

CAPÍTULO XXVI

Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al control de convencionalidad*

1. INTRODUCCIÓN

El lanzamiento de una jurisdicción supraestatal a través del Pacto de San José de Costa Rica, no puede dejar de presentar problemas de ajuste y compatibilización con los poderes judiciales nacionales y con el respecto a las reglas del debido proceso. Algunas de esas dificultades se acentúan cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, profundizando sus roles —quizá más allá de las previsiones del Pacto— y en un explicable intento por categorizar al mismo por encima de las constituciones locales, adopta posiciones no exentas de cierta rigidez sistémica.

El tema se complica cuando, a través de la doctrina del “control de convencionalidad”, creado para los jueces nacionales por la Corte en “Almonacid Arellano” (2006), las pautas fijadas por tal tribunal implican jurisprudencia vinculante para los tribunales locales, que deben seguirlas aun fuera de los casos concretos donde el Estado al que pertenecen ha sido parte. Consideraremos algunas de esas actitudes.

* El presente trabajo se inserta en el Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2. LA CORTE INTERAMERICANA Y LA “CUARTA INSTANCIA”

En numerosos pronunciamientos, la Corte Interamericana niega que asuma los papeles de un tribunal de “cuarta instancia”.¹ Veamos sus argumentos:

- a) la jurisdicción internacional, alega, tiene carácter *subsidiario*, *coadyuvante* y *complementario* con relación a la administración de justicia de los estados. Ello implica que “no es un Tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno...”.² En definitiva, “no funciona como una instancia de apelación o revisión de decisiones o sentencias dictadas en procesos internos”,³ y
- b) si se pretendiese que la Corte Interamericana operase como tribunal de alzada sobre los alcances y el mérito de la prueba y del derecho interno, carecería de competencia para ello, en virtud de la competencia subsidiaria que tiene.⁴ En principio, son los tribunales de cada país los idóneos para el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares.⁵

No obstante lo dicho, la misma Corte Interamericana puntualiza:

- a) que ella sí debe valorar el cumplimiento de las obligaciones internacionales emergentes del Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo para garantizar si una detención fue legal, hipótesis en la que “existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno”;⁶
- b) la determinación de cuándo las actuaciones de órganos judiciales —nacionales— constituyen o no una violación de las obligaciones del Estado, puede conducir a que la Corte —Interamericana— “deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos” para establecer su compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos —o Pacto de San

¹ Por ejemplo, “Gomes Lund”, párr. 49 *in fine*.

² “Cabrera García”, párr. 16 *in limine*.

³ “Neptune”, párr. 37.

⁴ “Cabrera García”, párr. 18.

⁵ “Nogueira de Carvalho”, párr. 80.

⁶ “Cabrera García”, párr. 16.

Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia...

José—. Para eso, cuenta con competencia. Un fallo violatorio de las reglas del debido proceso establecidas en el artículo 8° del Pacto, es “incorrecto”,⁷ y

- c) en esa tarea de “consideración” de los procesos internos, los procedimientos nacionales deben ser analizados “en su totalidad, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación”, por ejemplo, la Corte de Justicia del Caribe.⁸ Es decir que, para meritar si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales, en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, la Corte Interamericana puede abarcar el estudio de “las decisiones de los tribunales superiores”,⁹ al estilo, *v. gr.*, de una Corte Suprema de Justicia, o de un Tribunal Constitucional, y reputarlas jurídicamente inválidas, violatorias del Pacto de San José.¹⁰

3. EVALUACIÓN

Si el cuestionamiento a una lesión a los derechos humanos enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica ha atravesado los estrados judiciales del país del caso, en virtud del principio de agotamiento de los recursos internos (art. 46 *a*) del Pacto), la gestión ante la Corte Interamericana implica, guste o no, una “instancia”, si por esto se entiende “el grado de jurisdicción de los tribunales”.¹¹ Será una instancia subsidiaria, coadyuvante, de materia y radio de conocimiento restringido, no ordinaria, quizá excepcional, circunscrita a la tutela del derecho regional de los derechos humanos, pero instancia al fin y al cabo.

Conviene alertar que esa instancia “restringida”, si gusta la expresión, no es absolutamente ajena al derecho interno. La meritación de la observancia del debido proceso, por ejemplo, provocará a menudo

⁷ *Ibidem*, párr. 19, y sus citas.

⁸ “Da Costa Cadogan”, párr. 24, y sus citas.

⁹ Gomes Lund, párr. 49.

