceso internacional, dado que sus familiares o sus representantes están en condiciones de invocar derechos distintos de los comprendidos en la actuación principal.[288]

---

283 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú...*, *cit*., párrs. 169 y 173.

284 *Cfr. Caso Vargas Areco vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 155, párr. 42; *Caso Servellón García y otros vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 152, párr. 52, y *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil...*, *cit*., párr. 131.

285 Corte IDH. *Caso Penal Castro Castro vs. Perú...*, *cit*., párr. 132.

286 Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 136, párrs. 12, 14 y 30.

287 *Ibidem,* párrs. 58-68.

288 Dijo ese Tribunal que "el artículo 5.1 de la Convención Americana dispone que: toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psí-

La Corte ha puntualizado en reiteradas oportunidades[289] que, por ejemplo, se puede afectar el derecho a la integridad psíquica y moral de los parientes con motivo del sufrimiento adicional que han padecido como producto de las circunstancias particulares de la violación perpetrada contra sus seres queridos y como consecuencia de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos.[290]

*10.1.3.5. Revisión de la cosa juzgada.* Ne bis in idem

Tal es la fuerza que le ha dado la jurisprudencia internacional a la infracción a los derechos humanos por incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones convencionales que ha admitido inclusive la posibilidad de romper uno de los postulados fundamentales del debido proceso, no ya en beneficio, sino en perjuicio de quien ha sido absuelto en un pleito penal, como lo es la regla del principio *ne bis in idem*.

La Corte IDH puso en claro que la figura de la *res judicata* no resulta aplicable cuando el procedimiento culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación constitutiva de una infracción al derecho internacional, si

---

quica y moral [...] Antes de entrar al análisis de la presunta violación del artículo 5 de la Convención Americana, es necesario indicar que aunque la Comisión Interamericana no alegó la violación de este artículo en perjuicio de las hermanas y hermano del señor Gómez Palomino, la Corte ha establecido que las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por esta. *Cfr*. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dminicana*. Fondo, Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 156, supra, n. 9, párr. 181; *Caso Yatama vs. Nicaragua...*, *cit*., n. 8, párr. 183, y *Caso De la Cruz Flores vs. Perú...*, *cit*. Véase *Caso Gómez Palomino vs. Perú...*, *cit*., párrs. 58-68.

289 *Cfr*. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia...*, *cit*., supra, n. 1, párrs. 144 y 146; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador...*, *cit*., párrs. 113 y 114, y *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, núm. 109, párr. 210. Véase *Caso Gómez Palomino vs. Perú...*, *cit*., n. 51.

290 Véase *Caso Gómez Palomino vs. Perú...*, *cit*., párr. 60.

se ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal o cuando el procedimiento no fue tramitado de manera imparcial o independiente con arreglo a las debidas garantías procesales.[291]

Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta".[292]

Resultará baladí hacer ver que tales postulados que permiten la alteración de la *res judicata* son enteramente válidos en el derecho comparado, y también en el argentino interno desde antiguo.[293]

### 10.2. Conclusiones

Buscando resumir lo hasta aquí expresado, importa reiterar que uno de los temas que nos ha parecido importante traer a colación en esta breve reseña es el de la *responsabilidad del Estado en el marco de la Convención Americana*, que, si bien viene siendo abordado desde antiguo en la jurisprudencia interamericana, ha adquirido relevancia en los últimos tiempos en las situaciones de daños producidos a una población entera o a un conjunto de habitantes, a las que la Corte IDH ha dado el calificativo de "masacres".

Como quedó dicho, el Tribunal ha puntualizado desde siempre que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco del Pacto de San José, nace en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes*, de respetar y hacer respetar —garantizar— las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, aludidos en los artículos 1.1 y 2 del referido documento internacional.

---

291 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú...*, *cit*., párr. 153. Criterio que la Corte IDH venía manejando desde antiguo, por ejemplo, en el *Caso Barrios Altos*.

292 *Ibidem*, párr. 153. *Cfr*. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, *cit*., n. 6, párr. 154; *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia...*, *cit*., párr. 98, y *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala...*, *cit*., párr. 131.

293 Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, 2a. ed., Buenos Aires, Editora Platense, con colaboración de Manuel Hernández, 2001, pp. 187 y ss.

Cabe repetir que esa consecuencia nace de actos u omisiones de cualquier poder u órgano estadual, independientemente de su jerarquía, como así también de ciertos particulares, que violen los tratados.

En este cuadrante, la Corte ha sido clara en señalar que, en tales supuestos, para establecer que se ha originado una violación de los derechos consagrados en el Pacto en cuestión, no es necesario determinar, como sucede en el ámbito criminal interno —recordemos que no estamos en el campo del derecho penal— la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar a los agentes a los cuales se atribuyen las infracciones. Es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida.

Como vimos, la jurisprudencia que venimos citando —criterio que se repitió en asuntos posteriores— ha señalado enfáticamente que la responsabilidad aludida también puede tener como fuente los excesos incurridos por terceros o particulares, ello así considerando la obligación estadual de garantizar las libertades de los individuos que surgen del artículo primero de la CADH.

Todo esto deviene —obviamente— de la necesidad de prevenir y de investigar, derivadas del deber de garantía y de las obligaciones *erga omnes* de protección. Se produce aquí, en verdad, una bipolaridad entre los deberes de "investigar" y de "acatar" los derechos humanos.

Hemos buscado explicar que ese organismo interamericano ha hecho funcionar el postulado de los frenos y contrapesos, destacando que, si bien el Estado es siempre el legitimado pasivo en este tipo de pleitos, debe permitírsele, antes de que el asunto rebase las fronteras domésticas y entre al ámbito supranacional, que pueda cumplir con las obligaciones pertinentes (agotamiento de los recursos internos). En ese sentido, también ha dejado en claro que no puede responsabilizarse a los países de cualquier violación acaecida en su jurisdicción frente a los hechos de los particulares, pues los deberes estatales se encuentran condicionados a una "situación de riesgo real e inmediato" para un individuo o grupo de individuos determinado, y a las posibilidades "razonables" de prevenir o evitar el riesgo.

No obstante, creemos que resulta contundente observar que, en el campo del derecho penal internacional, la pirámide parece invertirse en cuanto a la legitimación de los individuos, ya que allí estos, al gozar de personalidad jurídica internacional, al igual que el Estado, pueden ser sancionados por delitos graves, como los de lesa humanidad, genocidio, etcétera.

Se advierte una interrelación entre la disciplina que venimos abordando desde el inicio y esa última, pues aquí las personas no solo tienen derechos, *sino también deberes,* y el incumplimiento de los mismos puede originar para ellos una sanción penal internacional.[294]

Vale la pena hacer ver que *ambas ramas jurídicas combaten a la impunidad*, cada una a su modo. El derecho internacional de los derechos humanos determina el deber de reparar y el *quantum* y modo de las obligaciones consecuentes; mientras que el derecho penal internacional impone sanciones individuales a los infractores, las que no pueden ser bloqueadas por el *statute of limitations,*[295] que sí opera en el sistema interno (como sucedió en los ya citados casos *Barrios* Altos y *Bulacio*, entre otros).[296]

Recordemos también —y esto es muy importante— la responsabilidad que tienen los magistrados judiciales de cumplir a cabalidad los tratados internacionales aun contradiciendo a su derecho interno (art. 27 de la Convención de Viena sobre el referido Derecho de los Tratados), y de controlar a los demás poderes, ya que aquellos tienen prioridad sobre este.

Otro de los puntos sobre los que hemos hecho hincapié es el referido a *las formas de reparación*, pues, como vimos, no es suficiente con la simple indemnización a las víctimas o a sus familiares, sino que en los últimos tiempos la Corte ha impuesto la obligación estadual de *suprimir las normas y prácticas infractoras*

294 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 153. Voto del juez Antônio Cançado Trindade, párrs. 30, 34, 46 y ss.

295 Por ejemplo, la cosa juzgada o la prescripción.

296 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*..., *cit*. Voto del juez Cançado Trindade, párrs. 30, 34, 46 y ss. 44 y 45.

*a la Convención* y, en caso de vacío normativo, le *impuso el dictado de preceptos y el desarrollo de prácticas en favor de las víctimas* (no basta con "no hacer", a veces hay que "hacer"). No nos olvidemos de que en algunas circunstancias ese Tribunal mandó a los Gobiernos pedir perdón o disculpas, dictar medidas educativas, edificar monumentos, prohibir la pena de muerte, prohibir la discriminación en razón de género, etcétera.[297]

Finalmente, vale la pena traer a colación que la jurisprudencia analizada ha enfatizado que muchas veces los *afectados indirectos*, es decir, en algunas situaciones las propias víctimas primarias, sus familiares o sus representantes, pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la actuación principal, por ejemplo —ha dicho la Corte—, si se transgredió el derecho a la integridad física y moral de estos últimos a causa del sufrimiento adicional originado por la violación perpetrada en contra de sus seres queridos.

No queremos concluir esta reseña jurisprudencial sin reiterar la necesidad de que los tres poderes estatales paren mientes en estas aleccionadoras sentencias de la Corte regional y que, en consecuencia, *capaciten* debidamente a sus representantes para prevenir la responsabilidad internacional, a fin de no darle la razón a aquella famosa y humorística frase —¿quizá chistosa?— de Séneca cuando decía que "los funcionarios del Estado son como los libros de una biblioteca: los que están en los lugares más altos son los que menos sirven".[298]

Al final volvemos al principio: en la jurisprudencia internacional, *el que "rompe" (aunque sea el Estado) "paga" (debe reparar de diversos modos)*.

---

297 Sobre esta temática véase Gelli, María Angélica, "Las reparaciones simbólicas por violación estatal de los derechos humanos (a propósito del caso *Castro Castro vs. Perú*)", *Suplemento La Ley*, Buenos Aires, 15 de marzo de 2007, pp. 67-75.

298 La CSJN argentina ha reiterado, en este marco, el deber que tiene el Estado de "garantizar", por ejemplo, el *derecho al recurso* (art. 8.2.h del Pacto de San José y 14.5 del PIDCP), sobre el particular puede verse C.1787 XL, *Cardozo, Gustavo Fabián s/ Recurso de Casación*, fallo de 20 de junio de 2006.

## 11. Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana

### 11.1. Efecto de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno y la supervisión de cumplimiento

La Corte IDH no solo condena a los Estados cuando infrinjan los tratados internacionales pertinentes, sino que, además, hace más de una década viene ejerciendo una importantísima labor, convirtiéndose en una especie de "juez de ejecución" de sus fallos, controlando y supervisando a rajatabla su acatamiento.[299]

Efectivamente, el artículo 69 del reglamento de 2009 dice que dicho trámite se realizará mediante: *a)* los informes a presentar por el Estado; *b)* las observaciones a los mismos hechas por la víctima o su representante, y *c)* las observaciones de la CIDH, tanto a los informes estatales como a las consideraciones de la víctima o su representante (art. 69.1). Dicho precepto añade que, sin perjuicio de ello, el Tribunal puede acudir a otras fuentes de información —incluidos peritajes e informes— que considere oportunos, requiriéndoles datos relevantes sobre el caso que permitan apreciar el cumplimiento (art. 69.2). De igual modo, a ese mismo objeto, está en condiciones de convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia, en la que escuchará la opinión de la Comisión (art. 69.3). Una vez que se considere suficientemente informada, la Corte determina el estado de cumplimiento de lo fallado y emite las resoluciones que considere pertinentes (art. 69.4) (véase apdo. 12.1).

Estas pautas se hacen extensivas a los casos que resultan promovidos por un Estado (demanda interestatal) (art. 69.5).

Conviene poner de relieve que antes de la aparición del artículo 69 del citado reglamento (aprobado por la Corte en su LXXXV Periodo Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009), la Corte venía fijando el criterio de que le corres-

[299] Sobre esta problemática puede verse Ayala Corao, Carlos, "La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Estados constitucionales", Universidad de Talca, año V, núm. 1, pp. 127-201.

pondía la supervisión de sus resoluciones y que solo se archivarían cuando el pronunciamiento estuviera totalmente acatado.

Efectivamente, en el caso *Baena vs. Panamá,*[300] el demandado discutió esta potestad del Tribunal interamericano y planteó una cuestión de competencia; en ese sentido, el Estado panameño dijo que "[...] la etapa de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias es una etapa post-adjuticativa que no está prevista por las normas que regulan la jurisdicción y el procedimiento de la honorable Corte".[301]

En dicho asunto, ese cuerpo judicial le respondió con muy buen tino que

> [...] La jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado. Es por ello necesario establecer y poner en funcionamiento mecanismos o procedimientos para la supervisión del cumplimiento de las decisiones judiciales, actividad que es inherente a la función jurisdiccional. La supervisión del cumplimiento de las sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción. Sostener lo contrario significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas. El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción; en caso contrario se estaría atentando contra la *raison d'être* de la operación del Tribunal [...] La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento.[302]

Añadió que la ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser vista como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendiéndolo en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la providencia pertinente.[303]

---

300 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104.

301 *Ibidem*, párr. 26.

302 *Ibidem,* párrs. 72 y 73.

303 *Ibidem,* párr. 82.

Ahondando sus argumentos, señaló que[304] "[...] La Corte estima que la voluntad de los Estados, al aprobar lo estipulado en el artículo 65 de la Convención, fue otorgar a la misma Corte la facultad de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y que fuera el Tribunal el encargado de poner en conocimiento de la Asamblea General de la OEA, a través de su Informe Anual, los casos en los cuales se diera un incumplimiento de las decisiones de la Corte, porque no es posible dar aplicación al artículo 65 de la Convención sin que el Tribunal supervise la observancia de sus decisiones [...]".[305]

Finalmente, y como anticipándose a la redacción del artículo 69, el Tribunal ya había dicho en el mencionado caso que era conveniente fijar estas pautas en una norma reglamentaria dentro de las reglas de procedimiento.

Parece *de Perogrullo* reiterar que los argumentos expuestos por la Corte en el caso *Baena,*[306] fueron plasmados en

304 *Ibidem,* párr. 90.

305 Ahondando sus argumentaciones, puso de relieve que "Por otro lado, la facultad de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus sentencias y el procedimiento adoptado para ello también encuentra su fundamento en la práctica constante y uniforme de la Corte y en la resultante *opinio juris communis* de los Estados Partes en la Convención, respecto de los cuales la Corte ha emitido diversas resoluciones sobre cumplimiento de sentencia. La *opinio juris communis* significa la manifestación de la conciencia jurídica universal [...] a través de la observancia, por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional, de una determinada práctica como obligatoria [...]. La referida *opinio juris communis* se ha manifestado en que dichos Estados han mostrado una actitud generalizada y reiterada de aceptación de la función supervisora de la Corte, lo cual se ha visto clara y ampliamente demostrado con la presentación por parte de estos de los informes que la Corte les ha solicitado, así como con la observancia de lo resuelto por el Tribunal al impartirles instrucciones o dilucidar aspectos sobre los cuales existía controversia entre las partes, relativos al cumplimiento de las reparaciones" (*Ibidem,* párr. 102).

306 Finalmente, como antes vimos, el referido artículo quedó redactado del siguiente modo: "Artículo 69. Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal: 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas

el referido artículo 69 del reglamento, en su actual redacción.[307]

Adviértase que, hasta principios de 2011, el aludido ente jurisdiccional tiene en supervisión del cumplimiento una gran cantidad de asuntos, que —por ende— no se encuentran concluidos ni cerrados, según lo ha informado el propio Tribunal.[308]

Con respecto a la República Argentina, la Corte ha condenado a este país en 11 casos,[309] de los cuales seis están siendo supervisados por el aludido Tribunal interamericano.[310]

---

o sus representantes. 2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos. 3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión. 4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes. 5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión" (Reglamento de la Corte IDH, aprobado en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009).

307 Hay que tomar en consideración que la ejecución y supervisión de las sentencias de la Corte IDH, en la realidad, implican una "doble victimización" para el damnificado, pues luego de un largo "pleito" ante el Tribunal interamericano, tiene que padecer un nuevo trámite para llegar al acatamiento. Además, vale la pena alertar que los Estados tardan mucho en girar el informe del art. 69, por lo que sería conveniente que en el futuro se disponga un *plazo perentorio* para que los países eleven dicha información al Tribunal.

308 Véase *http://www.corteidh.or.cr/supervision.cfm*

309 Corte IDH. *Caso Maqueda vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Resolución de 17 de enero de 1995. Serie C, núm. 18; *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina..., cit.*; *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39; *Caso Cantos vs. Argentina*, Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 85; *Caso Cantos vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, núm. 97; *Caso Bulacio vs. Argentina..., cit.; Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, núm. 164; *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 177; *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, núm. 187. Véase *http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=2*

310 Véase *http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=2*

No debemos perder de vista que el Tribunal regional resuelve en los últimos tiempos aproximadamente un promedio de 20 sentencias de fondo por año, habida cuenta de que en su actual estructura no le permite elevar fácilmente esos guarismos.

Por ello, es importante que los Estados sepan acatar no solo las decisiones en los asuntos concretos en los que resultan condenados, sino, como vimos, deberían tener en cuenta la doctrina legal que se infiere de los fallos en casos similares.

Actualmente, y para consolidar estas pautas, la Corte lleva a cabo lo que podríamos definir como *supervisiones temáticas,* por ejemplo, la problemática del "derecho a la salud" (Colombia) o la atinente a la "posición y propiedad de tierras" (Paraguay).

También apunta a dar *soluciones estructurales*, esto es, a través de un caso fijar criterios válidos para otros asuntos de idéntica naturaleza.

Para desahogar a ese cuerpo, en los últimos tiempos algún país ha reconocido su responsabilidad internacional antes de la condena, como ha sucedido en Argentina, por ejemplo.

## 11.2. Cláusula federal

### *11.2.1. Cláusula federal (federalismo y división de poderes)*

Interesa saber cómo manejan los Estados federales el cumplimiento de las sentencias cuando las infracciones han sido cometidas en sus provincias o estados locales.

La CADH dispone:

> Artículo 28. Cláusula Federal.
>
> 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
>
> 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la

federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Dicha norma ha tenido como fuente el artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que dispone: "Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados Federales, sin limitación ni excepción alguna".

Lo cierto es que, desde esa vertiente, hay que tener en cuenta que la estructura federal de algunos de los países adheridos al modelo del Pacto de San José repercute notoriamente tanto en el sistema internacional como en el doméstico. Resulta por demás sabido que, cuando los agentes públicos responsables de las violaciones dependen de las autoridades locales, el Gobierno central se encuentra en situaciones difíciles al momento de acatar a cabalidad las decisiones de la Corte IDH.[311]

En Argentina ha habido varias violaciones de la Convención por las que resultó condenado el país; siendo que, en algunos casos, tales infracciones fueron originadas en algunas provincias.

Analizando el artículo 28 citado, podemos llegar a una primera conclusión: que el Pacto de San José establece como deber fundamental de los países —sean unitarios o federales— *el respe-*

[311] Dulitzky, Ariel, "Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2006, vol. VI, p. 201. Véase también, Dulitzky, Ariel, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones", en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles, libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, EDIAR, 2003, p. 157.

*to a los derechos y garantías que surgen de la Convención*. En efecto, el artículo 1.1 indica que los Estados parte "[...] se comprometen a respetar los derechos y garantías reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [...]". A su vez, el artículo 2 dispone que "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Si Argentina no cumple con dichos dispositivos normativos incurre en responsabilidad internacional[312] (véase apdo. 10.1).

De la interpretación armónica de los artículos 1.1, 2, 28 y 68 de la CADH se infiere, sin lugar a dudas, que los habitantes de cualquiera de las provincias o de la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires están sometidos al sistema del Pacto, y que cualquier infracción de ellos puede generar la responsabilidad del Estado nacional.

Para dotar al Gobierno central de mayor eficiencia, se ha "federalizado" en algunas situaciones la persecución de los delitos vinculados con los derechos humanos que surgen de los tratados internacionales, y un claro ejemplo argentino es el caso *Verbitsky*, que luego analizaremos.[313]

---

312 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, *cit*., n. 6, párr. 118; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay...*, *cit*.; *Caso Bulacio vs. Argentina...*, *cit*., párr. 205; *Cfr*. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil...*, *cit*., n. 6, párr. 83, y *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, *cit*., párr. 85.

313 Dulitzky, Ariel, "Federalismo y derechos humanos...", *cit*., pp. 211 y 212. Así, por ejemplo, Brasil, en una reforma a su carta magna nacional, dispone en su art. 109 que "corresponde a los jueces federales: atender las causas relativas a los derechos humanos. En las hipótesis de graves violaciones, el Procurador General de la República, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los tratados internacionales de derechos humanos de los que Brasil sea parte, podrá suscitar, ante el Superior Tribunal de Justicia, en cualquier fase de la investigación o del proceso, incidente de transferencia de competencia para la Justicia Federal" (Enmienda constitucional núm. 45/2004).

### *11.2.2. Nación y provincias (o estados federales). Deslinde de competencias*

Es dable repetir que el artículo 28 de la Convención sirve para deslindar responsabilidades en las distintas jurisdicciones en el ámbito doméstico, *pero nunca para eximir al Estado federal del cumplimiento de las sentencias condenatorias.*[314]

Debemos ver con detenimiento a qué grado de responsabilidad incurren, por ejemplo, las provincias, en el caso de Argentina, por el incumplimiento de los tratados y de las sentencias de la Corte IDH. En puridad de verdad, como lo pone de relieve Bidart Campos,[315] estas no tienen responsabilidad jurídica internacional y, por ende, no forman parte del Pacto de San José,[316] lo que no significa que queden exentas de las eventuales consecuencias, en caso de falta de acatamiento.

En este aspecto, téngase presente que de los artículos 5 y 31 de la Constitución argentina se infiere, sin vacilación alguna, que si bien cada una de ellas puede dictar su propia Constitución, lo debe hacer siempre bajo el sistema representativo, republicano y de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución (art. 5). Cuando la carta magna enuncia los principios de la supremacía constitucional, su artículo 31 reitera que la Constitución federal, las leyes que en su consecuencia dicte el poder legislativo y los tratados internacionales son la ley suprema de la nación; y todo este bloque, denominado "ordenamiento federal" (o "derecho federal") prevalece sobre los esquemas locales (*cfr*. art. 75, inc. 22, de la Constitución reformada en 1994).[317]

A su vez, su artículo 128 estipula "que los Gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno Federal para cumplir la Constitución y las Leyes de la Nación". Por ende, el incumplimiento reiterado de alguna provincia podría generar —en

---

314 *Ibidem,* n. 46, citando a Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 74.

315 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1989.

316 *Ibidem,* pp. 279 y 320.

317 *Ibidem,* t. I, p. 153.

casos de extrema gravedad— hasta la intervención federal de la misma (art. 6 de la Constitución Nacional).

Bajo esta visión parece claro que, ante una condena por un hecho acaecido en el ámbito provincial, si el Estado federal no actúa, queda él como responsable internacionalmente.

Repárese en que, si la condena de la Corte IDH manda pagar una suma de dinero (art. 68.2), la cosa resulta algo sencilla, ya que el Gobierno central podría abonarla y luego repetir de alguna manera contra la provincia infractora.

## 11.3. Modalidades de cumplimento de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno

### *11.3.1. Modalidad de recepción*

Lo cierto es que en Argentina no existe —ya lo hemos dicho— un mecanismo institucional regulado que permita el necesario diálogo entre el Gobierno nacional y las provincias, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH y también de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Actualmente, conforme a la Ley de Ministerios 22.250 (t.o. 1992 y modificatoria), corresponde tanto a la Dirección de Conserjería Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto como a la Subsecretaría de Protección de los Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos intervenir en las peticiones y casos que tramitan ante los organismos internacionales de derechos humanos. De ahí que ambas agencias trabajen de consuno en el seguimiento de los asuntos pertinentes, ejerciendo la representación del Estado argentino, el que a través del poder ejecutivo nacional propone generalmente un espacio de diálogo con las víctimas de las violaciones, aun antes de que estas promuevan las vías pertinentes. Utiliza, en la medida de sus posibilidades, la "solución amistosa" y también, cuando corresponde, el "reconocimiento de la responsabilidad internacional del país".[318]

[318] Podemos consignar algunas estadísticas —de fines de 2010— de casos ante el sistema regional: CIDH: Peticiones sin admisibilidad: 162; Casos con

### *11.3.2. Supervisión de cumplimiento. Algunos casos argentinos en supervisión*

Actualmente, en la Corte IDH se tramitan varios asuntos argentinos cuyo cumplimiento es supervisado por dicho organismo internacional.[319] Podemos citar, a título de ejemplo:

*a) Caso Bayarri vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de noviembre de 2010.

