

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

JUAN CARLOS HITTERS

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-

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 compulsión 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 Sagiés, 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 Cañado 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. Cañado 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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 heterónimo,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 habitantes¹¹ (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 heterónimo 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 Luxemburgo¹² 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.

JUAN CARLOS HITTERS

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, IJ-UNAM, vol. XIII, 2013, pp. 51-97.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)*. 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*.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

Al respecto, debe recordarse, como lo ha establecido el mencionado Tribunal que,

[...] el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de las 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; *cf.* *Caso*

JUAN CARLOS HITTERS

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. *Curriculum 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 disintimos 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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

JUAN CARLOS HITTERS

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 positivizar —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*.

JUAN CARLOS HITTERS

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 resolutive (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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

Colombia,⁴⁰ México,⁴¹ Costa Rica⁴² 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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 habido 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 internacionales”.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 10⁴⁶ 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 diferencian 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 disposiciones⁴⁸ (véase apdo. 2.1.2.1).

Ese Tribunal dejó también puntualizada la dicotomía que existe entre 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 Génocide, Avis Consultatif: 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)*.

JUAN CARLOS HITTERS

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 Delpéch, 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-

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 entre 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. Advértase 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 de 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 reiterar⁶⁰ 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 1966⁶³ 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 Llamas. 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes,⁸⁰ y 10) Convención sobre los Derechos del Niño⁸¹ (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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 Caçado 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,

JUAN CARLOS HITTERS

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 Cañado 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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 tratados⁸⁹ (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).

JUAN CARLOS HITTERS

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-IJ-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 al sistema constitucional; contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 IDH⁹² (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 inconventionalidad, por la Corte IDH (control secundario). Aunque conviene aclarar que, si bien este Tribunal no anula ninguna regla interna, al achacarle la inconventionalidad, 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 internacjonalizada*.

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 Pacheco*.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*)”.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

JUAN CARLOS HITTERS

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”.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 especie¹¹¹ 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

[...] 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 Tribunal¹¹⁷ 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 Cappelletti¹²²— *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.*

JUAN CARLOS HITTERS

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 interno¹²⁴ (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-

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

JUAN CARLOS HITTERS

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 merma- dos 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

JUAN CARLOS HITTERS

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

regla— todos los judicantes locales la atribución de “inaplicar” o “invalidar”, según el caso, la norma inconvenional.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 inconvenionalidad 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, IJ-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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 México¹⁴² 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 inconventionalidad 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.

JUAN CARLOS HITTERS

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.*

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 países¹⁴⁷ 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, párr. 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 consultivo¹⁵⁵ 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

JUAN CARLOS HITTERS

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 Ramírez¹⁶⁴ 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.

JUAN CARLOS HITTERS

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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 declarararía 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 N° 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 1° de marzo de 1985. El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, Decretan: Artículo 1°: 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-

JUAN CARLOS HITTERS

dicho caso, dos militares de alto rango¹⁷⁰ 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.*

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 compulsión 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, Porrúa, 2008, pp. 68, 69, 70, 71 y ss.).

¹⁸⁴ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Serie C, núm. 21, párr. 50.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 judicial¹⁹² 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 de constitucionalidad y 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-

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

JUAN CARLOS HITTERS

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 inconventionalidad 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 inconventional, 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 inconventionalidad 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 pasivo²⁰² (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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 repunte jurídicamente inválidos esos preceptos y resuelva inaplicarlos por infringir 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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 ex-presidente municipal de Atoyac de Álvarez, a quien se le había involucrado

JUAN CARLOS HITTERS

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 Sawhoyamaya 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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”.

JUAN CARLOS HITTERS

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 sentencia²²⁶ 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

JUAN CARLOS HITTERS

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

americana 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 incumplimiento²³¹ (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 del 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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 internacional²³⁴ (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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 Reeducción 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 Reeducción 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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 Reeducción del Menor” vs. Paraguay...*, *cit.*, párr. 205.

²⁴¹ Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...*, *cit.*

²⁴² *Ibidem*, párr. 123.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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-

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 impredecibilidad 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 riesgo 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 estatales, 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 Reeducción 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 Reeducción del Menor” vs. Paraguay...*, cit., párr. 205, y *Caso Bulacio vs. Argentina...*, cit., párr. 140. Véase *Caso La Cantuta vs. Perú...*, cit., párr. 170.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

[...] 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 jurídico²⁵⁶ y, por ende, se satisface con la modificación,²⁵⁷ la derogación, o de algún modo anulación,²⁵⁸ o la reforma²⁵⁹ de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda²⁶⁰ (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 estatal —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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 profesor 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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 aggressionis* 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 *Velásquez 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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. Perú...*, 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 quien 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-

JUAN CARLOS HITTERS

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.

dianete 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 Miquel 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 personal²⁸⁶ (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-

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

La Corte ha puntualizado en reiteradas oportunidades²⁸⁹ 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 Dominicana*. 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.

JUAN CARLOS HITTERS

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

pondría 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-adjudicativa 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.

JUAN CARLOS HITTERS

Ahondando sus argumentos, señaló que³⁰⁴ “[...] 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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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

JUAN CARLOS HITTERS

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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 internacional³¹² (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).

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 (*cf.* 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 cumplimiento 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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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

JUAN CARLOS HITTERS

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 resolutive 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.*

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 querrela 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-

JUAN CARLOS HITTERS

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*), de 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 *quantum* 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

JUAN CARLOS HITTERS

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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*.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.*

JUAN CARLOS HITTERS

12. OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS DE LA CORTE IDH

12.1. Valor vinculante en el caso concreto

Destacamos antes³⁴¹ 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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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, considerando, 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 Petruzzi 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*.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive (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.*

JUAN CARLOS HITTERS

[...] 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 razonado³⁵⁷ 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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 intepretata).³⁵⁹ Esto es —valga la redundancia—, la interpretación que de la misma ha hecho el órgano jurisdiccional interamericano (art. 62.1 CADH) que resulta atrayente (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 obligatorio 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 inculcado 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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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, “inconvenional”.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.*

JUAN CARLOS HITTERS

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 sistema³⁶⁷ 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.* Vitolo, 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-

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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 Favella, 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, IJ-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 heterónimo 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

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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”.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

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.

JUAN CARLOS HITTERS

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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

- 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, IJ-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.

JUAN CARLOS HITTERS

- 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

- 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-IIIJ-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.

JUAN CARLOS HITTERS

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 SA-AVEDRA 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.

Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos

- 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.
- LOIANNI, 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.

JUAN CARLOS HITTERS

- 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.