¹⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Aquí la CIDH descalificó lo decidido por el máximo intérprete de la Constitución de tal república, vale decir, su Tribunal Constitucional. Véase nota 13.

¹¹ Escriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición, Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874-1876, t. III, p. 302.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

que se investigue si se respetaron las reglas locales en la tramitación de las causas. Es decir, que también conoce del derecho nacional, de ser ello necesario para decidir (v. gr., en el caso “Kimel”, para evaluar si la duración del proceso violó el principio de justicia pronta y del plazo razonable, hubo que atender el lapso de desenvolvimiento normal del procedimiento de los delitos contra el honor: párrs. 96 y 97).

Tal instancia ante la Corte Interamericana es, asimismo, *revisora*. Esta Corte, con una pulcritud lindante con una disquisición bizantina, pero sin demasiada fuerza de convicción, prefiere hablar, en vez de “revisión”, de “consideración”, “análisis”, “estudio”, “examen” u otros eufemismos parecidos, en vez de reconocer, francamente, que está auscultando y fiscalizando, o sea, *revisando*, procesos nacionales, para mantener o invalidar, según corresponda, las resoluciones judiciales emitidas en ellos. No en virtud de cualquier infracción que puedan padecer, desde luego, sino en función de su sumisión o no a las reglas formales del debido proceso, y a las sustanciales de los derechos fundamentales, enunciadas en el Pacto de San José de Costa Rica. Y en muchas oportunidades, para cumplir acabadamente tal trabajo, entra a husmear en la satisfacción leal y oportuna de reglas procedimentales de derecho interno, cuya observancia no puede separarse tajantemente, sino que en cambio se hallan entrelazadas, con sus similares vigentes en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En otros casos, visualiza el fundamento de los fallos domésticos, descartando la validez, por arbitrariedad, de aquellos que padecen de una incorrecta motivación o argumentación.¹²

¹² La CIDH ha señalado que la motivación de una sentencia “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. Es un deber de los jueces, vinculado con la correcta administración de justicia, que protege a los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a los fallos en el marco de una sociedad democrática. En síntesis: a) las decisiones de los tribunales que puedan afectar derechos humanos, deben encontrarse debidamente fundadas, porque de lo contrario resultan arbitrarias; b) la argumentación de una sentencia debe mostrar que fueron tomados en cuenta los alegatos de las partes y el conjunto de las pruebas; c) la motivación demuestra que las partes han sido oídas y les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y de lograr un nuevo examen en las instancias superiores; d) el deber de motivar no implica una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión; e) la motivación es una de las “debidas garantías” del “debido proceso”, comprendida en el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica (“Tristán Donoso”, párr. 152 a 154, y sus citas; “Aptiz Barbera”, párrs. 77 y ss.)

Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia...

En definitiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando declara que un Estado ha violado la libertad de expresión garantizada por el artículo 13 del Pacto, y que lo hizo mediante un fallo emitido por una Corte de Apelaciones, confirmado por la Corte Suprema de Justicia, de hecho está descalificando a tales pronunciamientos, por entenderlos inconvencionales, o sea, incompatibles con el Pacto.¹³ No será mediante un “recurso” judicial en sentido técnico y preciso, pero el sistema interamericano opera aquí, y en el fondo concluyentemente, como un mecanismo de impugnación de sentencias locales, y no solamente de otros actos gubernativos o vías de hecho. Por ello hemos dicho desde años atrás que, en rigor, las sentencias de una corte suprema —o tribunal constitucional— nacional no tienen, desde la entrada en vigor del Pacto y de la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, vigor de cosa juzgada *material*, sino *formal*, al poder ser invalidadas por la Corte regional.

El caso “Kimel”, resuelto por la Corte Interamericana en 2008, es sumamente aleccionador al respecto. En un proceso por calumnias e injurias, dicha persona fue condenada en primera instancia, absuelto en segunda por una cámara de apelaciones, revocado este veredicto por la Corte Suprema de Justicia argentina, quien reenvió la causa a segunda instancia, la que dictó finalmente, por medio de otra cámara, sentencia condenatoria por calumnia. Contra ésta se interpuso el recurso extraordinario federal, declarado improcedente por la cámara. Se articuló después una “queja” ante la Corte Suprema, que la desestimó liminarmente (“Kimel”, párrs. 42 a 50).