La Comisión remitió a la Corte el citado asunto el 12 de enero de 2001, la que dictó sentencia el 30 de octubre de 2008.[320]

---

admisibilidad: 41; Medidas cautelares dictadas: 4; Solicitudes de medidas cautelares: 22; Casos con informe de fondo: 3; Porcentajes por Jurisdicción: Nación 44%; Provincias 66%: Buenos Aires 20%, Mendoza 5%, Resto de las Provincias (a excepción de Catamarca, que no registra denuncias en contra): 41%. Corte IDH: Casos en trámite: 6; Casos en supervisión de cumplimiento de sentencia: 7. Otros Países: En CIDH: Perú, 191 casos; Colombia, 235 casos; México, 267 casos. En Corte IDH: Perú, 27 casos; Guatemala, 15 casos; Venezuela, 14 casos; Colombia, 12 casos. Es de destacarse que los casos que se ventilan contra los países recién mencionados son política y jurídicamente más sensibles que los casos contra Argentina. Análisis cualitativo: Por hechos ocurridos antes de 2003: en CIDH 115 (aprox.), en Corte IDH 5. Por hechos ocurridos después del 2003: en CIDH 110 (aprox.), en Corte IDH 1 (3 de octubre de 2003). El 100% de los casos incluyen denuncias de agravios por administración de justicia (arts. 8 y 25 CADH). A diferencia de otros países de la región, no se registran denuncias por violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos. Disponible en: Registros Públicos de la CIDH, *www.cidh.oas.org* y la Corte IDH, *www.corteidh.or.cr*

319 Sobre este tema puede verse Albanese, Susana, "Nuevas demandas ante la Corte IDH contra Argentina", *JA, Fascículo 12*, 2011-III, p. 20.

320 La Corte IDH dispuso que: "[...] 8. El Estado debe pagar al señor Juan Carlos Bayarri las cantidades fijadas en los párrafos 141, 142, 151, 155, 159, 170 y 194 de la [...] Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del [...] Fallo [...]. 9. El Estado debe brindar gratuitamente, de forma inmediata y por el tiempo que sea necesario, el tratamiento médico requerido por el señor Juan Carlos Bayarri [...]. 10. El Estado debe concluir el procedimiento penal iniciado por los hechos que generaron las violaciones del presente caso y resolverlo en los términos que la ley prevea [...]. 11. El Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otros dos diarios de amplia circulación nacional, por una sola vez, los capítulos I, VII, VIII y IX de la [...] Sentencia, sin las notas

Se trataba de la detención de Juan Carlos Bayarri a raíz de una confesión realizada bajo tortura. El 25 de julio de 2005, la Sala Séptima de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional lo absolvió y ordenó su libertad.

En efecto, el 22 de noviembre de 2010, la Corte IDH inició el procedimiento de supervisión de la sentencia disponiendo que el Estado cumplió parcialmente la decisión del Tribunal regional de 30 de noviembre de 2008, pero faltó terminar el procedimiento penal tendente a investigar a los responsables de las torturas contra el señor Bayarri.

Este había sido apresado en 1991 en la Provincia de Buenos Aires (en la Ciudad de Avellaneda) sin orden de detención. Fue torturado y, en noviembre de 2010, cuando la Corte IDH inició el proceso de supervisión, todavía no se había castigado a los responsables de las torturas, obligación que le había impuesto dicho Tribunal en su mentado fallo de 30 de noviembre de 2008. Lo cierto es que, el 25 de septiembre de 2010, la Cámara Nacional de Casación Penal anuló los sobreseimientos dictados en la causa y dispuso la continuación del proceso criminal para que continuara la investigación y la condena a los responsables.

Sintetizando este asunto, cabe destacar que el Estado ha acatado en parte la condena, aunque ciertos temas todavía no han sido concluidos en su totalidad. Por ello, con muy buen tino, el Tribunal interamericano dejó abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento.

*b) Caso Kimel vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 15 de noviembre de 2010.

---

al pie de página correspondientes, y la parte resolutiva de la misma, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación del [...] Fallo [...]. 12. El Estado debe asegurar la eliminación inmediata del nombre del señor Juan Carlos Bayarri de todos los registros públicos con los que aparezca con antecedentes penales [...]. 13. El Estado debe incorporar, en la medida en que no lo haya hecho, a los miembros de las fuerzas de seguridad, de los órganos de investigación y de la administración de justicia en las actividades de difusión y formación sobre la prevención de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [...]". Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de noviembre de 2010.

El asunto fue introducido por la Comisión el 19 de abril de 2007, originado en una denuncia del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) (de 6 de diciembre de 2000). Eduardo Gabriel Kimel era un conocido periodista de investigación que escribió "La masacre de San Patricio" de la Orden Palotina (referido a un hecho ocurrido en la dictadura el 4 de julio de 1976). Dicho autor abordó el asesinato de cinco religiosos. Su libro criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas la del juez Guillermo Rivarola. El magistrado mencionado por Kimel promovió finalmente una querella criminal por el delito de calumnias, quien fue condenado a un año de prisión en suspenso y una indemnización de $20,000.00.

En el proceso ante la Corte IDH, el Estado admitió su responsabilidad, se allanó y reconoció como violados los artículos 8.1 y 13 de la CADH.[321]

En su fallo de 2 de mayo de 2008, ese Tribunal regional declaró por unanimidad que:

> 1. Acepta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 18 a 28 de esta Sentencia, y manifiesta que existió violación del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Eduardo Kimel, en los términos de los párrafos 51 a 95 de la Sentencia. 2. Acepta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 18 a 28 de esta Sentencia, y manifiesta que existió violación al derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación general establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Eduardo Kimel, en los términos de los párrafos 96 y 97 de la presente Sentencia [...].[322]

---

321 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 15 de noviembre de 2010, puntos resolutivos, párr. 3.

322 La Corte señaló que: "[...] 3. El Estado violó el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Huma-

Luego de varios años, el 28 de mayo de 2010, la Corte llevó a cabo la primera supervisión, y el 15 de noviembre la segunda. Dispuso que:

> 1. El Estado ha dado cumplimiento total a la obligación de realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad *(punto resolutivo décimo de la Sentencia),* de conformidad con lo señalado en el Considerando de la presente Resolución. 2. Mantendrá abierto el procedimiento de supervisión hasta el cumplimiento de la obligación pendiente de acatamiento en el presente caso, a saber, el dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven *(punto resolutivo séptimo de la Sentencia), d*e conformidad con lo señalado en los Considerandos de la presente Resolución.[323]

En el país se dictó —finalmente— la ley 26551, que modificó el artículo 110 del Código Penal.[324]

---

nos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del señor Eduardo Kimel, en los términos de los párrafos 61 a 67 del presente fallo".

323 Resuelve: "[...] 1. Requerir al Estado que adopte a la brevedad todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento al punto pendiente de cumplimiento que fue ordenado por el Tribunal en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 2 de mayo de 2008, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. Solicitar al Estado que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] un informe detallado y exhaustivo en el cual indique todas las acciones adoptadas para cumplir la medida de reparación que se encuentra pendiente de acatamiento, de conformidad con lo señalado en el punto declarativo segundo de esta Resolución, así como la información requerida en el Considerando de la misma. 3. Solicitar a los representantes de la víctima y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten sus observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción de dicho informe. 4. Continuar supervisando el punto pendiente de cumplimiento de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 2 de mayo de 2008. 5. Requerir a la Secretaría de la Corte que notifique la presente Resolución al Estado, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de la víctima". Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 15 de noviembre de 2010, puntos resolutivos, párr. 3.

324 La Cámara de Casación Penal, el 10 de noviembre de 2011 (Causa núm. 13.272, Sala III, CNCP *Kimel, Eduardo Gabriel s/ Recurso de revisión*) ha dejado sin efecto la condena.

*c) Caso Cantos vs. Argentina.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 26 de agosto de 2010.

Con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico, Argentina fue por primera vez condenado por la Corte IDH en 2002 en el caso *Cantos*, por violentar los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH, perjudicando el acceso a la justicia del reclamante. Ese Tribunal ordenó al país —entre otras medidas— fijar nuevamente *de manera razonable* los gastos de un pleito por considerar que los determinados con anterioridad implicaban limitaciones económicas para el acceso a la justicia.[325]

En 2003, en el ámbito local no se dio total acatamiento al decisorio referido, invocándose razones de "derecho interno". La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dijo, por ejemplo, que la reducción de los emolumentos de los peritos oficiales que no habían participado en el juicio internacional afectaba el derecho de defensa; sin embargo, la minoría entendió que el fallo debía respetarse en su totalidad, por ser vinculante.[326]

A fin de dar respuesta a la totalidad de la sentencia interamericana, el poder ejecutivo nacional dispuso, por el decreto 1313, de 11 de agosto de 2008, que por conducto de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia se llevaran a cabo las actuaciones pertinentes.

La Corte IDH inició sucesivos trámites de supervisión: el 28 de noviembre de 2005, el 12 de julio de 2007, el 6 de julio de 2009 y el 26 de agosto de 2010.

---

325 En el derecho interno, el señor Cantos, que era propietario de un importante grupo empresario en la provincia de Santiago del Estero. En 1972. la entonces Dirección de Rentas local hizo varios allanamientos del que resultaron reclamaciones administrativas por una elevada suma de dinero. Luego de una transacción aparentemente incumplida por el Estado, el señor Cantos demandó a la Provincia por la suma de 2.780 millones de pesos. Diez años después, tal pretensión fue repelida por la Corte Suprema de la Nación, quien rechazó la acción fijando en 140 millones de pesos las costas del pleito y condenando al nombrado a abonar dicho monto. El 28 de noviembre de 2002, la Corte IDH sostuvo, teniendo en cuenta el elevado *cuantum* de las costas del pleito, que el Estado violó los artículos 8 y 25 de la CADH y que, por ende, debía fijarse una nueva cifra.

326 CSJN, Exp. 1307/2003, Decisorio del 21 de agosto de 2003 (véase el voto de la minoría doctores Boggiano y Maqueda).

De lo que antecede se infiere que este fallo todavía no fue cumplido *in totum* por Argentina, y que continúa el trámite de supervisión.

*d) Caso Bulacio vs. Argentina.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 26 de noviembre de 2008.

En el asunto del epígrafe, el Tribunal regional interamericano condenó, el 18 de septiembre de 2003, a Argentina por violar los artículos 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención,[327] a raíz de la muerte de un joven en manos de la policía. Dispuso que se investigara y sancionara a los responsables, y que fueran indemnizados los familiares.

La Corte nacional —en un interesantísimo decisorio, con algunas disidencias, pero en concordancia argumental— acató a cabalidad aquella sentencia del Tribunal del Pacto de San José,[328] disponiendo que continuara el enjuiciamiento contra el imputado (comisario Espósito).[329]

---

327 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina..., cit*. La Corte Interamericana, siguiendo sus precedentes, enfatizó que son inadmisibles las disposiciones sobre prescripción o de cualquier otro obstáculo de derecho interno (párr. 116) mediante los cuales se pretenda impedir la investigación (arts. 1.1, 2 y 25 del Pacto de Costa Rica). Ninguna disposición de la legislación doméstica puede impedir el cumplimiento de las obligaciones del Estado en cuanto a investigar y sancionar a los responsables (párr. 117) ni obstaculizar decisiones de órganos internacionales (párr. 119) se ha configurado, añadió, un caso de impunidad, por lo que el Estado debe concluir la investigación e informar sobre sus avances (párr. 191).

328 CSJN, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción*, E.224 39 de 23 de diciembre de 2004.

329 Pese a las disidencias antes señaladas, todos los integrantes de la Corte nacional argentina (con algunas variantes argumentales) han acatado el pronunciamiento aludido partiendo de la base de que ella como parte del Estado debe cumplir los fallos de la Corte Interamericana, aunque —en este caso— tal actitud perjudique el derecho de defensa en el derecho interno, que tiene raigambre constitucional. En este aspecto, el doctor Fayt puso de relieve que, si bien es cierto que hay que acatar el fallo del aludido cuerpo regional (Fallos 321:3555), ello no significa que haya que restringir los derechos procesales de los individuos, la competencia de la Corte Interamericana —añadió— se refiere exclusivamente a la responsabilidad del Estado y no a la de los individuos.

Empero —vale la pena señalarlo—, en el ámbito doméstico no se concluyó todavía la nueva investigación ni se modificaron en su totalidad las normas domésticas implicadas, como lo había ordenado la Corte IDH.

En *Espósito* (*Bulacio*) observamos un avance en la jurisprudencia interna.[330] En efecto, el más Alto Tribunal del país sostuvo, sin eufemismos, por mayoría, que "[...] la decisión de la Corte IDH [...] *resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino* (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional [...]"[331] (párr. 6).[332] (Cursivas añadidas)

*e) Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 27 de noviembre de 2007.

Los hechos motivo de estas actuaciones ocurrieron en la ciudad de Mendoza, Argentina, el 28 de abril de 1990. En esa fecha se produjo la desaparición forzada de los señores Raúl Ga-

330 Véanse los casos *Laríz Irondo* y *Arancibia Clavel, sus similitudes y diferencias con respecto a delitos de lesa humanidad,* en Gelli, María Angélica, "El terrorismo y el desarrollo progresivo de un delito internacional", *La Ley*, Buenos Aires, 20 de septiembre de 2005.

331 CSJN, Fallos: 321:3555.

332 La Corte IDH consideró que —como expresamos—, Argentina había violado las normas domésticas e internacionales sobre la base del incumplimiento del derecho a la verdad y dispuso que Espósito continuara encausado. El pleito lleva más de 20 años de tramitación. Hubo una solución amistosa en 2003, y el 17 de noviembre de 2004 la Corte IDH inició el *procedimiento de supervisión*. Dejó sentado allí que el Estado argentino había cumplido con gran parte de la sentencia interamericana, pero le requirió que adoptara las medidas que sean necesarias para dar efecto y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento, esto es, terminar la investigación, sancionar a los responsables y dictar las medidas legislativas que le habían sido requeridas. El 26 de noviembre de 2008 se llevó a cabo otra *supervisión de cumplimiento* donde se le requirió a Argentina que prosiguiera y concluyera la investigación y que garantizara que no se repitan los hechos como los del presente caso, adoptando las medidas de cualquier índole que sean pertinentes. Dejó en claro que continuará supervisando el cumplimiento de sentencias.

rrido y Adolfo Baigorria, previa detención por parte de la policía local.

El Estado nacional reconoció su responsabilidad ante la Corte IDH, *por un hecho originado en una provincia*.

Ese Tribunal condenó a la provincia a pagar una indemnización; a proceder a la identificación de los hijos extramatrimoniales del señor Raúl Baigorria; a investigar y sancionar a los autores y a reintegrar los gastos.

Dispuso, a la par, tomar nota del reconocimiento efectuado por Argentina acerca de los acontecimientos articulados en la demanda, como asimismo del reconocimiento de responsabilidad internacional, y concedió a las partes de un plazo de seis meses para arribar a un acuerdo sobre reparaciones.

El 27 de noviembre de 2007,[333] la Corte IDH efectuó una *supervisión de cumplimiento de sentencia*; tuvo en cuenta que, durante la audiencia celebrada el 23 de noviembre del mismo año, el Estado expresó su voluntad de acatamiento y, en consecuencia, consideró la alta utilidad de la audiencia celebrada para supervisar los puntos pendientes, en la cual ha quedado plasmada la buena voluntad y espíritu de cooperación de las partes:

> [...] en particular, valora [dijo] que los representantes del Estado, la Comisión y de uno de los familiares hayan expresado mediante un acta el propósito y compromiso común de que aquellos puntos sean acatados. Por ello, alienta a las autoridades estatales a concretar la reunión programada (*supra* Visto 15), queda a la espera de que las partes informen los resultados de la misma y, de ser posible, de un cronograma y programa de acción vinculados al cumplimiento de los puntos pendientes de la Sentencia de Reparaciones dictada en el presente caso.[334]

---

333 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina..., cit*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 27 de noviembre de 2007.

334 *Ibidem*, párr. 12. Finalmente, declaró que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión con respecto a la localización de los hijos extramatrimoniales de Raúl Baigorria y en lo atinente a la investigación de los hechos que condujeron a la desaparición de Garrido y de Baigorria, y la eventual sanción a los responsables. Dejó también aclarado que seguirá supervisando los puntos pendientes de cumplimiento.

*f) Caso Bueno Alves vs. Argentina.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 5 de julio de 2011.

Responde a hechos acontecidos en 1988. Se reconoció responsabilidad en el caso, pero se litigó en materia de reparaciones pecuniarias. La Corte IDH dictó sentencia el 11 de mayo de 2007. El reclamante —de nacionalidad uruguaya— fue detenido y torturado por la Policía Federal. Con el allanamiento del Estado argentino las cosas se facilitaron, ya que solo resta fijar la indemnización compensatoria e investigar los hechos denunciados.[335]

Cabe hacer notar que otro de los querellantes y damnificados por el mismo asunto fue Carlos A. Pérez Galindo, el abogado de Bueno Alves que también resultó preso en dicho operativo.

Con base en lo ordenado por el Tribunal regional (investigar), la Corte Suprema argentina, el 29 de noviembre de 2011, dictó sentencia disponiendo —por mayoría— dejar sin efecto la prescripción que favorecía al imputado (CSJN, causa Rene Jesús Derecho, sentencia de 29 de noviembre de 2011).

Todo ello en cumplimiento a lo dispuesto por la Corte IDH, habida cuenta de que, según el máximo cuerpo judicial del país, los fallos del Tribunal del Pacto de San José son obligatorios para el ámbito doméstico.

## 11.4. Conclusiones

### *11.4.1. Recepción de las sentencias de la Corte IDH en el ámbito interno*

Por lo que hace a la naturaleza de las sentencias de la Corte, digamos que *son obligatorias* (art. 68.1 CADH) y que los Estados están compelidos a cumplirlas en todo caso del que sean parte. En la hipótesis de que el fallo disponga una indemnización compensatoria, el mismo puede hacerse efectivo por las vías

[335] Véase Bazán, Víctor, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas líneas jurisprudenciales salientes en materia de derechos fundamentales", *La Ley*, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, 29 de marzo de 2012, p. 23.

adjetivas domésticas atinentes a la ejecución de las sentencias contra el Estado (arts. 62.1 y 68.2 CADH) (véase apdos. 10.1.1 y 10.1.2).

El artículo 65 de la CADH dispone que la Corte IDH debe someter a consideración de la Asamblea General de la OEA asuntos en los que los Estados desoigan sus fallos. Pese a ello —como vimos—, los países no han acatado a pie juntillas todos los pronunciamientos de ese Tribunal. Empero, lo cierto es que progresivamente se ha adelantado mucho en este sentido y los decisorios de ese cuerpo regional tienen cada vez más peso.

El mal ejemplo es Venezuela, que se ha negado a aceptar la jurisdicción de la Corte regional. En 2011, ese país ha sido condenado en el asunto *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*;[336] mas la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lamentablemente lo ha declarado *inejecutable*.[337]

La OEA deberá tomar medidas para que estas cosas no sucedan, ya que perjudican el modelo interamericano.

### *11.4.2. Mecanismos de recepción*

La problemática que surge de este subtítulo aparece con ribetes más complicados en los estados federales —en Argentina se habla de las autonomías provinciales—, habida cuenta de que la responsabilidad que emana de los artículos 1.1, 2 y 28 del Pacto de San José surge por vía de principio contra el Estado central, sin perjuicio de las medidas o conductas que lleven a cabo las provincias (véase apdo. 11.2.1).

Hemos visto que, de la interpretación que se infiere del nombrado artículo 28, si bien el mismo atribuye una responsabili-

336 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela...*, *cit*.

337 Con fecha 17 de octubre de 2011. Véase Hitters, Juan Carlos, "Los efectos en el derecho interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Corzo Sosa, Edgar; Carmona Tinoco, Jorge y Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 315.

dad primaria para el Estado nacional, las provincias no pueden desligarse, ni la nación valerse del referido precepto para disminuir la suya, ya que todo el país, sin distinción de competencias, se encuentra obligado a asegurar la plena vigencia de los derechos humanos que surgen de las convenciones aprobadas y del *ius cogens*.

La República Argentina no ha instrumentado, hasta el presente, una vía de recepción de las sentencias de la Corte IDH ni reglas expresas para que las provincias se incorporen de manera efectiva a este modelo de diálogo entre la jurisdicción nacional y la local, aunque se está trabajando en este sentido.

Como anticipamos, en el país actúan de consuno y con mucha eficiencia dos organismos: el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Cancillería. En la práctica, cuando advierten la existencia de una infracción que les compete, se propicia generalmente un espacio de "acuerdo" con los reclamantes. La modalidad de recepción es lisa y llana, pues los fallos de la Corte no se consideran extranjeros y, por ende, no necesitan ningún tipo de homologación ni *exequatur*. La Embajada argentina en Costa Rica envía los fallos a dichos órganos del poder ejecutivo nacional, quienes lo canalizaban o a cualquiera de los tres poderes que debe cumplir el fallo interamericano.

En este orden de ideas, si el poder ejecutivo detecta una eventual violación, propone, generalmente, un reconocimiento de responsabilidad internacional y el diálogo con los peticionarios. En tal marco de referencia, se propicia, en las hipótesis que corresponda, una solución amistosa ante la CIDH o ante la Corte IDH.

### *11.4.3. Ejecución y cumplimiento*

En Argentina —tal cual lo adelantamos— no existen normas constitucionales que regulen la forma de recepción de las sentencias de la Corte IDH, por lo que podríamos hablar de que estamos ante el esquema de recepción "lisa y llana". Además, la jurisprudencia, sobre todo de la SCJN, ha sostenido que las decisiones de ese órgano supranacional son obligatorias para el caso concreto

en el campo doméstico. El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (reformada en 1994) le da a la CADH y a otros documentos internacionales que enumera jerarquía constitucional.

#### *11.4.4. Supervisión del cumplimiento de las sentencias efectuado por la Corte IDH*

Puntualizamos que dicho Tribunal regional no solo condena a los Estados cuando infringen los tratados internacionales o el *ius cogens*, o la jurisprudencia de la propia Corte IDH, sino que, en los últimos años, viene ejerciendo una importantísima labor convirtiéndose en una especie de "juez de ejecución de sus fallos", controlando a pie juntillas que los países acaten sus decisorios.

El artículo 69 de su nuevo reglamento señala que ese trámite se debe realizar mediante informes, observaciones de la CIDH, como estatales, y consideraciones de las víctimas. Esto significa que tal normativa ha regulado expresamente el modo de ejecución de los pronunciamientos del Tribunal aludido, aunque desde antiguo —a partir del caso *Baena vs. Panamá*— lo había puesto en práctica, sosteniendo que se trata de una etapa posadjudicativa que no estaba prevista con anterioridad. El fundamento que se utilizó para esos fines, en el asunto de marras, fue *que la jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia y no solo se limita a declarar el derecho, sino que también le corresponde la supervisión del cumplimiento de lo juzgado*.

### 11.5. División de poderes y federalismo. El Estado federal

#### *11.5.1. Generalidades*

Del artículo 28 del Pacto de San José se infiere que, cuando se trate de un *Estado federal*, *el Gobierno nacional debe cumplir todas las disposiciones pertinentes con respecto a cualquiera de sus tres poderes* (véase apdos. 11.2 y 12).

Argentina le ha dado preferencia a la herramienta del reconocimiento de responsabilidad internacional, el diálogo con el

peticionario y la instrumentación de políticas públicas como métodos de no repetición en casos futuros.

En este contexto, la solución amistosa ha sido propiciada y, en particular, en numerosas oportunidades, en la inteligencia de que este modelo constituye la herramienta más idónea para promover y fortalecer el sistema de protección internacional de los derechos humanos.

En varios de casos, el Estado ha propuesto la constitución de una mesa de diálogo con las víctimas, con el objetivo de explorar la posibilidad de arribar a un acuerdo de solución amistosa.

Para el afectado, la obtención de un pronunciamiento de responsabilidad estatal plasmado en un acuerdo de solución amistosa demanda un tiempo sensiblemente menor que si el caso llegase a conocimiento de la Corte IDH.

La utilización de esta vía releva a la víctima de tener que alegar nuevamente y demostrar que han sido violentados sus derechos o los de sus deudos ante la Corte IDH. También es útil para el Estado, pues a través de esta herramienta cumple con el objetivo de sujetar y, en su caso, adecuar su conducta a los principios y normas consagradas por el ordenamiento jurídico, además de ser una alternativa eficiente en el desarrollo de sus políticas públicas de derechos humanos.

De la interpretación armónica de los artículos 1.1, 2 y 28 de la CADH surge sin hesitación que cualquiera de las provincias o la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los estados federales (véase apdo. 11.2) están sometidas al sistema del Pacto, y todo incumplimiento por parte de ellos implica responsabilidad del Estado federal.

Desde este punto de vista, es necesario —como vimos— deslindar cuál es la situación de los estados provinciales en la hipótesis de falta de acatamiento. No olvidemos que, como expresa Bidart Campos, estos no tienen responsabilidad jurídica internacional propiamente dicha y, por ende, no forman parte del Tratado, lo que no significa que queden exentos de las eventuales consecuencias por ausencia de acatamiento.

Como refiere Dulitzky,[338]

> [...] aun cuando el gobierno central no adopte las medidas necesarias para que sus unidades componentes puedan dar efectividad al tratado, las entidades federales no por ello están eximidas de cumplir con la Convención. Tampoco las entidades federales quedan desligadas de toda obligación de cumplir con la Convención bajo el argumento que el gobierno central es el responsable internacional [...]. En sentido concordante, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha indicado que el sistema de gobierno federal entraña la responsabilidad de las provincias en la observancia de muchos de los derechos previstos en el Tratado, que puede requerir la adopción de disposiciones normativas y medidas tomadas en el plano provincial para asegurar la observancia de los derechos enunciados. Por eso, el artículo 28 debe entenderse como extendiendo las obligaciones que resultan de la Convención Americana a cada unidad componente de la Federación.[339]

En Argentina, repetimos, de los artículos 5 y 31 de la carta magna nacional se infiere que cada provincia puede dictar su propia Constitución, bajo el sistema representativo, republicano y federal (art. 5), sin perjuicio de advertir, en su artículo 128, que los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para el cumplimiento de la Constitución y las leyes de la nación.

Enfocados en nuestra problemática, podría concebirse que el incumplimiento reiterado de una provincia de la sentencia de la Corte IDH y/o de los tratados internacionales pertinentes podría generar la posibilidad, en situaciones de extrema gravedad, de la intervención federal (art. 6 Constitución Nacional), en la medida en que, de ese modo, se violen al extremo los principios, declaraciones y garantías de la carta magna federal (art. 5).

En concordancia con el artículo 28 del Pacto, la CSJN viene sosteniendo que la falta de acatamiento de los convenios internacionales implica una "cuestión federal" y que los damnificados

[338] Dulitzky, Ariel, "Federalismo y derechos humanos...", *cit.,* p. 217.

[339] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Argentina 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG, *cit*. en *idem*.

pueden solucionar sus agravios ante ese órgano, a través del recurso extraordinario federal, que desde antiguo regula el artículo 14 de la ley 48.

### *11.5.2. Experiencias argentinas*

El asunto *Verbitsky* (CSJN, *Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus*, sentencia de 3 de mayo de 2005, V.856.XXX-VIII) es un caso paradigmático que podemos citar para demostrar el deslinde de competencias que ha hecho la CSJN, infiriéndose del mismo que la legislación provincial podría ser inconstitucional en la medida en que sea incompatible con una norma internacional. Allí se ordenó a la Provincia de Buenos Aires que adecuara su legislación y su práctica —en materia carcelaria— a los estándares internacionales. Se dijo, a la par, que el Gobierno central es responsable primario de asegurar que se acaten las directivas que nacen de los tratados internacionales, y que las provincias deben cumplirlos, como asimismo la nación no puede eximirse de las consecuencias internacionales aduciendo responsabilidad de las entidades provinciales.

Como vimos, el país ha sido condenado por incumplimiento de las sentencias del Tribunal regional en los casos *Bayarri, Kimel, Cantos, Bulacio, Garrido* y *Baigorria y otros*, en los que la Corte IDH continúa interviniendo para que sus pronunciamientos sean acatados. Por ejemplo, en *Bulacio* dispuso, en su sentencia condenatoria, que se investigue y se sancione a los responsables del asesinato ya comentado.

La Corte federal, en el ámbito de su competencia, ha impulsado el acatamiento de los fallos de la Corte IDH y, en ese sentido, los órganos inferiores de la justicia revirtieron algunos decisorios, por ejemplo, el que declaraba la prescripción de la acción penal, a fin de que "se llegue a la verdad" (derecho a la verdad), como lo había indicado el Tribunal supranacional.[340]

[340] Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina...*, *cit*.

## 12. Obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH

### 12.1. Valor vinculante en el caso concreto

Destacamos antes[341] que las sentencias de la Corte IDH deben ser acatadas —en el derecho interno— por los tres poderes del Estado.[342]

Dicho Tribunal, sobre la base de lo dispuesto por los artículos 62.3 y 68.1 del Pacto de Costa Rica, ha expresado que "sus fallos" son —en el caso concreto— de cumplimiento obligatorio. Los países del Sistema Interamericano —salvo algunas excepciones, como Perú,[343] que finalmente luego aceptó una condena, y Venezuela, que se retiró de la Corte IDH—[344] han sido casi siempre

[341] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *op. cit.*, t. II, vol. 1, pp. 277 a 281. Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión...", *cit*., p. 1169.

[342] Algunos autores prefieren no usar la terminología "obligatoriedad del precedente y de grado de vinculación vertical" proponiendo utilizar la fraseología "diálogo jurisdiccional". Oteiza, Eduardo, "Efectos de la doctrina sobre el control de convencionalidad de acuerdo con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia argentina", *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, núm. 2012-III, Fascículo 13, p. 89.

[343] Véase, Hitters, Juan Carlos, "Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso de Perú)", *La Ley*, Buenos Aires, 1999-F, p. 893.

[344] Vale recordar que el 6 de septiembre de 2012 se presentó ante la Secretaría General de la OEA la solicitud de Venezuela —firmada por el entonces canciller Nicolás Maduro Moros— de denuncia (retiro) a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Fundamentó su decisión en que ese país había recibido varias medidas cautelares y decisorios injustos en su contra por parte de la Corte IDH, y algunos casos de la CIDH que violarían la soberanía de ese país, sobre todo emitiendo medidas de seguridad sin agotar —dicen— los recursos internos. El art. 78 de la Convención autoriza esa situación, si el retiro se impetra mediante un preaviso de un año. La denuncia no tiene efectos de desligar al Estado parte de las obligaciones incumplidas hasta la fecha en la cual la denuncia produce efecto (art. 78.2). El plazo de un año venció, en este caso, el 6 de septiembre de 2013.
Este apartamiento de la Convención solo es válido con respecto a la Corte Interamericana, ya que no es posible retirarse de la CIDH, por formar parte este órgano de la Carta de la OEA. Esto significa que este organismo puede

respetuosos de los pronunciamientos regionales no solo en cuanto a la reparación económica, sino también cuando ordenan al poder público llevar a cabo ciertas conductas reparatorias, tanto de hacer como de no hacer, ello sin perjuicio de las supervisiones que el Tribunal regional continúa haciendo en algunos casos (véase apdo. 11.1).

### 12.2. Efectos *erga omnes* de las sentencias

#### *12.2.1. Pautas generales de la Corte IDH*

Desde 2001, la Corte IDH, refiriéndose al derecho interno peruano y a partir de los casos *Barrios Altos*, *El Tribunal Constitucional de Perú* y especialmente en *La Cantuta,* entre otros,[345] había parado mientes en señalar ciertos efectos *erga omnes* de sus fallos no solo para el asunto concreto, sino para todo el derecho interno de ese país, aun fuera del caso juzgado.[346]

En los últimos tiempos,[347] el Tribunal regional reiteró conceptos expresados con anterioridad señalando que "la obligación

---

dictar medidas y resoluciones respecto de Venezuela luego de producirse su retiro. Esta postura vino como consecuencia —entre otros motivos— de un movimiento producido por varios países, por ejemplo: Bolivia, Ecuador, Venezuela, Colombia y El Salvador, que se quejaron por la dureza de las medidas cautelares dictadas en su contra por la CIDH. Ello generó la creación de un Grupo de Trabajo y Reflexión por el Consejo Permanente de la OEA en 2011, que luego de varias reuniones culminó con un Informe, el 22 de marzo de 2013 —AG/Res. 1 (XLIV-E/13)—. Una de las consecuencias de todo ese proceso fue la modificación del reglamento de la Comisión, el 13 de mayo de 2013, por lo que a partir de allí podemos hablar de un nuevo reglamento.

345 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú...*, *cit*.; *Caso La Cantuta vs. Perú...*, *cit*., *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá...*, *cit*., y *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71.

346 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú...*, *cit*.; *Caso La Cantuta vs. Perú...*, *cit*., y *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú...*, *cit*.

347 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 31 de marzo de 2014, considerandos, párr. 3.

de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe *(pacta sunt servanda)*".[348]

En efecto, la Corte IDH, en el caso *La Cantuta,* había expresado que

> [...] De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el *caso Barrios Altos* está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia.[349]

Por ende, vale la pena repetir que tanto en *Barrios Altos* como en los casos *Tribunal Constitucional de Perú* y *La Cantuta*, la Corte IDH se comportó como un tribunal constitucional, anulando —indirectamente— las leyes de amnistía, con efectos *erga omnes.*[350]

Obsérvese cómo dicho cuerpo interamericano había "amplificado" notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo, a partir de *Barrios Altos* y *La Cantuta,* que la vinculatoriedad de

---

348 Véase Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 26 de noviembre de 2013, considerando tercero; *Caso Castillo Petruzi y otros vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999, considerando cuarto; y OC-14/94. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 9 de diciembre de 1994. Serie A, núm. 14, párr. 3.

349 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú...*, *cit*., párr. 186, citando el *caso Barrios Altos vs. Perú...*, *cit*. Dichas pautas fueron aplicadas por la CSJN en varios casos, entre los que podemos citar: *Hagelin, Ragner...*, *cit*., voto del doctor Fayt, párr. 7 y voto del doctor Boggiano, párr. 4.

350 Repárese en la similitud que tienen dichos precedentes con lo actuado, por ejemplo, por la CSJN en el aludido caso *Simón*.

sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutiva (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia) a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

Ya dijimos que las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para el caso concreto y, en algunas circunstancias, producen efectos para los demás asuntos de la misma esencia (como en Perú).

La duda aparece cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de "doctrina legal" para todos los casos similares, en cualquiera de los Estados signatarios del Pacto de San José.

En este orden de ideas, resulta preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el artículo 31.1 de la Convención de Viena dispone que, si un Estado firma un tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mayores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (arts. 1.1 y 2 CADH).

Empero, lo cierto es que —como vimos— *ninguna norma del Pacto de Costa Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos, a los decisorios de la Corte IDH; salvo —reiteramos— para el caso concreto* (arts. 62 y 68 del Pacto de San José).

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Corte Interamericana.

### *12.2.2. El caso* Gelman vs. Uruguay. *Ejecución de sentencia y los efectos expansivos de los fallos de la Corte IDH*

Más recientemente, en el multicitado caso *Gelman vs. Uruguay,*[351] la Corte IDH, tomando en cuenta un antecedente del Tribunal de Estrasburgo, remarcó

[351] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay...*, *cit*.

> [...] que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención *erga omnes* (a todas las otras partes). Esto significa que los Estados Parte no solo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también *deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales*".[352] (Cursivas añadidas)

En el pronunciamiento sobre supervisión aludido (de 20 de marzo de 2013), el cuerpo jurisdiccional con asiento en Costa Rica reiteró —algo ya indiscutido— *el carácter vinculante de sus sentencias en el caso concreto,*[353] sosteniendo que

> [...] La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.[354]

Ratificó entonces —y en esto fue muy claro— que el decisorio emitido por ella en un asunto particular es totalmente vinculante para el Estado condenado.[355]

---

352 *Ibidem,* Supervisión..., *cit*. n. 49. Al respecto véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000, "Execution of judgments of the European Court of Human Rights", *http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN*

353 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Supervisión..., *cit.,* párrs. 65-58.

354 *Ibidem,* párr. 59.

355 *Ibidem,* párr. 69.

Pero luego aclara que "[...] es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional".[356]

Diversa es la circunstancia —añade el fallo— cuando el Estado *no ha sido parte* en el proceso internacional donde se fijó la jurisprudencia. En tal hipótesis, por el solo hecho de ser parte en la Convención, la conducta de sus autoridades públicas y de la totalidad de sus órganos, incluidos las instancias democráticas, están obligadas por el Tratado, *debiéndose acatar el mismo y considerar los precedentes y lineamientos judiciales del Tribunal interamericano*.

En el asunto que venimos comentando, el voto razonado[357] del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor explica con toda claridad la

[356] "En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente", *Ibidem*, párr. 67.

[357] Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor a la resolución de la Corte IDH, de 20 de marzo de 2013, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia.

cuestión atinente a los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte, y reitera lo dicho por sus colegas añadiendo —con profundidad— sus propias argumentaciones.

*Alude a la eficacia objetiva de la sentencia interamericana "como norma convencional interpretada" con una vinculación indirecta* erga omnes, *como estándar interpretativo mínimo de la efectividad de la norma convencional,*[358] siguiendo en parte algunos basamentos del expresidente del Tribunal, *Antônio* Augusto *Cançado Trindade, para referirse al efecto de los fallos de la Corte en asuntos en los que el Estado no fue parte del pleito.*

*Pone de relieve la proyección de la eficacia hermenéutica* erga omnes *que tiene la sentencia con respecto a todos los países que se han adherido al Sistema Interamericano. Ello significa —dice— que la totalidad de las autoridades domésticas deben aplicar no solo el principio convencional —que surge del Tratado—, sino la norma convencional interpretada* (res intrepretata).[359] *Esto es —valga la redundancia—, la interpretación que de la misma ha hecho el órgano jurisdiccional interamericano (art. 62.1 CADH) que resulta atrapante (arts. 1.1 y 2 CADH).*

*Además, el citado sufragio habla de la efectividad mínima como piso de marcha del modelo, ya que del artículo 29 del Pacto de San José señala que, si en el ámbito interno surge una protección mayor (es decir, más eficaz), debe ponerse en juego el esquema local y no el internacional.*[360]

---

358 *Ibidem,* párrs. 42 y 43.

359 *Ibidem,* párr. 43.

360 Para ello no debe omitirse que "El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional derivado del artículo 2º de la Convención Americana de 'adoptar disposiciones de derecho interno' sean 'medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos' los derechos y libertades. Esto ha motivado una jurisprudencia interamericana amplia sobre diversas temáticas; por ejemplo, pueblos indígenas o tribales, libertad de expresión y acceso a la información, derecho del inculpado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal, pena de muerte, fuero militar, derecho laboral, estabilidad e inamovilidad de jueces, y sobre leyes de amnistía. En esta última línea jurisprudencial sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistías, como sucedió en la Sentencia del *Caso Gelman*, expresamente se

*Queda claro entonces que los decisorios de la Corte Interamericana producen efectos: 1) no solo para el país condenado —vinculación directa, inter partes—, 2) sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional (vinculación relativa* erga omnes*), pero solo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo; salvo que no exista —ya lo dijimos— una hermenéutica local más favorable al ser humano,*[361] *en cuya hipótesis vale la más ventajosa (art. 29 CADH).*

En suma, según este elevado criterio —que compartimos—, las sentencias del Tribunal interamericano producen dos tipos de consecuencias, a saber: una de *vinculación directa* —y obligatoria— para el país condenado (arts. 62 y 68 CADH), y otra de *vinculación relativa —erga omnes—* para todos los países miembros del modelo, *que no participaron del proceso*.

Es por ello que "la norma interpretada" en la decisión no puede ser controvertida en el ámbito doméstico, ya que, de serlo, tolera el control de convencionalidad secundario (subsidiario)[362] por vía de la Corte IDH, que debe calificarla como "inaplicable", es decir, "inconvencional".[363]

Hemos traído a colación el caso *Gelman vs Uruguay*[364] y, en particular, el decisorio de la Corte IDH en la supervisión de cumplimiento del mismo,[365] pues entendemos —como en otro trabajo

concluye en el Resolutivo 6 que 'El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana' y específicamente dentro de la motivación, se expresa: 'En particular, debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados, ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas'". *Ibidem,* párr. 46.

361 *Ibidem,* párrs. 34, 42, 69 y 70.

362 *Ibidem,* párrs. 67-71.

363 *Ibidem,* párr. 67.

364 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*..., *cit*.

365 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia..., *cit*.

hemos expresado—,[366] que en este último, dicho Tribunal regional ha dado un paso adelante al sostener, sin requilorios, que sus sentencias no solo son forzosas en el caso concreto (vinculación directa *inter partes*), sino que también producen efectos vinculantes *para todos los Estados signatarios de la CADH*, en lo que respecta a la interpretación que ese órgano efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta *erga omnes*).

Puede reiterarse finalmente que la doctrina legal (o judicial) —no la sentencia— de ese cuerpo jurisdiccional es obligatoria (vinculante) para el conjunto de los países del sistema[367] en cuanto a la hermenéutica que él hace de las normas regionales interpretadas (*res interpretata*).[368] En forma similar opinan Sergio García Ramírez y Claudio Zanghi.[369]

---

366 Hitters, Juan Carlos, "Un avance en el control de convencionalidad...", *cit*.

367 Empero, no debe pasarnos inadvertido que algunos autores sostienen que la doctrina de la obligatoriedad absoluta de los fallos de la Corte IDH afecta la legitimidad democrática reconocida por la propia Convención en el artículo 23 del Pacto de San José. *Cfr.* Vítolo, Alfredo M., *op. cit.*, pp. 365 y 374. De todos modos, se le puede replicar a dicho doctrinante que, si Argentina se ha adherido a los pactos internacionales sobre derechos humanos, ha cedido parte de su soberanía en beneficio del sistema y de los órganos de la Convención, que no son "extranjeros", sino que forman parte del modelo que hemos aceptado convencionalmente. Además, no debe perderse de vista que, cuando hablamos de obligatoriedad, siempre lo hacemos con base en el principio *pro homine*. Y, por último, digamos que el poder judicial es un órgano tan democrático como el poder legislativo. Véase Cappelletti, Mauro, "El 'formidable problema' del control judicial...", *cit*., pp. 61-104.

368 Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Caso Gelman vs. Uruguay...*, *cit*., párrs. 67, 69 y 72.

369 Los citados autores señalan que "por otro lado no es posible ignorar que el Tribunal generalmente interpreta una o más normas del Convenio y sus Protocolos para resolver el caso concreto que le fue sometido, y desarrolla entonces una actividad interpretativa que viene consagrada en el texto de la sentencia. Es verdad que la sentencias obliga solamente a los Estados parte del procedimiento, como ya se mencionó, pero no puede ignorarse el valor de la interpretación de la norma convencional, lo que, a menudo, llega más allá del caso concretamente examinado. En tal situación, es manifiesta la eficacia de *res interpretata* de las sentencias del Tribunal. Así, en numerosos casos, la evaluación efectuada por el Tribunal sobre la forma de entender una norma convencional, a partir de una hipótesis concreta que aparentemente involucra a un solo Estado parte, en realidad repercute sobre otros muchos Estados, dada la identidad o la similitud de situaciones, y aunque esa reper-

Sobre el particular, el profesor Ovalle Favella aduce que "es evidente que la interpretación contenida en cada fallo constituye jurisprudencia obligatoria para los Estados miembros".[370]

Bajo esta óptica, la CSJN,[371] siguiendo a la Procuración General, sostuvo que "[...] corresponde que en el ejercicio del 'control de convencionalidad' la justicia argentina adecue sus fallos a los expresos términos de la sentencia de la Corte Interamericana que, *más allá del caso específico en que fue dictada*, ha compelido al Estado a adoptar diversas disposiciones del derecho interno [...]", de conformidad con el artículo 2 de la CADH.[372] (Cursivas añadidas)

---

cusión pueda no resultar manifiesta en el plano de la inmediatez jurídica sino en el de la oportunidad política", García Ramírez, Sergio y Bangui, Claudio, "Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias", en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 423-491.

370 Ovalle Favela, José, "La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, IIJ-UNAM, Nueva Serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 595-563.

371 CSJN, *A,D.D. s/ Homicidio agravado*, A. 1008. XLVII. 5 de agosto de 2014, *Cfr.* Dictamen Procuración General S.C.A. 1008 LXLVII *A.D.D. p/ homicidio agravado*, de 4 de septiembre de 2013.

372 Se trató de un caso donde se condenó a prisión perpetua a menores en la provincia de Mendoza, criterio que fue revertido en el ámbito interamericano con intervención de la CIDH, y que fuera ratificado por la CSJN en el asunto citado en la nota anterior. Sobre la condena a perpetua de menores, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado argentino siguiendo en lo sustancial las Conclusiones del Informe 172/10 de la CIDH sobre cuya base se articuló el recurso de revisión que, rechazado, dio lugar al *caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2003. Serie C, núm. 260. En el aquí analizado *A.D.D.*, el Dictamen de la Procuración General sostuvo que, aun cuando la situación de ADD no haya sido tratado por la Corte Interamericana, *corresponde aplicarle los amplios efectos de sus fallos en cuanto exceden el caso puntual e imponen al país la necesidad de adoptar disposiciones del derecho interno*. Se advierte aquí con toda claridad que el más alto Tribunal de Justicia argentino extendió la doctrina legal fijada en el *caso Mendoza* a *A.D.D.* por tratarse de cuestiones similares o idénticas. Ese cuerpo, el 5 de agosto de 2014, en el citado caso *A.D.D.* —por mayoría— hizo suyo los términos de las Conclusiones del Dictamen de la señora procuradora general, "a los que corresponde remitirse en razón de brevedad", dijo.

## 13. Conclusiones: adelantos y retrocesos del control de convencionalidad

Hemos hecho un análisis del instituto del control de convencionalidad con el fin de llevar a cabo un balance de su estado actual buscando, de alguna manera, marcar los "adelantos" y también los "retrocesos" que se observan en la figura *sub examine*.

Sin lugar a dudas, este tipo de inspección se ha ido acomodando progresivamente desde los primeros fallos de la Corte Interamericana, hasta los más nuevos, donde, en general, se ha notado una evolución favorable.

Hemos dicho que el Tribunal interamericano hizo en los primeros tiempos este trabajo sin decirlo expresamente, pero comparando al fin las normas internacionales con las domésticas y juzgando sobre la prevalencia de aquellas. Empero, a partir de 2003, en los casos *Myrna Mack Chang*, *Almonacid Arellano* y *Trabajadores Cesados del Perú*, entre otros, comenzó a usar esta lexicografía de *control de convencionalidad*, que lentamente se fue ampliando poniendo como sujetos activos, primero a los jueces, luego al poder judicial y, en general, a los órganos vinculados a la administración de justicia, para finalmente extenderlo a los otros dos poderes del Estado. Además, el cotejo de convencionalidad no solo lo hizo con respecto al Pacto de San José, sino también a la totalidad del *corpus iuris interamericano*.

También importa poner de relieve como hito trascendente que, con el tiempo, la Corte ha ido desarrollando "criterios" o "estándares" que conforman una especie de doctrina legal que debe ser tomada en cuenta por los Estados.

Otro de los adelantos ha sido la posibilidad de decretar la inconstitucionalidad de oficio y en abstracto, homogeneizando, de este modo, el control heterónomo que lleva a cabo.

No debemos olvidar —en paralelo— que en los últimos 30 años las constituciones de los distintos países —entre ellos Argentina— han comenzado a *positivar* los postulados de interpretación básicos de los derechos humanos, por ejemplo, el principio de progresividad, de interpretación conforme y el postulado

*pro homine,* entre otros; criterios estos que fueron recibidos con beneplácito por la Corte Interamericana.

Hemos visto cómo se fue modulando el campo de la interpretación conforme, para compatibilizar los dispositivos de las cartas magnas locales con el derecho supranacional, tratando de evitar, en lo posible, el desperdicio de un precepto local que puede ser útil si es correctamente interpretado.

Otro de los progresos que marcamos en este trabajo ha sido el de la consolidación de un cierto "margen de apreciación nacional" que los tribunales internacionales le otorgan a los órganos domésticos —como una suerte de "deferencia" hacia las autoridades nacionales—, cuyo origen puede marcarse en el derecho europeo. La Corte Interamericana, si bien siempre se ha expresado a favor de mantener una doctrina legal coherente con respecto a los países, en algunos casos ha permitido que estos regulen y decidan ciertas cuestiones, como en el *caso Castañeda Gutman* de México, donde aceptó que la dirección del Gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva del Estado.

El Tribunal regional remarcó en los últimos años la importancia del control "primario" de convencionalidad, como pilastra fundamental de todo el sistema, partiendo del postulado de que el "secundario" —hecho por ella— debe atenerse al modelo de la subsidiariedad, criterio que fue consolidado en el caso *Brewer Carías* ya analizado, donde se requirió por mayoría el agotamiento de los recursos internos, rechazando la demanda por incumplimiento de este criterio. Empero no será baladí repetir que allí existió un voto disidente de los jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura Robles, quienes consideraron que en esta causa particular la Corte debió entrar al fondo de la cuestión sin retrogradar el proceso. Ello constituyó —dicen— un claro retroceso en la jurisprudencia de la Corte, con infracción al derecho al acceso a la justicia.