A la postre, agotados los recursos internos, Kimel inició el trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el asunto arribó a la Corte Interamericana. En su escrito de contestación de

¹³ “La última tentación de Cristo”, párrs. 79 y 103, punto 1. Una situación similar se produce en “Tribunal Constitucional del Perú”, párrs. 56 y 96, respecto de sentencia de segunda instancia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmada por el Tribunal Constitucional del Perú. Respecto de este último veredicto, la CIDH observó que el fracaso de los amparos interpuestos por los actores “se debe a apreciaciones no estrictamente jurídicas”, y que en la decisión objetada “no se reunieron las exigencias de imparcialidad”. En conclusión, sostiene que mediante esos veredictos se violó el derecho a la protección judicial enunciado por el art. 25 del Pacto. La CIDH dispuso el pago de los salarios no percibidos por los magistrados, por el periodo en el que no pudieron desempeñar sus funciones.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

demanda, el Estado reconoció responsabilidad internacional. La Corte Interamericana, por último, entendió que el Estado había infringido diferentes derechos enunciados en el Pacto de San José, y que la sentencia condenatoria emitida implicó la violación de su derecho a la libertad de expresión. Conforme el antecedente “Herrera Ulloa”, párrafo 195, que menciona, “el Estado debe dejar sin efecto dicha sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que ésta tiene respecto de terceros, a saber: 1) la calificación del señor Kimel como autor del delito de calumnia; 2) la imposición de la pena de un año de prisión en suspenso, y 3) la condena al pago de \$20 000... Para ello, el Estado cuenta con un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente sentencia. Asimismo, el Estado debe eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el presente caso” (párr. 123).

De lo apuntado se desprende que la Corte Interamericana reputó contrario al Pacto el último veredicto judicial condenatorio de Kimel, pero que no revocó por sí misma esa sentencia, sino que ordenó al Estado argentino que procediera a “dejar(la) sin efecto”, dentro de un término de seis meses. En otras palabras, la juzgó inválida, aunque no la borró —formalmente— del mundo jurídico nacional. Dispuso que la decisión formal de “dejarla sin efecto” quedara en manos del Estado involucrado. Sin embargo, respecto de una de las consecuencias obligadas del fallo —el registro del antecedente penal del caso—, estableció que el Estado tenía que “eliminar inmediatamente” tal anotación. La diferenciación entre “dejar sin efecto” una resolución judicial en seis meses, pero efectivizar sin demora alguna la conclusión de uno de los resultados de ella, no parece muy explicable.

¿Por qué la Corte Interamericana no nulificó *per se* al fallo condenatorio reputado violatorio del Pacto de San José, y en vez de ello, por una suerte de *reenvío*, por cierto imperativo, encomendó la decisión de “dejarlo sin efecto” al Estado local? Tal vez lo hizo así porque el Pacto no confiere aquella competencia revocatoria, de modo claro y expreso, a la Corte Interamericana. Tal vez, igualmente, para no asumir el *status* de una discutida “cuarta instancia” judicial. Tal vez, asimismo, para rendir algún homenaje —algo simbólico, en verdad, pero de delicado valor protocolar— a la soberanía nacional del Estado involucrado, permitiendo que fuera él, y no la propia Corte Interamericana, quien formalmente eliminase del escenario jurídico a la controvertida sentencia, aunque ya ésta hubiera sido juzgada como desprovista de validez

Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia...

por tal Corte, a la luz del derecho regional de los derechos humanos, o Pacto de San José.

Digamos que esta solución es bastante parecida a la adoptada en algunos estados federales, cuando la Corte Suprema de la Nación, por medio generalmente de recursos extraordinarios, juzga opuestas al derecho federal sentencias emanadas de los más altos tribunales de las entidades federativas o federadas —estados o provincias—, componentes de la federación. En tal supuesto, es frecuente que la corte suprema federal, después de reputar inválido al fallo local, no dicte uno nuevo, sino que, mediante el uso del *reenvío*, deja que sea la Corte o Tribunal Superior, estadual o provincial, quien así lo haga.¹⁴ Ello importa, entre otras cosas, un homenaje a las autonomías de las entidades federadas, al par que un acto de cortesía institucional.

Dejando de lado temas procesales muy interesantes —por ejemplo, varios Estados, entre ellos Argentina, no tienen mecanismos legalmente previstos para dejar sin efecto una sentencia firme en el ámbito local, a raíz de que así lo ordene la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, lo cierto es que, por efecto diferido o como se lo quiera llamar, a la sentencia local descalificada por tal Corte por afectar derechos fundamentales, hay que privarle de efectos jurídicos. Y si no existen rutas procesales locales previamente demarcadas por la ley, habría de cualquier manera —razonable, claro está— que imaginarlas, según el principio del “efecto útil” de los tratados, previsto explícitamente por el artículo 2º del Pacto de San José.¹⁵ Caso contrario, el Estado incurriría en una nueva violación al Pacto —desobediencia a una sentencia de la aludida Corte— y debería afrontar otras responsabilidades internacionales.