También podríamos destacar como un avance el concepto esgrimido por la Corte en el sentido de que no solo el poder judicial, sino también el legislativo y el ejecutivo deben cumplir un balance entre el derecho interno y el derecho internacional, dentro de sus ámbitos competenciales, haciendo valer la regla su-

pranacional (*Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento). Esta pauta hermenéutica vale para cualquier persona que tenga a su cargo aplicar una norma jurídica (*Liakat Ali Alibux*).

La Corte ha "felicitado" en alguna oportunidad a los países por resolver correctamente los asuntos y aplicar válidamente el control de convencionalidad.

Por ejemplo, en 2013 destacó la actitud de México por la actuación en el caso *García Cruz*, considerando que existió un pronunciamiento judicial sobre el ejercicio del control de convencionalidad por los jueces y tribunales nacionales.[373]

El expresidente de México, Enrique Peña Nieto, el 25 de junio de 2014, en palabras pronunciadas durante la presentación del Programa Nacional de Derechos Humanos, expresó su satisfacción por la actuación de su país en el campo de la protección y promoción de los derechos humanos.[374]

Digamos que los fallos de la Corte IDH son *obligatorios* para los Estados que han sido parte en el caso (arts. 62 y 68 CADH). En cambio —como vimos—, no surge del Pacto de San José ni de la doctrina legal de la Corte Interamericana que posean efecto expansivo *erga omnes* para todos los demás Estados que resultaron ajenos a determinado pleito. Pero el Tribunal regional

373 Corte IDH. *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México...*, *cit*., párr. 91. Dijo textualmente: "[...] La Corte valora positivamente la actuación de las autoridades judiciales al resolver en el 2013 la acción de amparo interpuesta por las víctimas [...], pero a su vez deja constancia de que transcurrieron aproximadamente 15 años y diez meses desde las violaciones a los derechos humanos de los señores García Cruz y Sánchez Silvestre para que un tribunal interno efectuara el control requerido y protegiera los derechos de las víctimas [...]".

374 En el caso señaló que se había dictado la nueva ley general de amparo que incluye innovadores mecanismos de defensa y protección de los derechos humanos. Añadió que se ha dado cumplimiento a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana y se decidió retirar las reservas a artículos de cinco tratados internacionales. Dejó en claro —a la par— la expansión de los derechos humanos en la Constitución a partir de 2011, tanto de fuente nacional como internacional. También consideró "el avance jurídico, junto al control de convencionalidad que debe realizar todo juzgador nacional, lo que representa una significativa evolución legal para el país; en ella, el Poder Judicial Federal ha desempeñado un papel fundamental. Sin embargo México requiere seguir avanzando en esa materia".

ha expresado que en estas situaciones debe tenerse en cuenta el postulado de la buena fe, impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, que determina que si un Estado firma un tratado, en especial en el campo de los derechos humanos, tiene la obligación de realizar su mayor esfuerzo para aplicar los decisorios de los órganos supranacionales correspondientes.

No obstante, vale la pena recordar que, como se infiere de la supervisión del caso *Gelman vs. Uruguay*, la doctrina legal *es obligatoria* (*vinculante*) para el conjunto de los países que forman parte del sistema, *en cuanto a la hermenéutica que hace la Corte regional de las normas regionales interpretadas* (*res interpretata*).

Debe quedar claro que, en estos casos, siempre que hablamos de obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH, lo hacemos bajo el postulado del principio *pro homine*, esto es, entendida en el sentido más favorable al ser humano (art. 29 del Pacto de San José).

Concluyendo, nos resulta necesario recalcar la ineludible capacitación que deben tener *todos* los operadores del modelo del derecho internacional de los derechos humanos, cada uno en sus diversas especialidades, a fines de *aplicar correctamente los tratados, fallos de la Corte Interamericana y el ius cogens,* evitando el dislate que significa que una errónea utilización interna del control de convencionalidad —por pasividad o exceso— implique un innecesario tratamiento posterior por la Comisión Interamericana o por el Tribunal regional.

La Corte IDH viene señalando esto desde antiguo. Ha reiterado dicho criterio en el asunto *Osorio Rivera*,[375] ordenando al Estado peruano efectuar "cursos de capacitación" y la producción de programas permanentes con respecto a los derechos humanos y en lo que tiene que ver con los derechos internacionales humanitarios, todo ello en las escuelas de formación de las Fuerzas Armadas, *incluyendo temas como la desaparición forzada de personas y el control de convencionalidad.*[376] Órdenes similares dio a

[375] Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 274.

[376] *Ibidem*, párr. 274.

varios países, entre ellos México, en el caso *Radilla Pacheco* ya comentado.

En el presente apartado hemos visto los hitos que progresivamente, con marchas y contramarchas, ha alcanzado el control de convencionalidad en los últimos años.

Marcamos recién lo que observamos como "adelantos"; no obstante, también debemos tener en cuenta ciertos "retrocesos" pendulares que se pueden observar, por ejemplo, la existencia de tantos procesos que llegan a la Corte Interamericana por haber sido resueltos erróneamente en el derecho interno. Ya dijo ese Tribunal que los países deben tener en cuenta la jurisprudencia que de él deriva y resolver de conformidad para evitar la dilación que produce en los pleitos superar las fronteras, en perjuicio de los seres humanos que reclaman derechos. Tales déficits se advierten, en paralelo, en la necesidad de que ese cuerpo judicial haya tenido que llevar a cabo *tantas supervisiones*.

Por último, importa poner de relieve que también deben considerarse como *retrocesos* el retiro de Perú de la Corte IDH, luego revertido, y de Venezuela.

## Bibliografía

Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

Albanese, Susana, "Nuevas demandas ante la Corte IDH contra Argentina", *JA,* Fascículo 12, 2011-III.

Angulo Jacobo, Luis Fernando, "El control difuso de convencionalidad en México", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal,* México, PJF-CJF, núm. 35, 2013.

Ayala Corao, Carlos, "La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Estados constitucionales", Universidad de Talca, año V, núm. 1.

Bazán, Víctor, "El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial", *La Ley*, Buenos Aires, Suplemento Actualidad, febrero de 2011.

Bazán, Víctor, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas líneas jurisprudenciales salientes en materia de derechos fundamentales", *La Ley*, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, 29 de marzo de 2012.

Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1989.

Cançado Trindade, *Antônio* y Albar, Germán, "Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", AA. VV., *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* San José, Cox Editores, 1998.

Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, UNAM, 1987.

Cappelletti, Mauro, "El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado", trad. de Faustino González, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, 1980.

Cappelletti, Mauro, "Acceso a la justicia", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXIII, núm. 41.

Cappelletti, Mauro, "Giustizia Costituzionale Soprannazionale", *Rivista Di Diritto Processual*, año XXXIII, t. II, 1978.

Carpizo, Enrique, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013.

Castilla Juárez, Karlos, "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, IIJ-UNAM, vol. XIII, 2013.

Díaz Crego, María, "Margen de apreciación nacional", *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales,* Universidad de Alcalá, Última actualización: 9 de mayo de 2011.

Dulitzky, Ariel, "Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2006, vol. VI.

Dulitzky, Ariel, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones", en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles, libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, EDIAR, 2003.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, Porrúa-UNAM, 2009.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2011.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad", en *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, t. III, 2010.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional,* Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales,* México, Fundap, 2012.

Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 2009.

García Lema, Alberto, "Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código", *La Ley*, Buenos Aires, 2014-C, 2 de junio de 2014.

García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, Puebla, México, vol. V, núm. 28, diciembre de 2011.

García Ramírez, Sergio, "La 'navegación americana' de los derechos humanos: hacia un *ius commune*", en Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.)*, Ius Constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-IIJ-UNAM, 2014, Serie Doctrina Jurídica, núm. 688.

García Ramírez, Sergio, "Elementos del debido proceso en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal,* Buenos Aires, IIDH, núm. 9, 2006.

García Ramírez, Sergio y Bangui, Claudio, "Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias", en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

Gelli, María Angélica, "El terrorismo y el desarrollo progresivo de un delito internacional", *La Ley*, Buenos Aires, 20 de septiembre de 2005.

Gelli, María Angélica, "Las reparaciones simbólicas por violación estatal de los derechos humanos (a propósito del caso *Castro Castro vs. Perú*)", *Suplemento La Ley*, Buenos Aires, 15 de marzo de 2007.

Gialdino, Rolando, "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *La Ley*, Buenos Aires, 2008-C.

Guardia, Ernesto de la y Delpech, Marcelo, "El derecho de los tratados y la Convención de Viena", *La Ley*, Buenos Aires, 1970.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I, vol. 1.

Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, 2a. ed., Buenos Aires, Editora Platense, con colaboración de Manuel Hernández, 2001.

Hitters; Martínez y Tempesta, "Jerarquía de los tratados de derechos humanos fundamentos de la reforma de 1994", *El Derecho*, boletín de 31 de octubre de 1994.

Hitters, Juan Carlos, "Los efectos en el derecho interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Corzo Sosa, Edgar; Carmona Tinoco, Jorge y Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, Tirant lo Blanch, 2013.

Hitters, Juan Carlos, "El derecho procesal constitucional", *El Derecho*, t. 121.

Hitters, Juan Carlos, "Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidad", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Madrid, núm. 2, 1987.

Hitters, Juan Carlos, "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur - Hacia un derecho comunitario", *La Ley*, Buenos Aires, 1997-C.

Hitters, Juan Carlos, "Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso de Perú)", *La Ley*, Buenos Aires, 1999-F.

Hitters, Juan Carlos, "Los tribunales supranacionales", *La Ley*, Buenos Aires, 2006-E.

Hitters, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales", *La Ley,* Buenos Aires, t. 2007-C.

Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?", *La Ley,* Buenos Aires, 2008-E.

Hitters, Juan Carlos, Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", *La Ley*, Buenos Aires, 2009-D.

Hitters, Juan Carlos, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", *La Ley*, Buenos Aires, 2012-C.

Hitters, Juan Carlos, "Un avance en el control de convencionalidad. El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana", *La Ley*, Buenos Aires, 2013-C.

Jiménez Aréchaga, Eduardo de, *El derecho internacional contemporáneo,* Madrid, Tecnos, 1980.

Loianno, Adelina, "El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina: 'Arancibia Clavel', 'Simón', 'Mazzeo'", en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad,* Buenos Aires, Ediar, 2008.

Marrama, Silvia, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad en una sentencia del Consejo de Estado francés", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, 1 de septiembre de 2014.

Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo,* Madrid, IIDH, 1987.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012.

Oteiza, Eduardo, "Efectos de la doctrina sobre el control de convencionalidad de acuerdo con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia argentina", *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, núm. 2012-III, Fascículo 13.

Ovalle Favela, José, "La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, IIJ-UNAM, Nueva Serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012.

Pizzolo, Calogero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque de constitucionalidad federal", *La Ley,* Buenos Aires, 2006-D.

Queralt Jiménez, Argelia, "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", *Teoría y realidad constitucional,* Madrid, UNED, núm. 20, 2007.

Sagüés, Néstor, "El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales", *La Ley*, Buenos Aires, 2009-B.

Sagüés, Néstor, "Dificultades operativas del 'Control de convencionalidad' en el Sistema Interamericano", *La Ley*, Buenos Aires, 2010-D.

Sagüés, Néstor, *La interpretación judicial de la Constitución,* 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

Vítolo, Alfredo M., "Una novedosa categoría jurídica: el 'querer ser'. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del 'control de convencionalidad'", *Pensamiento Constitucional, Perú,* Escuela de Posgrado, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, núm. 18, 2013.

# X. La condena al Gobierno argentino y el caso de las *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat*. La Corte Interamericana y el control de convencionalidad

*Juan Carlos Hitters*

Sumario. 1. El derecho a la propiedad comunitaria, la alimentación adecuada, al medio ambiente sano y la identidad cultural. 2. Diversos derechos reconocidos. Generalidades. 3. La compleja condena. Las reparaciones ordenadas. Distintos plazos. 4. Fondo de desarrollo comunitario. 5. Costas y gastos. 6. Conclusiones.

## 1. El derecho a la propiedad comunitaria, la alimentación adecuada, al medioambiente sano y la identidad cultural[1]

### 1.1. El caso: *Comunidades Indígenas vs. Argentina.* Introducción

Los hechos del caso aluden a un reclamo de las comunidades indígenas pertenecientes a los pueblos Wichí (Mataco), Iyjwaja

[1] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400.

(Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete), por la utilización de unos lotes fiscales de aproximadamente 643 000 hectáreas (ha) que habitaron de modo constante, al menos antes de 1629. La misma tierra fue ocupada también por personas criollas a partir de los inicios del siglo xx. El pedimento fue formalizado en 1991. Durante los más de 28 años que han transcurrido desde entonces, la política estatal respecto a esta problemática fue cambiando de manera sinuosa sin concretar solución alguna a favor de los indígenas.

El 15 de diciembre de 1991 se emitió el decreto 461, que estableció la obligación de unificar los dos lotes motivos del pleito y adjudicarles una superficie sin subdivisiones, mediante título de propiedad unificado.

En 1992 se conformó la "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat", integrada por distintas comunidades, con la finalidad, entre otras, de lograr el tan ansiado título.

En 1993 el Estado creó una "Comisión Asesora", que, en 1995, aconsejó asignarle las dos terceras partes de la superficie aludida, propuesta que fue aceptada por estas comunidades.

En 1995 comenzó la construcción de un puente internacional en la zona. El entonces gobernador de Salta se comprometió a dictar un decreto que asegurara la adjudicación definitiva de la tierra. Durante los años siguientes, la provincia efectuó algunas tareas en el terreno, como mensuras y amojonamiento, pero en verdad no hubo avances significativos.

Luego de varias tratativas, en una reunión en el 2006 entre Lhaka Honhat y funcionarios de Salta, se acordó que correspondía reconocer a los indígenas 400 000 ha, en un título único. Al respecto, las comunidades redujeron su reclamo, que antes era de 530 000 has. El mismo acuerdo fue logrado en octubre de 2007 entre Lhaka Honhat y la Organización de Familias Criollas.

En 2008 Salta creó un "equipo técnico", integrado por la Unidad Ejecutora Provincial (UEP), para cumplir tareas relacionadas con la distribución de los lotes. En los años siguientes, se realizaron acciones y reuniones tendentes a lograr en-

tendimientos entre comunidades indígenas y familias criollas sobre la adjudicación territorial. En el 2012 Salta dictó el decreto 2398/12, disponiendo "asignar, con destino a su posterior adjudicación", 243 000 ha de los lotes 14 y 55 para las familias criollas y 400 000 ha para las comunidades indígenas, "en propiedad comunitaria y bajo la modalidad de título que cada una de ellas determine". El 29 de mayo de 2014 emitió el decreto 1498/14, mediante el cual reconocía y transfería la "propiedad comunitaria" a favor de 71 comunidades indígenas, de aproximadamente 400 000 ha de los lotes en cuestión, y la "propiedad en condominio" de los mismos a favor de múltiples familias criollas.

Esa norma dispuso que se concretaran los actos y trámites necesarios para la "determinación específica" del territorio y lotes que correspondan a comunidades indígenas y familias criollas. Pese a lo anterior, la implementación de acciones relacionadas con el territorio indígena no ha concluido y solo pocas familias criollas fueron trasladadas. En ese lugar se han efectuado actividades ilegales de tala y las familias criollas desarrollan la ganadería e instalan alambrados. Esto ha generado una merma de recursos forestales y de biodiversidad que afecta la forma en que tradicionalmente las comunidades procuraban su acceso a agua y alimentos.

### 1.2. Hechos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el 6 de febrero de 2020, condenó a Argentina —por una mayoría bastante ajustada, como veremos— por la violación de distintos derechos en perjuicio de 132 comunidades indígenas que habitan los lotes identificados con las matrículas catastrales 175 y 5557 del departamento Rivadavia, de la provincia de Salta (antes conocidos —tal cual vimos— como "lotes fiscales 14 y 55") que lindan con Paraguay y Bolivia.

Ese cuerpo jurisdiccional determinó que el Estado violó el derecho de *propiedad comunitaria*. Además —dijo—, infringió los derechos *a la identidad cultural, a un medioambiente sano, a la*

*alimentación adecuada y al agua*. Todo a causa de la falta de efectividad de medidas oficiales para detener ciertas actividades que resultaron lesivas para estas comunidades.

Por ello, puso de relieve que ese país no cumplió con su obligación de respetar y garantizar los derechos establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José), con base en las siguientes disposiciones de dicho Tratado: el artículo 21; el artículo 23.1; como asimismo el artículo 26, que recoge los *derechos económicos sociales, culturales y ambientales*, y el artículo 8.1, por la *demora en la causa judicial doméstica que duró más de 28 años*.

Vale la pena adelantar que, en consideraciones previas al examen de fondo sobre el caso, la Corte advirtió que el mismo involucra comunidades indígenas cuyo número había ido variando con el tiempo. Esto a partir del proceso denominado "fisión-fusión", propio de la estructura social ancestral de esas poblaciones. En el fallo reiteró —tal cual lo adelantamos— que los lotes en cuestión están habitados también por pobladores criollos, que no han sido parte en el asunto aquí aludido y, por ende, quedan fuera del cuadro litigioso. No obstante, el Tribunal consideró la situación en el marco de las pautas adjetivas que regulan su actuación. Sin perjuicio de ello, puso de relieve que era factible valorar ciertos "hechos supervinientes" acaecidos luego del 26 de enero de 2012, pues guardaban estrecha relación con la cuestión de fondo.[2]

[2] La ley argentina 26.160, sancionada a fines de 2006, dispuso por el término de cuatro años la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan los indígenas originarios en el país y suspendió por el plazo de cuatro años la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación, teniendo en cuenta la protección que para estas poblaciones determina el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional. No abarca a personas individuales ni a pueblos extraños al país. La misma fue prorrogada en tres oportunidades: en 2009, por la ley 26.554; en 2013, a través de la ley 26.894, y en 2017, por la ley 27.400, por la cual se extiende su vigencia hasta noviembre de 2021. Véase Santiago Lorda, Carlos, "Comunidades indígenas. Tierras ocupadas. Suspensión de desalojos", *El Derecho*, 25 de abril de 2018.

## 2. Diversos derechos reconocidos. Generalidades

### 2.1. El derecho a la propiedad comunitaria indígena

Como dijo el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su excelente voto razonado, pasaron casi dos décadas[3] desde que ese Tribunal falló su primer asunto donde se ocupó de la *propiedad colectiva indígena* y abordó la relación especial que estos pueblos tienen con sus tierras, territorios y recursos naturales.[4]

Como expresa dicho juez, este caso se añade a otros precedentes que se han ocupado de la *justiciabilidad directa* de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA),[5] diferenciando la matriz de los civiles y políticos.

Conviene reiterar que, en puridad de verdad, aquí no había litigio sobre la propiedad de la tierra (art. 21 CADH), sino que el punto basilar se refiere a la conducta desplegada deficitariamente por el Estado demandado, que no les permitió a los reclamantes el uso apropiado de ese territorio.

Quedó claro, en dicho fallo, que el legitimado pasivo debe dar seguridad jurídica, otorgando un título que lo haga oponible ante las propias autoridades y a terceros, para asegurar el goce pacífico de la propiedad sin interferencias ajenas. Marcó, en paralelo, que el derecho de propiedad comunitaria implica que los indígenas tengan *participación efectiva* en procesos adecuados de consulta, a fin de evitar violaciones de terceros.

---

3 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

4 Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.

5 Véase Hitters, Juan Carlos, "Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH", *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIV, núm. 43, 4 de marzo de 2020, pp. 1-6.

El Tribunal consideró que los decretos citados constituyeron actos de reconocimiento de la propiedad comunitaria sobre la tierra y que, por ende, el Estado debe acatar sus obligaciones con los indígenas, observando a la par las potestades de la población criolla.

Claro está —dijo ese cuerpo judicial— que aún no se ha terminado el larguísimo trámite para concretar la propiedad comunitaria, ya que —como vimos— luego de casi tres décadas este derecho no ha sido garantizado a cabalidad. Es decir que no fue titulado de forma adecuada; tampoco se ha demarcado, y subsisten los terceros ocupantes, incluyendo su ganado y la instalación de alambrados que dificultan el libre tránsito por esos territorios.

Además —resaltó—, el país carece de la normativa para garantizar el derecho de propiedad comunitaria (arts. 1.1 y 2 CADH).

Por todo ello —vale la pena repetir—, la Corte IDH concluyó en definitiva que se infringió el derecho de propiedad comunitaria, en relación con la posibilidad de contar con los procedimientos pertinentes y por no cumplir con las obligaciones de tutelar los derechos y adaptar las reglas pertinentes.

Además, tuvo en consideración que, pese a la relevancia del puente internacional construido en la zona, el cual involucra el tránsito fronterizo, el mismo se erigió *sin la consulta adecuada en infracción a los artículos 21 y 23 del Pacto* (arts. 1.1 y 2 del mismo).[6]

No debemos olvidar que, con este fallo, la Corte ha profundizado su jurisprudencia en el ámbito de la propiedad comunitaria indígena, *valorando expresamente la especial conexión que estos pueblos tienen con sus tierras, territorios y recursos naturales.*

De esta forma, ha remarcado su posición sobre la pertenencia de la tierra y bienes, abarcando la totalidad de los muebles e

[6] Téngase en cuenta que, según el artículo V de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016), "Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el derecho internacional de los derechos humanos".

inmuebles, como así también los elementos corporales e incorporales y, en general, sobre cualquier cosa susceptible de tener un valor.[7]

Por ello, ha hecho ver las obligaciones que tienen los Estados de delimitación, titulación, demarcación y saneamiento del ambiente y, en especial, del agua, como, asimismo, la necesidad imperiosa de *consulta previa libre e informada* para llevar a cabo emprendimientos dentro de sus territorios.[8]

### 2.2. El derecho al medioambiente sano

La Corte ha dicho que el derecho aquí analizado debe observarse como entre los protegidos por el artículo 26 de la CADH (DESCA), considerando la obligación de los Estados de lograr el desarrollo integral de los pueblos que nace de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA).

Será necesario poner de relieve que, por primera vez en un asunto contencioso, la Corte analizó los derechos a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural, en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana (siguiendo las líneas del caso *Lagos del Campo* y otros, como veremos).

Trató los cuatro derechos en su interdependencia y de conformidad con sus particularidades respecto a los pueblos indígenas. Dijo, por ejemplo, que la tala ilegal sin ningún control, así como las actividades llevadas a cabo por los criollos, puntualmente la ganadería e instalación de alambrados, afectaron bienes ambientales, repercutiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades y, sobre todo, en su acceso al agua.

---

7 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit*., párrs. 114-167. Véase Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho internacional de los derechos humanos,* 2a. ed., Ediar, 2012, t. II, v. 3, pp. 1782 y ss.

8 *Cfr*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas", *REEI*, núm. 39, junio de 2020.

Este accionar modificó la forma de vida indígena, lesionando su identidad cultural, pues si bien esta tiene carácter evolutivo y dinámico, las interferencias se basaron sin su conocimiento.

Añadió el Tribunal que el Estado tuvo noticias de las actividades lesivas y adoptó distintas acciones ineficaces para detenerlas. La falta de efectividad —agregó— se enmarca, además, en una situación en la que Argentina no ha garantizado a los indígenas la posibilidad de determinar las actividades sobre su territorio. Por esto —concluyó—, el Estado violó también el artículo 26 del Pacto de San José.

Observó que aquí impera no solo la *obligación de respeto*, sino, en paralelo, la *obligación de garantía* normada en el artículo 1.1 de la Convención, como vía de evitar violaciones.[9] *Prevenir* es una obligación de medios. Estos postulados están volcados en la CADH y, por ende, son aplicables a las poblaciones indígenas.[10]

Recalcó el aspecto de que muchos derechos pueden verse infringidos por cuestiones ambientales y, con mayor razón, los de los grupos vulnerables[11] como estos, así como de todos los que dependen económicamente o para su supervivencia de los recursos ambientales, como los ríos y sectores forestales. Por ello, los Estados tienen la ineludible obligación de evitar deficiencias con base en los postulados de igualdad y no discriminación (arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 CADH).[12]

---

9 Dijo que este deber se proyecta a la esfera privada "[...] a fin de evitar que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos [...]", y "[...] abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito [...]" (párr. 197).

10 En esa línea, la Corte ha señalado que, en ciertas ocasiones, los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a los efectos de garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas.

11 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit*., párr. 207.

12 *Ibidem*, párr. 209.

Ha tenido muy en cuenta —repetimos— la especial vulnerabilidad que padecen estos grupos con casi 45 millones de habitantes (y más de 800 pueblos). Por ello, puso en juego una *protección diferenciada y especial*, por primera vez en un asunto contencioso, sobre la base del artículo 26 de la CADH, los derechos al medioambiente sano, a la alimentación, al agua y a la identidad cultural.

Lo cierto es que el Tribunal ya se había ocupado del contenido y alcance de tal derecho en su opinión consultiva (OC) 23/17, por lo que, aludiendo a ese pronunciamiento, afirmó que, a fin de evitar tal de tipo infracción en materia específica ambiental, debe destacarse que

> El principio de prevención de daños ambientales forma parte del derecho internacional consuetudinario [...] el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal y es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, y que como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la "naturaleza", no solo por su "utilidad" o "efectos" respecto de los seres humanos, "sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta".[13]

Lo anterior no obsta, desde luego, que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales.

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo XIX, dice que estos "[...] tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar

[13] Corte IDH. OC-23/17. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, párrs. 59, 62 y 129.

colectivo" (apdo. 1); como así también "[...] a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos" (apdo. 2).

La Corte IDH añadió que hay que tener en cuenta que Argentina, a nivel constitucional, reconoce el derecho al ambiente sano. El artículo 41 de la carta magna expresa que

> Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. [...] Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos y a las provincias, las necesarias para complementarlas [...].

A su vez, su similar de Salta, en su artículo 30, establece que "Todos tienen el deber de conservar el medio ambiente equilibrado y armonioso, así como el derecho a disfrutarlo. Los poderes públicos defienden y resguardan el medio ambiente en procura de mejorar la calidad de vida, previenen la contaminación ambiental y sancionan las conductas contrarias". El artículo 80, además, expresa que "Es obligación del Estado y de toda persona, proteger los procesos ecológicos esenciales y los sistemas de vida, de los que dependen el desarrollo y la supervivencia humana".[14]

### 2.3. El derecho a la alimentación adecuada

Para abordar esta problemática de mucha trascendencia para este núcleo de personas tan abandonadas —ya lo vimos—, el Tribunal analizó la cuestión desde varias vertientes, esto es, por un lado, los instrumentos internacionales específicos y, por otro, resaltando las normas constitucionales de la nación y de la provincia, a las que ya aludimos.

[14] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*., párrs. 202-209.

En lo que atañe a la alimentación, la Carta de la OEA marca en su artículo 34.j que "Los Estados miembros convienen [...] en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de [...] nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad [...]." Asimismo, la Constitución argentina señala, en su artículo 75, inciso 22, que "la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", entre otros instrumentos internacionales, "tienen jerarquía constitucional". Por ende, el derecho a la alimentación, en el modo en que está recogido por dichos documentos, tiene "jerarquía supralegal". La Constitución de Salta, por su parte, reconoce el derecho a la salud, estrechamente ligado a la alimentación, y regula normas específicas sobre el particular en relación con "la infancia" y "la ancianidad".

Puede verse también el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), que dispone que "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación [...]".

Ese cuerpo jurisdiccional puntualiza que, a su vez, el artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador sostiene que "Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual".

A su vez, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone, en el artículo 25.1, que "Toda persona tiene derecho a un adecuado nivel de vida que le asegure, así como a su familia, la salud, y *en especial la alimentación* [...]" (cursivas añadidas). Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dispone, en su artículo 11.1, que los Estados parte reconocen el derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, lo que *abarca la alimentación adecuada*.

Del citado artículo 34.j de la Carta, interpretado a la luz de la Declaración Americana, y considerando los demás instrumentos

aludidos, se pueden derivar elementos constitutivos de este derecho. La Corte consideró que el mismo protege, esencialmente, el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición y sean aptos para la preservación de la salud. En ese orden de ideas, como lo ha expresado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), tales libertades se ejercitan cuando el ser humano tiene acceso físico y económico a la alimentación adecuada o a las vías para lograrla. Esto implica un criterio amplio comprendiendo todo tipo de calorías y demás elementos nutritivos.

No obstante que lo aquí analizado fue cubierto por todo el *corpus iuris* internacional, ha sido en verdad el Comité DESC, sustentado en el PIDESC, quien ha proclamado con profundidad la sustancia de este derecho.[15]

### 2.4. El derecho al agua

Parece obvio aclarar que la necesidad de utilizar agua limpia y sana está comprendida en forma abarcadora en los artículos XVIII y XIX de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, relacionando la salud con el medioambiente sano.

La Corte señala que el Comité DESC ha indicado que "el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos". Las primeras implican poder "mantener el acceso a un suministro de agua" y "no ser objeto de injerencias", entre las que puede encontrarse la "contaminación de los recursos hídricos". Los derechos, por su parte, se vinculan a "un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho". Destacó también que

> [...] el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico, y que los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia: a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y sufi-

[15] *Ibidem*, párr. 221; Comité DESC. Observación general 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), párrs. 15 y 19.

> ciente para los usos personales y domésticos [...]. b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre [...]. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables [...]. c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.[16]

En ese sentido, el Comité DESC, al explicar cómo el derecho al agua se relaciona con otros, señaló también la importancia de garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada. Agregó que los Estados deberían garantizar un acceso suficiente a ese fluido para la agricultura y para asegurar la subsistencia de estos individuos.

Sostuvo que la higiene ambiental, como aspecto del cuidado de la salud, entraña la adopción de medidas no discriminatorias para evitar los peligros que representa el agua insalubre y contaminada por sustancias tóxicas.[17]

Dijo que impera aquí el deber tanto de *respetar* como el de *garantizar* (art. 1.1 CADH), aunque también puso énfasis en que no debe perderse de vista el postulado de progresividad que impera en esta temática.[18]

La decisión comentada muestra de qué manera la presencia de población no indígena y la producción de tareas ajenas a las que tradicionalmente realizan estas comunidades, por ejemplo, la ganadería, perjudican el acceso al agua, produciendo desertificación y contaminación, como indicó una pericial que surge del expediente, que, además, dictamina que la mayoría de esa gente carece de agua apta para el consumo y de alimentación suficiente, lo que altera sensiblemente la vida indígena. Este análisis resalta la importancia de considerar las características especiales de los indígenas evitando una postura restrictiva, lo que hubiera llevado a no comprender la esencia de la cuestión aquí ventilada

---

16 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*., párr. 227.

17 *Ibidem*, párr. 228.

18 *Ibidem*, párr. 230.

y las efectivas infracciones a los derechos humanos que ocurrieron.[19]

### 2.5. El derecho a participar en la vida cultural. Interdependencia entre los derechos aquí analizados

La Corte IDH ha señalado que la potestad de *participar* en este tipo de actividades —se entiende como sinónimo del derecho a la *identidad cultural*— (establecido en los arts. 30, 45.f, 47 y 48 de la Carta de la OEA) impone varias obligaciones a los Estados, a saber: *a)* que sus pueblos logren, a través de la tarea gubernamental, un desarrollo integral, que comprenda el área cultural; *b)* la incorporación y participación de los sectores marginales de la población en la vida cultural a fin de conseguir la plena integración de la comunidad nacional; *c)* la de estimular de la cultura, y *d)* la de preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos.

En la nota al pie 233 del fallo, la Corte aborda con claridad la necesidad de una participación de estos pueblos en la vida cultural.

Resumiendo, y repitiendo en parte el contenido de la sentencia, digamos, en ese orden de ideas, que el artículo XIII de la Declaración Americana dispone que toda persona tiene derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, y el artículo 14.1 del Protocolo de San Salvador establece lo mismo. A su vez, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala, en su artículo 27.1, que toda persona tiene la posibilidad de interve-

[19] Dice el juez Ferrer Mac-Gregor; "Adicionalmente, considero que la forma en la que fue decidido este caso (es decir, analizar en un capítulo los temas relativos a la propiedad comunal indígena de manera separada del capítulo relativo al análisis de las cuestiones relativas a los DESCA), fue acertada, ya que de lo contrario se hubiera corrido el riesgo de considerar que solo en la medida en que la propiedad comunal indígena protegida por el artículo 21 sea declarada violada, se podría analizar posibles violaciones a DESCA relacionadas con el territorio indígena". Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, *cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 32.

nir en la vida cultural de la comunidad, y el artículo 15.1.a del PIDESC tiene una redacción similar.[20]

El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege a este tipo de minorías, dándoles también la posibilidad de desarrollar su propia vida cultural, criterio que —como anticipamos— rige con diversos matices en el derecho doméstico, tanto en la Constitución Nacional como en la salteña.[21]

Tal como vimos, la Constitución Nacional argentina, en su artículo 75, inciso 22, les da jerarquía constitucional a varios documentos de derechos humanos, disponiendo, en el artículo 75, inciso 22, que corresponde al Congreso "reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos". Y, a su vez, la carta magna de la provincia de Salta, en su artículo 15, reconoce la preexistencia étnica y cultural de estas poblaciones y garantiza el respeto a su identidad.[22]

En la sentencia aquí analizada, ese cuerpo dijo que el Comité DESC, entre las obligaciones estatales referidas al derecho a participar en la vida cultural, señaló la de "cumplir", que "requiere la adopción de las medidas adecuadas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias, de promoción y de otra índole, destinadas a la plena realización del derecho".[23]

La Corte —como en otros pronunciamientos— manifestó la fuerte vinculación que existe entre los derechos aquí abordados y dijo, en ese orden de ideas, que en el caso de los pueblos indígenas la insatisfacción de algunos de ellos puede implicar la violación de los demás.

Se observa con nitidez que estamos en el ámbito de los derechos económicos sociales y culturales (DESCA) —de los que nos hemos ocupado con anterioridad—, y que en los últimos

---

20 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*., párrs. 231-235.

21 *Ibidem*, párr. 235.

22 *Ibidem*, párrs. 235-242.

23 *Ibidem*, párr. 240.

tiempos[24] han sido reinterpretados por la Corte IDH, declarándolos *justiciables*, apoyándose en el artículo 26 del Pacto de San José.

Con respecto a estos habitantes en particular, el Tribunal aludió al Convenio 169, cuyos artículos 4.1, 7.1, 15.1 y 22 disponen, respectivamente, la obligación estatal de adoptar las medidas especiales indispensables para salvaguardar las culturas y el medioambiente; el derecho de tales pueblos a "decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas [...] y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera"; "los derechos de los pueblos referidos a los recursos naturales existentes en sus tierras", que "comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos", y que "las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos".[25]

### 2.6. Votos. Mayoría. Votos: parcialmente disidentes. Concurrentes y voto razonado. Mayoría y minoría

Como anticipamos, la sentencia se formó por una ajustada mayoría, constituida por el voto doble de la presidenta,[26] que se suma a la de los jueces Pazmiño Freire y Ferrer Mac-Gregor, cada uno por sus fundamentos; mientras que la minoría quedó en manos de los jueces Vio Grossi, Sierra Porto y Pérez Manrique, que argumentaron sus ponencias en forma individual.

---

[24] Hitters, Juan Carlos, "Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH...", *cit*.

[25] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*., párr. 247.

[26] El art. 16, puntos 1 y 4, del Reglamento dispone que en caso de empate el voto del presidente vale doble.

### *2.6.1. Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi*[27]

Para él, los derechos aquí en juego *no son justiciables* en la Corte IDH sobre la base del artículo 26 del Pacto de San José, por lo que —dice— el Tribunal carece de competencia a estos fines, ya que no puede asumir funciones normativas, aunque sí son justiciables —obviamente— en las jurisdicciones domésticas. Sostiene que en este fallo no se interpreta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya que privilegia ciertos medios de interpretación sobre otros y conduce a un resultado contrario a la lógica y jamás previsto —añade— en ese documento internacional.

Ello así, puntualiza, porque no existe un protocolo complementario que faculte a esa Corte, como se hizo con el Protocolo de San Salvador, respecto de los sindicatos y el derecho a la educación.

Añade que el voto mayoritario debilita el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que desorienta a los países signatarios y, además, *achica* la posibilidad de que nuevos Estados se plieguen al modelo.

Asimismo, discrepa de la mayoría porque la interdependencia, indivisibilidad, entrelazamiento entre los derechos civiles y políticos, y los económicos sociales y culturales, no resulta argumento real para que estos últimos sean justiciables ante el Tribunal, ya que los derechos humanos existen con anterioridad a que se les consagrara en tratados "[...] y con prescindencia de que sus eventuales violaciones puedan ser conocidas y resueltas en sede internacional [...]".[28]

Digamos, en definitiva, que este juez está de acuerdo con proteger los derechos de los indígenas aquí juzgados, pero *prefiere apoyarse en el artículo 21 de la CADH*.[29]

---

27 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit*. Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 3. Él habla de un "empate".

28 *Ibidem,* párr. 91.

29 Por último, añade que "Al respecto, no se debe olvidar que, en la práctica y más allá de cualquier consideración teórica, la función de la Corte es, en

### *2.6.2. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto*[30]

Será prudente poner de relieve que si bien el voto que comentamos es muy crítico[31] del de la mayoría, no obstante deja en claro que su posición *no debe entenderse como que se opone al reconocimiento de los derechos motivo del decisorio*. Todo lo contrario —dice—: aquí la violación se produjo en infracción, por *conexidad* con el derecho de propiedad, del artículo 21 de la Convención, y no de modo independiente como una violación autónoma del artículo 26.[32]

---

definitiva, dictar fallos que restablezcan, lo más pronto posible, el respeto de los derechos humanos violados. No es tan seguro que ello se logre respecto de violaciones a los derechos humanos que no fueron consideradas en la Convención como justiciables ante la Corte". *Ibidem*, párr. 97.

30 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto.

31 Dice textualmente en el párr. 30 que "Cabe preguntarse si estas medidas no están siendo ordenadas por un afán de protagonismo institucional que termine por ampliar desmesuradamente las actividades de supervisión de cumplimiento. Lo que además podría implicar una confrontación directa con las funciones de otras instituciones como es la Comisión Interamericana, cuyas tareas de monitoreo, prevención e incidencia son fundamentales en el marco de las respectivas competencias de los órganos del SIDH. Es mi deber advertir que esta tendencia en la búsqueda de abordajes estructurales, sin vulneraciones específicas a derechos, tanto en materia de supervisión de cumplimiento como en medidas provisionales, no corresponde a las funciones de este Tribunal y puede terminar minando la eficacia de sus decisiones".

32 Expresa claramente en el párr. 1 de su voto que "[...] se centra en el análisis de fondo que realizó la Corte acerca de la responsabilidad internacional del Estado (Argentina) por la violación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por un lado, considero oportuno reafirmar y profundizar las inconsistencias lógicas y jurídicas de las que adolece la teoría de la justiciabilidad directa y autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a través del artículo 26 de la Convención Americana, que ha sido asumida por la mayoría de los jueces del Tribunal desde el caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Por otro lado, encuentro pertinente reflexionar en torno a las medidas de reparación, su grado de especificidad y pormenorización, así como los retos y complejidades a la hora a la hora de supervisar el cumplimento de medidas otorgadas bajo la novedosa lógica de la autonomía del artículo 26". Corte IDH. *Caso Comunidades Indí-*

Que los derechos analizados estén interrelacionados no quiere decir —señala— que sean inescindibles, ya que cada uno tiene su propio alcance.

Juzga que el conflicto en sí no reside en el territorio, sino más bien en su "utilización", y la resolución de la mayoría —sostiene— complica a la Corte y adelanta la supervisión del fallo.

Apunta con firmeza que el desiderátum de los pueblos indígenas se tiene que valorar "equilibradamente" con el de los *terceros* que habitan las mismas tierras. En esto coincidimos con el juez en cita, pues en un proceso de este tipo es muy posible que los "terceros" —el juez habla de los "campesinos pobres"— hayan sido afectados por el fallo. Considera, en síntesis, que los derechos de los pueblos indígenas tribales tienen eficacia directa y no es "necesario" que la legislación doméstica los desarrolle para que se hagan efectivos.

### *2.6.3. Voto parcialmente disidente del juez Ricardo C. Pérez Manrique*[33]

En general, este juez comparte los fundamentos del fallo mayoritario respecto del contenido sustantivo del pronunciamiento *sub examine*, aunque discrepa con respecto a que se haya producido una *violación autónoma* de los derechos aquí analizados, ya que, remitiéndose a votos suyos anteriores, entiende que la manera más adecuada de analizar el asunto habría sido a través de la "tesis de la simultaneidad". Por ello, no está de acuerdo con hablar de una infracción específica al artículo 26 de la CADH. Prefiere —como dijimos— declarar violado el artículo 21 (derecho de propiedad), en relación con los artículos 26 y 1.1 de la Convención "[...] con un análisis delimitado —y breve— de la afectación de los derechos sociales antes mencionados como resultado del

*genas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 16.

[33] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*. Voto parcialmente disidente del juez Ricardo C. Pérez Manrique.

incumplimiento del Estado de garantizar una tutela efectiva del derecho a la propiedad, lo que ha permitido la presencia de terceros y el daño a otros derechos".[34]

Considera que la Corte tiene competencia para juzgar sobre los DESCA, tanto en su visión individual como colectiva, lo que le permite —dice— hacer un análisis sistemático de la CADH, del Protocolo de San Salvador, de la Carta de la OEA y de otros documentos del *corpus iuris* interamericano.[35]

En síntesis, concluye que

> El Tribunal no debe de perder de vista que su función primaria es conocer sobre casos que requieran la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención cuando le sean sometidos, con el objetivo de decidir si existió una violación a un derecho o libertad protegido, y disponer que se le garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcado. En ese sentido, la Corte tiene el deber convencional de hacer justicia en casos concretos dentro de los límites previstos por el derecho de los tratados. Pero también tiene una función de contribuir a que se realicen los objetivos de la Convención, y eso implica atender los problemas que aquejan a nuestras sociedades.[36]

En definitiva, podemos reiterar que está de acuerdo en que los DESCA son justiciables para el Tribunal, aunque prefiere manejar el artículo 21 del Pacto de San José.

---

34 *Ibidem,* párr. 13.

35 Piensa en definitiva que "[...] los artículos de la Convención antes indicados son claros en cuanto a que cualquiera de los derechos indicados en la Convención sin distinción de especie alguna (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) pueden ser llevados a conocimiento de ambos órganos de protección y que estos tienen competencia para conocer de los mismos. Los artículos mencionados no hacen distinciones entre civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales en lo que respecta a la protección de los mismos. Pretender que los órganos de protección interamericanos solo puedan conocer los derechos civiles y políticos y no así los DESCA, sería contrario por un lado a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos y llevaría a una fragmentación de la protección internacional de la persona y de su titularidad como sujeto de derecho internacional". *Ibidem,* párr. 7.

36 *Ibidem,* párr. 16.

### *2.6.4. Voto concurrente del juez Patricio Pazmiño Freire*[37]

Su pronunciamiento en la problemática indígena se asemeja en gran parte a la postura de la mayoría, y se remite a su ponencia en el citado fallo *Lagos del Campo* y a otros de contenido similar sobre los DESCA.

Considera trascendente destacar que se ha ido conformando lo que él llama "un orden jerárquico internacional superior de principios y valores", que conforman un fondo ontológico a partir del cual se tienen que efectuar los razonamientos previos de interpretación y aplicación de las reglas de derecho internacional de los derechos humanos.

Dijo como cierre:

> Con el presente voto pretendo acompañar y sustentar la postura mayoritaria adoptada por la Corte IDH para juzgar violaciones a los DESCA. Existen valiosos ejercicios hermenéuticos, expansivos y evolutivos que viene implementado sistemáticamente el tribunal interamericano que posibilitaron el desarrollo de esta jurisprudencia, claro, es menester destacar, que esta afirmación no implica asumir como plena la consecución o realización de este enfoque y desarrollo jurídico, por el contrario, sus logros no pueden obnubilar la necesidad que esta línea de pensamiento judicial se empeñe en profundizar los argumentos y postulados subyacentes en el debate jurisprudencial.[38]

### *2.6.5. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor*[39]

En un meduloso pronunciamiento, este juez funda su posición —formando parte de la mayoría— recordando que han pasado

---

37 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*. Voto concurrente del juez Patricio Pazmiño Freire.

38 *Ibidem*, párr. 20.

39 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

casi dos décadas desde que el Tribunal falló su primer asunto en el cual abordó la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, donde se hizo referencia a la especial vinculación que tienen estos habitantes con: sus tierras, territorios y recursos naturales.[40]

Remarca con buen tino que, a partir de entonces, ese órgano jurisdiccional ha tenido una postura abarcadora de lo que son la *tierra y el territorio* para dichas comunidades. Destacando, además, cómo en los asuntos sucesivos sobre esta temática, la Corte se ocupó con precisión de las obligaciones que los Estados (arts. 1.1 y 2 CADH) tienen para con estos individuos, tan olvidados.

Muestra que en este juicio se enlazan los argumentos sobre la justiciabilidad directa de los derechos aquí en juego (y de su contenido propio), con respecto de los derecho civiles y políticos, relación que ya se había marcado a partir de *Lagos del Campo*, entre otros casos.[41]

Asimismo, hace ver que esta es la primera ocasión respecto de los pueblos indígenas en la que ese cuerpo aborda la vulneración de los cuatro DESCA que venimos estudiando, amparados —dice— en el artículo 26 de la CADH, desbrozando los temas que con anterioridad estaban englobados en lo que se denomina "la propiedad comunal", para darles ahora un contenido propio y diferenciado.

Considera, en paralelo, que las reparaciones apuntan a restituir las consecuencias de violar por parte de los Estados cada uno de los derechos aludidos en el fallo; poniendo de relieve la importancia que ha tenido la participación de los *amici curiae* en el dialogo con la Corte Interamericana.

Dejó en claro que si bien es cierto que estos derechos están vinculados a "la tierra", no obstante, se ven con mejor perspectiva sobre la base de la idea de "territorio", según la cosmovisión de los pueblos indígenas y la concepción espiritual de los mismos.

---

40 El primero —ya lo dijimos varias veces— fue el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua..., cit*.

41 Hitters, Juan Carlos, "Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte IDH...", *cit*.

Concluye su voto señalando —con razón— que el fallo se ocupa de restablecer la injusticia que se viene dando contra estas comunidades que han sido desposeídas de sus tierras de manera constante en el continente americano.[42]

## 3. La compleja condena. Las reparaciones ordenadas. Distintos plazos

### 3.1. La sentencia. Remisión

Como señalamos al principio (punto 1.2), y tal cual surge de lo que venimos viendo, la Corte —por una mayoría muy ajustada— condenó al Estado argentino por la violación de varios artículos tanto de la CADH como también de otros documentos internacionales; le ordenó cumplir con la mayor celeridad posible un conjunto de medidas de reparación y una serie de actividades, algunas de hacer y otras de no hacer, en diversos plazos —según las circunstancias— que van de un mes a seis años, y a pagar las costas y gastos.

Condenó por unanimidad al Estado por la violación del *derecho a la propiedad* (art. 21), en relación con los artículos 8.1 y 25 (garantías y protección judicial), y con los derechos políticos (art. 23.1), y por mayoría lo encontró responsable por la infracción a los derechos *a participar en la vida cultural, a la identidad cultural, al medioambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua* (arts. 26 y 1.1 CADH).

Consideró *parte lesionada* (art. 63.1 CADH) a las 132 comunidades indígenas aludidas y asentadas en el territorio de referencia, cantidad que puede variar por acción del proceso "fisión-fusión", propio de estas poblaciones.

---

[42] Sostiene, como remate de su ponencia, que "[...] el caso *Lakha Honhat* es un elemento más en la consolidación de la línea jurisprudencial en materia de DESCA en el Sistema Interamericano y, en general, contribuye a una mayor claridad en el contenido de los derechos y en las obligaciones estatales para la protección de los derechos sociales en nuestra región" (párr. 87).

### 3.2. Reparaciones. Síntesis

En suma, conviene repetir que la sentencia consideró —tal como lo indicamos varias veces— que la legitimada pasiva infringió el derecho de propiedad de los pueblos indígenas a participar en la vida cultural, a la identidad cultural, al medioambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y sus derechos políticos.[43] Ello así, por falta de garantías y por haber ejecutado actividades sin "previa consulta"; por lo que ordenó *delimitar, demarcar, y otorgar* —entre otras prestaciones— *un título colectivo efectivo*.

Determinó —a la par— trasladar a la población criolla fuera del territorio indígena;[44] como asimismo remover los alambrados y el ganado de los criollos.[45]

Tal como observamos, también ordenó efectuar, en un plazo no mayor a seis meses, la publicación del fallo y de su resumen oficial. Para llevar a cabo estas medidas, deben ser comunicadas en ambas lenguas y por una radio que tenga amplia cobertura.[46]

Señaló que en el país las regulaciones existentes en el ámbito litigioso no son suficientes a estos fines, y reiteró que

> [...] de conformidad con el marco de las competencias y funciones propias de sus sistema de organización federal, debe adoptar las medidas pertinentes a fin de que: *a)* las medidas normativas y/o de otro carácter ordenadas [...] sean de aplicación tanto respecto al Estado nacional como a todas las entidades federativas, y *b)* respecto de las acciones de reconocimiento, implementación o garantía de los derechos de pueblos o comunidades indígenas al reconocimiento de la propiedad colectiva, se asegure la coordinación del ámbito federal y de las entidades federativas, de modo que las actuaciones desarrolladas en uno de tales ámbitos tengan validez en los otros y que se evite la duplicidad, superposición o contradicción de procedimientos o actos jurídicos [...].[47]

---

43 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*. párr. 370, inc. 19.