¹⁴ Véase al respecto, el sistema que implanta el art. 16 de la ley 48 de Argentina, con relación al “reenvío”. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, cit., t. 2, pp. 470 y ss.

¹⁵ El art. 68-1 del Pacto de San José de Costa Rica determina que “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. El art. 2º, por su parte, indica que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

4. EL ALLANAMIENTO DEL ESTADO Y LAS SOLUCIONES AMISTOSAS FRENTE A RESOLUCIONES JUDICIALES ACUSADAS DE INFRACCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

El segundo tema que nos preocupa es el de las *soluciones amistosas* en las demandas promovidas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alternativa prevista perfectamente por el Pacto de San José de Costa Rica, *v. gr.*, por sus artículos 48-f y 49. El tema también es aludido por el Pacto con referencia al desistimiento de la parte demandante, la solución amistosa ante la Corte y la prosecución del examen del caso, aun mediando desistimiento o solución amistosa (arts. 53 a 55).

Instrumentadas las soluciones amistosas algunas veces por actas-acuerdos, en ellas el Estado admite, total o parcialmente, los hechos invocados, las ofensas que ha inferido a las víctimas y las pretensiones resarcitorias de ellas. Como todo allanamiento, tiene la virtud de simplificar los litigios en extensión y tiempo, acercar a las partes a soluciones posiblemente justas y reducir la tarea de la Corte Interamericana.

Cabe advertir que esa Corte no se considera un convidado de piedra ante las soluciones amistosas. Por un lado, aclara que no son vinculatorias para tal tribunal, y que por encontrarse en juego la tutela de derechos humanos, hay una “cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes”, por lo que a ella le corresponde “velar porque tales actos resulten aceptables para los fines que busca cumplir el sistema interamericano”. En tal quehacer, a tales convenios “los debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, la circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes”.¹⁶

Con entrelíneas tácitos, según estos lineamientos, la Corte Interamericana parece decir que va a vigilar que la solución amistosa no retacee ni mengüe la real vigencia de derechos humanos vulnerados por el Estado. Es decir, que va a procurar que las violaciones a esos derechos no queden sin tutela, so pretexto de haberse arribado a una solución amistosa en el fondo insuficiente. La tesis es, desde luego, correcta. No queda claro, sin embargo, una cuestión paralela: ¿si un Estado se allana totalmente a una denuncia de violación de derechos fundamentales, o si

¹⁶ Véase “Kimel”, párrs. 22 a 24.

Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia...

celebra una solución amistosa que implica el reconocimiento de todo lo reclamado por la presunta víctima, la Corte va también a determinar si hubo *realmente* infracción por el Estado al Pacto de San José de Costa Rica? La cuestión no es teórica, como veremos de inmediato.

En ciertos casos, el Estado se ha allanado, y así arribado a una solución amistosa con las víctimas de violaciones a derechos humanos, admitiendo que la infracción a éstos ha ocurrido, en todo o en parte, mediante sentencias de sus tribunales, algunas veces emanadas de su Corte Suprema. Tal cosa ocurre, como hemos visto, en “Kimel”.

En principio, eso parece un acto de sublime justicia: que el Estado reconozca que sus jueces, incluyendo a los supremos, han afectado derechos humanos, provoca primero en el lector un aplauso espontáneo, en aras de afirmar la tutela de dichas garantías. Que un Estado tenga la valentía de confesar ante la jurisdicción internacional que sus tribunales, aquellos justamente que tendrían que haber sido un ejemplo emblemático de afirmación de los derechos fundamentales, incumplieron tal deber y que, en vez de protegerlos, los mancillaron, eleva a ese *mea culpa* al paradigma del triunfo del derecho, al *summum jus* al que podría aspirarse.

Al mismo tiempo, es forzoso reconocer que cuando existan fallos judiciales que han infringido los derechos del Pacto, muy bueno es que se corrijan en la jurisdicción internacional, si se agotaron infructuosamente los recursos internos para así lograrlo.

De todos modos, cabe tener presente que el reconocimiento del Estado de haber violado derechos fundamentales de fuente internacional por sus tribunales, y en particular por una Corte Suprema o Tribunal Constitucional, no es realizado por estos órganos tribunales, sino por el poder ejecutivo, quien habitualmente maneja las relaciones exteriores y representa al Estado en esa esfera, ante la Comisión y Corte Interamericana.