44 *Ibidem*, párr. 329.

45 Véase la nota 2 de este capítulo.

46 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit.*, párr. 348.

47 *Ibidem*, párr. 357.

## 4. Fondo de desarrollo comunitario

La mayoría, con el voto disidente del juez Vio Grossi,[48] mandó crear e implementar, en un término no inferior a cuatro años, un *Fondo de Desarrollo Comunitario para la Cultura Indígena,* destinando la suma de 2 000 000 de dólares. Para ello, tuvo en cuenta que dicha suma fuera razonable para cumplir con las diversas medidas dispuestas en el fallo, y la complejidad y costos que conllevan; de modo que ese dinero pudiera ser invertido en los programas y las acciones ordenadas.

La administración del Fondo estará a cargo de un comité que será creado en un plazo de seis meses a partir de la notificación del fallo, integrado por: una persona nombrada por las comunidades; otra por el Estado, y una tercera designada de común acuerdo por los dos primeros; todo ello a fin de reparar, principalmente, los perjuicios a la identidad cultural y que se pueda contribuir a lograr un ambiente sano, una alimentación adecuada y agua necesaria.[49]

Nos parece que esta orden resulta muy necesaria para cumplir el pronunciamiento analizado, aunque el monto parece ser muy elevado para un país como Argentina, que tiene muchísimas dificultades económicas; sobre todo cuando ha sido fijado en dólares estadounidenses, cuyo valor fluctúa constantemente.

---

48 La sentencia —como vimos— quedó con cinco votos por la mayoría y uno disidente.

49 El mismo —añade el fallo— será "[...] destinado a acciones dirigidas a la recuperación de la cultura indígena, incluyendo entre sus objetivos, sin perjuicio de otros posibles, el desarrollo de programas atinentes a seguridad alimentaria y documentación, enseñanza o difusión de la historia de las tradiciones de las comunidades indígenas víctimas. La determinación de los objetivos puntuales a los que debe destinarse el Fondo, que deben contemplar los indicados, deberá ser decidida por las comunidades indígenas víctimas, y comunicada a las autoridades estatales y a la Corte en el plazo máximo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia. El diseño y ejecución de los programas respectivos, a partir de los objetivos fijados, deberá contar con la participación activa de las comunidades indígenas víctimas y sus representantes [...]". Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit,* párr. 339. Véase también párr. 342.

## 5. Costas y gastos

En cuanto a las erogaciones del proceso, el fallo hizo notar que los representantes no pidieron un *quantum* dinerario específico a estos fines, ni probaron la totalidad de los gastos hechos; no obstante, decidió fijar un monto total de 50 000 dólares estadounidenses para solventar estos rubros, los cuales deben ser abonados en el término de seis meses a partir de la notificación de este fallo al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Añadió que, en el trámite de supervisión, dicho cuerpo podrá disponer el pago de los emolumentos pertinentes que sean acreditados en esa etapa, por parte del Estado a las víctimas o a sus representantes.

## 6. Conclusiones

La sentencia bajo análisis, dictada el 6 de febrero de 2020 —que condena, por mayoría, a Argentina, cuyas particularidades y condiciones ya vimos (punto 3)—, marca una jurisprudencia muy avanzada en relación con los pueblos indígenas y tribales, porque si bien con anterioridad la Corte IDH había abordado tal problemática, marca aquí una serie de estándares muy importantes con especial referencia a estas 132 comunidades tan pobres y olvidadas que permanecen en esas tierras desde el siglo xvii.

Las mismas están situadas en la provincia argentina de Salta, lindando con las fronteras de Paraguay y Bolivia, y fueron ocupadas posteriormente por criollos que conviven desde entonces con los pueblos indígenas. La situación ha generado una serie de conflictos durante casi tres décadas y la política estatal ha ido dando marchas y contramarchas sin resolver este desiderátum, cuya solución fue reclamada por los indígenas en varias oportunidades y formalizada en 1991 por distintas presentaciones ante la justicia y ante el poder ejecutivo. Pese a que en 1991 se dictó el decreto 461, que, como anticipamos, no tuvo el éxito esperado, fue luego reformado en 2014 sin resolver definitivamente la cuestión.

En 1992 se conformó la "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat", con la finalidad de lograr un "título unificado" exclusivo y la protección de varios derechos que les habían sido negados; los que finalmente les fueron reconocidos por nuestro Tribunal regional en el pronunciamiento que venimos comentando.

La Corte determinó que el Estado infringió: el derecho a la propiedad comunitaria, como asimismo los derechos a la identidad cultural, a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua; todo ello por las deficitarias medidas estatales para detener las actividades lesivas contra estos pueblos (arts. 21, 23.1 y 26 del Pacto de San José). Además, el Tribunal esgrimió el artículo 8.1 por la excesiva duración del proceso judicial (art. 25). Destacó también que "los criollos" no fueron parte en el proceso ante ese cuerpo jurisdiccional.

Como expresa Ferrer Mac-Gregor cuando comenta como doctrinario este fallo, en el que participó con su voto razonado:[50] actualmente se reconocen a dichos pueblos derechos que antes se admitían en forma parcial y relativa, sobre todo a través del trabajo de las Naciones Unidas.

Estos importantes adelantos los podemos observar en 1982, a través del *Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas justamente de la ONU, donde por primera vez* pudieron plantear sus inquietudes ante dicha entidad universal; que luego se llevaron al Sistema Interamericano en el ámbito de la OEA y que, en particular, fueron abordados en pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en esa época, donde se puso de relieve el mal trato que sufrirán estos habitantes.

Todos los antecedentes preliminares, que arrancaron en 1989, y los demás documentos y prácticas que hemos citado permitieron la redacción de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2016, contribuyeron a hacer notar y a buscar soluciones para esa posición de vulnerabilidad en la que se encuentran estos pueblos de más de 45 millones de habitantes.

[50] En la revista *REEL*, que ya citamos.

En la sentencia que estamos comentando, la mayoría hizo la demarcación implícita entre "tierra" y "territorio"; y llevó a cabo una protección diferenciada con base en el artículo 26 de la CADH, abarcando, por primera vez en un caso contencioso, todos los derechos a favor de los indígenas, a los que ya hicimos alusión.

La compleja sentencia, y con votos divididos (por una mayoría muy ajustada, tal cual lo señalamos varias veces), le ordenó —como explicamos— cumplir, con la mayor celeridad posible, varias medidas de reparación y efectivizar, en distintos plazos, una serie de conductas, algunas de hacer y otras de no hacer, además de pagar costas y gastos.

Todo ello porque consideró que el Estado incurrió en la violación autónoma, por acción o por inacción, de los derechos al medioambiente sano, a la alimentación, al agua y a la participación en la vida cultural, como también por infracción a las garantías judiciales que nacen de los artículos 8 y 25 del Pacto de San José.

A la vez, ordenó crear un Fondo de Desarrollo Comunitario para la Cultura Indígena, e implementar su ejecución en un plazo no mayor a cuatro años, que tiene como objetivo proteger y fomentar la identidad cultural de estos grupos.

En síntesis —y para finalizar— digamos que el fallo importa un precedente trascendental para nuestro modelo regional con respecto a los derechos de las poblaciones indígenas, marcando las obligaciones del Estado para con ellas, enfocando, con buen tino, la propia cosmovisión y la simbiosis espiritual de las aludidas personas.[51]

[51] El art. 318.f del Código Procesal Penal de la Nación Argentina regula —en favor del imputado— un recurso de revisión de la sentencia condenatoria firme en el caso concreto de una sentencia de la Corte IDH o de una decisión de un órgano de aplicación de un tratado en una comunicación individual. Dicho ordenamiento se encuentra vigente en algunas provincias como Salta y Jujuy, y solo parcialmente en el resto del país, donde falta implementarlo.

## Bibliografía

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas", *REEI*, núm. 39, junio de 2020.

Hitters, Juan Carlos, "Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH", *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIV, núm. 43, 4 de marzo de 2020.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho internacional de los derechos humanos,* 2a. ed., Ediar, 2012, t. II, v. 3.

Santiago Lorda, Carlos, "Comunidades indígenas. Tierras ocupadas. Suspensión de desalojos", *El Derecho*, 25 de abril de 2018.

# XI. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)

*Juan Carlos Hitters*

Sumario. 1. La justicia trasnacional y su influencia en el derecho interno. 2. Control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. 3. Final.

## 1. La justicia trasnacional y su influencia en el derecho interno

### 1.1. Desarrollo progresivo

A modo de introito, es dable poner de relieve la incidencia que *progresivamente*[1] ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos en la legislación interna, a tal punto que, poco a poco y por su influencia, se han ido modificando diversas instituciones locales —de forma y de fondo— para adaptarlas a este *nuevo esquema sustancial* (que nace de los tratados y del *ius cogens*) y *adjetivo* (con fuente en la Carta de la Organización de los Estados Americanos —OEA—, las convenciones y los reglamentos).[2]

---

1 Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo,* IIDH-Civitas, 1987.

2 Corte IDH. OC-19/05. Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y

Hace algún tiempo hubiera sido impensable para los cultores de las ciencias jurídicas, en general, y del derecho internacional, en particular, imaginar que los pronunciamientos y las directivas o informes emitidos por entes cuasijudiciales y judiciales —en el caso la Comisión Interamericana Derechos Humanos (Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respectivamente— podrían "meterse" en la corriente sanguínea de los distintos países con tal fuerza como para lograr trastrocar sensiblemente ciertas normas locales, incluyendo a las de linaje constitucional.

Podemos señalar, desde ese punto de vista, que el modelo aquí abordado ha producido un doble efecto, esto es, por un lado, la aparición de "decisiones" o informes de estos organismos trasnacionales "controladores" de la actividad local (en cualquiera de sus tres poderes)[3] y, por otro, la incorporación de una serie de preceptos (los tratados y las convenciones internacionales) que se han colado en el ámbito nacional y que aparecen como directamente operativos (*self executing*). Tal como hemos remarcado en trabajos anteriores, este fenómeno ha adquirido tanta altitud que a ningún abogado que inicia hoy un proceso de cualquier tipo —ni al juez que debe resolverlo— le puede pasar inadvertido que el pleito no termina ya —como antes— dentro de la frontera, sino que puede trascender sus límites y dirigir sus pasos hacia una senda trasnacional.

¿Quién hubiera pensado hace apenas unas décadas en semejante evolución en favor del ser humano y contra los desbordes del Estado? (que siempre resulta legitimado pasivo en estos andariveles que tramitan fuera de los limbos nacionales). ¿A quién se le hubiese ocurrido en tal época, por ejemplo, que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) —con muy buen tino— hubiera dicho en el caso *Simón*[4] —luego de un

44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 28 de noviembre de 2005. Serie A, núm. 19, párr. 13, b.

[3] Morello habla de soberanía compartida. Morello, Augusto Mario, "Movidas y reservas de la dimensión trasnacional del derecho", *La Ley*, 2004-B, p. 1350.

[4] CSJN. *Simón, Julio H. et al.,* Sentencia de 14 de junio de 2005, *La Ley*, Buenos Aires, 29 de julio de 2005, comentado por Gregorio Badeni.

desarrollo progresivo de su jurisprudencia— que el derecho local queda supeditado al internacional de los derechos humanos en los delitos de lesa humanidad, y que este último ejerce una especie de tutela sobre aquel; o que en el caso *Bulacio*[5] ciertas decisiones firmes del más alto cuerpo de justicia del país (como la prescripción de la acción penal) pudieran "derretirse" al acatar pronunciamientos de la Corte Interamericana?

De ahí entonces que resulte menester recortar el rostro del Sistema Interamericano para verlo con nitidez y comprender a cabalidad estos notables y plausibles adelantos y reacomodamientos que han aparecido a raíz de la jurisprudencia emitida por los órganos del Pacto de San José; por supuesto, sin olvidar en tal sentido las decisiones de los organismos de la Organización de las Naciones Unidas, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las que directa o indirectamente vienen ejerciendo una notable influencia en el sector interno de nuestro continente.[6]

Se ha configurado así lo que hemos llamado —siguiendo a Cappelletti— la dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia[7] con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logre un nivel metanacional y uniforme (*lex universalis*).[8]

---

5 Véase CSJN. *Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción*, E. 224. XXXIX, fallo de 23 de septiembre de 2004.

6 Como dice Biavati, "Es difícil encontrar en los ordenamientos modernos un órgano judicial que haya contribuido al desarrollo de la Unión Europea como lo ha hecho la Corte que funciona dentro de dicho ámbito. Añade el autor que el derecho comunitario —como hoy se le conoce— probablemente no existiría sin el esfuerzo eficaz y silencioso de tal cuerpo 'ubicado en el palacio urbano de la periferia del Gran Ducado de Luxemburgo'". Biavati, Paolo, *La Corte di Giutizia dell´Unione Europea,* Coloquio, Administración de Justicia en Iberoamérica y Sistemas Judiciales Comparados, México, octubre de 2005.

7 Cappelletti, Mauro, "Acceso a la justicia. Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica", trad. de Juan Carlos Hitters, *JA,* 1981-III-810/814.

8 Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. I, p. 9; Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1999, t. I, p. 29.

En tal perspectiva, es dable reiterar que, como consecuencia de dicha evolución, el clásico *control de constitucionalidad* realizado dentro de los países —por órganos centralizados (concentrado), o fragmentariamente por cualquiera de los jueces (difuso)—,[9] se ha tornado a partir de entonces mucho más fascinante y abarcador, dándole cabida al *contralor de convencionalidad*.

Queremos, de esta manera, enfatizar el valor que ha adquirido ese *derecho sin fronteras*, y mostrar la doble influencia que en nuestro ámbito continental tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José) al poner en marcha, por un lado, un control supranacional (a través de la Comisión y de la Corte Interamericana) y, por otro —y ello es quizá lo más importante—, al haber implantado un plexo normativo (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional) —por medio de tratados y convenciones internacionales— que entra en el torrente jurídico local y se convierte en derecho positivo, por ejemplo, el de rectificación y respuesta (o derecho de réplica), o la doble instancia en los andariveles del derecho criminal.

### 1.2. Deber de los Estados de "adaptar" el derecho interno

En los casos antes citados, la Corte IDH, a través de su *control de convencionalidad*, ha echado mano a los artículos 1.1 y 2 de la Convención, que obligan a los países a *respetar* los derechos y libertades reconocidos por ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio (art. 1.1), debiendo "adoptar" las respectivas disposiciones internas al Pacto de San José (art. 2).

En tal sentido, no debemos olvidar que, según la Corte, para cumplir con el mandato del aludido artículo 2, es necesario: *1)* el *dictado de normas,* y *2)* el *desarrollo de prácticas* conducentes al acatamiento efectivo de los derechos y libertades consagrados en el Pacto. Por ello —como ya lo dijimos—, resulta obligatorio *suprimir los "preceptos" y las "prácticas" de cualquier naturaleza que en-*

[9] Sobre los diversos sistemas de control de constitucionalidad, véase Nogueria Alcalá, Humberto, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006, pp. 173 y ss.

*trañen una violación de las garantías10 previstas en la Convención:*[11] "Este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile)*, para el cual el Estado debe 'adaptar' su actuación a la normativa de protección de la convención".[12] (entrecomillado añadido)

Desde antiguo,[13] tal Tribunal ha establecido que "en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías, y Estado de Derecho, constituyen una tríada", en la que cada componente se describe, completa y adquiere sentido en función de los otros, criterio ratificado en cada momento.[14]

Corroborando lo expuesto, no se le ha escapado a esa institución que una norma consuetudinaria generalmente aceptada apunta a señalar que el *Estado debe "adaptar" sus normas locales para asegurar el cumplimiento de los tratados sobre esta materia.*[15]

---

10 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127, párr. 120.

11 Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo 2005. Serie C, núm. 123, párr. 91; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 119, párr. 219; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 206; OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 101.

12 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua..., cit*., párr. 170; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú..., cit*., párr. 220; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay..., cit*., párr. 205 y *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, núm. 100, párr. 142.

13 Corte IDH. OC-6/86. La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 9 de mayo de 1986. Serie A, núm. 6, párr. 34.

14 Corte IDH. OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva de 28 de agosto de 2002. Serie A, núm. 17, párr. 92. *Caso Yatama vs. Nicaragua..., cit*.

15 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, núm. 97, párr. 59; *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párr. 164; *Caso Bulacio vs. Argentina..., cit*., y *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay..., cit*., párr. 205.

Es importante repetir que el derecho internacional de los derechos humanos pivotea sobre dos cuadrantes fundamentales; por un lado, el valor del *derecho de gentes*[16] y, por otro, la *influencia de los tratados*[17] *y de la jurisprudencia internacional.*[18]

## 2. Control de convencionalidad y el control de constitucionalidad

### 2.1. Generalidades

La Corte IDH ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas, sino que su tarea *es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia.*[19]

Por ello, ha establecido —sin entrometerse en las jurisdicciones locales— que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos

> [...] tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como

[16] En ese sentido, una norma consuetudinaria prescribe que el Estado que ha firmado un convenio sobre derechos humanos debe introducir en el derecho interno las modificaciones necesarias para su incorporación a tal ámbito.

[17] Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*..., *cit.*, párrs. 140-144.

[18] CSJN. *Verbitsky, Horacio, s/ habeas corp*us, sentencia de 3 de mayo de 2005.

[19] Como bien apunta el juez Cançado Trindade, no se trata en verdad de "revisar" las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes. Germán, Albar y Cançado Trindade, Antonio, "Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos", AA. VV., *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos,* San José, Cox Editores, 1998, p. 584.

> uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando esta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada.[20]

En ese sentido, ha añadido que solo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional "[...] *deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos*".[21]

Esa doctrina legal que "indirectamente" tolera la fiscalización de la actividad jurisdiccional doméstica ha sido recibida por la CSJN con cierta cautela y con algunas idas y vueltas, aunque, como veremos, en los últimos tiempos fue acatada *in totum*, con ciertas disidencias.[22]

Hemos querido adelantar a modo propedéutico que ese Tribunal internacional ha determinado la postura en el sentido de que, por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en "controlar" si las normas locales acatan —o no— las convenciones internacionales y, por ende —repetimos—, *no se convierte en una "cuarta instancia" que deja sin efecto las leyes de los países.*

### 2.2. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión Interamericana? El valor de las recomendaciones

Corresponde preguntarse si las "decisiones" de la Comisión tienen valor vinculante. Antes que nada, importa destacar que el

---

20 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, núm. 144, párr. 167.

21 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 13, párr. 198; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135, párr. 121.

22 Hitters, Juan Carlos, "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos", *La Ley*, 2003-D, p. 1373.

tema es ríspido, ya que dicho cuerpo no goza de jerarquía jurisdiccional en sentido estricto y, por ende, no dicta "sentencias" como la Corte Interamericana, aunque se ve una gran similitud con estas. La Comisión produce informes, conclusiones y recomendaciones que, por lo menos, poseen un notorio valor moral, jurídico y político.

No es fácil saber si tales pronunciamientos tienen o no efecto vinculante, sobre todo partiendo de la base de que este cuerpo actúa en varias esferas y en distintos tipos de casos. Sin embargo, como muy bien remarca O'Donnell,[23] en las denuncias individuales regidas por la Convención, las decisiones reúnen las condiciones para ser obligatorias, ya que se trata de un "proceso" con todas las garantías, por lo que en estas situaciones la Comisión actúa como un organismo cuasijurisdiccional, a tal punto que sus resoluciones poseen las mismas formalidades que un fallo.[24]

Sin pretender entrar en elucubraciones demasiado complicadas ni en discusiones ateneístas, podemos decir que, como resulta por demás sabido, es posible la actividad contenciosa de un cuerpo no jurisdiccional, ya que, por ejemplo, algunos entes de naturaleza no judicial pueden ejecutar ciertas actividades de aquel tipo. Tal sería el encuadre de la Comisión en los casos en los que actúa a través de un verdadero proceso, ejerciendo la misión jurídica de individualización del derecho.

Como lo hace ver O'Donnell, el organismo que nos ocupa ha comenzado hace algún tiempo a llevar a cabo una interpretación de las consecuencias legales de las violaciones, incluyendo *indemnizaciones* a favor de las víctimas.[25]

---

23 O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, 2a. ed., Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, pp. 487-490. Véase también Chiabrera, Trinidad, "La revisión de las sentencias nacionales por los organismos interamericanos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos," *JA* 2006-I, p. 1272; Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional...*, *cit.,* t. II, pp. 278, 279 y 392.

24 Dunshee de Abranches, Carlos, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", AA. VV., *La Convención Americana sobre Derechos Humanos,* Washington, OEA, 1980, pp. 487 y 490.

25 O'Donnell, Daniel, *op. cit*., p. 490.

Todo ello —no sin ciertas dudas— nos permite expresar que determinados pronunciamientos, es decir, los provenientes de una denuncia, que deviene luego de un "proceso" con todas las garantías, pueden considerarse intrínsecamente obligatorios, con valor moral y jurídico, aunque por supuesto no son "ejecutables". De todos modos, no debemos olvidarnos de que una de las características del derecho internacional de los derechos humanos es que la mayoría de sus decisiones no tienen esta última característica, pero producen efectos vinculantes indirectos.[26]

Abordamos esta problemática para intentar demostrar la influencia que han tenido en el ámbito interno argentino las recomendaciones de la Comisión. Por ejemplo, el artículo 8.2.h del Pacto de San José impone el derecho que tiene el inculpado por un delito a recurrir ante una instancia superior. Dicho precepto ha dado lugar a un largo y antiguo debate en Argentina, pues algunos pensaron, hace tiempo, que ese requisito se cumplía con la posibilidad de incoar el recurso extraordinario federal que tipifica el artículo 14 de la vieja ley federal 48, mientras que otros sostuvieron —sobre todo la jurisprudencia interamericana— que tal vía, por ser extraordinaria y, por ende, limitada por regla a las cuestiones de derecho, no cubría las expectativas de aquella norma supranacional, y este fue uno de los motivos para que en el ámbito doméstico se crearan algunos tribunales de casación penal.

La CSJN, en el viejo caso *Jauregui,* había resuelto que el requisito de la doble instancia se acataba con la posibilidad de incoar el recurso extraordinario federal.[27]

Lo cierto —y como es por demás conocido— es que la Comisión Interamericana contradijo esas pautas y sostuvo, en el caso *Maqueda,* que el aludido remedio no cumplía con el requisito de la *doble instancia*. Todo hacía pensar que, al estar luego en funcionamiento los tribunales de casación, los problemas estaban solucionados, mas —como es sabido— ello no fue así.[28]

---

[26] Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional..., cit.,* t. II, pp. 282, 283 y 393.

[27] CSJN. Fallos 311:274.

[28] CSJN. *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa* —causa número 1681—, sentencia de 20 de septiembre de 2005. Allí dicho

El citado caso *Maqueda* fue el *leading case*[29] en esta problemática, ya que la Comisión determinó que el Estado argentino había violado el artículo 8.2.h y, a la par, el artículo 25 de la misma Convención,[30] habida cuenta de que el recurso en comento no resultaba apto —se dijo entonces— para satisfacer la doble instancia, postura que ratificó en los casos *Giroldi*, *Abella* y posteriores.

En el renombrado caso *Giroldi*,[31] de 7 de abril de 1995, la Corte Suprema de la Nación, y luego de la reforma constitucional de 1994, donde se les dio jerarquía constitucional a ciertos documentos de derechos humanos, entre ellos el Pacto de San José, cambió su postura establecida en *Jauregui* y terminó diciendo que, teniendo en cuenta dicha reforma y "considerando su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales para su interpretación y aplicación [...]", el recurso extraordinario federal no era apto para acatar lo dispuesto en el artículo 8.2.h del aludido Pacto. Añadió que la jurisprudencia de los tribunales internacionales "*debe servir de guía* para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (cursivas añadidas). Tales

Tribunal prácticamente convirtió en ordinario el recurso de casación en el ámbito nacional.

29 Informe de la Comisión. Caso 11.086 (9 de febrero de 1994). En efecto, Guillermo Maqueda intervino el movimiento sedicioso de *La Tablada* en el que los rebeldes tomaron una unidad militar. Por ello, fue condenado en 1990 por la Cámara Federal de San Martín en virtud de un procedimiento especial regulado por la ley 23.077 (Adla, XLIV-C, 2535), que imponía el juzgamiento por dicho órgano en instancia única. Interpuso ante ese tribunal el recurso extraordinario federal, que fue rechazado, por lo que llegó en queja ante la Corte Federal, la que en 1992 la repelió; por lo que el afectado llegó a la Comisión considerando que se había violado el aludido artículo 8.2.h. El cuerpo interamericano, el 9 de febrero de 1994, emitió su informe, sosteniendo que efectivamente el Estado argentino infringió tal norma. El afectado inició —por medio de la Comisión— una demanda ante la Corte regional, y el caso terminó en una solución amistosa (previa conmutación de la pena), por lo que la Comisión desistió de la pretensión incoada.