La cuestión que emerge de inmediato es la siguiente: ¿resulta razonable que un poder ejecutivo, que no debe cumplir funciones judiciales ni interferir en los procesos —salvo en los que sea parte, y en tal caso, en paridad de condiciones con los otros sujetos de la litis—, admita ante la jurisdicción internacional que la Corte Suprema o Tribunal Constitucional de su país violó el Pacto de San José de Costa Rica? ¿Quién es en tal caso el intérprete final del derecho: la Corte Suprema o el

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Tribunal Constitucional que resolvió la causa, o el poder ejecutivo que sostiene —desde su punto de vista— que la Corte o el Tribunal falló erróneamente? ¿Es razonable y sistémico que el poder ejecutivo, un órgano del Estado comprometido con plataformas electorales, ideologías políticas, intereses muchas veces sectoriales y planes de gobierno concretos, cuente con la facultad de descalificar un pronunciamiento de su Corte Suprema o Tribunal Constitucional de su país, y requerir, por vía de *solución amistosa* o de allanamiento, la declaración de invalidez de lo resuelto por alguno de ellos, todo esto, además, sin tener el órgano tribunalicio implicado la más remota posibilidad de ser oído?

Existe, en este tema, un dato sociológico imposible de soslayar. En el sistema interamericano, la tutela de los derechos humanos ha atravesado las más dispares etapas, principiando por el castigo al terrorismo de Estado y a la negación del estado de derecho. La lectura de muchas de las sentencias de la Corte Interamericana pone los pelos de punta ante la seguidilla de masacres colectivas, desapariciones, actos de tortura, genocidios y otros tantos episodios de desprecio hacia la dignidad humana, a veces ignorados, o incluso consentidos, por ciertos jueces de la época. En ese contexto, el propósito de castigar a los culpables resulta altamente justificado y lleva a admitir el autorreconocimiento de la responsabilidad del Estado como una de las vías más encomiables para hacer justicia.

Ya en otras etapas posteriores, la temática de la Corte Interamericana felizmente se amplía, al par que la reducción del número de dictaduras disminuye la cuota de violación a los derechos humanos relativos a la vida, la libertad o la integridad física y psíquica. Otros derechos son materia de tratamiento por el tribunal regional. En ese nuevo escenario, la autoinculpación del Estado, a través del poder ejecutivo, asume otras connotaciones.

A lo expuesto cabe añadir que el ritmo ideológico-político de una Corte Suprema o de un Tribunal Constitucional no siempre es idéntico al que anima al poder ejecutivo de una misma nación. En otras palabras, el contenido de un derecho humano, o el modo de resolver los conflictos entre los distintos derechos, pueden ser diferentes en uno que en otro órgano del Estado. El desenlace de ese debate se opera, en el ámbito local, con la sentencia del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema, como intérprete final y último del derecho doméstico. Sin embargo, tal dispositivo de solución de litigios se invierte si en el

Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia...

ámbito de la jurisdicción regional, el poder ejecutivo, vía allanamiento o solución amistosa, adopta la posición opuesta a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional, y de conformidad con una presunta víctima logra, sin más, revertir el fallo pronunciado por dicha Corte o Tribunal.

El asunto es conciliar, por un lado, el principio de división de los poderes —que lleva a la admisión de la Corte Suprema o del Tribunal o Sala Constitucional como intérprete final y supremo de la Constitución y del derecho, en el ámbito doméstico—, con la sanción, por el sistema regional de los derechos humanos, de las violaciones perpetradas a estos derechos, cuando hubieren sido causadas por órganos judiciales, especialmente por los nombrados. Sugerimos estas posibles vías de armonización:

- a) el reconocimiento de la presunta infracción y de la consecuente responsabilidad internacional del Estado, por parte del poder ejecutivo, y por más que conforme íntegramente a la presunta víctima en todo lo que ella ha reclamado, no debe ser suficiente para descalificar las resoluciones judiciales objetadas. De lo contrario, el poder ejecutivo se transforma en el juez, por ejemplo, de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional del país en cuestión, alternativa que implica un claro absurdo sistémico, y
- b) si el acto lesivo proviene de una sentencia, la Corte Interamericana debe dar especialmente buenas, precisas y sólidas razones para descalificar todos los fundamentos básicos esgrimidos por la Corte o Tribunal del caso, para decidir cómo lo hizo. Ello puede obligar a un manejo pulcro del derecho nacional en juego, ya que un ataque a los derechos humanos hipotéticamente perpetrado por un tribunal, exige atender a los motivos esgrimidos por éste. Por ejemplo, bien puede ocurrir que alguien tenga derecho a obtener satisfacción a su derecho violado, pero que no haya esgrimido en tiempo y forma adecuada su pretensión, en el ámbito local. Volvemos a este punto en el párrafo siguiente.

5. EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS ANTE LA JURISDICCIÓN INTERNA. RECAUDOS DE FORMA Y DE FONDO

La *interposición* y el *agotamiento* de los recursos ante la jurisdicción interna (art. 46-1 del Pacto; hablamos, naturalmente, de los recursos

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

adecuados e idóneos para el caso), exige la satisfacción, por el interesado, de las reglas de admisibilidad y procedencia de tales recursos. Lo contrario significaría que las negligencias y los errores procesales producidos por una parte serían irrelevantes y sin sentido alguno, ya que todo podría purgarse *con* y *en* un reclamo ante la jurisdicción regional. Para sustentar su razón de ser, el tránsito y el agotamiento de dichos recursos no debe significar un mero *tour* forense, puramente ritual, sino un planteo correcto y legal de sus pretensiones, con la debida diligencia, fundamentación y atención del caso, precisamente para dar oportunidad a los jueces locales de cumplir con su deber, tanto como magistrados domésticos como jueces, que también lo son, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁷

En definitiva, si la instancia jurisdiccional regional es, genuinamente, *subsidiaria*, *complementaria* y *coadyuvante*, como con acierto proclama la Corte Interamericana (véase *supra*, par. 2, a), lo propio es —para no transformarse en lo contrario, o sea, en un mecanismo directo, principal y autónomo—, que solamente estudie aquellos argumentos fácticos y jurídicos vertidos por las posibles víctimas en esos recursos internos, y no basarse en alegaciones articuladas extemporáneamente, recién en la etapa posnacional, cuando bien pudieron presentarse antes; y que si entiende que se han violado derechos convencionales por las

¹⁷ En tal quehacer, por ejemplo, resulta muy llamativo que la CIDH no haya dado, en “Kimel”, explicaciones que desluzcan las razones esgrimidas por la Cámara de Apelación y por la Corte Suprema, para desechar un recurso extraordinario federal interpuesto con la sentencia condenatoria que causaba agravio al actor ante la jurisdicción regional. Parecería que ese tema no fue objeto de debate ni de consideración ante la CIDH.

Respecto del papel de los jueces nacionales, como jueces del Sistema Interamericano del Pacto de San José de Costa Rica, debe destacarse que después de “Almonacid Arellano” (párr. 124) y de “Radilla Pacheco” (párrs. 338 a 340), entre otros, la CIDH, al encomendarles el “control de convencionalidad”, los está obligando (i) a inaplicar el derecho interno opuesto al Pacto de San José y a su jurisprudencia, y (ii) a reinterpretar y hacer funcionar tal derecho doméstico conforme, igualmente, con el Pacto y dicha jurisprudencia. Ello convierte jurídicamente, de modo explícito, a dichos jueces internos en operadores del Pacto y de la CIDH. Véase Sagüés, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Bogdandy Armin von; Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un jus constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II, p. 464.

Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia...

resoluciones judiciales de los tribunales de los estados, demuestre acabadamente tal infracción.

6. EL DERECHO A SER OÍDO ANTE LA JURISDICCIÓN REGIONAL

Sobre este tema, nos remitimos a lo puntualizado en el capítulo XX, donde tratamos el detalle su problemática.

7. LOS LÍMITES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Cabe preguntarse si el control de convencionalidad es un dispositivo absoluto, o si habría la posibilidad de excepciones. Al respecto, corresponde distinguir las dos manifestaciones que del mismo propone la Corte Interamericana (véase *supra*, caps. XXII y XXIII):

- a) *caso de existir cosa juzgada internacional*. En tal variable, el Estado condenado en un expediente en que haya sido parte “se compromete explícitamente a cumplir la decisión de la Corte” (art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Como regla, no cabe aquí admitir supuestos de evasión, directa o indirecta, a tal obligación. Este deber fue enfatizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el referido caso “Gelman 2”, del 20 de marzo de 2013, párrafo 68. Es cierto que algunos estados, como Perú y Venezuela, eludieron su compromiso declarando la “inejecutoriedad” de fallos de la Corte Interamericana, pero tales pronunciamientos, revestidos algunas veces de sentencias, han sido habitualmente condenados, y terminaron o en la retractación del Estado (Perú), o en el retiro del país del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Venezuela).¹⁸

En algunos supuestos, el Estado ha cumplido con el fallo de la Corte Interamericana, a regañadientes. Un caso paradigmáti-

¹⁸ Véase sobre tales países Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, cit., p. 253; Ayala Corao, Carlos, *La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2009, pp. 67 y ss.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

co puede ser “Bulacio-Espósito”, donde la mayoría de la Corte Suprema argentina manifiesta su profundo disenso con la Corte Interamericana, a pesar de lo cual decide obedecerla, por ser esta última intérprete final y supremo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica.¹⁹

Como regla, entonces, la discrepancia visceral que pueda tener un país con relación a un fallo de la Corte Interamericana podría conducir a que tal Estado denunciase el Pacto y se retirara del Sistema Interamericano, pero en los términos y condiciones aceptados por dicho pacto y sin dejar de cumplir con lo decidido por el tribunal regional.

En términos de derecho positivo, incluso constitucional, en definitiva, no hay escapatoria —directa o indirecta— a la obediencia a la Corte Interamericana, aun aunque la sentencia fuese errónea, ya por infringir el estatuto de los derechos consignados en el pacto, ya por inmiscuirse en competencias nacionales no delegadas al sistema interamericano. La sentencia de la Corte es definitiva e inapelable (art. 67 de la Convención citada); y el Estado, según constante regla del derecho de gentes, no puede alegar, como principio, normas de derecho interno para eximirse del cumplimiento de sus compromisos internacionales.

La alternativa de incumplimiento podría aparecer con las sentencias que hemos denominado *aberrantes*, categoría más viciosa que las sentencias *arbitrarias* y las *derrotables*,²⁰ esto es,

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 327:5668.

²⁰ Hemos anticipado el perfil de las sentencias “aberrantes” y su distinción de las arbitrarias y “derrotables”, en Sagüés, Néstor Pedro, “La autorrevisión de las sentencias definitivas de los tribunales constitucionales. Análisis comparativo entre Argentina y Perú”, en AA.VV., *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional?*, Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional, Lima 2015, Palestra, núm. 10, pp. 26-27. Estimamos que una sentencia aberrante plantea algo relativamente similar a un “caso trágico”, en la terminología de Manuel Atienza, en el sentido que son situaciones que no pueden decidirse “si no es vulnerando el ordenamiento jurídico” (en la hipótesis que evaluamos, no obedeciendo al art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sobre el “caso trágico”, véase Atienza Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, 2009, UNAM, p. 201, quien se remite a Atienza Manuel, “Sobre lo ra-

Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia...

las indudablemente injustas y lesivas de derechos humanos fundamentales emergentes de un derecho natural superior al positivo. En tales supuestos extremos y excepcionalísimos, entraría a operar la llamada “fórmula de Radbruch”, conforme a la cual *la injusticia extrema no es derecho*, tesis avalada, *v. gr.*, por el Tribunal Constitucional Federal alemán.²¹ Si el desacierto del tribunal regional fuese incuestionablemente claro y grave, de una magnitud mayúscula que lo convirtiese en “no derecho”, o sea, en derecho solo aparente, provocador de lo que Werner Goldschmidt llamaría una laguna dikelógica o axiológica irremediable,²² respecto de un derecho fundamental ínsito a la dignidad de la persona. En tal supuesto, la sentencia entraría en crisis, más que por transgredir reglas de derecho positivo, por violar reglas de derecho natural suprapositivo, convirtiéndose en una “no sentencia”,²³ y

zonable en el derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1989, núm. 27, pp. 93-110.

²¹ Véase Vigo, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho*, 1ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 84, 94, 167.

²² Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, *cit.*, p. 221.

²³ Un caso —hipotético— que podría generar la hipótesis de una *sentencia aberrante*, en materia de derechos humanos, podría darse si al interpretar el derecho a la vida de la persona por nacer, aludido en el art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como protegido “en general” y desde su concepción, se interpretara como que un Estado podría excepcionarlo libremente, del modo que él quisiera, admitiendo, *v. gr.*, el aborto provocado discrecional, producto de la mera voluntad de la madre que quisiera realizarlo. Conviene recordar que el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitido en el caso “Baby Boy” (resolución 23/81, caso 2141), no llega a ese extremo, pero se le aproxima, al explicar como posible hipótesis de no tutela de la vida del feto, y por ende, admitiendo la impunidad del homicidio prenatal, al practicado en resguardo del honor de una mujer (véase considerandos 19, 25 y 30 del dictamen de la Comisión). Por su parte, Eduardo R. Sodero ha subrayado el grave cuestionamiento que merece la sentencia de la CIDH dictada en la causa “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, donde desconoce el carácter de persona tutelada en su vida por el art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los embriones fecundados, pero no anidados todavía en el seno materno, fallo al que engloba en el grupo de los precedentes gravemente injustos: Sodero, Eduardo R., “Los desafíos del positivismo de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de los derechos humanos: la pesadilla y el noble sueño”, en AA.VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 493.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

b) *caso de mediar cosa interpretada*. En este terreno, donde un Estado no ha sido parte en el proceso donde la Corte Interamericana sienta doctrina, habría en principio mayores argumentos para la discrepancia, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone expresamente el deber de una nación de seguir los lineamientos fijados por tal Corte en un proceso donde no ha sido parte.

No obstante, por su condición de intérprete final del pacto de San José de Costa Rica, la Corte Interamericana es el juez de sus competencias derivadas de esa convención, y más allá de sus aciertos o errores, y de la legitimación que adquiere el control de convencionalidad, debería ser seguida por los estados nacionales que han aceptado su competencia contenciosa. Éstos tendrían, naturalmente, la opción de retirarse del sistema programado por la Convención, siempre conforme a sus plazos y condiciones.

Claro está que si el lineamiento jurisprudencial fijado por la Corte Interamericana, en uno o más casos, padece de un defecto tremendo, lesivo gravemente de derechos humanos naturales y fundamentales, hasta concluir en una situación de injusticia extrema que lo convierte en un “no derecho”, entonces esa directriz aberrante tampoco operaría como precedente obligatorio, de acuerdo con las pautas indicadas en el punto a) de este párrafo.²⁴

8. REFLEXIONES FINALES

En tren de sincerar y de legitimar el funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —un organismo vital para afianzar el bien común regional— resulta tal vez necesario replantear algunas de las definiciones y de las prácticas de tan significativo Tribunal.

En primer término, cabe reconocer que cada vez más se perfila como una “cuarta instancia”, bien que excepcional y de conocimiento restringido, circunstancia que de por sí no es lamentable, en tanto su resultado final sea positivo. Tal vez ello sea una exigencia inevitable de la profundización del marco de vigencia de los derechos humanos de fuente internacional.

²⁴ En igual sentido, Sodero, Eduardo R., “Los desafíos...”, *cit.*, pp. 494-496, con cita de William Blackstone.

Puntualizaciones críticas sobre la jurisprudencia...

En segundo lugar, con el fin de mejorar al instituto, cabe que trate con mayor precaución los allanamientos y las soluciones amistosas del Poder Ejecutivo de cada Estado, en particular cuando se esté cuestionando la convencionalidad de sentencias jurisdiccionales, y de modo todavía más especial si ellas provienen de cortes supremas o de tribunales constitucionales. La aceptación de responsabilidad por parte del poder ejecutivo no debe reconocerse como motivo suficiente, por sí mismo, para generar responsabilidad internacional del Estado, si el presunto acto lesivo proviene de aquellos fallos.

Como tercera observación, si realmente se quiere afirmar con honestidad el papel subsidiario y complementario de la jurisdicción regional, corresponde analizar con mayor cuidado la satisfacción del requisito del agotamiento de los recursos internos, por parte del interesado en ocurrir a aquella jurisdicción regional. En ese ámbito doméstico, dicha parte deberá presentar con suficiencia, en tiempo y forma, toda la línea argumentativa que después, de ser necesario, transportará ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente para dar a los jueces domésticos la oportunidad de satisfacer su derecho. Las reflexiones tardías y los planteos novedosos en el ámbito regional son incompatibles con la función subsidiaria y complementaria de la Corte Interamericana, respecto de los magistrados internos.

Adicionalmente, la Corte Interamericana, antes de emitir sus fallos, debería dar audiencia a los sujetos potencialmente perjudicables por el veredicto que emita. El derecho a ser oído debe igualmente respetarse en el seno de dicho tribunal.

Por último, las decisiones de la Corte Interamericana, como intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica, merecen obediencia y seguimiento. No es factible alegar normas de derecho positivo para apartarse de ellas. Solamente las sentencias aberrantes, situadas más allá de las arbitrarias o derrotables, incuestionablemente repulsivas desde la perspectiva del derecho natural referido a derechos humanos fundamentales, podría legitimar, en situaciones terminales y excepcionálísimas, configurativas de una “no sentencia”, la abstención de su ejecución.