30 Habla de que toda persona tiene el derecho al ejercicio de un "recurso sencillo y rápido" que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

31 CSJN. Fallos 318:514.

razonamientos se aplicaron a rajatabla en el *Bramajo*[32] y en otros asuntos ulteriores.

En el caso *Abella* (juzgado también por el alzamiento de *La Tablada*),[33] de similares características a *Maqueda*, la Comisión, en su informe de 18 de noviembre de 1997, dijo que si bien la Constitución Nacional no impone la doble instancia —recordemos que ya había sido modificada en 1994— sí lo hace el Pacto de San José en el artículo 8.2.h, que en virtud de dicha reforma adquirió jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). La Comisión reiteró allí que el recurso federal no es idóneo para la doble instancia, pues, por regla, no admite el control de los hechos ni de la valoración de la prueba.

A fin de conocer cuál es el valor —vinculante— de las recomendaciones de la Comisión, lo cierto es que la Corte argentina había dicho en *Giroldi* y *Bramajo* —como vimos— que las mismas debían "servir de guía" para la interpretación de los tratados. Empero, luego a partir del caso *Acosta*[34] (fallado en 1998), hizo algunos cambios —retrocesos— respecto a su anterior postura, que luego se potenciaron en el caso *Felicetti*.

La mayoría de la CSJN puso de relieve en *Acosta* —repárese en que Claudia Acosta es una de las condenadas en la causa *Abella* (*La Tablada*)—[35] que los informes de la Comisión no resultan vinculantes para el poder judicial, añadiendo que los organismos internacionales no son otra instancia respecto de los tribunales argentinos. Señaló también que el Estado argentino, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, "[...] debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta razonable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas decisiones vinculantes para el Poder Judicial".[36]

---

32 CSJN. Fallos 319:1840.

33 CSJN. Fallos 321:3565, de 28 de diciembre de 1998.

34 CSJN. Fallos 321: 3564.a.

35 La minoría, en cambio, constituida por los jueces Boggiano y Bossert, le dieron valor vinculante.

36 La mayoría de la Corte dijo allí que, por razones de seguridad jurídica, las decisiones de los jueces argentinos no pueden revisarse por "ninguna juris-

Conviene acotar que la minoría —de los exjueces Boggiano y Bossert— se puso en las antípodas dando pleno valor a esos pronunciamientos.[37]

En el caso *Fellicetti*,[38] resuelto por la Corte argentina el 21 de diciembre de 2000, esta ratificó la postura expresada en *Acosta*, y añadió algunos conceptos.

Sostuvo —también por mayoría— que las recomendaciones de la Comisión en el caso *Abella*[39] lo fueron para el futuro, no para los ya decididos, aunque de todos modos no los consideró vinculantes.[40] Además, puntualizó algo que nunca había dicho: que el artículo 8.2.h no requiere la renovación del debate ante un organismo jurisdiccional superior, lo que pide dicha norma —enfatizó— es que la condena provenga de un tribunal superior. Lo cierto es que con ese razonamiento, de un plumazo, casi se pulveriza la doble instancia.[41] La mayoría expresó allí —en síntesis— que el citado precepto

---

prudencia internacional", incluyendo los fallos de la Corte Interamericana. Ello es cierto, ya que el órgano jurisdiccional interamericano no es una cuarta instancia que puede "casar" fallos del derecho interno (solo debe decir que viola la Convención), pero de ahí no puede deducirse que sus pronunciamientos no sean vinculantes.

37 Sostuvieron que dichas recomendaciones son vinculantes para todos los jueces del país (fallos 321 y ss.).

38 CSJN. Fallos 323:4131.

39 Recomendó la Comisión, en el caso que ya hemos analizado, "Que en cumplimiento de esas obligaciones previstas en los artículos 2 y 8.2.h de la Convención Americana, adopte las medidas necesarias con arreglo a sus predicamentos constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, 'en lo sucesivo', la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la ley 23.077 [...]". (comilla simple añadida)

40 Criterio ratificado en la causa "Recurso de hecho deducido por Jorge Francisco Alonso en la causa Alonso [...]" incoado el 19 de septiembre de 2002.

41 El doctor Boggiano, como parte de la minoría, puso de relieve que en este caso particular de Fellicetti (*La Tablada*), cuando en 1998 la Cámara Federal lo condenó, estaba vigente el art. 8.2.h, y, por lo tanto, imperaba la doble instancia. Ahora —dijo— se puede mejorar la situación de encartado por vía del recurso de revisión que fue la vía ejercida por este.

> [...] no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por esta [...] en modo alguno afecta las garantías de derecho de los procesados. Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución según la cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas [...], pues ambas tienen sin lugar a dudas gran valor por imperio de lo establecido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución, semejante conflicto carecería de solución [...] lo que la Convención aseguró, pues fue que la condena proviniese del tribunal superior en grado y no de uno inferior. Y en la época que la sentencia fue dictada no había sido aún creada la Cámara Nacional de Casación y los tribunales superiores de las causas penales federales eran las Cámaras Federales de Apelaciones.

En trabajos anteriores dijimos que no compartíamos aquella solución, ya que la Corte nacional le había hecho decir al artículo 8.2.h lo que no decía y, en todo caso, ante la eventual colisión de normas, debía tenerse en cuenta que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (Convención de Viena) —ratificada por Argentina— dice que no puede invocarse ninguna norma de derecho interno para infringir una convención internacional.[42]

En tal aspecto coincidimos entonces con Germán Bidart Campos y con Susana Albanese[43] en relación con los efectos vinculantes que tienen para los jueces del derecho interno las opiniones y decisiones de los dos órganos interamericanos del Pacto de San José, pues si los Estados se reservaran el derecho a interpretar las recomendaciones de la Comisión para aplicarlas en el ámbito doméstico según las circunstancias de cada caso concreto, estarían desvirtuando el sistema internacional de derechos humanos al que se han afiliado y en el que asumieron sus obligaciones.

Dicen estos autores que el acatamiento de Argentina a la jurisdicción supraestatal de la Comisión y de la Corte "perdería

---

42 Hitters, Juan Carlos, "Criterios establecidos...", *cit*. (entre otros).

43 En un trabajo publicado bajo la autoría de ambos en *JA*, 1999-II-357, titulado "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". Véase, en especial, p. 43.

el sentido que ha de asignarle la buena fe en las relaciones internacionales si los informes de la Comisión, en vez de resultar obligatorios, quedaran librados a merced y discreción de las autoridades argentinas [...]".[44]

En tal sentido, debemos reconocer la fuerza jurídica que tienen las opiniones consultivas y, con mayor razón, los fallos de la Corte Interamericana, por provenir de un organismo típicamente jurisdiccional.[45]

En suma, podemos decir que la Corte nacional, en anteriores integraciones, había dado marchas y contramarchas "minorizando" el valor de los pronunciamientos de la Comisión, ya que al principio, tanto en *Giroldi* como en *Bramajo,* sostenía que los mismos debían servir de guía, reiterando allí algunos criterios ya esbozados con anterioridad.[46] En *Felicetti* siguió la doctrina *Acosta* —como anticipamos— sosteniendo que el Estado argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuestas favorables a las recomendaciones de la Comisión; empero, ello no equivale a consagrar —dijo entonces la mayoría— el deber de los jueces de dar cumplimiento a su contenido, "al no tratase aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial".[47]

Este criterio nos pareció equivocado, por lo que preferimos la posición minoritaria, que con el correr de los tiempos hizo mayoría.

En los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de la Nación quedó claro que los informes y las opiniones de la Comisión constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación y ordenación valorativa de las cláusulas del Pacto de Costa Rica,

---

44 Trabajo citado.

45 Sagüés, Néstor, "Nuevamente sobre el valor para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *JA,* 1999-II-364.

46 CSJN. *Caso Ekmekdjian vs. Sofovich*, de 1992 (fallos 315:1492). Véase también *Caso Gorriarán Merlo*, de 1999 (fallos 323:2488) (La Ley, 1992-C, 543; DJ, 1992-2-296; 1996-1-770; La Ley, 2000-B, 108; 2001-C, 50; DJ, 2001-1-1120).

47 Véase CSJN. *Felicetti, Roberto y otros* (*La Tablada*), F. 787. XXXVI; sentencia de 21 de diciembre de 2000 (323:4130).

que deben ser tomadas en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquellas.[48]

### 2.3. ¿Son vinculantes los fallos de la Corte Interamericana?

#### *2.3.1. En el caso concreto*

Destacamos ya que las sentencias de la Corte IDH deben ser acatadas por la jurisdicción interna.[49]

Sin embargo, ese camino no ha sido llano para los tribunales de los diversos países que componen el modelo aquí analizado, a tal punto que la Corte Suprema de la Nación argentina ha ido evolucionando *progresivamente* —con marchas y contramarchas— para cumplimentar los pronunciamientos tanto de la Comisión como de la Corte regional.

Con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico, este país fue por primera vez condenado por la Corte Interamericana en 2002 en el caso *Cantos*, por violentar los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al perjudicar el acceso a la justicia del reclamante.[50] Ese Tribunal mandó a Argentina —entre otros requerimientos— a fijar nuevamente *de manera razonable* los gastos de un pleito por considerar que los determinados con anterioridad implicaban limitaciones económicas para el acceso a la justicia.

En dicho asunto (2003), el citado órgano local no dio total acatamiento al decisorio referido invocando razones de "derecho interno". Dijo, por ejemplo, que la reducción de los emolumentos de los peritos oficiales que no habían participado en el juicio

---

48 Voto del doctor Maqueda, Hagelin Ragnar, R. 17.XXXVII, párr. 15. Voto de los doctores Boggiano y Bossert en fallos: 321:3555.

49 García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2001, p. 156.

50 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*..., *cit*. Véase Gonzáles Campaña, Germán, "Juicio internacional a la justicia argentina. Tasas, honorarios, costas y plazos en la mira de la Corte Interamericana", *La Ley*, t. 2003-C. p. 1.

internacional afectaba el derecho de defensa. Sin embargo, la minoría entendió que el fallo debía respetarse en su totalidad, por ser el mismo vinculante.[51]

Finalmente, y a fin de dar cumplimiento a la sentencia interamericana, dispuso por el decreto 1313, de 11 de agosto de 2008, que el Poder Ejecutivo Nacional, por conducto de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, llevaría a cabo las actuaciones pertinentes.

Luego, en el caso *Bulacio,*[52] la Corte IDH condenó nuevamente a Argentina por violar los artículos 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención, en esa oportunidad por la muerte de un joven por parte de la policía. En dicho caso dispuso que se investigara y sancionara a los responsables, y que fueran indemnizados los familiares. La Corte nacional —en un interesantísimo decisorio y, por aquel entonces, con una nueva integración— cambió de tornas y —con algunas disidencias, pero en concordancia argumental— acató a cabalidad aquella sentencia,[53] a tal punto que dejó sin efecto un fallo local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado (comisario Espósito), disponiendo que se juzgara nuevamente al mismo.[54]

---

51 CSJN. Expediente 1307/2003. Decisorio de 21 de agosto de 2003 (véase el voto de la minoría doctores Boggiano y Maqueda).

52 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*..., *cit*. La Corte Interamericana, puso énfasis allí, siguiendo sus precedentes sobre la inadmisibilidad de las disposiciones sobre prescripción, o de cualquier otro obstáculo de derecho interno (párr. 116), mediante los cuales se pretenda impedir la investigación (arts. 1.1, 2 y 25, Pacto de San José). Ninguna disposición de la legislación doméstica puede impedir el cumplimiento de las obligaciones del Estado en cuanto a investigar y sancionar a los responsables (párr. 117), ni obstaculizar decisiones de órganos internacionales (párr. 119), se ha configurado, añadió, un caso de impunidad por lo que el Estado debe concluir la investigación e informar sobre sus avances (párr. 191).

53 CSJN. *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción*, E.224 39 de 23 de diciembre de 2004.

54 Pese a las disidencias antes señaladas, todos los integrantes de la Corte nacional (con algunas variantes argumentales) han acatado el pronunciamiento aludido partiendo de la base de que ella, como parte del Estado, debe cumplir los fallos de la Corte Interamericana, aunque —en este caso— tal actitud perjudique el derecho de defensa en el derecho interno, que tie-

Empero —vale la pena señalarlo—, en el ámbito local no se concluyó todavía la nueva investigación ni se modificaron en su totalidad las normas domésticas implicadas, como lo dispuso el fallo de la Corte IDH. Por ello, el Gobierno argentino dictó en 2008 el decreto 1313, antes aludido, a efecto de evitar nuevas condenas.[55]

---

ne raigambre constitucional. En este aspecto, el doctor Fayt puso de relieve que si bien es cierto que hay que acatar el fallo del aludido cuerpo regional (fallos 321:3555), ello no significa que haya que restringir los derechos procesales de los individuos, la competencia de la Corte Interamericana —añadió— se refiere exclusivamente a la responsabilidad del Estado y no a la de los individuos.

55 La norma dice textualmente: "Decreto 1313/2008. En el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos se dictarán las resoluciones necesarias para que el señor Secretario de Derechos Humanos, pueda intervenir como parte querellante en las causas en que se investigue la comisión de delitos en perjuicio de Walter D. Bulacio. Bs. As., 11/8/2008.
VISTO, el Decreto Nº 161 de fecha 31 de enero de 2003, la sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en el caso 'Bulacio vs. Argentina' (Nº 11.752) de fecha 18 de septiembre de 2003, el fallo de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en autos 'Espósito, Miguel Ángel s/ incidente, de prescripción de la acción penal' del 23 de diciembre de 2004, y la Resolución Nº 74 del 1º de agosto del corriente del Señor Procurador del Tesoro de la Nación, y,
CONSIDERANDO:
Que por acuerdo suscripto el 26 de febrero de 2003 con los representantes de la familia de Walter David BULACIO y la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, el Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional en el caso 'Bulacio vs. Argentina' (Nº 11.752) en trámite ante la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
Que por sentencia recaída en el caso el 18 de septiembre de 2003, el tribunal internacional impuso al Estado argentino, entre otras obligaciones, la de 'proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos', y la de 'que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones'.
Que, en mérito a ello, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, por fallo del 23 de diciembre de 2004, en los autos 'Espósito, Miguel Ángel sobre incidente de prescripción de la acción penal', resolvió revocar la declaración de extinción de la acción penal por prescripción en las actuaciones judiciales que investigan la privación ilegal de la libertad de Walter David BULACIO.
Que, en otro orden, el Señor Procurador del Tesoro de la Nación dispuso mediante Resolución Nº 74 del 1º de agosto del corriente, encomendar

al Servicio Jurídico Permanente del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, la representación del Estado Nacional en el Expediente Nº 11.636 del registro de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, iniciado con la denuncia que presentara José María CANTOS por ante la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; y la representación del Estado Nacional en la causa caratulada Caso Nº 11.752 del registro de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, iniciado con la denuncia que presentaran los familiares de Walter David BULACIO por ante la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ambos en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia.

Que el Estado Nacional tiene un significativo interés institucional en satisfacer los deberes emergentes de su declaración de responsabilidad internacional, entre los que se encuentra el de garantizar a los familiares de la víctima el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que en el caso requiere que, con el máximo respeto a la división constitucional de poderes, el Poder Ejecutivo nacional adopte intervención en las actuaciones judiciales de referencia.

Que el MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, por conducto de la SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS, es el órgano a través del cual el Gobierno Nacional desarrolla la política en materia de promoción y defensa de los derechos humanos (conforme artículo 22 de la Ley de Ministerios, Nº 22.520 —t.o. según Decreto Nº 438/92— y sus modificatorias).

Que, en consecuencia, corresponde autorizar al titular del referido Ministerio para el dictado de los actos necesarios a fin de que la SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS, o los funcionarios a quienes se les encomiende ese cometido, puedan intervenir como parte querellante en los procesos en los que se investigue la comisión de delitos en perjuicio de Walter David BULACIO, como asimismo asumir la representación del Estado Nacional en los Expedientes Nº 11.636 [Cantos] y Nº 11.752 [Espósito] del registro de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Que la especialidad de la materia de que se trata, ajena al cometido habitual de los servicios jurídicos permanentes y delegados del Cuerpo de Abogados del Estado, configura una situación excepcional que torna procedente la designación de abogados que actúen en forma específica para el fin propuesto.

Que el artículo 99, inciso 1, de la CONSTITUCIÓN NACIONAL confiere competencia para el dictado del presente acto.

Por ello,

LA PRESIDENTA DE LA NACIÓN ARGENTINA

DECRETA:

Artículo 1º — En el ámbito del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS se dictarán las resoluciones necesarias para que el Señor SECRETARIO DE DERECHOS HUMANOS, pueda intervenir como parte querellante en las causas en que se investigue la comisión de delitos

Vemos en *Espósito* (*Bulacio*) un avance en la jurisprudencia interna.[56] En efecto, sostuvo sin eufemismos ese cuerpo —por mayoría— que "[...] la decisión [de la Corte IDH] [...] *resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH),* por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional [...]" (párr. 6).[57] (Cursivas añadidas)

Dicho criterio fue ampliamente confirmado y ampliado en el caso *Simón*,[58] donde el más alto Tribunal doméstico, con base en los delitos de lesa humanidad decretó —por mayoría—[59] la

---

en perjuicio de Walter David BULACIO. El Señor Secretario de Derechos Humanos podrá encomendar las tareas de seguimiento de las respectivas causas judiciales a profesionales que actúen en el organismo a su cargo.
Art. 2º — En el ámbito del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS se dictarán las resoluciones necesarias para que la SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS, a través de la DIRECCIÓN NACIONAL DE ASUNTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, asuma la representación del Estado Nacional en los Expedientes Nº 11.636 [Cantos] y Nº 11.752 [Espósito] del registro de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El Señor Secretario de Derechos Humanos podrá encomendar las tareas de seguimiento de las referidas causas a profesionales que actúen en el organismo a su cargo.
Art. 3º — Comuníquese, publíquese, dése a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese. — FERNANDEZ DE KIRCHNER. — Aníbal D. Fernández".

56 Véanse "Los casos Laríz Irondo y Arancibia Clavel sus similitudes y diferencias con respecto a delitos de lesa humanidad", en Gelli, María Angélica, *El terrorismo y el desarrollo progresivo de un delito internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

57 CSJN. Fallos: 321:3555.

58 CSJN. *Simón, Julio H. et al.*, Sentencia de 14 de junio de 2005, *La Ley*, Buenos Aires, 29 de julio de 2005. No hace mucho ese órgano jurisdiccional ha expresado que la jurisprudencia de la Corte IDH, así como las directivas de la Comisión, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados del Pacto de San José (CSJN, *Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado nacional-Armada Argentina y otro s/ accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad*, 28 de noviembre de 2006, M.678. XXXVIII, T. 329, p. 5382). Aquí ese tribunal ya no habla de que los preceptos deben "servir de guía", como decía en *Giroldi* y *Bramajo*.

59 Esta vez con la disidencia del doctor Fayt, que en su brillante voto consideró que la Corte IDH no puede decidir, sin base legal, retroactivamente la imprescriptibilidad de la acción penal (párr. 7).

inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad como las llamadas de "obediencia de vida" (ley 23.521) y "punto final" (ley 23.492).[60] Para ello —con buen tino—, y siguiendo el modelo interamericano, dinamitó varios postulados jurídicos, tales como el de la irretroactividad de la ley penal (en este caso en perjuicio del reo), el de la cosa juzgada y el de la prescriptibilidad de las acciones.[61]

La Corte regional, siguiendo lo dispuesto por los artículos 62.3 y 68.1 del Pacto de Costa Rica, ha dicho que sus fallos son —en el caso concreto— de cumplimiento obligatorio para los Estados. Los países —salvo algunas excepciones como Perú, que finalmente luego aceptó una condena—;[62] han sido casi siempre respetuosos de los fallos de la Corte IDH, no solo en cuanto a la reparación económica, sino también cuando ordenan al poder público llevar a cabo ciertas conductas reparatorias,[63] tanto de hacer como de no hacer.[64]

Por último, y para demostrar esta influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, no ya

---

60 Dicho pronunciamiento fue criticado por varios autores (entre ellos por Badeni, Gregorio, "El caso Simón y la supremacía constitucional", *La Ley*, 29 de julio de 2005), la Academia Nacional de Derecho y por el Colegio de Abogados de Buenos Aires. En el caso *Casal,* la CSJN ratificó lo dicho en *Simón*.

61 Todo ello basándose en la doctrina jurisdiccional del referido Tribunal regional (véase Pizzolo, Calógero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque constitucional federal", *La Ley*, 2006-D, p. 1022).

62 Véase Hitters, Juan Carlos, "Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso de Perú)", *La Ley*, 1999-F, p. 893.

63 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua..., cit*.; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 162; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154. Véase Hitters, Juan Carlos, "Los tribunales supranacionales", *La Ley,* 2006-E, p. 818.

64 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm75; *Caso La Cantuta vs. Perú..., cit*. y *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71. Véase *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104.

en el asunto concreto, sino como doctrina legal, podemos citar el caso *Verbitsky,* donde el referido cuerpo jurisdiccional, siguiendo los pronunciamientos de la Corte Interamericana, ordenó al poder judicial bonaerense adaptar las condiciones carcelarias a los conceptos modernos y a los poderes legislativo y ejecutivo a llevar a cabo acciones en tal sentido.[65]

### *2.3.2. Efecto expansivo. Casos:* Barrios Altos, Tribunal Constitucional *y* La Cantuta *(obligatoriedad para todos los poderes públicos)*

En los últimos tiempos, la Corte IDH, refiriéndose al derecho interno peruano y a partir de los casos: *Barrios Altos*, *Tribunal Constitucional* y, especialmente, en *La Cantuta*, ha señalado enfáticamente los efectos *erga omnes* de sus fallos para todo el derecho interno de un país, en este caso, Perú.[66]

El propio Tribunal Constitucional de dicha nación ha ratificado los efectos atrapantes de los decisorios de marras de la siguiente manera:

> *La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso)*, sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria] CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito *la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad

---

65 CSJN. *Verbitsky, Horacio.* Sup. Const 2005 (julio), 32, con nota de Marcela I. Basterra; Pedro M. Lorenti (h.) - DJ 18 de mayo de 2005, 174 - Sup. Penal 2005 (agosto), 16, con nota de María de los Ángeles Milicic; Víctor R. Corvalán, *La Ley*, 3 de mayo de 2005. Véase también Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. P.83.909. *Verbitsky, Horacio. —Representante del Centro de Estudios Legales y Sociales—. Habeas corpus. Rec. de casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley*, diciembre de 2005.

66 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú..., cit*.; *Caso La Cantuta vs. Perú..., cit*., y *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú..., cit*.

> interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal [...] La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la [Corte Interamericana], de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere.[67] (cursivas añadidas)

En efecto, la Corte IDH, en el caso *La Cantuta*, ha expresado que

> De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso Barrios Altos está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia.[68]

Por ende, importa apreciar que tanto en *Barrios Altos* como en los casos *Tribunal Constitucional* y *La Cantuta*, la Corte IDH se comportó como un tribunal constitucional anulando las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes*.[69]

---

67 Tribunal Constitucional en el caso *Arturo Castillo Chirinos*, Expediente núm. 2730-06-PA/TC, de 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13.

68 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú...*, *cit*., párr. 186, citando el *Caso Barrios Altos vs. Perú...*, *cit*. Dichas pautas fueron aplicadas por la CSN en varios casos, entre los que podemos citar: *Hagelin, Ragner...*, *cit*., voto del doctor Fayt, párr. 7 y voto del doctor Boggiano, párr. 4.

69 Repárese en la similitud que tienen dichos precedentes con lo actuado, por ejemplo, por la CSJN en el ya aludido caso *Simón*.

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

### *2.3.3. Acatamiento amplio (efectos* erga omnes*)*

Ya hemos puntualizado —quizá con demasiada insistencia— que las sentencias de dicho órgano son obligatorias para el caso concreto y, en algunas circunstancias, para los demás asuntos de la misma esencia (como en Perú), a lo que añadimos que tal temperamento ha sido receptado también por la CSJN, en los temas vinculados a delitos de lesa humanidad, donde se han aplicado a rajatabla dichas pautas jurisdiccionales, como hemos señalado.

La duda aparece cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de "doctrina legal" de aplicación digamos obligatoria no solo para los delitos de lesa humanidad, sino para todos los casos similares, en cualquiera de los países signatarios.

En este orden de ideas, parece preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el artículo 31.1 de la Convención de Viena dispone que, si un Estado firma un tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes.[70]

Empero, lo cierto es que ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH, salvo, obviamente, para el caso concreto.

---

[70] Gozaíni, Osvaldo, "Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno", en Berizonce, Roberto; Hitters, Juan Carlos y Oteiza, Eduardo (coords.), *El papel de los tribunales superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, segunda parte, p. 307.

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el derecho internacional de los derechos humanos. Surge —a nuestro modo de ver— de tal análisis que, en principio, existe por lo menos un *vínculo moral y también jurídico de acatamiento,* ya que el incumplimiento de los tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (arts. 1.1 y 2 CADH).

Cuando la CSJN sostiene que los pronunciamientos de la Corte IDH y de la CIDH "deben servir de guía" o "constituyen una imprescindible pauta de interpretación", está diciendo —desde la perspectiva del derecho interno— que los mismos tienen valor de doctrina legal.

### *2.3.4. ¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*

La competencia consultiva está regulada en el Pacto de San José, en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y tiene en miras, según lo ha expresado el mencionado Tribunal,[71] coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Se trata de un *método judicial alterno*, por medio del cual se puede lograr la interpretación de la Convención *sub examine*, y de *otros tratados atinentes a los derechos humanos* en el Sistema Interamericano. Como con toda claridad lo ha puesto de relieve ese Tribunal, esta tarea que cumple "es única en el derecho internacional contemporáneo".[72]

Si bien es cierto que estamos en presencia de un tipo de jurisdicción, no lo es menos que, según lo ha remarcado dicho organismo, existen diferencias con la función "contenciosa", a saber: a través de la última se dispone que se garantice al lesionado,

[71] Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional..., cit.,* t. II, párr. 317.

[72] Corte IDH. OC-3/83. Restricciones a la pena de muerte (art. 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre los Derechos Humanos). Opinión consultiva de 8 de septiembre de 1998. Serie A, núm. 3, fallos y opiniones, párr. 25.

mientras que por la consultiva se logra una interpretación de ciertos documentos internacionales (misión asesora); la contenciosa depende de la aceptación previa de los Estados, la otra no (dado que impera automáticamente a partir de la ratificación de la convención); la primera culmina con un fallo que en algunos casos puede ejecutarse (art. 68.2 CADH), mientras que la consultiva no es coercible, aunque la práctica internacional demuestra que siempre es acatada por los países.[73]

La verdad es que dicha figura se inserta en el sistema regional con algunas modalidades propias, es decir, posee una esencia especial, que nos muestra una marcada distinción con la tarea similar que llevan a cabo tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Internacional de Justicia.

Existen algunas dudas en la doctrina con respecto a la naturaleza jurídica de la función consultiva, en el sentido de saber si estamos ante una tarea jurisdiccional o no. Elucidar la problemática escaparía a nuestro propósito. No obstante, y si nos adscribimos a la teoría del órgano, la conclusión no admite réplica, pues parte de la base de que toda la actividad de un tribunal —como el interamericano— es jurisdiccional, por ser un cuerpo de esencia judicial.[74]

Las discrepancias entre los autores surgen con mayor énfasis cuando se pretende saber si tales dictámenes *son o no vinculantes*, y aquí, si bien es cierto que en principio la respuesta parece ser

---

73 Corte IDH. OC-3/83..., *cit*., párrs. 15-21. Dicho cuerpo señaló que en la tarea consultiva no hay "partes" (párr. 14) pues no existen "demandados", ya que en esta actividad se busca una "interpretación" y no una "condena", por ende, la Corte no está obligada a resolver primero su competencia y luego el fondo (párr. 14). Desde esta perspectiva, convengamos que los Estados no son llamados a defenderse, pues en verdad no resultan "denunciados", aunque este tipo de jurisdicción puede afectar ciertos intereses de ellos (párr. 15). La función que nos ocupa, no tiene —tal como vimos— efectos vinculantes (párr. 19). La palabra "caso" solamente se utiliza para la contenciosa (párrs. 19 y 20). También varía la legitimación activa, no obstante los requisitos de la contenciosa no se extienden a la consultiva (párr. 21).

74 Cisneros Sánchez, Máximo, "Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios y Documentos*, IIDH, p. 53.

negativa, no lo es menos que en la realidad estos pronunciamientos originan un efecto similar al de la jurisdicción contenciosa,[75] ya que son voluntariamente acatados por sus destinatarios, sin reparos.[76] Tan es así que en la opinión consultiva (OC) 3/83 —sobre las restricciones a la pena de muerte— el Gobierno de Guatemala, luego de que la expidiera la Corte regional, dispuso la abolición de ese castigo máximo.[77]

Puede decirse —en suma— que, no obstante tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte,[78] y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser *jurisdiccional,*[79] y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos.[80]

Si bien es cierto que la propia Corte IDH ha dicho que sus opiniones consultivas "[...] no tienen el mismo efecto vinculante

---

75 Buergenthal, Thomas, "Las convenciones europea y americana", AA. VV., *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría Genera de la OEA, 1980, p. 185.

76 De todos modos —reiteramos— ello no nos puede llevar a confundir ambas competencias, pues como dijo la propia Corte Interamericana, en el procedimiento contencioso, dicho Tribunal no solo debe interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir sobre los mismos: sino también, si fuere del caso, garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. En cambio en la temática consultiva, la Corte no está llamada a resolver las cuestiones fácticas, sino a emitir su parecer sobre la interpretación de una norma jurídica. En esta oportunidad, ese cuerpo ejercita una misión asesora que no tiene el mismo efecto coercitivo que se le reconoce a la contenciosa. Corte IDH. OC-3/83..., *cit*., párr. 32.

77 Corte IDH. OC-3/83..., *cit*.

78 Dunshee de Abranches, Carlos, *op. cit*., p. 123.

79 Piza Escalante, Rodolfo, "La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos", AA. VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos,* San José, IIDH, p. 168, n. 9.

80 Corte IDH. OC-1/82. "Otros Tratados" Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 1, fallos y opiniones, párr. 25.

que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención [...]",[81] no lo es menos que posee "[...] *efectos jurídicos innegables* [...]".[82] No hace mucho, dicho órgano interamericano ha resaltado el

> [...] amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo. Esta constituye 'un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales' sobre derechos humanos. Con ello se auxilia a los Estados y órganos en la aplicación de tratados relativos a derechos humanos, sin someterlos al formalismo y a las sanciones inherentes al proceso contencioso.[83]

En síntesis, puede sostenerse que esta específica alta función interpretativa que cumple dicho cuerpo, si bien no es vinculante en sentido propio, apoya su fuerza —como vimos— en la autoridad científica y moral de la Corte, *y tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional y, en particular, para el Estado que lo solicitó.*

## 3. Final

De lo dicho se infiere la notable *influencia*[84] *que han ejercido en el derecho interno*[85] *los tribunales internacionales y, por ende, la apli-*

---

81 Corte IDH. OC-1/82..., *cit*., párr. 51.

82 Corte IDH. OC-15/97. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 14 de noviembre de 1997. Serie A, núm. 15, fallos y opiniones, párr. 26.

83 Corte IDH. OC-19/05. Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 28 de noviembre de 2005. Serie A, núm. 19, fallos y opiniones, párr. 18.

84 Véase Montesiri, Ricardo y Rosales Cuello, Ramiro, "La sentencia arbitraria como vulneración al debido proceso", *JA,* 2005, fascículo 2, de 12 de enero de 2005.

85 *Cfr*. Morello, Augusto Mario, "La defensa en juicio. Nuevos contenidos y reformulaciones", La Ley, 2001-C, p. 49.

*cación de los tratados y de los pronunciamientos de los órganos del Pacto de San José*.[86]

Es importante ver cómo las directivas emitidas por estos cuerpos supranacionales se han derramado como derecho positivo en el ámbito doméstico y, en paralelo, observar la importancia del contralor heterónomo por parte de la Comisión y de la Corte que han terminado no solo por inspeccionar el acatamiento por parte de los Estados de ciertas convenciones internacionales, sino también —y por vía excepcional— a las propias decisiones de los jueces locales.[87]

Todo ello ha logrado verdaderas mutaciones en los ordenamientos de los diversos países sujetos a este régimen, tanto de origen *sustancial* como *adjetivo*; por ejemplo, y como señalamos, a través del pronunciamiento en el caso "*La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos)*,[88] Chile tuvo que corregir su propia Constitución.

En 2005, en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*,[89] la Corte IDH ordenó dejar sin efecto sentencias condenatorias dictadas en 1995 por la Corte Marcial de la Armada, que habían dispuesto la prohibición de la publicación de un libro que abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar. Aquel Tribunal dispuso, en paralelo, que el Estado debía permitir la edición de dicha obra.[90]

---

86 Como dice Morello: "En la nueva edad de las garantías y de un opulento y efectivo proceso justo la gravitante influencia de los Tribunales transnacionales y sus vinculantes sentencias, condicionan el modelo interno de las naciones integrantes de las respectivas comunidades (las de América Latina o las de la Europa Unida, así la Corte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo). El impacto fue notable en el área penal (CS, a partir del caso Giroldi, fallos, 318:514)", Morello, Augusto Mario, "Recurso de casación, o recurso de apelación", La Ley, 2002-C, p. 122.

87 Hitters, Juan Carlos, "Los tribunales supranacionales", *cit*.

88 Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73; *Caso Barrios Altos vs. Perú..., cit*.; *Caso La Cantuta vs. Perú..., cit*., y *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú..., cit*.

89 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile..., cit*., párr. 9.

90 El señor Humberto Palamara Iribarne escribió el libro aludido que supuestamente dañaba la imagen de la Armada chilena, por lo que en el orden

En 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* citando a *Barrios Altos*, reiteró el criterio de la imprescriptibilidad de las leyes de amnistía y dejó en claro enfáticamente que en el derecho interno el Estado debe dejar sin efecto las resoluciones y sentencias dictadas sobre esta problemática —que permitían la impunidad— y remitir las actuaciones a la justicia ordinaria, para que dentro de un pronunciamiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano.[91]

Más recientemente, esto es, en 2006, en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile,*[92] la Corte IDH condenó a dicho país trasandino modificar su legislación doméstica. En efecto, la Comisión Interamericana presentó una demanda con el fin de que se declarara que el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 25 (derecho a la protección judicial). Señaló en su pretensión liminar que las autoridades locales se habían negado a brindar a Marcel Claude Reyes y otros la información requerida ante el Comité de Inversiones Extranjeras con referencia a una empresa forestal relacionada con un proyecto de deforestación, por ser perjudicial —según los denunciantes— para el medioambiente e impedir el desarrollo sostenido de Chile. Finalmente, la Corte —como adelantamos— determinó haber lugar a dicha pretensión e indicó que se debía adecuar el derecho interno para posibilitar la publicidad de los actos de gobierno.[93]

---

interno se dispuso la eliminación del texto del disco duro de la computadora personal de Palamara Iribarne. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile..., cit*., párr. 2.

91 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile..., cit*., párr. 148. Véase el dictamen del perito propuesto por la Comisión, Humberto Raúl Ignacio Alcalá Nogueira, quien hace un detallado análisis del derecho interno Chileno, párr 72, c.

92 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

93 Dicho cuerpo jurisdiccional sostuvo que "El Estado debe, a través de la entidad correspondiente y en el plazo de seis meses, entregar la información solicitada por las víctimas, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto, en los términos de los párrafos 157 a 159 y 168 de la presente Sentencia [...] El Estado debe publicar, en el plazo

Acatando tal decisorio, Chile dictó una ley disponiendo que a partir de abril de 2009 —cuando entre en vigor dicha normativa— el requerimiento de información hecho por cualquier ciudadano a un organismo público, sobre una resolución de su área, deberá ser respondido en un máximo de 20 días.[94] De esa forma, el fallo sentó jurisprudencia reconociendo por primera vez el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental y parte de la columna basal del sistema democrático,[95] extensible —según creo— a todo el ámbito interamericano, en la medida en que se den circunstancias fácticas similares.

Recuérdese también que, en Guatemala, la Corte IDH suspendió la pena de muerte en un asunto concreto a través de una medida provisional. En el mismo sentido, el más alto cuerpo judicial argentino —siguiendo dichas pautas— ha permitido la modificación de sentencias que habían pasado en autoridad de cosa juzgada en el sector local, o la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del acusado (*Bulacio, Simón*). Este Tribunal,

---

de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los Hechos Probados de esta Sentencia, los párrafos 69 a 71, 73, 74, 77, 88 a 103, 117 a 123, 132 a 137 y 139 a 143 de la presente Sentencia, que corresponden a los capítulos VII y VIII sobre las violaciones declaradas por la Corte, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutiva de la misma, en los términos de los párrafos 160 y 168 de la presente Sentencia [...] El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 161 a 163 y 168 de la presente Sentencia [...] El Estado debe realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo el control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información, en los términos de los párrafos 164, 165 y 168 de la presente Sentencia [...]".

94 En Argentina, el decreto 1172/2003 obligó al poder ejecutivo a dar información en los casos que le sea solicitada.

95 La sentencia no solo mandó a dar la información denegada, sino también a crear las herramientas que garanticen el *derecho a la información*. De ahí la normativa dictada con vigencia a partir de abril de 2009.

en el caso *Casal*,[96] pegó un verdadero brinco para responder a lo normado en el artículo 8.2.h del Pacto de San José (en cuanto a la doble instancia) ampliando —por vía jurisdiccional— la competencia de la Cámara de Casación Penal atribuyéndole tareas casi propias de la alzada.[97]

Bajo tal óptica, no olvidemos que la Corte de la Nación, poniendo en juego la jurisprudencia internacional, ha dado instrucciones a los jueces inferiores para que eviten el agravamiento de las condiciones carcelarias y, aún más, intimó a los poderes legislativo y ejecutivo bonaerenses para que adecuen la legislación procesal y las prácticas a los estándares nacionales e *internacionales* (*Verbitsky*).

Todas estas decisiones de los cuerpos supranacionales —especialmente las de la Corte— han servido, como dice Marcel Storme, para uniformar la jurisprudencia regional, tal como sucedió en el Viejo Continente. El autor ha señalado con mucha claridad que a través de la interpretación hecha por el Tribunal del Tratado de Roma —con sede en Estrasburgo—, en especial del artículo 6 —similar al artículo 8 del Pacto de San José—, más de 800 millones de habitantes pertenecientes al Consejo de Europa se encuentran bajo la influencia de ese Tribunal internacional.[98]

---

96 Véase Morello, Augusto Mario y González Campaña, Germán, "Reformulación de la casación penal", *La Ley,* Suplemento Penal, 2005, p. 16.

97 CSJN. *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*, causa número 1681. C. 1757. XL. Fallo de 20 de septiembre de 2005.

98 Ayala Corao —exintegrante de la Comisión IDH— sostiene que "En Latinoamérica se ha consolidado constitucional y convencionalmente un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, con la jurisprudencia constitucional. Ello ha llevado a la existencia de un núcleo fundamental o esencial de derechos que se impone a los países, constituyendo así una base común, un nuevo *ius commune* para las Américas y concretamente para Latinoamérica [...] De allí la importancia de armonizar las jurisdicciones nacionales y particularmente las constitucionales con las jurisdicciones internacionales, a fin de lograr la protección efectiva de los derechos humanos, atendiendo siempre a su progresividad. Ello está permitiendo la confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos, para la consolidación de una nueva rama: el *Derecho de los derechos humanos*. Este

Por eso señalamos que, en verdad, la Corte Interamericana, en el campo doméstico, ha jugado un papel que podríamos llamar "*casatorio*"[99] imponiendo indirectamente cierta homogeneidad en la interpretación de la Convención y de otros tratados,[100] y ha supervisado inclusive el cumplimento de sus propios fallos.[101]

No queremos finalizar sin reiterar que estos decisorios judiciales son obligatorios para los Estados en cada caso concreto, de conformidad con los artículos 62.3 y 68 del Pacto de Costa Rica y la jurisprudencia del Tribunal regional que hemos citado.

Desde este cuadrante, la Corte IDH ha puesto de relieve reiteradamente que la obligación de acatar sus juicios corresponde al principio básico del derecho de la responsabilidad internacional de los países,[102] apoyado en la jurisprudencia internacional, según la cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).[103]

Como lo ha remarcado ese Tribunal, y tal cual surge "[...] del artículo 27 del de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, *[los Estados] no pueden por razones de*

---

derecho es en definitiva el nuevo Derecho global, es decir, un Derecho de gentes, universal, integrador (internacional y nacional), que descansa sobre los valores del Derecho Natural, como ley suprema de la humanidad que emana de la dignidad de la persona humana". Ayala Corao, Carlos, "La repercusión de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", Foro Constitucional Iberoamericano, núm. 7, 2004, pp. 1-74.

99 En sentido lato.

100 Véase, Albanese, Susana, "Supervisión e incumplimiento de sentencias nacionales e internacionales. Problemas estructurales", *JA*, fascículo 10-2005, pp. 3-17.

101 Morello sostiene que las cortes supremas nacionales no son ya instancia última y que la eventual revisión de sus pronunciamientos definitivos sucede en una instancia internacional. Morello, Augusto Mario, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, t. II, p. 1209.

102 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá...*, *cit*.

103 La Corte IDH ha dicho que la responsabilidad del país —por el principio de continuidad del Estado— se origina con independencia de la época en la que se cometieron las violaciones. Véase Corte IDH. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de mayo de 2008. Serie C, núm. 180, párrs. 41 y ss.

*orden interno dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida*".[104] (Cursivas añadidas)

Sin perjuicio de ello, también hemos puesto de relieve que la jurisprudencia de este órgano de la OEA —y en algunos pronunciamientos la de la Comisión—[105] está revestida de cierto valor vinculante "en general" (no hablamos ya del caso concreto) *o, por lo menos, deben servir de guía para la interpretación de la Convención por parte de los tribunales argentinos*.

A modo conclusivo, es posible reiterar que las sentencias de la Corte IDH son vinculantes no solo para el caso juzgado, sino también, como ha sucedido en Perú, para todo el Estado en asuntos similares (p. ej., *Barrios Altos*, *Tribunal Constitucional* y *La Cantuta*), pauta que hemos denominado "efecto expansivo" (véase punto 3.3.2).

Por lo que se refiere a la vinculación general de la doctrina legal de los fallos de la Corte IDH, el tema es discutible, aunque nosotros creemos que tiene valor *erga omnes,* ya que el incumplimiento de los tratados y de las directivas de los órganos del Pacto de San José imponen, a la postre, la responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 CADH) en cualquiera de sus tres poderes[106] (art. 27 de la Convención de Viena, ya citado).[107]

Las opiniones consultivas, según lo destacamos, tienen efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional y, en particular, para el Estado que las solicita.

---

104 Corte IDH. *Caso Liliana Ortega y otras vs. Venezuela*. Medidas provisionales respecto de Venezuela de 4 de mayo de 2004.

105 Hitters, Juan Carlos, "Criterios establecidos...", *cit*.

106 Hitters, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales", *La Ley,* 2007-C, p. 875. Así como en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año V, núm. 1, 2007, pp. 203-222.

107 Sobre la responsabilidad del Estado por violación de los tratados internacionales véase el excelente libro de los juristas colombianos Rey Cantor, Ernesto y Rey Amaya, Ángela Margarita, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* México-Bogotá, IIDH-UNAM-Temis, pp. 24-346.

## Bibliografía

Albanese, Susana, "Supervisión e incumplimiento de sentencias nacionales e internacionales. Problemas estructurales", *JA*, fascículo 10-2005.

Ayala Corao, Carlos, "La repercusión de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", Foro Constitucional Iberoamericano, ISSN 1696-2494, núm. 7, 2004.

Badeni, Gregorio,"El caso Simón y la supremacía constitucional", *La Ley*, 29 de julio de 2005.

Biavati, Paolo, *La Corte di Giutizia dell´Unione Europea,* Coloquio, Administración de Justicia en Iberoamérica y Sistemas Judiciales Comparados, México, octubre de 2005.

Buergenthal, Thomas, "Las convenciones europeas y Americana", AA. VV., *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría Genera de la OEA, 1980.

Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia. Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica*, trad. de Juan Carlos Hitters, JA, 1981-III-810/814.

Chiabrera, Trinidad, *La revisión de las sentencias nacionales por los organismos interamericanos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, JA-2006-I.

Cisneros Sánchez, *Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, IIDH.

Corte Suprema Nacional, Simón, Julio H. *et al.*, "Sentencia de 14 de junio de 2005", *La Ley*, Buenos Aires, 29 de julio de 2005, comentado por Gregorio Badeni.

Dunshee de Abranches, Carlos, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", AA. VV., *La Convención Americana sobre Derechos Humanos,* Washington, OEA, 1980.

García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2001.

Gelli, María Angélica, *El terrorismo y el desarrollo progresivo de un delito internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

Germán, Albar y Cançado Trindade, Antonio, "Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos", AA. VV., *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos,* Costa Rica, Cox Editores, 1998.

Gozaíni, Osvaldo, "Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno", en Berizonce, Roberto; Hitters, Juan Carlos y Oteiza, Eduardo (coords.), *El papel de los tribunales superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, segunda parte.

Hitters, Juan Carlos, *Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos*, Buenos Aires, La Ley, 2003-D.

Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, 1999, t. I.

Hitters, Juan Carlos, *Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso de Perú)*, Buenos Aires, La Ley, 1999-F.

Hitters, Juan Carlos, *Los tribunales supranacionales,* Buenos Aires, La Ley, 2006-E.

Hitters, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales", La Ley, 2007-C.

Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Óscar, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, 2006, t. I.

Montesiri, Ricardo y Rosales Cuello, Ramiro, "La sentencia arbitraria como vulneración al debido proceso", *JA,* 2005, fascículo 2.

Morello, Augusto Mario, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, t. II.

Morello, Augusto Mario, "Movidas y reservas de la dimensión trasnacional del derecho", *La Ley*, Buenos Aires, 2004-B.

Morello, Augusto Mario, "Recurso de casación, o recurso de apelación", *La Ley,* 2002-C.

Morello, Augusto y González Campaña, Germán, *Reformulación de la casación penal*, La Ley, Suplemento Penal, 2005.

Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo,* IIDH-Civitas, 1987.

Nogueria Alcalá, Humberto, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006.

O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, 2a. ed., Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989.

Piza Escalante, Rodolfo, "La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos", AA. VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Costa Rica, IIDH.

Pizzolo, Calógero, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque constitucional federal*, Buenos Aires, La Ley, 2006-D.

Rey Cantor, Ernesto y Rey Amaya, Ángela Margarita, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,* México-Bogotá, IIDH-UNAM-Temis.

Sagüés, Néstor, "Nuevamente sobre el valor para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *JA,* 1999-II-364.

*El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano*
***Efectos. Obligatoriedad***
Juan Carlos Hitters
se terminó de imprimir en junio de 2021,
en Hear Industria Gráfica
Querétaro, México,
su tiraje consta de 1000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

## OTRAS PUBLICACIONES

*Sobre los límites de la justicia constitucional*
**Eloy Espinosa-Saldaña Barrera**

*La argumentación constitucional*
*de la Suprema Corte.*
*A diez años de la reforma de derechos humanos*
**Roberto Niembro Ortega**
**(En coedición con el IIJ-UNAM)**

*Test democrático interamericano frente al COVID-19*
**Mariela Morales Antoniazzi (coord.)**
**(En coedición con el MPIL y la DFG)**

*Justicia constitucional y protección de derechos.*
*Reflexiones en torno al encuentro del CAF 2020*
**Gianluca Famiglietti y Silvia Romboli (dirs.)**
**(En coedición con la Universidad de Pisa)**

*Principios y proporcionalidad revisitados*
**Federico De Fazio (coord.)**

*Los derechos sociales en México.*
*Reflexiones sobre la Constitución de 1917*
**Juan Antonio Cruz Parcero (coord.)**

*Voces por la universalidad de los derechos humanos.*
*A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*
**Fabiola Martínez Ramírez**
**María Elisa Franco Martín del Campo**
**Jaime Arturo Verdín Pérez**
**Zamir Andrés Fajardo Morales (coords.)**

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO EFECTOS. OBLIGATORIEDAD

Esta obra analiza los principales fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre una importante variedad de cuestiones. Como ha dicho el Tribunal, su objetivo es fiscalizar que los países hayan cumplido con los tratados, prácticas y documentos sujetos a su competencia.

Resaltamos la trascendencia de la tarea que lleva a cabo este cuerpo por mediación de un contralor heterónomo para unificar la interpretación jurídica en los Estados plegados al modelo.

Abordamos temas nuevos y antiguos, donde se observa el desarrollo progresivo de los pronunciamientos de la Corte IDH y la obligatoriedad de sus procedimientos.

ISBN 978-607-7822-80-6

QRO ORGULLO DE MX

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO