

**ESTADO
CONSTITUCIONAL Y
CONVENCIONAL DE DERECHO**

PROLOGO

Siendo estudiante de derecho imaginé igual que Ulpiano, que la justicia era equidad y que toda construcción normativa debía construirse sobre la dignidad humana. La enseñanza del derecho me introdujo en la realidad social y tomé conciencia de los matices y proyectos antagónicos a mis utopías.

Los profesores de derecho constitucional insistían en los "contenidos pétreos", en "normas programáticas y operativas", en el "dualismo y monismo" e incluso, en períodos de facto, cuando haciendo la adscripción de la materia manifesté que la misma se llamaba "Ciencia Ficción 1", recibí del titular un apercibimiento.

He sido privilegiado testigo de la creciente evolución de la interpretación sobre los alcances de la supremacía constitucional y de la transformación que el concepto soberanía viene adoptando en los últimos treinta años y me impuse desde temprano su estudio e investigación.

En ese proceso, tuve la fortuna de contar con profesores provocadores: En el colegio secundario con Horacio Picco, que enseñó la virtud de la tolerancia y escuchar a los que piensan diferente; en la universidad, profesores generosos y sabientes como Ivan Cullen, que explicaban con claridad meridiana los intrincados conflictos coyunturales desde una perspectiva liberal; de entrañables amigos, que ya no están, como Rodolfo Scholer y sus "lecturas" marxistas aplicadas al derecho constitucional argentino, que han sido inolvidables; de compañeros y compañeras de militancia muertos, torturados, desaparecidos, resucitados, sobrevivientes, que me enseñaron e indicaron el "norte" de una brújula que siempre se resistió a la desorientación; las conversaciones con Ricardo Raúl Alfonsín en torno a la necesidad de recuperar la democracia y fundamentalmente el significado de la república y la dificultad que ello implica cuando su conquista no es consecuencia de una revolución triunfante sino de un proceso electoral condicionado y limitado concedido por fuerzas de facto que se repliegan sin haber perdido la guerra; de mis alumnos por todas las inquietudes que exponían y me impulsaban a estudiar más y más; de mis colegas, con sus diferentes posturas y métodos de enseñanza, con nuestras diferencias y coincidencias.

Soy de una generación que hicimos un culto de la lectura, del debate de ideas, del inconformismo y la rebeldía responsable: Curiosos, inquietos, sedientos de conocimiento, conscientes que "entender" no es igual que "comprender". Somos, en definitiva, "niños exploradores" que no perdemos nuestra vocación por descubrirnos sorprendidos.

En 1983, todo estaba por hacer. Teníamos algunas cuestiones relevantes. Era preciso "frenar" la ley de autoamnistía promulgada por el presidente de facto Bignone. Sabíamos que la derogación implicaba quitar los efectos para el futuro pero no podíamos evitar los "derechos adquiridos". Vanossi introdujo en el debate parlamentario "la nulidad insanable" y con ello recuperé aquello que alguna vez había imaginado: el valor de la equidad y la dignidad humana. Igual temperamento adoptamos tiempo después con la figura del "apatrida" incorporada por una norma de facto, por la que sancionaban a los patriotas que denunciaban internacionalmente los delitos de lesa humanidad de la dictadura.

Cuando recuperamos la democracia, todos los antecedentes jurisprudenciales y la doctrina nacional se limitaban al caso "Merck" y "Martin y Cia". Los tratados se asimilaban a una ley federal y se los equiparaba a ambos condicionando su vigencia a la fecha de su sanción. "La ley posterior deroga la anterior", se enfatizaba. La constitución mantenía su supremacía sobre todo el derecho interno y el concepto "soberanía" se extendía a la bandera, la escarapela, el escudo, el himno, la moneda y por supuesto la "carta magna" y la "autodeterminación de los pueblos". Las experiencias internacionales de la segunda guerra fueron la consecuencia de Nuremberg y la "obediencia debida" uno de los postulados que Carlos Nino defendía separando los tres ordenes de responsabilidad: los que dieron la orden; los que cumpliendo las mismas, se excedieron y los que se limitaron a cumplirla. La condena era para los dos primeros y así fue expuesto en la campaña electoral de 1983.

No se hablaba del *ius cogens*, tampoco de la supra constitucionalidad de la norma; la Corte IDH no se había pronunciado sobre la vinculatoriedad de sus sentencias y el estatuto de Roma era algo ajeno a nuestro conocimiento.

La democracia no se reducía al acto electoral del 30 de Octubre de 1983 y mucho menos a la asunción presidencial del 10 de Diciembre de ese año. Era impostergable avanzar en la derogación de las leyes de facto de manifiesto contenido autoritario; impulsar nuevas leyes civiles y penales, avanzar en el juicio sobre la responsabilidad de los comandantes en jefe, modificar los programas de estudio, incentivar mecanismos de participación, perder el miedo al debate, a la confrontación de ideas y provocar con la inteligencia.

La Argentina democrática despertó legítimas y razonables expectativas de reparación. Avanzamos en la derogación de la legislación represiva, en la declaración como insanablemente nula de la llamada auto-amnistía, en la reforma de los Códigos Penal y Civil, la ley de matrimonio civil y con ella, el divorcio vincular; en la organización del Congreso Pedagógico Nacional, en la implementación del "Plan Austral", la reforma

sindical, la transformación de los planes de Estudio en los Colegios Militares, la autonomía universitaria, el Juicio a las Juntas Militares respetando el debido proceso y la defensa en juicio, etc.

Aprobar y ratificar el Pacto de San José de Costa Rica, fue el primer paso y con él, la adhesión al reconocimiento de un tribunal internacional con jurisdicción y competencia supra nacional.

Los casos "Priebke", "Simón", "Arancibia Clavel", "Lariz Iriondo" datan recién de 1995; es decir, doce años más tarde que la fecha en la que se recuperó la democracia. Mucho después conocimos "Mazzeo" y "Videla". El caso "Gelman" iveintinueve años después!.

En "La Interpretación Judicial de la Supremacía Constitucional"(Editorial Juris,2000),insistía en la necesidad de distinguir normas operativas y programáticas para trazar una postura a favor del monismo o el dualismo, limitado en esa coyuntura, a la definición que la CIDH formalizara al respecto. Mi querido amigo e inolvidable profesor Ekmekdjian probablemente no imaginó que su precedente significó una profunda transformación en el modo de interpretar el alcance de la supremacía, abrió el debate en torno a los postulados de la Convención de Viena, cuestionó y puso en crisis los criterios para determinar los principios del derecho público que el artículo 27 de la C.Nacional y abrió una compuerta para los nuevos criterios en torno al instituto del "Ius Cogens". Efectivamente, a partir de 1995, con la resolución de los importantes precedentes citados anteriormente y muchos otros, que han constituido verdaderos "leading case", nuestro país ha marcado una guía insoslayable de interpretación que ha modificado sustancialmente el "mapa" anterior.

En esa oportunidad, intenté desentrañar los novedosos conceptos que los Ministros de la CSJN vertían, en sus respectivos votos, en torno al derecho penal universal humanitario. Provocado y entusiasmado por aquellos fallos, elaboré un nuevo texto en torno al "El Ius Cogens y la Supremacía Constitucional"(Editorial UNR- 2005). El contenido y las reflexiones vertidas por la nueva composición de la CSJN "abría" una interpretación diferente en materia de fuentes, consagrando la tendencia que "otra" Corte había ensayado a partir de 1992.

No advertí, en esos momentos, que el análisis que históricamente hicimos entorno al concepto "soberanía", devenía obsoleto y era precisamente el instituto del Ius Cogens el que lo pone en crisis, dibujando un contexto internacional inédito que ha modificado sustancialmente la interpretación tradicional sobre la materia y los alcances del concepto "soberanía". Ferrajoli, en "Derechos y

Garantías" (Editorial Trotta, 2009, página 126), menciona tres aportes sobre "la idea" de soberanía:

La primera afecta al significado filosófico: *"Como categoría filosófico-jurídica, la soberanía es una construcción de matriz iusnaturalista que ha servido como base para la concepción positivista del Estado, desde la idea de soberanía como atributo del princeps hasta las concepciones jacobinas, organicistas y democráticas en los orígenes de la soberanía nacional, más tarde de la soberanía popular, y finalmente en las doctrinas ius publicistas decimonónicas del Estado-persona y de la soberanía como atributo o sinónimo del Estado.."*

La segunda hace referencia a la historia, teórica y sobre todo práctica, de la idea de soberanía que afecta a dos procesos que han tenido una evolución paralela y sin embargo divergente: el de la soberanía interna, de su progresiva limitación y disolución simultáneo a la formación de los Estados constitucionales y democráticos de derecho; y el de la soberanía externa, de su progresiva absolutización, que alcanza su apogeo en la primera mitad de este siglo con las dos guerras mundiales.

Por fin, la tercera afecta a la consistencia y legitimidad conceptual de la idea de soberanía desde el punto de vista de la teoría del derecho. Esta última nos introduce precisamente en el análisis que queremos desarrollar: la crisis del concepto tradicional de soberanía como consecuencia del derecho penal humanitario, de contenido convencional y consuetudinario.

En el ámbito del derecho internacional, el derecho de cada Estado, fundado en el principio de legalidad y en los postulados constitucionales como dogma infranqueable a cualquier disposición de jerarquía supra-constitucional, ha entrado en contradicción con las modernas cartas constitucionales internacionales y, en particular, con la Carta de la ONU de 1945 y con la Declaración universal de derechos humanos de 1948.

En un Estado de Derecho, la omisión de una decisión del poder político (que tiende por definición a satisfacer los intereses de las mayorías), provoca que la protección de los derechos de las minorías corresponda al poder judicial.

La pobreza normativa original era, de todas formas, la indispensable para que el Estado pudiera ratificar tratados internacionales cuyo contenido (generalmente comercial o de colaboración interestatal) no significaba la modificación de las estructuras internas ni la adecuación de estas a nuevas realidades internacionales, las que solo se presentaron como medios de lograr la reinserción de nuestro país en la comunidad internacional.

"Los redactores del texto constitucional se inspiraron en las concepciones políticas de Schmitt, y, por tanto, en la idea

tradicional de soberanía de corte schmitteana con que se inicia el siglo xx, la cual llevaba implícita los principios de exclusión y beligerancia, en virtud de los cuales, "El Estado soberano no podía admitir competidores. Si se hubiese permitido una concurrencia, el Estado habría dejado de ser políticamente el "todo" para pasar a ser simplemente una parte de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía y, con ello, la esencia misma de la estatalidad"(ver "Los Efectos en el Sistema Chileno de Fuentes del Derecho Penal de la Incorporación de los Tratados Internacionales y del Fenómeno de la Globalización". Por Roberto Navarro Dolmestch en "Ius Et Praxis"- Año 10 Nº 1: 77-111,2004).

Fuimos advirtiendo en los fallos de la CSJN, en las decisiones de la CorteIDH y en la doctrina de nuestro país , el desplazamiento del hermetismo normativo interno de la Constitución original y la apertura de una compuerta al derecho internacional y a una "Constitución Democrática" que ha sido definida como "Una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un "compromiso de posibilidades".

Este es el debate. El presente ensayo, una nueva herramienta provocadora.

París,Julio de 2013.

CAPITULO I

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) comenzó a desarrollarse sobre los moldes del derecho internacional clásico, aunque rápidamente advirtió de su incapacidad para explicar suficientemente con la Convención de Ginebra, los llamados delitos de lesa humanidad, el genocidio, la trata de personas, el terrorismo de Estado.

La globalización, la regionalización y los nuevos esquemas del mundo inmerso en la tecnología, han creado un nuevo escenario. Estos tres conceptos plantean un enfoque diferente en el derecho internacional de los derechos humanos.

La historia de los derechos humanos es la historia de la lucha de clases. Carlos Marx (EL Capital) y Federico Engels (EL Origen de la familia, la Propiedad y el Estado) delataron el sistema. La revolución industrial a partir de 1750 fue uno de los disparadores. Las inquietudes políticas se trasladaron al ámbito jurídico y los derechos de la libertad, que en los hechos fueron los límites al poder del Estado posibilitaron el reconocimiento de los derechos civiles y políticos y éstos, mecanismos de participación de la soberanía popular.

Una nueva concepción del Estado que había dejado su condición de absoluto, generó por obra legislativa de nuevos actores sociales, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales que han tenido el objetivo de compatibilizar la libertad con la igualdad en una integración posible.

Todo el proceso fue acompañado con cambios en el pensamiento en la que el papel y la imprenta tuvo una decidida influencia comunicacional. Asistimos, en esa etapa, a nuevas ideas sobre la persona, su dignidad, la libertad.

Juan Antonio Travieso en "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Clásicos y Futuros 3.0" (publicado en diario La Ley del 08/10/2013), en un magnífico trabajo, base de las presentes reflexiones, refiere que *"...los derechos humanos no son el producto de la naturaleza sino de la civilización humana"* y ello constituye una sorprendente síntesis que clarifica que el reconocimiento de los derechos nunca ha sido concesión graciosa sino consecuencia de la lucha de clases

Los derechos humanos son constitutivos de importantes principios cuyo conocimiento es relevante para nuestro estudio:

1.- Los Derechos Humanos son Universales.

Su exponente es el "Ius Cogens" (Ver: Terrile, Ricardo Alejandro "La Soberanía y el Ius Cogens", Editorial UNR. 2009). Sus normas pertenecen al derecho internacional general. Son aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto, como normas imperativas e inderogables que se imponen jerárquicamente y no admiten, en consecuencia, acuerdo en contrario. Asimismo, contamos con un marco convencional: el artículo 53 de la Convención de Viena: *"Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter"*.

Sin embargo, verificamos que esta disposición se limita a constatar la existencia de normas imperativas, sin individualizar cuáles son estas normas. Es decir, no define ni individualiza el contenido del "ius cogens". Se limita a explicitar la consecuencia derivada del carácter imperativo de una norma cuando colisiona con otra norma internacional convencional.

Las normas que tienen carácter de ius cogens son aquellas que están establecidas en los instrumentos internacionales, que no admiten suspensiones, ni siquiera en estados de excepción. Pertenecen a un "núcleo duro" inderogable, y por tanto estarían protegidas como normas imperativas. Sin embargo, participando de que "nada es absoluto, todo es relativo, excepto que nada es absoluto", existen derechos tales como el respeto a la vida, a la integridad o a las libertades políticas, que admiten excepciones a su aparente condición de inderogable. Por ejemplo, los derechos a la vida y a la integridad pueden ser limitados e incluso suprimidos legítimamente, bajo las normas del Derecho Internacional, a pesar de que quisiéramos que no tuviera que ser así bajo ninguna circunstancia. Por el contrario, la prohibición de la tortura no admite ningún tipo de excepción, bajo ninguna circunstancia, y lo mismo ocurre con la prohibición del genocidio y la prohibición de la desaparición forzada.

La universalización de la norma tiene contexto normativo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 1 al señalar: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*. Este artículo, al igual que los artículos 2 y 7 de la misma Declaración, contiene implícita la prohibición de discriminación, la cual, constituye una norma "ius cogens internacional". A su vez, los artículos 4 y 5 están redactados

en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) como prohibiciones que no admiten excepciones. En este sentido, podría afirmarse que estas normas consagran sustancialmente prohibiciones categorizadas como *ius cogens*. En efecto, el artículo 4 prescribe: *"Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas"*. Por su parte, el artículo 5 señala: *"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"*. Lo mismo podría predicarse del artículo 9 que establece: *"Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado"*.

El profesor austriaco Alfred Verdross (*"Dispositivum and Jus Cogens in International Law"*, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 60, N° 1 -enero de 1966- p.55 y ss.) señalaba en un artículo publicado en 1937, que la quintaesencia de las normas *ius cogens* es *"...que ellas prescriben un comportamiento cierto, positivo o negativo, de manera incondicional..."* Añadía que, *"...normas de este carácter, por lo tanto, no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes contratantes."*

Verdross las hace derivar como una especie dentro del género de las normas compulsivas, que prohíbe a los estados concluir tratados contra aquellos principios, que no existen para satisfacer las necesidades de los Estados individuales, sino el interés más elevado de la comunidad internacional, cuya finalidad perseguía la defensa de la humanidad en su conjunto. Constituye la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. Todos los Estados tienen el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Son universales los derechos humanos, en cuanto se extienden a todo el género humano, en todo tiempo y lugar, en razón de la esencial unidad de la naturaleza del hombre, cualquiera sea su condición histórica o geográfica, su raza, sexo, edad o situación concreta en la sociedad.

Los derechos humanos son universales porque todos el reconocimiento alcanza a todos los miembros del género humano. Se derivan de la dignidad inherente e igual de todas las personas.

El principio de universalidad brega para que los derechos humanos rijan en todas partes y con la misma intensidad. Por este principio, se entiende que toda persona sin excepción ni discriminación tiene derecho al disfrute de los derechos humanos, tanto si sus gobiernos reconocen o respetan esos derechos.

2.- Los derechos humanos son operativos y justiciables en el derecho interno

Un punto de partida es conocer la naturaleza de las convenciones sobre Derechos Humanos diferenciando las mismas de los tratados internacionales de contenidos culturales o económicos.

La Opinión Consultiva, núm. 2 de octubre de 1982 ha manifestado que: *"Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. 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"; Por tanto, la Convención integra y legitima a las personas y no sólo vincula a los Estados partes. Por ese motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado"*

Nuestra CSJN que en 1992 distinguía entre normas operativas y programáticas en la Convención de Derechos Humanos, estableció en "Simon", "Arancibia Clavel", "Videla" y en numerosos fallos judiciales posteriores, que el contenido de las convenciones sobre derechos humanos son normas operativas y en consecuencia no exigen que sean reglamentadas por disposiciones del derecho interno para su eficacia.

Simultáneamente, los derechos humanos en razón de su universalidad, progresividad y sobre todo de su condición de irreversibles, son justiciables y por lo tanto el Estado no se puede escudar en su discrecionalidad para omitir su reconocimiento. El derecho no es una concesión y en consecuencia el Estado no puede asimilarlos a "actos" y mucho menos disponer que son decisiones políticas no justiciables.

En consecuencia, los Derechos humanos son operativos e incluso obligan a los estados a adoptar las disposiciones de derecho interno para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades (art. 2º Convención Interamericana).

3.- Los Derechos Humanos son progresivos

Los principios "Pro Homine" y "Pro Libertatis" nos introduce en la progresividad de los derechos humanos. El mejor ejemplo de esta situación se halla en la pena de muerte que en caso de su abolición no podrá restablecerse (Convención Interamericana de Derechos Humanos art. 4º inc. 3).

Los derechos están en constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración de los Derechos Humanos en 1948. Desde ese momento los preceptos que se refieren a cada derecho han ido evolucionando a través de diversos tratados y convenciones que se han referido a ellos, ampliando el ámbito del derecho y sus garantías y en consecuencia extendido la protección de las personas

Los tratados han tendido progresivamente a la más amplia protección de los derechos humanos. Diversos pactos internacionales de derechos humanos tienen normas que explicitan el principio de progresividad o integridad maximizadora de los derechos. Así, la convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 29, b), señala que *"ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados"*. El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 52, entre otros.

El principio de progresividad implica aplicar siempre la disposición más favorable, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno. Esto constituye una clara excepción al principio de supremacía que la doctrina denomina *"interpretación pro-cives o favor libertatis"* o sea, la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos.

Esta progresividad de los derechos y su autoejecutividad implica que el juez debe conocer y aplicar las normas del derecho internacional de derechos humanos que se ha incorporado al derecho interno, cuando el derecho nacional no garantiza tal derecho.

Los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, para su aplicación e interpretación, deben ser desarrollados progresivamente a fin de extender su ámbito de protección. El Estado debe generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

El contenido de los derechos debe ser desarrollado doctrinaria, normativa, jurisprudencialmente y a través de políticas públicas. Cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos será declarada inconstitucional.

El estado es el llamado a reconocer y llevar a cumplimiento los derechos y garantías de las personas, los pueblos y la naturaleza, pero estos derechos al no ser estáticos, evolucionan, para alcanzar mayores y amplias garantías para su

cumplimiento, de esta manera el desarrollo de los derechos es alimentado por varias vertientes, entre ellas la jurisprudencia y el Corpus Juris Interamericano.

4.- Los Derechos Humanos son irreversibles

Una vez que los derechos humanos son reconocidos por el Estado, no se puede revertir tal reconocimiento.

Interpreto, en consecuencia, que en caso de denuncia de un tratado de Derechos Humanos, la derogación alcanzaría únicamente a contenidos ajenos a derechos humanos: En el Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo, podríamos denunciar el reconocimiento de la condición de tribunal regional de la CorteIDH con el objeto de impugnar la condición de tribunal supranacional, pero no cabe ni corresponde el desconocimiento de los derechos humanos reconocidos.

5.- Los Derechos Humanos tienen efectos horizontales y verticales

Los efectos verticales expresan que las obligaciones correlativas recaen en los Estados y éstos son responsables internacionalmente.

En la Opinión Consultiva Nº 14, ha establecido *"En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste"*.

La misma Opinión Consultiva dice: *"El derecho internacional puede conceder derechos a los individuos e, inversamente, determinar que hay actos u omisiones por los que son criminalmente responsables desde el punto de vista de ese derecho. Esa responsabilidad es exigible en algunos casos por tribunales internacionales. Sin embargo, actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio, que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos"*. Es decir, suma la responsabilidad individual en casos muy particulares, cuando concluye que *"el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria*

de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaren".

6.-"Pacta sunt Servanda"

El "Pacta sunt servanda" constituye una premisa fundamental, de raigambre metajurídica del derecho de los tratados.

El cumplimiento de buena fe: que recorre transversalmente a todo el derecho internacional y la consiguiente improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales (artículos 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, sin omitir la hipótesis excepcional contemplada en el artículo 46 de la citada convención.

7.- Principios de adecuación normativa:

Surgen de la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) por el cual los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Si no existiera garantías en disposiciones legislativas internas o de otro carácter, los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es importante señalar que cuando refiere a "medidas de otro carácter" involucra a las sentencias judiciales.

La palabra "garantizar" supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

La adecuación implica la adopción de cualquiera de las dos medidas:

a) 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

b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías". El principio de adecuación normativa que aquí abordamos implica la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su

derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ésta reconocidos.

Ello significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del control de convencionalidad, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

8.- Principio Pro Homine:

Este principio indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional. En efecto, se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, eso es, estar siempre a favor del hombre.

También llamado *pro libertatis*, tiene una clara función tuitiva dirigida a los derechos y libertades de la persona humana frente a la conducta omisiva o comisiva del Estado, de ello se colige que las personas jurídicas o ideales se encuentran excluidas, entre ellas el propio Estado. Además este principio es oponible sólo contra el Estado porque la aplicación entre personas particulares a favor de una parte implica un desmedro para las libertades y derechos de la otra.

La doctrina reconoce en el principio *pro homine*, dos matices: En materia interpretativa: El intérprete debe preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera).

En cuanto a preferencia normativa: El intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto debe preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En los últimos años se ha desarrollado un importante proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos con reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del Derecho Internacional. Así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables; el reconocimiento de su especificidad en derechos humanos con en Argentina y la aceptación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* como criterios hermenéuticos nacionales;¹ Al realizarse el "examen de compatibilidad convencional", el juez nacional debe siempre aplicar el *principio pro homine* (previsto en el artículo 29 del Pacto de San José), que implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

En la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85, Serie A Nº 5, relativa a La Colegiación Obligatoria de Periodistas, la Corte IDH ha interpretado que cabe y corresponde "optar por la interpretación más favorable en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos"

Así, el "control difuso de convencionalidad" corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales quienes deberán realizar una "interpretación" de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el artículo 29 del Pacto de San José; En primer término, se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán aquellas interpretaciones inconvencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo; existe, en este sentido, un parangón con la "interpretación conforme" con la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales. En segundo término, y sólo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el "control de convencionalidad" debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su invalidez con efectos generales, como resultado de su inconvencionalidad, de conformidad con las respectivas competencias de cada juez nacional.

El principio *pro homine* ha sido considerado por algunos tribunales nacionales de "aplicación obligatoria", debido a que se prevé en tratados internacionales que forman parte de la Ley Suprema.

La Dra. Mónica Pinto desarrolla en *"El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos"*, un acercamiento al concepto de derechos humanos de por sí, genérico, en el cual conviven "normas consuetudinarias internacionales -necesariamente amplias, flexibles- bajo la forma de declaraciones de derechos contenidas en resoluciones de organismos internacionales, tratados universales con fórmulas susceptibles de generar el consentimiento de la mayoría de los Estados y tratados regionales con proposiciones más acotadas a realidades parciales, que se acomodan en el orden jurídico vigente en un país al lado de normas internas de distinta data que contemplan desde libertades públicas lato sensu hasta la última versión de los derechos humanos"

El principio *pro homine* se encuentra consagrada en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos.

El principio *pro homine* impone, nos dice la Dra. Mónica Pinto, en la obra citada, que, "por ejemplo, una norma específica sobre tortura -que enuncia detalladamente los derechos de la víctima y las obligaciones asumidas por el Estado- supere y prevalezca sobre las disposiciones genéricas sobre el tema contenidas, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos" o "la enumeración de las libertades religiosas y de conciencia que efectúa la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones enriquece las disposiciones genéricas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana".

El hecho que nada obste a que en el ámbito interno puedan consagrarse derechos protegidos con un alcance mayor que el establecido por las normas internacionales, nos lleva a concluir que el principio *pro homine* no requiere pautas de supremacía para imponerse; es más, pueden estar reconocidas en sentencias judiciales que reconozcan carácter vinculantes como las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se refieren al contenido de las normas de derechos humanos.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, en general, prevén restricciones específicas respecto de determinados derechos. El principio pro homine no es ajeno a quedar involucrado por una restricción. Sin embargo, requiere el cumplimiento de determinadas exigencias:

A) La restricción debe estar prescripta por ley, lo que supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad, no debe ser arbitraria, ni insensata ni discriminatoria;

B) La ley, esta referida sólo a la norma adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, única legitimada para restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona;

C) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Sunday Times", ha establecido en el marco de las exigencias que la previsión de la restricción por ley apunta a que dicha ley sea adecuadamente accesible, esto es, que el ciudadano debe poder tener una indicación adecuada de las normas legales aplicables a un caso dado, y en segundo lugar, que ella sea formulada con la suficiente claridad y precisión como para permitirle al ciudadano que regule su conducta;

D) Por fín, en el terreno de los fines que justifican o legitiman una restricción de los derechos humanos, debe señalarse que "el principal obstáculo para una aplicación unívoca de las cláusulas limitativas lo encontramos en que ellas están pobladas de conceptos indeterminados". Así, los instrumentos internacionales refieren a conceptos de necesidad democrática, orden público, seguridad nacional, bien común, salud pública, o moral.

"Para que una restricción sea aceptada debe ser "necesaria en una sociedad democrática". La interpretación imperante corresponde a la Corte Europea, la que determinó que "necesario" en este contexto no tiene la flexibilidad de otras expresiones como "útil", "razonable" o "deseable"; sino que implica la existencia de "una necesidad imperiosa" (pressing social need) que justifique la interferencia³, reconociendo, sin embargo, a las autoridades, el "margen de apreciación" para su valoración. El ámbito de este "margen de apreciación" depende de la naturaleza del fin protegido con la restricción y de la naturaleza de las propias actividades implicada" (Cf. Dudgeon Case, Judgment of 22th. October, 1981, Series A, v. 45#52, citado por Mónica Pinto en obra citada).

El **principio pro homine** implica que en materia de interpretación jurídica, siempre debe acudir al mayor beneficio para el ser humano, es decir, a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

Conforme lo hemos expuesto, expresamente se reconoce dicho principio en el artículo 29 de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos en la que especifica: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las **leyes** de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

El artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado , grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, sin pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Luis Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar". El propio autor aclara que por derecho subjetivo debe entenderse "cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica", mientras que por status debemos entender "la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas".

Conforme a esto, el **principio pro homine** debe entenderse como la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana en el que establece un orden de preferencia normativo e interpretativo, pues se debe acudir a la norma o la interpretación más amplia, e inversamente, a la norma más

restringida cuando se trata de establecer de manera permanente el ejercicio de los derechos, teniendo en cuenta, precisamente, la amplia protección de los llamados derechos fundamentales.

II.9.- Principio Pro Actione-:

El principio pro-actione es el derecho a ser oído por un juez o el derecho a audiencia, cuyo linaje constitucional es indiscutible, este principio también llamado principio de acceso a la justicia debe ser libre, ya que no ha de estar sujeto a condicionamientos excesivos, lo cual conduce a rechazar requisitos legales para la admisión de demandas o recursos que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso. Además, en virtud de esta derivación del derecho a la jurisdicción se ha reconocido el principio pro actione como el deber de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción lo que también obliga a evita todo pronunciamiento de inadmisibilidad por defectos que puedan ser subsanados sin dar la oportunidad de hacerlo. El libre acceso a la justicia se opone así mismo a cualquier discriminación.

Por otro lado, se quebranta tal libertad en el acceso cuando legalmente se excluye la posibilidad de plantear ciertas acusaciones, reclamaciones o pretensiones legítimas.

El acceso a la justicia además debe ser efectivo, razón por la cual no es suficiente contar con la posibilidad teórica de ejercer una acción o recurso. El justiciable debe tener realmente a su disposición un instrumento procesal apto para proteger el derecho de que se trata.

II.10.- Principio de Posición preferente de los Derechos Fundamentales o "Preferred Freedoms"

El Estado constitucional de derecho implica que todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones constituyen en función de la dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y el bien común.

En un Estado Constitucional de Derecho siempre debe aceptarse la posición preferente de los derechos sobre el poder (preferred rights position). La persona debe estar protegida por la actuación estatal siendo la finalidad principal, por lo tanto el poder público siempre deberán estar al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana.

En consecuencia, cada vez que una norma de derechos se encuentra en conflicto con una norma de poder, el juez, como operador jurídico debe resolver el caso escogiendo favorablemente la norma protectora de los derechos humanos.

Las normas sobre derechos son superiores a las normas sobre poder ubicadas en un mismo plano, ya que los primeros son los que determinan la actuación de los órganos de poder público. De acuerdo con este principio, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que dos distintos derechos pueden entrar en colisión, debe aplicar de forma preferente algunos de ellos, siempre y cuando haya realizado antes un ejercicio de ponderación entre ellos. Así por ejemplo, varios tribunales constitucionales han sostenido que la libertad de expresión y la libertad de prensa tienen un valor preferente frente a derechos como el de intimidad u honor, en virtud de que tales libertades tienen un papel esencial para la construcción de una opinión pública libre, que a su vez es condición necesaria de todo sistema democrático.

II.11.- Principio de Fuerza Expansiva de los Derechos Fundamentales

El principio que analizamos se fundamenta en el principio favor libertatis, que otorga fuerza expansiva a los derechos, ya que, en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto.

La obligación del sometimiento de todos los poderes de la Constitución y a la obligación de respetar y promover los derechos humanos no solamente establece el deber de los órganos del Estado de no lesionar el ámbito individual o institucional protegido por tales derechos, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de ellos, los que constituyen un componente esencial del orden público nacional.

CAPITULO II

LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DE "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD"

1.- Previo a 1994:

Vivimos en un mundo globalizado. Cada día, nuevas constituciones democráticas adoptan doctrinas monistas, admiten y reconocen la competencia supra-constitucional, el Estado constitucional y convencional de derecho, el control de convencionalidad, su declaración de oficio y la vinculatoriedad de las sentencias de los tribunales internacionales en el ámbito de los derechos internos.

En la Argentina la cuestión ha tenido una importante evolución desde una primera etapa que estuvo caracterizada por un sistema "dualista" propio del siglo XIX; luego admitió excepciones en tiempo de guerra ("Merck") y más tarde clasificando los contenidos normativos en programáticos u operativos("Ekdmedjian"), asimilando estos últimos a la doctrina monista.

Importantes precedentes han descripto esa evolución, que vamos a sintetizar en el presente texto y profundas transformaciones se han operado con la reforma constitucional de 1994 y los criterios interpretativos de la CSJN y de de la CorteIDH.

Ello implica la necesidad de abordar la temática del control de convencionalidad, trazar las diferencias con el control de constitucionalidad y verificar la existencia en el sistema de fuentes del derecho, de origen nacional e internacional, si los mismos guardan armonía.

La Constitución histórica de 1853/60 contenía dos disposiciones que regulaban la ubicación de la constitución en relación con los tratados internacionales con las potencias extranjeras: los artículos 27 y 31 CN. Este último determina la subordinación de leyes y tratados a la Constitución. Por su parte, el artículo 27 condiciona el contenido de las disposiciones de los tratados, a los principios de derecho público contenidos en ella. La doctrina y la propia CSJN adoptan en materia interpretativa, el sistema dualista caracterizado por la situación de igualdad de jerarquía entre leyes y tratados internacionales.

En el caso "S.A. Martín y Cía. Ltda. c. Nación Argentina" (CSJN, Fallos 257:99, LA LEY, 113-458), se establecía el principio conforme al cual "ley posterior deroga ley anterior". En tanto la ley y el tratado se encontraban en el mismo nivel de jerarquía, la temporalidad de su sanción y promulgación determinaba y condicionaba su vigencia.

En "Merck", la CSJN introdujo una excepción de claro contenido coyuntural y de política internacional, delatando la complicidad con el gobierno que declaró la guerra a Alemania, inventando la distinción entre "tiempos de guerra" y "tiempo de paz".

En 1992, cuatro años después de negar al mismo actor, la acción de replica, que admite y reconoce el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, con el argumento que en un sistema dualista, la omisión, por voluntad del legislador federal, de reglamentar aquella disposición en el derecho interno, enervaba su aplicación, la jurisprudencia de la CSJN introduce un profundo cambio en el alcance interpretativo al decidir la primacía de los tratados por sobre las leyes de derecho interno en el fallo "Ekmekdjián c. Sofovich"(CSJN, Fallos 315:1492; LA LEY, 1992-C, 543; ED, 148-338). El caso se funda en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que había sido aprobada por Ley de facto 19.865, confirmando primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno.

La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. A partir de este pronunciamiento comienza a perfilarse en la Argentina el reconocimiento como autoridad de aplicación de la CorteIDH cuando interpreta el Pacto de San José de Costa Rica, constituyendo un precedente importante para la reforma constitucional que devendría en 1994.

Por primera vez, nuestra CSJN consulta a la CorteIDH, sobre el alcance interpretativo de un artículo del Pacto, reconociendo a ésta, el monopolio interpretativo en tanto autoridad de aplicación del tratado y simultáneamente admite, que aquella interpretación posible es la que en definitiva debe adoptar nuestra propia CSJN. En razón de ello las normas internas deben ser constitucionales y convencionales, no pueden contradecir ni a la Constitución ni a las convenciones ratificadas por el Estado argentino.

Con posterioridad a la mencionada sentencia, en el fallo "Fibraca Constructora", el Alto Tribunal ratifica el alcance del nuevo criterio jurisprudencial, al establecer la obligación de los órganos del Estado argentino de aplicar el mencionado artículo 27 de la Convención de Viena, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales.

2.- La reforma de 1994

El artículo 75 inciso 22 de la CN establece en su primer párrafo que *"los tratados y concordatos tienen jerarquía*

superior a las leyes". En consecuencia, la relación jerárquica existente entre leyes y tratados ha quedado zanjada, conforme se expuso en nuestro texto "La Soberanía y el Ius Cogens"(obra citada)

Daniel Sabsay ha expresado en "El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad" (Diario La ley del 28/03/2013, al Tomo 2013 B), que *"este nuevo precepto contemplado en la primera parte del mencionado inciso completa la redacción del artículo 31, de modo que hoy dentro del orden de prelación del bloque de constitucionalidad federal, los tratados deben ser intercalados entre la Constitución y las leyes.*

Se han internacionalizado los derechos humanos y las dos declaraciones y nueve convenciones internacionales que el artículo 75 inciso 22 ha citado, referentes a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No son disposiciones que se han incorporado a la Constitución, sino que tienen una igualdad de rango con ella.

Una doctrina mayoritaria señala que dichos tratados pueden ser denunciados aún con la jerarquía constitucional reconocida por los procedimientos que dichos tratados disponen.

Conforme lo expuse antes, no comparto esa postura. Interpreto que cuando un derecho humano es reconocido no cabe ni corresponde su derogación o denuncia por la propia naturaleza y alcance que tiene el reconocimiento.

En doctrina se reconoce como "principio de irreversibilidad de los derechos humanos" por la que su reconocimiento adquiere el carácter de contenido pétreo.

Lo atípico e interesante que tiene la solución de convencional es que no cierra la lista de declaraciones y tratados a los consignados en la citada norma sino que es posible lograr que otros tratados de derechos humanos adquieran jerarquía constitucional.

El constituyente estableció que una vez que el tratado ha sido aprobado por el Congreso, deberá ser sometido a una nueva votación en la cual será necesario el "voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional". Es así como otros dos instrumentos internacionales han adquirido jerarquía constitucional luego de la reforma: en 1997, el tratado sobre desaparición forzada de personas; en 2004, el tratado sobre imprescriptibilidad de crímenes aberrantes y de lesa humanidad, que se han sumado a la lista del inciso 22 del artículo 75.

Los convencionales ensayaron una nueva escala de supremacía en la Constitución reformada:

1º.-En el vértice superior de la pirámide jurídica "kelseniana", la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 y

los que en lo sucesivo se incorporen de conformidad con el procedimiento especial que a esos efectos prevé la mencionada cláusula, "en sus condiciones de vigencia".

El convencional se limitó a trazar esa frase y la doctrina interpretó, en un primer momento que "en sus condiciones de vigencia" era con las reservas que el Estado argentino había efectuado en oportunidad de la aprobación por el Congreso de la Nación. Sin embargo, la CSJN en el caso "Girolodi, Horacio", afirmó que la frase debe ser interpretada *"tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"*.

De esta manera, nuestra CSJN, profundiza el control de convencionalidad al reconocer no sólo la prevalencia de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica sobre el derecho interno, sino también el alcance de la interpretación dada por la Corte, que es su autoridad jurisdiccional, en los casos en los que ella se pronuncia.

2º.- Los tratados y concordatos en general del inciso 22, 1ª parte del art. 75, como así también los convenios de integración y las normas que en su consecuencia se dicten, con el alcance que la jurisprudencia establezca para esta última.

3º.- La legislación nacional.

4º.- Las Constituciones provinciales, los convenios internacionales celebrados por las provincias y las leyes provinciales.

Conforme explicaremos seguidamente, la CSJN manteniendo el criterio adoptado en "Ekmekdjian c. Sofovich", fue ampliando la potestad de la CorteIDH, reconociendo su legitimación para interpretar el alcance del Pacto de San José de Costa Rica y paulatinamente admitió no solo el control de convencionalidad sino la vinculatoriedad de las sentencias de la CorteIDH en el ámbito interno e incluso la posibilidad de declarar la "inconvencionalidad" de oficio.

Por otra parte, la incorporación del Ius Cogens, alteró el marco de supremacía y el monismo se fue instalando en la consideración de nuestra CSJN y en el temperamento de la CorteIDH, conforme lo hemos expuesto en nuestro libro "La Soberanía y el Ius Cogens".

Jorge Reinaldo Vanossi por su parte, en un reciente trabajo, ensaya otro criterio vinculado a la primacia:

"1º) La norma suprema, la que está en la cumbre de la "pirámide jurídica", en cuanto a derechos individuales, es la Primera Parte de la Constitución: los arts. 1 a 43 inclusive. Aclaremos que no está claro cuál es la Primera Parte de la Constitución porque, cuando se reformó la Ley Suprema, esa "Primera Parte" comprendía sólo los actuales arts. 1 a 35. Fue el mismo Constituyente Reformador el que agregó un Capítulo

Segundo a esa "Primera Parte", los actuales arts. 36 a 43. El tema se ha discutido, pero nos inclinamos por la opinión que incluye tanto el Primero como el Segundo Capítulos de la Primera Parte. Hecha esa aclaración, toda la Primera Parte es la norma suprema. Ello surge, no sólo del art. 31, sino del 27 y del art. 75 inc. 22 - 2º párrafo.

2º) En segundo lugar se encuentran los derechos reconocidos en los tratados y convenciones sobre derechos humanos mencionados en el art. 75 inc. 22, y los que se incorporen en el futuro (2º y 3º párrafos). Están subordinados a la 1ª Parte de la Constitución, según dice el 2º párrafo, y se deduce del 3º; toda vez que el citado inciso dispone que "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos".

3º) En tercer término, deben ubicarse los derechos individuales que se encuentran no en la Primera sino en la Segunda Parte de la Constitución. Así, los Derechos de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17); "de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad" (art. 75 inc. 23).

4º) En cuarto término, están los derechos que surgen de los tratados comunes y los concordatos del art. 75 inc. 22 (1º párrafo).

5º) En quinto lugar, los derechos individuales reconocidos en las normas emanadas de los órganos supranacionales creados por tratados de integración. (art. 75 inc. 24).

6º) Y, en sexto término, los derechos reconocidos en las leyes que dicte el Congreso de la Nación" (arts. 28, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución).

Sin perjuicio del orden expuesto anteriormente, hay dos reglas que, en caso de dudas sobre la jerarquía de los derechos individuales, deben ser permanentemente aplicadas: la primera es que, en los conflictos que puedan surgir entre estas normas, en materia de derechos individuales, debe prevalecer la que más favorezca a los derechos; y la segunda, fue expuesta por la Corte Suprema en el año 1995, en el caso "Girolidi": la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, y ello porque el Estado Argentino reconoció la competencia de esa Corte para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (Mayón, Carlos Alberto "Bases Constitucionales del Derecho Civil" La Plata, 2001, "Lex", pp. 206 a 208)"

La doctrina no es unívoca con respecto a la interpretación efectuada por la CSJN.

Horacio Rosatti, publicó en el suplemento "Constitucional" de La Ley, del 13 de Febrero de 2012, "El llamado Control de Convencionalidad y el Control de Constitucionalidad en la Argentina" en la que manifiesta que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional, es inconstitucional por violación de los artículos 27, 30, 31, 75 inc.22 y 118 de la C.N.

El control de convencionalidad es un control de compatibilidad, realizado en sede judicial nacional, entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de los particulares (por un lado) con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial o consultiva de ese texto, realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo (por el otro).

¿Existe obligación judicial de realizar el control de convencionalidad por parte de los jueces del país?.

¿Dicho control, es paralelo al control de constitucionalidad o se integra a éste?

¿La interpretación convencional realizada por el órgano internacional competente obliga a los Tribunales Nacionales?

¿Obliga cuando es practicada en el marco de un proceso controversial o también cuando es consultiva? ¿Sólo en la parte resolutive o también en la considerativa?

Rosatti (obra citada) cuando refiere a la inserción de los Tratados Internacionales en el orden jurídico argentino, parte de asegurar el principio de supremacía del artículo 31 de la C.N. , y el hecho que la reforma constitucional de 1994 vino a resolver un problema recurrente desde la sanción misma de aquel artículo: el status jurídico de los Tratados Internacionales. La reforma, nos dice Rosatti, sin alterar el texto del artículo 31 (pues no estaba habilitada para hacerlo) determinó la jerarquía supralegal de todos los Tratados Internacionales y los tipificó en base a la materia objeto de regulación.

Frente a ello, Rosatti sostiene que las categorías constitucionales de los Tratados son las siguientes:

Tratados sobre Derechos Humanos (artículo 75 inc.22, 2º y 3º párrafo).

Tratados de Integración (artículo 75 inc.24).

Tratados no incluidos en los ítems anteriores celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales (artículo 75 inc. 22, 1º párrafo).

Concordatos con la Santa Sede (artículo 75 inc. 22, 1º párrafo).

Convenios celebrados por las provincias con conocimiento del Congreso Nacional (artículo 124).

Uno de los temas donde la propia C.S.J.N. ha mutado en su interpretación sobre el alcance de la frase "en las condiciones de su vigencia". Inmediatamente después de la reforma constitucional de 1994, la doctrina de los convencionales y las decisiones del propio Tribunal, interpretaron que la citada frase refería a las reservas con las que el Congreso Nacional aprobaba el Tratado Internacional en consideración. La expresión "en las condiciones de su vigencia", según Rosatti, nunca supuso un acondicionamiento al derecho interno por parte del derecho internacional, sino todo lo contrario.

La C.S.J.N. en su nueva integración, comenzó a postular en decisiones ligadas al análisis de la responsabilidad frente a los delitos de lesa humanidad, que la frase mencionada en realidad debía entenderse conforme a la interpretación que el propio Tribunal Internacional efectuaba en sus sentencias; de tal modo que "en las condiciones de su vigencia" implicaba "en las condiciones en que el Tribunal Supranacional competente interpretaba el alcance de la norma convencional".

3.- El control de convencionalidad

Rey Cantor (Rey Cantor, Ernesto, "Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos", Porrúa, México, 2008, p. XLVI), citado por Sabsay en el trabajo identificado más arriba, explica el proceso "de la supremacía de la Constitución política a la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" manifestando que la primera etapa del constitucionalismo presenta un esquema en el que "la Constitución es la normatividad de superior jerarquía a la que está subordinado el orden jurídico infra-constitucional de un Estado, siendo el Tribunal o Corte Constitucional –para nosotros la Corte Suprema– el máximo intérprete de la Constitución. Cuando el control de constitucionalidad de las leyes se activa ante la jurisdicción constitucional, con el objeto de restablecer la supremacía de la Constitución, en el evento de que la ley viole la Constitución, se efectúa un examen de confrontación normativo de la ley frente a la Constitución".

El control de constitucionalidad "clasico" en la que el poder judicial procede a la adecuación de las normas inferiores a lo que establecen las superiores, sufre una profunda transformación "a partir del momento –siguiendo a Rey Cantor– en que el Estado parte en un tratado o convención internacional que reconoce derechos humanos –por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos– adquiere

obligaciones internacionales objetivas erga omnes de 'respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio' y de 'adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos' (arts. 1.1 y 2º), esto es, de legislar de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

La internacionalización de los derechos humanos, el reconocimiento a la jurisdicción supra nacional de tribunales internacionales de derechos humanos y la consigna que no cabe ni corresponde que exista impunidad en ningún lugar del mundo para un responsable de haber cometido delito de lesa humanidad, erosiona el principio de supremacía de la Constitución en tanto se oponga a aquellos principios.

El concepto tradicional de "soberanía" sobre la cual edificamos sus alcances y motivamos nuestros estudios de derecho hace algunos años se ha transformado. Cada vez más, como consecuencia de la globalización en las comunicaciones y los vínculos económicos, el derecho comienza a trazar un marco normativo supra nacional donde el derecho internacional privado no es suficiente para su regulación y la delegación de competencia y jurisdicción comienzan a tener principios tutelares en las convenciones internacionales. Comenzamos a hablar del "Derecho Constitucional Internacional".

Lo paradójico de lo expuesto, es que las transformaciones no la llevan a cabo nuestros legisladores ni representantes electos por los ciudadanos de cada país sino por funcionarios de organismos internacionales o jueces de tribunales internacionales designados arbitrariamente por los Estados en base a los antecedentes académicos, políticos y/o idoneidad jurídica. Representantes de los Estados Miembros designados y no electos, elaboran los convenios internacionales, convienen y concilian sus respectivos contenidos y definen por delegación de sus Estados, lo que en definitiva se vota en las Asambleas y se propone a la comunidad internacional y una Corte Judicial formada como miembros consensuados entre los Estados Partes, interpreta el contenido.

Nuestra CSJN, en definitiva, ha reconocido conforme lo analizamos más adelante, que los fallos de la CorteIDH son vinculantes para nuestro país y el control de convencionalidad se impone como tarea para jueces y funcionarios de todas las instancias. Una CSJN, cuyos integrantes, han sido designados por el Presidente de la República y pasado por el tamiz del Senado, quien ha prestado su acuerdo en su condición de órgano legislativo conformado por los representantes del pueblo de las provincias, previo cumplimiento de los requisitos impuestos por el decreto 222/03. Lo paradójico, insisto, es que los jueces que integran la CorteIDH, no cumplen los mismos imperativos y son designados arbitrariamente por los Estados,

siendo absolutamente desconocidos por la voluntad popular de esos Estados.

Nos debatimos en suma, en la necesidad de construir un amplio edificio jurídico que regule los derechos humanos dentro de los Estados; de tratados internacionales que éstos se obligan a cumplir y a hacer cumplir a través de la elaboración de medidas legislativas, ejecutivas o judiciales, pues todos los órganos del gobierno están obligados de igual manera a contribuir en que se respete ese orden supranacional que aseguren el cumplimiento de las convenciones internacionales, como así también, a remover todos los obstáculos que se opongan a ello y por el otro lado, asumimos, al menos en la presente etapa, que sus decisiones provienen de juristas propuestos por algunos Estados fundados en conceptos subjetivos.

El control de convencionalidad, en consecuencia, requiere dos instancias:

La primera, difusa. La ejecutan todos los funcionarios de cada uno de los poderes y jueces de cualquier instancia, verificando la armonía de la normativa debatida en el "caso" en relación a la constitución y las convenciones internacionales.

La jurisdicción nacional, al interpretar las normas locales, debe velar poniendo todo su empeño para que ellas se adecuen a lo que contemplan los tratados. Así se evitará lo máximo posible que se susciten juicios ante la jurisdicción internacional.

b) La segunda, concentrada: Cuando queden cuestiones pendientes de "anticonvencionalidad", este control deberá ser ejercitado por el órgano supranacional.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye, para nuestra Corte, una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos (CSJN, Fallos 328:2056). De esta manera, nuestro Máximo Tribunal ha dejado de ser supremo en relación con la aplicación de la normativa sobre derechos humanos contenida en dicha convención.

Efectivamente: En 2006, en "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad -Riveros-" (13/07/2007, Fallos 330:3248.) que vamos a analizar más adelante, nuestra CSJN hace propia una afirmación contundente de la Corte IDH al expresar *"Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están*

sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos'. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C Nº 154, caso 'Almonacid', del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124)".

En 2008 en el caso "García Méndez, Emilio y Musa, María Laura s/causa Nº 7537" (CSJN, Fallos 331:2691), la Corte Suprema expresamente reconoce la voz "control de convencionalidad" al establecer que "la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la ley 26.061, requiere que los tribunales atiendan al interés superior de aquél, llevando a cabo una supervisión adecuada, lo cual comprende el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, siendo función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra el menor, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio" (del voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

La Corte IDH hace algunos años viene trazando una postura coherente sobre la vinculatoriedad de sus decisiones y elaborando una doctrina sobre el Ius Cogens (imperatividad, universalidad, inderogabilidad e imprescriptibilidad de sus normas).

Un tema relevante que ha sido materia de debate gira en torno al interrogante sobre los efectos del "control difuso de convencionalidad: ¿son retroactivos?

El "control difuso de convencionalidad", constituye un examen de compatibilidad entre la norma nacional y el "bloqueo de convencionalidad", por la que se deja "sin efectos jurídicos" aquellas interpretaciones inconvencionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en "dejar sin efectos jurídicos" la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control.

Lo expuesto, tiene un mayor grado de complejidad cuando la normatividad nacional sólo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (*ex tunc*), ya que pareciera que la intencionalidad de la Corte IDH en el momento en que se crea la doctrina del "control difuso de convencionalidad" es que la norma inconvencional carezca de efectos jurídicos "desde un inicio";

Dicho precedente se siguió reiterando en casos posteriores, especialmente en supuestos de leyes de autoamnistía. El fundamento legal se basa en el artículo 63.1 de la Convención Americana, al establecer que: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

Si bien el citado precepto se refiere a las atribuciones de la Corte IDH, *mutatis mutandi*, debe aplicarse por los jueces nacionales debido a que también son jueces interamericanos cuando realizan el "control difuso de convencionalidad".

Ello implica garantizar, en la medida de lo posible, el efectivo goce del derecho o libertad violado. Lo anterior conduce a afirmar que, en determinados supuestos, deben repararse *las consecuencias* de la norma inconvencional, lo cual sólo se puede lograr teniendo "sin efectos" dicha norma nacional desde su vigencia y no a partir de la inaplicación o declaración inconvencional de la misma. Dicha retroactividad resulta indispensable en algunos casos para lograr un adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad. Esta afirmación, además, es acorde con la propia jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar el citado artículo 63.1 del Pacto de San José, toda vez que ha considerado que cualquier violación de una obligación internacional que haya producido daño comparte el deber de repararlo "adecuadamente"; lo cual constituye "uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".

En "Gelman" hemos visto que cuando se analiza casos que afectan al principio de no retroactividad aplicado a casos de desapariciones forzadas, la Corte ya ha establecido en otros casos que, por tratarse de **un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, por mantenerse en ejecución la conducta delictiva la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva.** En este mismo sentido se han

pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano, como lo son la Corte Suprema de Justicia del Perú, el Tribunal Constitucional del Perú, la Suprema Corte de Justicia de México, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, la Corte Constitucional de Colombia, y la Suprema Corte de Argentina, Estados que, al igual que Uruguay, han ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

De tal manera, no resulta admisible que se considere prescrita la acción penal de dichos delitos que hasta la fecha se pueden seguir consumando, como lo es la desaparición forzada. Al ser un delito permanente, está fuera de discusión la aplicabilidad del principio de irretroactividad de la ley penal o de la prescripción. Esta ha sido la respuesta jurídica de la comunidad internacional para prevenir, erradicar y, cuando sea necesario, investigar, juzgar y sancionar los más graves crímenes que se han cometido y evitar así que queden en la impunidad.

La utilización por primera vez de la expresión "Control de Convencionalidad", fue adoptada por el ex Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el "Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala"(CorteIDH Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2003, Serie C, Nº 101)

Posteriormente, con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el "Caso Tibi vs. Ecuador"(CorteIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 07/09/2004, Serie C, Nº 114)el mismo magistrado, explicó que el Tribunal Interamericano analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos, pretendiendo "*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*" (párr. 3).

En el año 2006, la CorteIDH resolvió casos relevantes en materia de control de convencionalidad, especialmente "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" (CorteIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, Nº 154), en el cual se consigna que "*cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de*

efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

En el "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" (CorteIDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2006, Serie C, Nº 158) expresó que: "...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo 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".

Ya en el "Caso La Cantuta vs. Perú"(CorteIDH, Sentencia de Fondos, Reparaciones y Costas, 29/11/2006, Serie C, Nº 162) , en su párr. 173 directamente reprodujo lo que expusiera en el párr. 124 del "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile".

En el caso "Boyce y otros vs. Barbados" (CorteIDH, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2007, Serie C, Nº169), estableció que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es "convencional", o sea, debe además el órgano competente decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH (párr. 78)

En "Cabrera García y Montiel Flores vs. México"(CorteIDH, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/10/2010, Serie C, Nº 22), que analizamos más adelante, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: "Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"

En "Gelman vs. Uruguay" (CorteIDH, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, Serie C, Nº 221), la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad". Vamos a realizar su análisis más adelante.

Importa señalar que en el presente caso, la CorteIDH, ha sostenido que "...en casos de graves violaciones a las normas

del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad" . Asimismo amplía el control como "...función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial" (párr. 239).

En el caso "Masacre de Santo Domingo vs Colombia" la CorteIDH estableció que "es obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y las regulaciones correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados, adquiriendo, así sentido, el mecanismo convencional que obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones de derechos humanos"

De lo expuesto en el presente capítulo, hemos verificado que la doctrina judicial de la CorteIDH, ha trazado una evolución del alcance del control de convencionalidad, estableciendo quienes son los sujetos legitimados para ejecutar el mencionado control: En "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", el Poder Judicial); en "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", los Organos del Poder Judicial); en "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y finalmente en "Gelman vs. Uruguay", cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial en razón de constituir una obligación de las autoridades internas y por supuesto de todos los jueces y órganos judiciales.

Nuestra intención es ilustrar al alumno sobre el profundo avance y esfuerzo que la justicia, la doctrina y la interpretación de nuestros profesores están efectuando para instalar en la conciencia de todos la necesidad que no quede impune en ningún lugar del mundo, el responsable de un delito de lesa humanidad

CAPITULO III

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA VISION DE LA CORTEIDH Y DE LA CSJN

1.- Caso "Fontevicchia y D'Amico"

La tercera sentencia contra la Argentina correspondió a la denuncia de los periodistas Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico a raíz de la condena civil que les aplicaron por haber publicado en 1995 tres ediciones de la revista Noticias que incluyeron artículos y fotografías vinculados con la paternidad extramatrimonial del entonces Presidente Menem y la entrega de importantes sumas de dinero así como de regalos de gran valor económico tanto a su hijo como a la madre del niño. Durante la ejecución de la sentencia los haberes del señor D'Amico fueron embargados durante un año y medio.

La Corte IDH señaló que "en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no sólo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza". Por ello, extendió los estándares que ha utilizado respecto a la protección de la libertad de expresión en los casos de los derechos a la honra y a la reputación en casos como el presente vinculados con la protección de la privacidad, que comprende, entre otras dimensiones, "tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público".

En este sentido, es claro que el Presidente de la Nación, al ostentar el más alto cargo electivo del país está sujeto al mayor escrutinio social, no sólo sobre sus actividades oficiales o el ejercicio de sus funciones, sino también sobre aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada pero que revelan asuntos de interés público. Para el Tribunal "la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos por parte de un Presidente, así como con la eventual existencia de gestiones o interferencias en una investigación judicial, son cuestiones sobre las cuales existe un legítimo interés social en conocerlas (por lo que) la información difundida por la revista Noticias posee el carácter de interés público". Consecuencia de ello fue que la medida de

responsabilidad ulterior impuesta con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada era innecesaria y violatoria del artículo 13 de la CADH.

En relación con la paternidad no reconocida del hijo del señor Menem, la Corte IDH consideró que el derecho a la vida privada es disponible para el interesado. Al momento de la publicación de la revista, estos hechos ya habían tenido difusión pública en medios escritos, tanto en Argentina como en el extranjero, y el ex Presidente no se había opuesto a su divulgación: es más, se había mostrado favorable a dar a conocer esa relación personal, al compartir actos o situaciones públicas con su hijo. Un aspecto novedoso de la sentencia fue la inclusión, siguiendo criterios desarrollados por la Corte Europea de Derechos Humanos, del derecho a la propia imagen en el ámbito de protección del artículo 11 de la CADH, pese a que no está expresamente establecido, y el reconocimiento de la fotografía como una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 del tratado. Sobre este último aspecto, el Tribunal afirmó que la fotografía, en tiempos donde los medios de comunicación audiovisual predominan, "no sólo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo", pero al mismo tiempo "por el contenido de información personal e íntima que puede tener ... su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto". Si bien para la Corte IDH existiría una diferencia si las fotografías fueran obtenidas en un clima de hostigamiento o persecución respecto de una persona o de cualquier otro modo que le hubiera generado un fuerte sentimiento de intrusión —tales como el ingreso físico a un lugar restringido o el uso de medios tecnológicos que posibiliten la captación de imágenes a distancia o que hayan sido tomadas de cualquier otra manera subrepticia—, en el caso de imágenes que se refieren a quien desempeña el más alto cargo ejecutivo de un país no es necesario el consentimiento de la persona retratada para su publicación.

Por último, el Tribunal analizó la convencionalidad de las sanciones civiles como consecuencia de la expresión de informaciones u opiniones que afecten la vida privada o intimidad de una persona. La Corte IDH expresamente las autoriza siempre que no impliquen una inhibición o autocensura de quienes ejercen el derecho a la libre expresión y de la ciudadanía. Además, como toda restricción de derechos, la sanción civil debe estar dispuesta en una ley en sentido formal, aunque su grado de precisión difiere de las sanciones penales en función de la distinta naturaleza de los conflictos que intentan resolver. Para el Tribunal "no puede exigirse que la norma civil...prevea con extrema precisión los supuestos de

hecho que puedan presentarse; ello impediría que la norma civil resolviera una innumerable cantidad de conflictos que la realidad ofrece en forma permanente y que resulta de imposible previsión para el legislador". Al referirse en particular al artículo 1071 bis del Código Civil, entendió que "en grado suficiente, permite a las personas regular sus conductas y prever razonablemente las consecuencias de su infracción. De tal modo que su aplicación resulte conforme a la Convención dependerá de su interpretación judicial en el caso concreto". Por este motivo, la Corte IDH entendió que no hubo una violación del artículo 2 de la CADH, dado que no fue la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo, sino su aplicación en el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado, la cual no observó los criterios de necesidad mencionados precedentemente.

2.La causa "Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. Mexico

En la causa "CABRERA GARCIA Y MONTIEL FLORES vs. MEXICO", que la Corte IDH resolvió el 26/11/2010, dispuso por unanimidad de votos, su doctrina jurisprudencial sobre el "control de convencionalidad".

El voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot desarrolla importantes aspectos de la doctrina jurisprudencial en torno al tema que nos ocupa.

Su lectura nos introduce en agudas reflexiones que colaboran con el estudio del instituto. Vamos a respetar el orden de su exposición, procurando explicitar los diferentes aspectos que analiza en su sentencia.

¿El control de convencionalidad "ex officio" ejecutado por el juez nacional hace incompetente al tribunal interamericano?

El Estado demandado (MÉXICO) hizo valer como excepción preliminar la incompetencia de la Corte IDH debido a que estimó que lo pretendido ante esa instancia internacional consistía en revisar el proceso penal que fue seguido por todas las instancias jurisdiccionales competentes en sede nacional, donde incluso se interpusieron recursos (apelaciones) y se presentaron juicios de amparo; además, se afirma, fue ejercido el "control de convencionalidad" *ex officio*, lo que a su entender hace incompetente al Tribunal Interamericano al no poder "revisar" lo juzgado y decidido previamente por los jueces domésticos que aplicaron parámetros convencionales.

La excepción interpuesta por México resulta novedosa en razón de constituir la primera vez que se alega que los tribunales nacionales efectivamente ejercieron el "control de convencionalidad" en un proceso ordinario que fue seguido en

todas sus instancias, incluyendo los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, por lo que no puede nuevamente analizarse por los jueces interamericanos al implicar una revisión de lo decidido por los tribunales nacionales que aplicaron normatividad interamericana. Al respecto, la Corte IDH reitera que si bien la protección internacional resulta "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", como se expresa en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el caso También es cierto que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las "Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" y los jueces nacionales, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional.

En realidad, el análisis que realiza la Corte IDH, por consiguiente, no constituye una "cuestión preliminar", sino fundamentalmente representa una "decisión de fondo", donde precisamente se analiza si un determinado ejercicio del "control de convencionalidad" por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana.

Las anteriores consideraciones, por supuesto, no otorgan competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla. En efecto, las garantías convencionales descansan en el "principio de subsidiariedad" antes referido, reconocido expresamente en los artículos 46.1.a) de la propia Convención Americana, previendo de manera clara como requisito de actuación de los órganos interamericanos "que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos"; regla que a su vez complementa el dispositivo 61.2 del mismo Pacto, al prever de manera explícita como condición de actuación de la Corte IDH el "que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50" (referido al procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede

convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno.

De lo expuesto se concluye que su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos, lo que evidentemente en este último supuesto equivaldría a sustituir a la jurisdicción interna, quebrantando la esencia misma de la naturaleza coadyuvante o complementaria de los tribunales internacionales.

La Corte IDH es competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes *cuando existan violaciones al Pacto de San José*, análisis que el juez convencional realizará, necesariamente, al resolver el "fondo" del asunto y no como "excepción preliminar", al ser en aquel momento donde se efectúa el "examen de convencionalidad" de la actuación interna a la luz de la Convención Americana y de la interpretación que se realice a la misma por la Corte IDH.

El Poder Judicial del Estado miembro debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, 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. La Corte IDH, por su parte, ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969."

¿Quiénes están obligados a practicar el control de convencionalidad en el orden interno?

La Corte IDH ha establecido, en su jurisprudencia, que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención

Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben 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.

Como puede apreciarse, la CorteIDH aclara su doctrina sobre el "control de convencionalidad", al sustituir las expresiones relativas al "Poder Judicial" que aparecían desde el *leading case Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que "todos sus órganos" de los Estados que han ratificado la Convención Americana, "incluidos sus jueces", deben velar por el efecto útil del Pacto, y que "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" están obligados a ejercer, de oficio, el "control de convencionalidad".

La intencionalidad de la CorteIDH es clara: definir que la doctrina del "control de convencionalidad" se debe ejercer por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización; es decir, que el "control de convencionalidad" debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Vamos a observar más adelante, en el caso "Gelman" que se ha extendido el control de convencionalidad a todos los funcionarios de los tres poderes del Estado.

El control concentrado y monopolizado de la CorteIDH y el actual control difuso de convencionalidad

Originariamente, la CorteIDH monopolizaba el control de convencionalidad por expresa aplicación de principios de legalidad expuestos en el Pacto de San José de Costa Rica. Desde el caso "Almonacid Arellano vs. Chile" hasta la actualidad, el tribunal supranacional fue modificando su postura, estableciendo un "control difuso de convencionalidad", debido a que *debe ejercerse por todos los jueces nacionales*. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las "garantías" y "órganos" internacionales de protección de los derechos humanos.

Se advierte claramente una "internacionalización del Derecho Constitucional", particularmente al trasladar las "garantías constitucionales" como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la "supremacía constitucional", a las "garantías convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacía convencional"; siendo lo expuesto una de las transformaciones más importantes que ha recibido el Derecho Constitucional.

El "control concentrado de convencionalidad" lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este "control concentrado" lo realizaba y monopolizaba, fundamentalmente, la Corte IDH.

En la actualidad, se ha transformado en un "control difuso de convencionalidad" al extender dicho "control" a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de "intérprete última de la Convención Americana" cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno. Se trata de un "sistema de control extenso (vertical y general)" como acertadamente lo ha puesto de relieve el ex juez interamericano Sergio García Ramírez.

Las Cortes constitucionales internas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. Se establecen principios y valores del sistema democrático que ilustra el rumbo del Estado en el marco del llamado "Control de Constitucionalidad".

Cuando la Corte IDH adopta el control de convencionalidad y abandona el carácter concentrado, haciéndolo difuso, el "control difuso de convencionalidad" convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los

previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva "misión" que ahora tienen para salvaguardar el CORPUS JURIS INTERAMERICANO, a través de este nuevo "control". Más adelante analizaremos otras de las transformaciones relevantes que genera el control de convencionalidad referida a la formación del "Corpus Juris Interamericano".

3.- CSJN, D. 1682. XL. Recurso de hecho. Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal - causa n° 24.079, del 29 de noviembre de 2011.

Nuestra Corte Federal dictó sentencia en el caso "Derecho", confirmando –por mayoría– la tendencia que comenzara a perfilarse durante el pasado decenio, en cuanto a reconocer la obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte creada por el Pacto de San José de Costa Rica, en aquellos procesos en que nuestro país es parte. Lo trascendente del caso es que el tribunal federal acata la sentencia emitida por la Corte regional, y procede en consecuencia a dejar sin efecto aquella otra que dictara con anterioridad–que había pasado en autoridad de cosa juzgada– por la que confirmara a su vez la decisión del inferior, en cuanto había declarado extinguida por prescripción la acción penal y sobreseído parcial y definitivamente a un imputado que se le atribuyó el delito previsto en el artículo 144 bis del Código Penal.

Era impensado lustros atrás que los fallos de nuestra Corte Federal podrían llegar a ser escrutados por un órgano judicial internacional, posibilidad que se abrió con la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, poniendo en crisis su carácter de Suprema y a la par el instituto de la cosa juzgada interna. Los tiempos que corren demuestran que la Corte ya dejó de ser el último tribunal para decidir sobre aquellos casos en que se encuentren en debate ciertos derechos y libertades fundamentales de los seres humanos.

¿Cuales han sido sus antecedentes?

En prieta síntesis los hechos del caso se remontan al año 1988 cuando el señor Bueno Alves y su abogado Pérez Galindo fueron detenidos por miembros de la Policía Federal, a raíz de una denuncia por supuestas estafas y extorsión en el marco de una transacción inmobiliaria. Con posterioridad, Bueno Alves denunció haber sido sometido a torturas mientras se encontraba detenido en sede policial, con el objeto de que declarara contra sí mismo y su abogado. A consecuencia de los tormentos sufridos, Bueno Alves padeció un debilitamiento en la capacidad auditiva de su oído derecho y en el sentido del equilibrio. En el proceso judicial por averiguación de las torturas, la víctima identificó a René J. Derecho como uno de los policías que lo detuvieron y lesionaron.

Sin embargo, este proceso finalizó por prescripción de la acción penal, confirmada por la Cámara del fuero y posteriormente por la Corte Suprema, al rechazar –en julio de 2007– el recurso extraordinario presentado por el abogado de la víctima. Allí el tribunal expresó –compartiendo el dictamen del Sr. Procurador General, y a diferencia de lo que alegaba el recurrente– que se trataba de un delito prescriptible, porque no era de lesa humanidad, tal como se resolvió en la instancia previa.

Con anterioridad al dictado de esta sentencia de la Corte Suprema, el Sr. Bueno Alves acudió a los órganos del sistema interamericano y denunció al Estado argentino ante la CIDH –agosto de 1994– por vulneración de los derechos a la integridad personal (art. 5), a la libertad personal (art. 7) y a las garantías y protección judiciales (arts. 8 y 25), todos en relación con la obligación general de respeto a esos derechos y garantías (art. 1.1) reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Luego de declarar la admisibilidad de la petición, la CIDH emitió el informe de fondo (art. 50), cuyas conclusiones fueron aceptadas por el Estado. Al no haberse dado cumplimiento a las recomendaciones efectuadas por la Comisión en su informe, ésta sometió el caso a la Corte, reconociendo el Estado su responsabilidad internacional por la vulneración de los derechos denunciados. El tribunal dictó sentencia el 11 de mayo de 2007, declarando que el Estado argentino resultaba responsable de las vulneraciones alegadas. Asimismo, decidió –entre otras medidas de reparación– que el Estado debía llevar adelante todas las investigaciones para determinar las pertinentes responsabilidades por los hechos denunciados y aplicar las consecuencias que establezca la ley. Recalcó fundamentalmente que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal (art. 5 CADH), lo que implica el deber de investigar posibles actos de torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, constituyan o no delitos de lesa humanidad.

El incumplimiento en la investigación de los sucesos genera al Estado responsabilidad internacional, los cuales no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas, como ser el instituto de la prescripción de la acción penal, tal como lo resolviera con anterioridad en el caso "Bulacio".

Posteriormente el abogado de la víctima se presentó ante la Corte Suprema portando un recurso de aclaratoria, "para que, en esencia, el Tribunal indique el auténtico alcance jurisdiccional de la antedicha resolución a la luz del fallo de la Corte Interamericana en el caso "Bueno Alves vs. Argentina".

La Corte consideró que el planteo importaba un recurso de reposición y que el caso era uno de aquellos por el cual las sentencias del Tribunal podían ser corregidas. En consecuencia, y con el objeto de dar cabal cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana en la sentencia dictada en "Bueno Alves vs. Argentina" y haciendo pie en el precedente "Espósito" —en cuanto a que las sentencias del Tribunal regional son de obligatorio cumplimiento para el Estado argentino— correspondía:

hacer lugar al recurso articulado y dejar sin efecto la anterior sentencia firme del Tribunal de julio de 2007, aquella que había confirmado la prescripción de la acción; y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que se cumpla con lo dispuesto por el cuerpo judicial interamericano, esto es, proseguir con las investigaciones para fijar las responsabilidades del caso.

El fallo ha sido trascendente. La sentencia constituye una "expresión relevante de impacto en altos tribunales nacionales latinoamericanos" de la jurisprudencia interamericana, que van desde adoptar como "guía" y pauta hermenéutica las normas internacionales y las decisiones vinculantes de la Corte regional, hasta decisiones específicas directamente vinculadas a sentencias en las que el "deber de garantía" se ha expresado en la obligación de investigar y sancionar determinadas violaciones a los derechos humanos.

4.- Caso "Gelman c. Uruguay"

Vamos a analizar en éste capítulo dos sentencias vinculadas a las mismas partes. La primera define la denuncia y el segundo fallo consiste en la supervisión de la ejecución de la sentencia de la primera.

A) La primera sentencia contra Uruguay por las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico-militar entre el 27 de junio de 1973 y el 28 de febrero de 1985 se demoró en llegar, pero finalmente se dictó. Los hechos del caso tienen la particularidad de que se enmarcan dentro del denominado Plan Cóndor y las desapariciones, la sustracción y apropiación de niños y niñas y las ejecuciones extrajudiciales de exiliados y refugiados en Argentina luego del golpe de estado en nuestro país. En este contexto, María Claudia García Iruretagoyena Casinelli y su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, fueron privados ilegalmente de su libertad por comandos militares uruguayos y argentinos el 24 de agosto de 1976 y conducidos al centro clandestino de detención conocido como "Automotores Orletti". Mientras Gelman fue ejecutado en octubre de 1976, García fue trasladada

a Montevideo de forma clandestina en avanzado estado de embarazo, habiendo dado a luz a en el Hospital Militar a María Macarena, quien le fue sustraída y abandonada en la casa de un policía uruguayo que la registró como hija propia.

En el sub lite es interesante el abordaje que el Tribunal hizo de la violación de la integridad personal de la víctima por su género. Para la Corte IDH "el estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso". En este sentido, destacó que el tratamiento que se le dio (diferenciado respecto de otras personas detenidas) obedeció únicamente a la voluntad de lograr su retención ilegal, su traslado al Uruguay, el nacimiento de su hija y su eventual desaparición forzada, lo que demuestra "una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres".

El tribunal verifica la existencia de varias violaciones a los derechos fundamentales de María Macarena Gelman García, entre los cuales destaca:

a) Derecho a la Integridad Psíquica:

Deriva tanto de la desaparición forzada de su madre y de haberse enterado de las circunstancias de la muerte de su padre biológico, como de la violación de su derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad y de la falta de investigaciones efectivas para el esclarecimiento de los hechos.

b) Derecho a la Identidad:

Dijo la Corte IDH, que *"si bien no se encuentra expresamente contemplado en la CADH ... es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia"*.

c) Derecho a la Nacionalidad:

Resulta interesante la determinación de la violación del derecho a la nacionalidad –artículo 20.3 de la CADH– por parte del Estado por haber frustrado el nacimiento de María Macarena en el país de origen de su familia biológica donde normalmente hubiese nacido, lo que tuvo como consecuencia que adquiriera la nacionalidad uruguaya por una situación arbitraria.

d) Derecho a la Libertad:

Enfatiza que María ha sido privada de su libertad, afirmando que *"adicionalmente al hecho de que la niña nació en cautiverio, su retención física por parte de agentes estatales, sin el consentimiento de sus padres, implican una afectación a su libertad, en el más amplio término del artículo 7.1 de la CADH. Este derecho implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad"*.

Finalmente, quizás el aspecto más atrayente para muchos publicistas sea el examen que la Corte IDH hizo de la **Ley de Caducidad de 1986** –la versión uruguaya de la amnistía de los criminales del Cono Sur– debido a su ratificación a través del referéndum de 1989 y la "iniciativa popular" de 2009. Para comenzar, reiteró que todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región han concluido que las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos violan el deber de investigar y sancionar dichas violaciones. Además, sostuvo que la incompatibilidad respecto de la CADH incluye a todo tipo de amnistía de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas "autoamnistías", dado que no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino de su ratio legis, cuestión que ya había quedado resuelta a partir de los casos "Almonacid Arellano y otros c. Chile" y "Gomes Lund y otros c. Brasil". Al referirse a la ratificación o respaldo por la ciudadanía de la norma discutida, el Tribunal en un párrafo concluyó que **"la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos...la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías"**. Personalmente, interpreto que es una de las más bellas definiciones que un tribunal judicial ha sostenido,

ratificando la vigencia del estado del derecho internacional de los Derechos Humanos tal cual existe con posterioridad a la creación de las Naciones Unidas y el surgimiento en la década del '40 del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Nuestra CSJN, por su parte, en autos "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/Recurso de casación e inconstitucionalidad"(Fallos 330:3248, del 13 de julio de 2007), la CSJN por mayoría, aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional y convencional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad, receptando expresamente la pauta adoptada por la CorteIDH en "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", estableciendo que *"...el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"* .

En "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/Recurso de casación" (Fallos 333:1657 de 31 de agosto de 2010) la CSJN se apoyó en la doctrina sentada por la Corte IDH en el nombrado "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", en cuanto al deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de "convencionalidad ex officio"(consids. 8° y 10).

B) RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DEL 20/03/2013 - "CASO GELMAN VS. URUGUAY" - SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA

El caso que nos ocupa, en el presente capítulo, es la "supervisión" que realiza la CorteIDH sobre la sentencia de fondo que dictara el 24 de febrero de 2011, sobre hechos que ocurrieron durante la dictadura cívico-militar que gobernó Uruguay entre 1973 y 1985, recurriendo a prácticas sistemáticas de graves violaciones de derechos humanos por fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya en colaboración con autoridades argentinas, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la llamada "Operación Cóndor".

En el fallo de fondo que analizamos precedentemente, La CorteIDH declaró, en esa oportunidad, por unanimidad, que el Estado de Uruguay es internacionalmente responsable por:

- 1) La desaparición forzada y la violación de los derechos reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1 y 5.2 y 7.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de María Claudia García;
- 2) Por imperio de los artículos 3, 4.1, 5.1, 7.1, 17, 18, 19 y 20.3, en relación con el artículo 1.1 de la Convención y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de María Macarena Gelman;
- 3) Conforme a los artículos 5.1 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio del señor Juan Gelman;
- 4) Atento los artículos 8.1 y 25.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención y con los artículos I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, en perjuicio del señor Juan Gelman y de María Macarena Gelman.
- 5) Se sostiene que el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le había dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.
- 6) Asimismo, la Corte dispuso por unanimidad, que el Estado en un plazo razonable debe conducir y llevar a término eficazmente la investigación de los hechos del presente caso, a fin de esclarecerlos y determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea, de conformidad con los párrafos 252 a 256, 274 y 275 de la Sentencia, imponiendo un conjunto de deberes y obligaciones en un plazo determinado, que la citada sentencia describe

Conforme a lo establecido en la Convención, la CorteIDH supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal ejecución a lo dispuesto en la misma, debiendo el Estado rendirle, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, un informe sobre las medidas adoptadas para tal efecto.

Precisamente, como consecuencia de esto último, la CorteIDH supervisó el cumplimiento y acatamiento de la sentencia, determinando:

I.- MEDIDAS QUE HAN SIDO CUMPLIDAS POR EL ESTADO:

-Obligación de realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso y de colocar una placa en el edificio del SID

-Obligación de realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la Sentencia.

Obligación de pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos.

II. MEDIDAS DE REPARACIÓN CON AVANCES O PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO

-Obligación de adoptar, en el plazo de dos años, las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura que reposa en archivos estatales.

-Obligación de implementar, en un plazo razonable y con la respectiva asignación presupuestaria, un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial del Uruguay.

-Obligación de continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruretagoyena

-Obligación de investigar los hechos del presente caso y determinar las correspondientes responsabilidades;

-obligación de garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (ley 15.848), al carecer de efectos, no vuelva a representar un obstáculo para esos efectos.

En éste último requerimiento que ha sido supervisado por la CorteIDH, se ha verificado que la sanción de la Ley 18.831 removió el obstáculo de la ley 15.848(Ley de Caducidad); sin embargo, **la Comisión observó que la investigación por los hechos del presente caso se esté llevando a cabo bajo la figura de homicidio y no de desaparición forzada.**

Se valoró la adopción de la Ley 18.831 y del Decreto 323, pero alegaron que esta medida adoptada por el Estado no resuelve el obstáculo que representa la Ley de Caducidad para esclarecer

los delitos de lesa humanidad cometidos en el país entre los años 1973-1985 en términos de impunidad, toda vez que de acuerdo a la interpretación recientemente confirmada por un fallo de la Suprema Corte, **los hechos de desaparición forzada de personas cometidos durante la última dictadura militar prescribirían en noviembre de 2011.**

En efecto: **La Ley de Caducidad no había sido derogada ni anulada y en consecuencia la Suprema Corte de Uruguay mantenía su aplicación excepto en Gerlman.**

Simultáneamente la ley 18.831 había sido impugnada mediante varios recursos de inconstitucionalidad, que habían sido declarados admisibles por la Suprema Corte de Justicia y que, el día 22 de febrero de 2013, ésta había emitido una sentencia en la cual declaraba la inconstitucionalidad de la citada ley 18.831.

En lo referente a esa decisión del 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia, el Estado manifestó que el control de constitucionalidad de la ley en el sistema jurídico uruguayo es concentrado, por lo que la Suprema Corte de Justicia es el único órgano habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una ley y que el caso en análisis donde se declaró la inconstitucionalidad de la Ley 18.138, no refiere concretamente al caso Gelman ni afectaría esa causa, dado que se refiere "a otro juicio pero en el cual también se investigan hechos ocurridos en igual período dictatorial" y "es dable señalar que existen en este mismo momento otros numerosos casos presentados ante la Suprema Corte de Justicia, los que tratan también de denuncias de hechos ocurridos durante el periodo dictatorial, a la espera de pronunciamiento por iguales cuestionamientos en relación a la constitucionalidad de la ley 18.831". Manifestó que el artículo 10 de la ley 18.831 no fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia, "circunstancia que debe ser correctamente relevada como un claro avance en la remoción de los obstáculos a la investigación de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado", por lo que el Estado respeta y cumple los preceptos de la Convención Americana y demás instrumentos internacionales que libremente ha ratificado" y su conducta resulta inequívoca en cuanto al respeto y respaldo a las decisiones de la Corte Interamericana".

La Corte IDH en respuesta a las afirmaciones del Estado Uruguayo, dispuso que Uruguay debe "asegurar" que la Ley de Caducidad "no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay". La Corte enfatizó que "[d]ada su manifiesta incompatibilidad con la Convención

Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad [...] no pueden [...] tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay". Expresamente consignó en su Sentencia que **"la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos"**.

La Corte IDH dispuso:

-La vigencia de la Ley de Caducidad adoptada en Uruguay en 1986, es manifiestamente incompatible con la Convención Americana y por ende carente de efectos jurídicos, cuya interpretación y aplicación había constituido el principal obstáculo para las investigaciones de los hechos del presente caso y de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay.

-Ninguna otra norma análoga a la Ley de Caducidad, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, cabe que tenga vigencia o de aplicación a ningún caso sometido a proceso;

-Las autoridades deben abstenerse de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo; asegurando por el contrario, el pleno acceso y capacidad de actuar de los familiares de las víctimas en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables, y publicar los resultados de los procesos correspondientes.

A continuación, la sentencia hace referencias al carácter vinculante de la misma, el llamado "control de convencionalidad", la imprescriptibilidad de las graves violaciones a los derechos humanos, el principio de irretroactividad de la ley penal y la naturaleza del delito de desaparición forzada.

La trascendencia del fallo se impone para que se proceda a su transcripción y análisis:

-En primer lugar, se pronuncia por la **"Obligatoriedad de la Sentencia dictada por el tribunal supranacional y el llamado "control de convencionalidad"**. Hemos preferido por cuestiones metodológicas, analizar sus conclusiones en el Capítulo VII sobre el **"Efecto Vinculante de la Sentencia y el Valor de las Recomendaciones"**, al cual nos remitimos

-En segundo lugar, refiere al llamado "control de convencionalidad", concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

Cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben 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.

De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad:

- La Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte;

-La Sentencia ha sido dictada en un caso en la cual el Estado NO ha sido parte.

De ello depende, a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

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.

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el "principio de complementariedad", en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado "de subsidiariedad") informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, 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”.

Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. Según fue señalado (supra Considerando 37), precisamente en el presente caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte consideró que, antes de tomar la referida decisión de 22 de febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia uruguaya ya había ejercido un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al declararla inconstitucional en octubre de 2009 en el caso *Sabalsagaray*. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad cuando existe cosa juzgada internacional, este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este

supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.

Lo anterior se deduce del compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales y no solo de prácticas judiciales reiteradas a niveles nacionales, que son por supuesto relevantes. Así, tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región, se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana "resulta[n] 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". Igualmente, dicha Corte Suprema manifestó "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 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".

De lo anterior se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los obiter dicta y/o las ratio decidendi de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones.

En atención a todo lo anterior, la Corte reitera, por un lado, que sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales y, por otro, que el control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción.

En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el

Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.

En el presente caso, el efecto general de la incompatibilidad de la Ley de Caducidad, la no aplicabilidad de prescripción y otros efectos relativos a la obligación de investigar los hechos, fueron dispuestos en la propia Sentencia dictada en el caso Gelman, en cuyo proceso el Estado tuvo todas las oportunidades de exponer sus puntos de vista, por lo que la Sentencia tiene la autoridad de cosa juzgada internacional, de donde deriva que todas las autoridades nacionales, incluyendo el Poder Judicial en todos sus niveles, deben cumplir con la decisión en respeto a sus obligaciones internacionales.

Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste para todos sus poderes y órganos con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Por tanto, conforme al Derecho Internacional que ha sido democrática y soberanamente aceptado por el Estado, es inaceptable que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una Sentencia con autoridad de cosa juzgada, el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos. En este caso, a pesar de lo realizado por el Estado uruguayo, a través de determinados actos de sus Poderes Ejecutivo y Legislativo en acatamiento de la Sentencia, la reciente decisión de 22 de febrero de 2013 de la máxima autoridad jurisdiccional del Estado -actuando como contralor de constitucionalidad-, si bien incluye una serie de reflexiones dirigidas a cumplir la Sentencia, por la manera en que están expuestas, la misma constituye un obstáculo para el pleno cumplimiento de la Sentencia y podría producir un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana.

-En tercer lugar, la CorteIDH, refiere a la imprescriptibilidad de las graves violaciones a los derechos humanos, el principio de irretroactividad de la ley penal y el carácter del delito de desaparición forzada:

En el presente caso, la Corte observa en primer lugar que el Estado de Uruguay, por medio de la Suprema Corte de Justicia, expresó que los crímenes cometidos por los agentes de la dictadura antes del 1° de marzo de 1985 no eran considerados

por la legislación interna como crímenes imprescriptibles, y que por tanto la ley 18.831 interpretativa de la ley de caducidad es inconstitucional.

En casos en que se ha establecido que ocurrieron desapariciones forzadas y otras graves violaciones, es fundamental que los Estados investiguen efectivamente los hechos, pues la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de los mismos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La eliminación de la impunidad, por todos los medios legales disponibles, es un elemento fundamental para la erradicación de las desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos.

Con respecto a este punto vale reiterar, en primer lugar, la jurisprudencia constante de este Tribunal según la cual "son inadmisibles las [...] disposiciones de prescripción [...] que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, **todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lo anterior también fue expresado por la Corte en el caso Gelman Vs. Uruguay. Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que "[l]as violaciones graves de los derechos civiles y políticos cometidas durante el gobierno militar [en Argentina] deben ser perseguibles durante todo el tiempo que sea necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores".**

En virtud de lo anterior, es incompatible con las obligaciones internacionales de un Estado Parte en la Convención que éste deje de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles, en perjuicio del derecho de las víctimas de acceso a la justicia, amparándose en una situación de impunidad que sus propios poderes y órganos hayan propiciado mediante la generación de obstáculos de jure o de facto que impidieran realizar las investigaciones o llevar adelante los procesos durante determinado período. La imprescriptibilidad de ese tipo de conductas delictivas es una de las únicas maneras que ha encontrado la sociedad internacional para no dejar en la impunidad los más atroces crímenes cometidos en el pasado, que afectan la consciencia de toda la humanidad y se transmite por generaciones.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE IRRETROACTIVIDAD

En lo que se refiere al principio de legalidad y de irretroactividad, la Corte hace notar que los instrumentos internacionales que contienen dicho principio no circunscriben la aplicación del mismo a lo establecido únicamente en el derecho interno. En ese sentido, el artículo 9 de la Convención Americana precisa que "[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable". Los Trabajos Preparatorios a la Convención Americana indican al respecto que la expresión "derecho aplicable" se refiere tanto al derecho interno como al derecho internacional. Esa interpretación es consistente tanto con el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como al artículo 7 del Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades

Fundamentales o al artículo 11 de la Declaración Universal de

Derechos Humanos de 1948, en los cuales se indica que las acciones u omisiones por las cuales nadie puede ser condenado deben estar establecidas en el derecho interno o en el derecho internacional. Del mismo modo, la regla anterior ha sido

aplicada por tribunales penales nacionales e internacionales y

por los sistemas universal y europeo de protección de derechos humanos.

En ese sentido, cabe señalar que la importancia de considerar ese principio de forma amplia abarcando el derecho interno y el internacional, radica en el hecho de que precisamente se trata de evitar que se validen o encubran, a través de normas o procedimientos, graves violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes de un Estado al amparo de un aparato organizado de poder. Si se aceptara que únicamente la normatividad interna fuera la que determinara la aplicación o no de la irretroactividad penal, ello implicaría que un agente de un aparato organizado de poder puede cometer válidamente los crímenes más graves cuando el Estado que lo amparase encuentre en posición de garantizar su impunidad por medios legales. De ese modo, la necesidad de considerar el derecho internacional a la hora de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar una conducta ilícita constitutiva de una grave violación a los derechos humanos, funcionaría como garantía contra la impunidad de los autores de ese tipo de crímenes y preservaría el derecho de las víctimas a la verdad y a la obtención de justicia.

En este sentido, es relevante observar que este Tribunal ha establecido, en relación con la existencia de normas que se refieren a la criminalización interna o internacional de una determinada conducta, que dicha normatividad debe ser adecuadamente accesible y previsible. En otros términos, el

autor debe ser consciente de la antijuridicidad de su conducta y debe poder prever que podría tener que responder por ello. Sin embargo, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, resulta irrazonable afirmar que los agentes estatales responsables las cometieran desconociendo la extrema antijuridicidad de sus actos, más aún en casos como el presente, que trata de desapariciones forzadas cometidas bajo estructuras organizadas de poder del propio Estado. Así, en casos en que el aparato estatal ha servido de instrumento para la comisión de esos graves crímenes y en que los agentes responsables contaban, al momento de su comisión, con la tolerancia, apoyo y garantías de impunidad que les aseguró y aseguraría el propio Estado, no cabe una interpretación estricta de esas garantías procesales de prescripción e irretroactividad de la ley penal, sin que ello implique desnaturalizar su sentido mismo y dejar de atender la consecución de las expectativas legítimas de las víctimas a su derecho de acceso a la justicia.

LA DESAPARICION FORZADA COMO UN DELITO PERMANENTE Y SU INCIDENCIA RESPECTO DEL PRINCIPIO DE IRRECTROACTIVIDAD

Con respecto a la calificación jurídica de la desaparición forzada, la Corte reitera, como lo ha hecho en otros casos, que no es admisible considerar esa conducta ilícita como un delito de carácter instantáneo. En ese sentido, en su jurisprudencia constante desde 1988, el Tribunal ha establecido el carácter permanente de la desaparición forzada de personas, el cual ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Del mismo modo, la jurisprudencia de esta Corte ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la pluriofensividad de los derechos afectados y el carácter permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos. Esta Corte realizó dicha caracterización de la desaparición forzada incluso con anterioridad a la definición contenida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Además, esa calificación es consistente con otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, decisiones del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, y decisiones de altos tribunales nacionales.

El Ministro Ricardo C. Pérez Manrique emite un voto razonado, manifestando que la resolución de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay afecta el debido cumplimiento de la Sentencia en el Caso Gelman; por lo que el Tribunal Interamericano se pronunció sobre varios aspectos de vital importancia para el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *"Estas circunstancias motivan la necesidad de formular el presente voto concurrente razonado; en la inteligencia de que si bien el suscrito no integraba dicho órgano colegiado cuando se dictó la Sentencia de fondo y reparaciones en febrero de 2011, ahora como nuevo miembro del Tribunal Interamericano, al igual que mis pares, me encuentro no sólo facultado, sino obligado de velar por el debido cumplimiento de la misma"*, en razón de no compartir íntegramente los razonamientos y el sentido de la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, adoptada por unanimidad de votos, estimando conveniente, dada la importancia de las consideraciones que la contienen, agregar a la Resolución, el presente voto concurrente razonado, con la finalidad de profundizar y destacar tres cuestiones cruciales que influyen en el buen entendimiento de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana como aplicador e intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

la incidencia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 en el debido e integral cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Gelman; la eficacia de la sentencia interamericana y la autoridad de la cosa juzgada internacional: su proyección directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Partes de la Convención Americana (res interpretata) y la autoridad de la "cosa juzgada internacional" en relación con el "control de convencionalidad" (párrs. 80-100).

El Ministro Ricardo Pérez Manrique refiere luego a la "incidencia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 en el debido e integral cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso Gelman"

La Suprema Corte de Justicia del Uruguay confronta el derecho de las víctimas a la reparación integral amparadas en una sentencia internacional, que ha producido la autoridad de cosa juzgada e inclumple con la sentencia del caso "Gelman", cuando declara la inaplicabilidad de los artículos 2o y 3o de la Ley 18.831 en un caso similar al Caso Gelman. En una causa que versa sobre desaparición forzada de personas cuyos hechos acontecieron en el mismo periodo de dictadura militar y que la Corte IDH en la Sentencia declaró como "imprescriptibles", al

constituir por su propia naturaleza una violación de normas jus cogens, procesan a varias personas "homicidio", sin que comprenda hasta ahora otras conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos, ni se estén investigando los hechos de la desaparición forzada por supresión de identidad.

La interpretación que la Corte de Justicia de Uruguay cuyas consideraciones difieren de las realizadas por la Corte IDH en la Sentencia del Caso Gelman, provoca, evidentemente, que en la práctica los jueces nacionales que estén conociendo de violaciones graves de derechos humanos, la falsa disyuntiva de aplicar de manera "directa" la interpretación que se deriva del fallo de la Corte IDH (que es lo que corresponde por la obligación derivada del artículo 68.1 de la Convención Americana) o bien la jurisprudencia de la Suprema Corte de su país.

Resalta en consecuencia, el voto razonado, que en el caso "Gelman", la Sentencia de la Corte IDH ha calificado jurídicamente los hechos como "desaparición forzada de personas" y ello constituye una de las más claras y graves violaciones a los derechos humanos, atendiendo al hecho que se configuró bajo el "terrorismo de Estado". Sostener la prescriptibilidad del delito al asimilar a "homicidio", autoriza que la desaparición forzada, tortura o sustracción de identidad y otros hechos, como violaciones graves de derechos

humanos cometidas en dicho contexto, resulten prescriptibles; y, por consecuencia, representen un obstáculo real y potencial para que en el caso puedan realmente investigarse, identificarse y, eventualmente, sancionarse a los responsables de delitos que han sido configurados como "de lesa humanidad". Podría darse el supuesto que los jueces que estén conociendo o que conozcan de las causas sobre violaciones graves a derechos humanos apliquen la Sentencia del Caso Gelman en el marco del control de convencionalidad y llegaran las causas ante la instancia de la Suprema Corte por medio de las vías impugnativas correspondientes y a tenor de la interpretación del más alto tribunal de Justicia de ese país, permitiría que la vigencia de Ley de Caducidad continúe, en la práctica, teniendo efectos, al permitirse la prescripción respecto de los delitos que resultan imprescriptibles en términos de la Sentencia del Tribunal Interamericano; constituyendo la jurisprudencia nacional constituye al día de hoy un obstáculo real y potencial para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de los responsables, cuestión que genera una situación jurídica contraria a lo previsto en la Sentencia del Caso Gelman que expresamente ha consignado: "las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo"

Conforme lo vamos a analizar en el caso "Derecho", en el presente caso "Gelman", **la falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas** en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables.

El alcance de la interpretación en el marco del control de convencionalidad no solamente hace aplicable la vinculatoriedad para el Estado parte sino para los demás Estados Parte del Pacto de San José. Efectivamente: La eficacia vinculante de la "norma convencional interpretada" constituye una obligación convencional derivada de los artículos 1o y 2o de la Convención Americana en los términos previamente analizados

La Sentencia del Caso Gelman Vs. Uruguay de 24 de febrero de 2011, constituye un precedente de la mayor importancia para el Sistema Interamericano y en el carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana sobre la doctrina del "control de convencionalidad", toda vez que con claridad explicitó que este tipo de control debe realizarse ex officio por todas las autoridades nacionales –incluyendo las instancias democráticas – "en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad', que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial"

Es lo que la doctrina judicial denomina "**control dinámico y complementario**" de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades nacionales y las instancias internacionales, en forma subsidiaria y complementaria, de modo que los criterios de decisión pueden

ser conformados y adecuados entre sí mediante el ejercicio de un control "primario" de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control "complementario" de convencionalidad en sede internacional.

Lo expuesto nos introduce en un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un "**sistema integrado**", debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana –Comisión y Corte IDH–, sino que también comprende con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José, al deber participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional a manera de un "sistema integrado" de protección de derechos. **Sistema integrado, dinámico y complementario.**

5.- Tres fallos relevantes "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad", de 13 de julio de 2007, "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación", de 31 de agosto de 2010 y "Rodríguez Pereyra".

1. "Mazzeo" y el seguimiento de los primeros trazos conceptuales de la Corte IDH en materia de control de convencionalidad

Por mayoría, la CSJN decidió la invalidez constitucional (anche convencional) de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad. A efectos de dar cuerpo a tal razonamiento, receptó expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el citado párr. 124 de la sentencia recaída en el "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", donde ésta mantuvo que:

" ... el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"

2.- "Videla" y la recepción del control de convencionalidad de oficio:

Es importante destacar que en este fallo la Corte Suprema se apoyó en la doctrina sentada por la Corte IDH en el nombrado "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", en cuanto al deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de "convencionalidad" ex officio (consids. 8° y 10).

Los jueces nacionales tienen el deber de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan.

La declaración de anticonvencionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que su resolución de oficio no

quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al derecho aplicable para dirimir la contienda.

Tampoco implica que el juez falle extra petita ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a los puntos introducidos y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la litis, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (y otros instrumentos internacionales acerca de los cuales la Corte IDH ejerza competencia *ratione materiae*), quehacer en el que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes.

3.- "Rodríguez Pereyra":

En los autos mencionados, la sentencia resuelve definitivamente la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio que implica simultáneamente la obligación de llevar adelante el control de convencionalidad de oficio.

El sustento del mencionado fallo reside en la mayoría de la CSJN en la obligación del Estado Parte que ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, su obligación a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría un contrasentido, dice nuestra Corte, aceptar que la Constitución Nacional, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada convención en los términos del artículo 75 inc 22 de la CN, incorpora sus disposiciones a su derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por el otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

La Dra. María Angelica Gelli, refiere que *"Constituye un lugar común jurídico la afirmación de que el control de constitucionalidad es uno de los más controversiales y complejos de aplicar. En primer lugar, dado que es ejercido por un poder que no emana directamente de elecciones populares y es ejercido sobre las normas dictadas por quienes sí tienen ese tipo de legitimidad. En segundo lugar, porque puede generar relaciones tensas entre los poderes constituidos, en especial cuando las disposiciones jurídicas acerca de las cuales se solicita o ejerce el control surgen de las autoridades en ejercicio y éstas tienen -por motivos que pueden ser de diversa índole - fuerte interés en que se apliquen en todos sus términos y sin excepciones"*

El control de constitucionalidad y de convencionalidad, de oficio; es decir, sin petición de parte, intensifica el debate.

La jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema hasta el presente caso "Rodríguez Pereyra" en el año 2012, admitió la procedencia de ese control y se fortaleció después de 1994 con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos y la vinculatoriedad de los fallos de la CorteIDH, que establecieron el control de convencionalidad de oficio

En el caso, la Cámara había confirmado la sentencia de primera instancia en tanto ésta admitió un reclamo indemnizatorio de quien sufrió lesiones mientras cumplía actos del servicio militar obligatorio. Para ello inaplicó el régimen especial establecido en la ley 19.101, referido al personal militar – sin declarar inconstitucional esta norma– y aplicó el sistema propio del derecho común ordenado en el Art. 1113 del Código Civil vigente. La controversia imponía la reparación a un soldado por los daños sufridos en la prestación de actos propios del servicio militar obligatorio, es decir, la sentencia determinaba la responsabilidad del Estado por daño causado.

La Corte Suprema, por mayoría, consideró imprescindible la declaración de inconstitucionalidad de oficio en "Rodríguez Pereyra". Y para ello justificó con argumentos históricos y de congruencia jurídica la procedencia del control de constitucionalidad sin petición de parte.

El fallo se ha convertido en un interesante "leading case" y las referencias de la evolución de la doctrina judicial en materia de "control", nos permite contar con una adecuada herramienta de estudio.

En "Mazzeo", la CSJN replicó la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano" (2006), sentando el principio del control de convencionalidad como deber del Poder Judicial de los Estados parte. La vinculatoriedad de las decisiones de la CorteIDH, extendió a la obligación de ejercerlo de oficio.

Con "Rodríguez Pereyra", la mayoría de la Corte Suprema convalidó el control de constitucionalidad de oficio, indicando los requisitos que deben cumplirse a la hora de aplicarlo:

- a) En primer lugar, ese control debe de ejercerse en el marco de las "respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes", tal como lo señaló la Corte Interamericana en los precedentes que cita la Corte argentina. Y ello implica la aplicación de la Acordada 4/2007, aunque la Corte no la menciona de manera expresa.
- b) En segundo lugar, la Corte reitera que el control de constitucionalidad con efectos en el caso, constituye "un

remedio de ultima ratio, que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas" porque las normas controladas son dictadas por "un poder de jerarquía igualmente suprema".

No comparto el criterio de "ultima ratio".

Por el contrario, interpreto que es función y deber constitucional del Poder Judicial en el marco del Estado Republicano, ejercer el control constitucional y convencional sobre las normas, que muchas veces los legisladores omiten cegados por disciplina partidaria.

Jorge Reynaldo Vanossi, por su parte, ha señalado que a los requisitos enunciados más arriba, deben respetarse la *"existencia de un juicio, una causa, un proceso. En ese juicio, causa o proceso debe ventilarse una cuestión judicial, debe haber pedido de parte interesada, existir gravamen al titular actual de un derecho y que el juez se exprese a través de la sentencia. No todos estos marcos de condicionamiento surgen del texto constitucional. Algunos reconocen fuente legal, jurisprudencial o doctrinaria"*

La actitud judicial que expone la Corte Suprema como cabeza visible del poder judicial, como tribunal de garantías constitucionales y como intérprete final de la Constitución, en ese triple carácter, guarda plena congruencia con lo que el Art. 43 de nuestra Ley Suprema explicita al jerarquizar la acción de amparo, admitiendo que *"el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que funde el acto u omisión lesiva"*. Ello es propio de un sistema "difuso" de control de constitucionalidad.

El fallo decide como cuestión principal en el tema que nos ocupa en el presente texto: La declaración de inconstitucionalidad judicial "de oficio", esto es, sin necesidad de pedido de parte. No es ajena a la decisión, la doctrina del "control de convencionalidad" sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tarea propia de los jueces locales, que a partir de "Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú", exige con reiteración (una muestra de ello es "Fontevecchia vs. Argentina", analizado en el presente texto), que ese control sea practicado de oficio. La referida fiscalización de convencionalidad tiene por meta la inaplicación de las normas nacionales (incluyendo las constitucionales) opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; e igualmente, a que el derecho nacional sea interpretado y hecho funcionar de conformidad a tales parámetros normativos y judiciales.

Nestor Sagües, refiere que *"La declaración de inconvencionalidad de oficio, demandada a los jueces nacionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene un claro sentido de*

afirmación de la supremacía del Pacto de San José de Costa Rica sobre las normas domésticas, pero una también decidida afirmación de la autoridad institucional de la jurisprudencia de dicha Corte. Es una dura y exigente versión del stare decisis o del valor de los precedentes de un Tribunal, equiparados por voluntad de éste a la letra del Pacto. Tiene por meta indirecta construir un jus commune interamericano, en materia de derechos humanos, realizando como bien se ha dicho una suerte de "casación convencional", pero también intenta domesticar a tribunales, salas y cortes constitucionales (y, en general, a los poderes públicos de un Estado), díscolos o renuentes a seguir las directrices de la Corte Interamericana..."

En resumen, las sentencias reseñadas que se suman a otros casos (Simon, Arancibia Clavel, Lariz Iriondo, etc.) testimonia cómo la Corte Suprema argentina ha sido pionera en Latinoamérica al acoger desde 2007 el deber paulatinamente cimentado por la Corte IDH en torno al control de convencionalidad.

Así, en "Mazzeo" denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el Tribunal Interamericano en la materia; mientras que en "Videla" patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquél, como la referida al ejercicio incluso ex officio de tal fiscalización convencional, circunstancia que consolida en "Rodríguez Pereyra".

CAPITULO IV

LA OBLIGACION DE CUMPLIMIENTO DEL DERECHO CONVENCIONAL:

1.- La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido. *Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana*, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno.

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.

Los jueces de los Estados parte de la Convención Americana también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina del “control difuso de convencionalidad” les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al *corpus juris* interamericano e incluso a no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta el referido “bloque de convencionalidad”, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

Expresamente el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. La norma dispone que no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”, ya que al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, *sus interpretaciones adquieren el mismo*

grado de eficacia del texto convencional. Efectivamente: la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (a) en lograr su eficacia en el caso particular con efectos subjetivos, y (b) en establecer la eficacia general con efectos de norma interpretada.

De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser "transmitido a los Estados parte de la Convención", conforme expresamente lo dispone el artículo 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de "intérprete última" del *corpus juris* interamericano.

En "Gelman" la Corte IDH, dispuso a modo de "conclusión" de los votos efectuados por los Ministros del Tribunal:

Una vez que este Tribunal ha dictado Sentencia en el presente caso, la cual produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional y con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana, el Estado y todos sus órganos se encuentran obligados a darle pleno cumplimiento. La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su ratio decidendi. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. La obligación del Estado de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de su obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos sus poderes y órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia. En razón de estar en presencia de cosa juzgada internacional, y precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, sería contradictorio utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir la Sentencia en su integridad.

La Corte observa que el Estado del Uruguay había dado pasos concretos y claros hacia al cumplimiento de la Sentencia dictada en el caso Gelman, en particular mediante la expedición del Decreto 323 de 30 de junio de 2011 y de la Ley 18.831 de 27 de octubre de 2011. Sin embargo, la referida decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia no está en consonancia con la evolución del Derecho Interamericano y Universal de Derechos Humanos, ni con la responsabilidad internacional del Estado reconocida por éste y declarada en Sentencia. Si bien esta decisión de la máxima autoridad jurisdiccional del Estado incluye una serie de reflexiones dirigidas a cumplir la Sentencia, por la manera en que están expuestas constituye un obstáculo para el pleno cumplimiento de la misma, podría producir un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana y podría representar un instrumento de perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos.

De tal manera, independientemente de las normas que sean dictadas o las interpretaciones que se hagan a nivel interno, **la Sentencia dictada por la Corte Interamericana tiene carácter de cosa juzgada internacional y es vinculante en su integridad (tanto en sus partes considerativas como dispositivas y resolutivas) para el Estado del Uruguay, por lo cual, en cumplimiento de la misma todos sus órganos e instituciones, incluidos sus jueces y el Poder Judicial, deben continuar adoptando todas las medidas que sean necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el presente caso y en casos similares en Uruguay que por su naturaleza sean imprescriptibles, asegurando que los efectos de la Ley de Caducidad o de normas análogas, como las de prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal u otras excluyentes similares de responsabilidad, o cualquier interpretación administrativa o judicial al respecto, no se constituyan en un impedimento u obstáculo para continuar las investigaciones. Es incompatible con las obligaciones internacionales del Estado que éste deje de cumplir con estas obligaciones, en detrimento del derecho de las víctimas de acceso a la justicia, amparándose en una situación de impunidad que sus propios poderes y órganos hayan propiciado mediante la generación de obstáculos de jure o de facto que impidieran realizar las investigaciones o llevar adelante los procesos durante determinado período.**

En el voto razonado del Ministro Ricardo Pérez Manrique de la Corte IDH en "Gelman", el mismo refiere sobre la **eficacia de la sentencia interamericana y la autoridad de la cosa juzgada**

internacional y su proyección directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados partes de la convención americana (res interpretata):

De conformidad con los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el fallo de la CorteIDH es "definitivo" e "inapelable" y los Estados Partes en la Convención se comprometen a "cumplir la decisión" en todo caso en que sean partes. Estos dispositivos convencionales constituyen el fundamento principal en el marco del Pacto de San José para otorgar a las sentencias del Tribunal Interamericano su carácter "firme" y "con eficacia vinculante" en sus términos, por lo que no procede ningún medio de

impugnación y, en consecuencia, no pueden ser revisadas en el ámbito nacional por ninguna autoridad

La "eficacia vinculante" de las sentencias se corrobora, además, con el Artículo 68.2 del propio Pacto de San José, al señalar que la indemnización compensatoria "podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". De la misma manera, el Artículo 65, in fine, de la misma Convención, señala la posibilidad de la CorteIDH de someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, dentro de su informe anual las recomendaciones pertinentes cuando "un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos". Es decir, en todo caso existe la obligación de los Estados de cumplir con el fallo internacional de manera directa, pronta, íntegra y efectiva, siendo la propia Convención Americana la que establece garantías para lograr su cumplimiento; en primer término, la posibilidad de que la Corte IDH supervise dicho cumplimiento derivada de su facultad jurisdiccional y, eventualmente, prevé la posibilidad del propio Tribunal Interamericano para someter a una instancia política el incumplimiento; sin que ello signifique que la Corte IDH deje de conocer de la supervisión de cumplimiento respectivo, por lo que "podrá seguir requiriendo al Estado que presente información relativa al cumplimiento de la Sentencia respectiva cuando lo considere pertinente".

Existe la obligación de acatar el fallo de la Corte IDH de conformidad con las disposiciones convencionales anteriores. Ello deriva del principio básico sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldada ampliamente por la jurisprudencia internacional, que implica el cumplimiento de buena fe de los instrumentos internacionales (pacta sunt servanda), sin que puedan invocarse razones de orden interno, conforme expresamente lo establecen e imponen los artículos 26

y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La "cosa juzgada" constituye una institución procesal que consiste en "la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior". La sentencia pasada por "autoridad de cosa juzgada internacional", implica que una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas.

Ahora bien, al producirse la "autoridad de la cosa juzgada internacional" (producto de la firmeza del fallo) deviene la "inmutabilidad" de la sentencia dictada por la Corte IDH, en tanto acto procesal y en cuanto a su contenido o substancia y sobre todos sus efectos. Así, la cosa juzgada internacional (formal y material) implica que ningún otro tribunal internacional o nacional –incluso la propia Corte IDH– en otro juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso.

Esta institución descansa en los principios generales del derecho de seguridad jurídica y de paz social, al permitir certeza a las partes –y a la sociedad en su conjunto–, al evitar que el conflicto se prolongue indefinidamente, elementos contenidos en los artículos 67 y 68 del Pacto de San José para coadyuvar al establecimiento de un orden público interamericano.

La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional; y b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana.

En el primer supuesto se produce una eficacia inter partes, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se deriva como obligación de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana. La eficacia subjetiva de la sentencia interamericana como "cosa juzgada internacional": la vinculación directa "inter partes" implica la obligación del Estado de cumplir con la totalidad de la sentencia y no sólo con la parte dispositiva o resolutoria

En el segundo se produce una eficacia erga omnes hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de

efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1o y 2o de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo "a las partes en el caso" sino también "transmitido a los Estados partes en la Convención" en términos del artículo 69 del Pacto de San José. La eficacia vinculante de la sentencia que establece responsabilidad internacional a un Estado que fue parte material de la controversia, y en la que tuvo la oportuna y adecuada defensa en juicio, no sólo se proyecta hacia la parte "resolutiva" o "dispositiva" del fallo, sino que alcanzan los razonamientos, argumentos y consideraciones que fundamentan y dan sentido a la decisión. Sólo así se podría entender la buena fe del Estado de cumplir con lo que previamente y en uso de su soberanía se comprometió, esto es, a "cumplir la decisión de la Corte en todo caso" en que sea parte (artículo 68.1 de la Convención Americana); toda vez que no puede desvincularse la parte "dispositiva" o "resolutiva" de la "parte considerativa", al implicar la sentencia un acto jurisdiccional que involucra, en general, "la decisión" como acto jurisdiccional decisorio.

La propia Convención Americana establece la obligación para la Corte IDH de "motivar" su fallo (Artículo 66), y es ahí donde se encuentran los "fundamentos de la sentencia"; es decir, el "conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial".

Es importante señalar que la proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Parte que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente en aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la "norma convencional interpretada" (res interpretata); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al corpus juris interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional.

El otro factor importante es "la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales, las que no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos

humanos" Así, la observancia a lo dispuesto en el artículo 2o

del Pacto de San José trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo las autoridades administrativas y especialmente los jueces nacionales en todos los niveles, realizar interpretaciones que no limiten el estándar interpretativo establecido por la Corte IDH precisamente para lograr la efectividad mínima de la Convención Americana, cuyo compromiso los Estados se comprometieron a aplicar. De ahí que la Corte IDH ha entendido que tiene dentro de sus competencias la posibilidad de supervisar un "adecuado control de convencionalidad" sobre la interpretación que realiza una alta jurisdicción nacional, como lo hizo en la Sentencia del Caso Gelman.

Así, en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Gelman, a que se refiere el presente voto razonado, se explicita la obligación de los Estados Parte de la Convención Americana sobre la vinculación de la "norma convencional interpretada" (res interpretata) como una de las manifestaciones en que puede desplegarse el "control de convencionalidad" en situaciones y casos en que el Estado concernido **no ha sido parte material en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia interamericana.**

En ese sentido "por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana"

El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del corpus juris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.

Pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido "parte material", equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad

internacional. Así, la "fuerza normativa" de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como "intérprete última" de dicho Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales adquiere la misma eficacia que poseen éstas, ya que en realidad las "normas convencionales" constituyen el resultado de la "interpretación convencional" que emprende la Corte IDH como órgano "judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación" del corpus juris interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, "constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional"

El voto razonado del Ministro Perez Manrique, introduce un valioso y atípico aporte: la doctrina europea. El ministro refiere al alcance de la denominación "cosa interpretada" o chose interprétée, que en términos generales alude a la eficacia erga omnes que producen las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hacia todos los Estados Parte en la Convención Europea que no intervinieron en el proceso internacional, en la medida en que el criterio interpretativo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos "sirve no sólo para decidir sobre los casos que conoce el Tribunal sino en general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención" (Caso Irlanda contra el Reino Unido, de 18 de enero de 1978).

El "principio de solidaridad" —en los términos empleados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa— se ha venido consolidando en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El principio de solidaridad implica 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 sólo 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. Dicho principio conjuntamente con la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de

Estrasburgo sobre la vinculación a su propios precedentes ha ido progresivamente generando convicción y práctica de los propios Estados sometidos a la jurisdicción del Tribunal a la hora de considerar obligatoria su jurisprudencia como parte de las obligaciones convencionales.

En el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos existe una obligación de los Estados Parte de cumplir con la sentencia. La "fuerza obligatoria y ejecución de sentencias" deriva de manera expresa del artículo 46.1 y 2 del Convenio

Europeo de Derechos Humanos" Aquí se advierte otra de las trascendentales diferencias con el Sistema Interamericano, en la medida en que no es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el encargado de hacer cumplir sus fallos, sino que lo es el Comité de Ministros, como órgano político, el que tiene la competencia de la supervisión de las sentencias. En ese sentido, el Comité de Ministros puede solicitar la intervención del Tribunal de Estrasburgo para que se pronuncie cuando exista un obstáculo en la ejecución de la sentencia definitiva derivado de un problema de interpretación del fallo.

Cuando la Corte IDH supervisa el cumplimiento de una sentencia, como lo está haciendo ahora en el Caso Gelman, puede también advertir que existen obstáculos en su cumplimiento debido a una inadecuada interpretación en sede nacional de la Convención Americana, de la propia Sentencia o, en general, del corpus juris interamericano.

Todos los Estados Parte del Pacto se encuentran obligados, en su conjunto, a lograr el cumplimiento y eficacia de los pronunciamientos que emite el Tribunal Interamericano en tanto que los Estados Parte de la Convención y, en general, todos los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos, se encuentran interesados en coadyuvar en el establecimiento de un orden público interamericano que garantice el desarrollo democrático de los pueblos. Es lo que la doctrina y la doctrina judicial denomina la "**garantía colectiva**", la que ha sido reconocida por la propia Corte IDH, por el Comité de los Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos . La noción de garantía colectiva también ha sido utilizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa al valorar el incumplimiento de algunas

sentencias y constituye uno de los fundamentos de la enmienda del artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establecida en 2009 con el objeto de fortalecer el mecanismo de supervisión e implementación de las sentencias a través de la asignación de nuevas facultades al Comité de Ministros y al Tribunal Europeo.

Cuando en una sentencia de la Corte IDH se ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado, la autoridad de la cosa juzgada produce, necesariamente, vinculación absoluta en la manera en que las autoridades nacionales del Estado condenado deben interpretar la norma convencional y, en general, el corpus juris interamericano aplicado en la sentencia que decide el caso. Esto significa que todos los

órganos, poderes y autoridades del Estado concernido — legislativas, administrativas y jurisdiccionales en todos los niveles—, se encuentran obligadas por la sentencia internacional en sus términos, incluyendo los fundamentos, consideraciones, resolutivos y efectos que produce. En consecuencia, el "control de convencionalidad" constituye una herramienta útil, adecuada y necesaria para lograr el cumplimiento y debida implementación de la sentencia internacional, en la medida en que esta institución permite aplicar no sólo el Derecho Internacional y particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también posibilita cumplir con la obligación internacional derivada de la sentencia interamericana de conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana.

2.- Las sentencias son vinculantes para los Estados Partes involucrados en un proceso ¿Alcanza también a aquellos Estados Partes que han sido ajenos al mismo?

Uno de los temas más debatidos por la doctrina es el referente al efecto vinculante de las sentencias pronunciadas por el Tribunal en el ejercicio de su competencia contenciosa. Cuestión ésta que presenta diversas aristas según si el Estado ha sido o no parte en el proceso, y que se encuentra umbilicalmente unida al ejercicio del "control de convencionalidad".

La Convención dispone que las sentencias que dicte su órgano judicial, son definitivas, inapelables y de obligatorio cumplimiento para aquellos Estados que han sido parte en la contienda internacional, para ellos adquiere calidad de res iudicata, con efecto directo en el Estado condenado. En caso de comprobar la vulneración de algún derecho o libertad protegidos en dicha carta por parte del Estado, la Corte así lo declarará. Asimismo dispondrá que el Estado responda por el ilícito internacional verificado, toda vez que la vulneración de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y de hacer cesar los efectos de la violación. Por lo tanto ordenará al Estado que garantice a la víctima el goce del derecho o libertad conculcados y, asimismo, si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la infracción y se efectúe el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

De ahí que en su momento señaláramos el perfil bífido de estas sentencias: por un lado, su fracción "declarativa" de las violaciones cometidas, y por el otro, su porción "condenatoria", en cuanto se ordena al Estado efectivizar las reparaciones por los daños causados y el restablecimiento de la vulneración cometida a los derechos y libertades acreditados.

Para el caso concreto que la infracción haya sido cometida a través del dictado de una sentencia –ya sea por haberse efectuado una interpretación errónea de una disposición de la Convención o porque se llegó a ella no respetándose el debido proceso–, la reparación consistirá, de conformidad con la praxis de la Corte –ya sea como medida de satisfacción o de restitución–, en ordenar al Estado dejar sin efecto dicho acto procesal o el proceso todo, lo que configura –sin lugar a dudas– un concreto avance sobre la intangibilidad de la cosa juzgada interna; como así también añadir todas aquellas medidas como garantías de no repetición que, a criterio de la Corte, el Estado condenado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos.

Claros ejemplos de lo expresado son los casos "Kimel" (2008) y "Fontevecchia y D'Amico" (2011), donde la Corte responsabilizó internacionalmente al Estado argentino por vulnerar el derecho a la libertad de expresión a través del dictado de sendas sentencias de condena a unos periodistas.

En el primero dispuso: a) como "medida de satisfacción", que el Estado argentino debía dejar sin efecto la sentencia penal de condena en todos sus extremos, incluyendo los alcances que ésta tiene respecto de terceros, a saber: 1) la calificación del señor Kimel como autor del delito de calumnia; 2) la imposición de la pena de un año de prisión en suspenso; 3) la condena al pago de \$ 20.000,00. Asimismo ordenó eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el caso; y b) como "garantías de no repetición", que el Estado debía adecuar en un plazo razonable el derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Por su lado, en el caso "Fontevecchia y D'Amico" (2011), ordenó al Estado argentino dejar sin efecto las sentencias civiles de condena en todos sus extremos, entre las que se encontraba la dictada por la Corte Suprema de Justicia, con más el reintegro a las víctimas, de los montos que hubieran abonados a raíz de la condena civil.

Asimismo, corresponde apuntar también que en más de una oportunidad el Tribunal, luego de comprobar la vulneración del debido proceso legal, declaró la invalidez de procesos internos y ordenó al Estado realizar un nuevo juicio.

Es precisamente lo acontecido en el caso "Castillo Petruzzi", donde la Corte constató que a cuatro ciudadanos chilenos que fueron procesados por un tribunal militar, se les vulneraron las exigencias mínimas del debido proceso legal, toda vez que el proceso se siguió ante un órgano jurisdiccional donde

actuaron jueces y fiscales "sin rostro", los inculpados no dispusieron de un defensor de su elección, los defensores que los asistieron no contaron con la posibilidad de entrevistarse a solas con sus defendidos, ni conocer el expediente, aportar pruebas de descargo, etc. En la sentencia, que declaró la violación por parte de Perú del artículo 8 de la Convención –entre otros derechos–, el Tribunal expresó que "tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza". Seguidamente ordenó al Estado peruano llevar a cabo un nuevo juicio que satisfaga las exigencias del debido proceso legal.

En otros casos procedió a revisar la cosa juzgada interna, haciendo pie en la doctrina de la "cosa juzgada fraudulenta o aparente", configurándose –ha expresado el Tribunal– cuando en los procesos domésticos no se hayan respetado las reglas del debido proceso legal o cuando los magistrados no actuaron con la debida independencia e imparcialidad. García Ramírez, avalando tal doctrina ha enfatizado que la revisión de la cosa juzgada doméstica queda habilitada para la competencia de la Corte Interamericana, en la medida que la sentencia nacional, que pone fin al proceso exhiba: un error en el que incurre quien la emite, sin que se añada otro motivo de injusticia; o bien, ilegalidad o ilegitimidad con las que actúa el juzgador, sea en actos del enjuiciamiento (violaciones procesales que destruyen el debido proceso), sea en la presentación (falseada) de los hechos conducentes a la sentencia. En ambos casos se llegará a una sentencia que no sirve a la justicia y sólo en apariencia –formalmente– atiende a la seguridad jurídica.

A nuestro modo de ver, ordenar al Estado dejar sin efecto las sentencias o proceder a la revisión de los procesos internos, señala muy a las claras que el tribunal regional, más allá que técnicamente, no es un órgano de apelación ni de revisión, que puede revocar, anular o casar sentencias de los tribunales domésticos, pues su función –como adelantáramos– es solo la confrontación entre el hecho y las disposiciones de la Convención a través del llamado control de convencionalidad, en la praxis actúa como un órgano superior a éstos. Pues en definitiva lo que vale –más allá del ropaje terminológico procesal que se utilice– es la conclusión autorizada del tribunal regional en cuanto le quita sostén convencional a la decisión judicial doméstica. Como bien anota Sagüés, "todo esto no significará un "recurso de revisión" en sentido formal y escrito, pero llámeselo como se lo llame, importa sí un "acto de revisión" sobre si una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respeta o no el Pacto de San José,

con la posibilidad de invalidar los efectos del fallo de la Corte Suprema".

Lo hasta aquí expuesto, no hace más que llevarnos a coincidir con aquella calificada doctrina, en cuanto a que nuestra Corte Federal ha dejado de ser Suprema, al menos en aquellos casos que se encuentran en juego materias concernientes a derechos, libertades y garantías fundamentales que tienen resguardo tanto en la Constitución Nacional como en la columna vertebral del sistema interamericano, me refiero a la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

Así como hay consenso de criterio doctrinario respecto del efecto vinculante o directo de las sentencias de la Corte en relación con el Estado que ha sido parte en la contienda internacional, el tema no se presenta con idéntica armonía al analizar la cuestión en relación a los terceros Estados que no estuvieron implicados en ella.

Para desconocer su carácter vinculante se parte de una base innegable: la Convención nada dice al respecto, como —en cambio— sí lo hace en el art. 68.1 para los Estados involucrados en el litigio, en cuanto éstos "se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

Sin embargo, somos de la opinión que más allá de esta carencia normativa los efectos de la sentencia se expanden también a estos Estados, que quedan atrapados por los estándares hermenéuticos que fija la doctrina del Tribunal, con las particularidades que más adelante analizaremos.

Desde esta perspectiva cabe poner de resalto que, así como la sentencia pronunciada en el caso concreto hace cosa juzgada para los sujetos contendientes, con efecto directo hacia el Estado condenado, a la par también puede tener efecto "radiactivo" o "expansivo" sobre los Estados no implicados en ese caso particular, como "cosa interpretada", con trascendencia erga omnes partes, en la medida que la inobservancia por esas naciones de la doctrina fijada en aquel asunto las puede también hacer incurrir en responsabilidad internacional, siempre y cuando un particular a futuro considere que se ha vulnerado ese mismo derecho y utilice el antecedente jurisprudencial del Estado condenado para obtener una resolución, con posibilidad de éxito, de la Corte Interamericana. De alguna manera, los efectos de la cosa interpretada guardan relación directa con el valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho, particularmente cuando se invoca el postulado del precedente (de raigambre anglosajona, stare decisis) como norma que ha de tener aplicación, siempre y cuando se presenten escenarios fácticos similares.

Al respecto, Cançado Trindade apunta que la "cosa interpretada" juega un papel de enorme trascendencia en la efectividad del sistema, toda vez que el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo —como una especie de "alerta temprana"— en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente medidas positivas de protección en conformidad con la normativa del Pacto de San José.

No en vano la Convención, en su artículo 69, dispone que luego de pronunciado el fallo no sólo será notificado a las partes en el proceso, sino también transmitido a los Estados plegados al Acuerdo de San José. Esta comunicación tiene como objetivo principal que estos países tomen debida nota del precedente y de la doctrina emergente en el caso, sobremanera, que la Corte Interamericana en el ejercicio del llamado control de convencionalidad —tal como veremos seguidamente— ha hecho subir de registro la obligación de los judicantes de aquellos Estados parte que reconocieron la competencia de la Corte, en cuanto al deber de tener en consideración —en la resolución de los casos que le fueran sometidos— no sólo la letra del Pacto de San José, sino también el significado jurídico que de él ha hecho el órgano judicial interamericano.

La función principal de la Corte Interamericana es 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. Es decir, trátase de un acto administrativo, ley o sentencia judicial, y en consecuencia resolver si existe congruencia entre ellos, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza. Esta labor de confronte del material normativo interno con la Convención define el llamado "control de convencionalidad" que, como tarea primigenia de la Corte, encuentra sustento en el artículos 62.3 del Pacto y 1º del Estatuto del Tribunal, en cuanto confiere a éste especial competencia para conocer acerca de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, para de esta forma fijar el sentido y el alcance de las disposiciones allí contenidas. Por este andarivel se mantiene la supremacía de esta carta internacional y de otros instrumentos de protección de los derechos humanos sobre las normas domésticas.

A partir del año 2003 comienza la Corte regional —a través de varios votos concurrentes razonados del juez García Ramírez— a denominar a dicha inspección de compatibilidad como "control

de convencionalidad". Términos luego acuñados por la Corte en pleno a partir de la sentencia dictada en el caso "Almonacid Arellano". Sin embargo, no debemos olvidar que este cuerpo judicial viene ejecutando esta función desde sus comienzos, pues en cada ocasión en que el tribunal examina una demanda presentada por la Comisión contra un Estado, por vulneración de la Convención u otro instrumento internacional, necesariamente lleva a cabo el control de convencionalidad; la novedad sólo consiste en que a partir de ese precedente se comenzó a utilizar dicha fraseología.

Allí la Corte inicia el desarrollo de lo que se ha denominado el "control de convencionalidad nacional"—como complemento del "internacional" o "tradicional", aquél llevado a cabo desde sus orígenes al que hicimos referencia— en la medida que cuando un Estado ratifica un tratado internacional, como el Pacto de San José de Costa Rica, sus jueces, como parte del aparato estatal, en los casos sometidos a su decisión tienen la obligación de instrumentar una "especie" de control de convencionalidad entre las normas domésticas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Señala, que en dicha actividad jurisdiccional "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". El objetivo es claro: evitar que la protección que brinda este instrumento internacional no se vea mermado si las disposiciones internas van a contrapelo del objeto y fin de la Convención, y que desde su inicio carecen de efectos jurídicos. Si así fuera, la norma local debe ser inaplicada por "inconvenional". La Corte enfatiza, que dado el carácter de esta obligación, generada en el ámbito del derecho internacional, debe ser cumplida no sólo de buena fe, sino también que no puede alegarse el derecho interno para su incumplimiento.

Pocos días después, en el caso "Trabajadores cesados del Congreso", la Corte —reiterando los fundamentos expuestos en "Almonacid Arellano"—, pero con una mayor precisión, adunó que los magistrados deben velar para que el "efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin". El Tribunal expresó que "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio". Se habilita así el ejercicio de un control de convencionalidad "difuso" —como contracara del "concentrado" que lleva a cabo la Corte Interamericana desde su génesis— en la medida que todos los jueces nacionales, como integrantes de uno de los poderes del Estado parte en la Convención, sin distinción alguna de competencia, grado y materia deben ponerlo en marcha.

El "control convencional nacional" —en palabras de Ferrer Mc Gregor— convierte al juez local en juez interamericano: en un primer y auténtico custodio de la Convención y de la jurisprudencia de la Corte, especialmente teniendo en consideración el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos de protección con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados. Reservándose siempre la Corte su función de última intérprete de la Convención, para el eventual caso que el asunto arribe al Tribunal regional por no encontrar las víctimas en el ámbito local la debida tutela jurisdiccional.

Cabe señalar, que uno de los propósitos fundamentales que se persigue con esta práctica es descomprimir el sistema regional de casos idénticos o muy semejantes entre sí, en la medida que, fijada en un caso el "criterio de interpretación y aplicación" de las normas convencionales en juego, esta pauta hermenéutica sea recogida por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico a través de leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte.. De esta forma no cabría esperar que el Tribunal regional se vea constreñido a juzgar millares de casos sobre un solo tema convencional, es decir, "todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares".

Sin embargo, resulta necesario advertir, que lo dicho no significa que la jurisprudencia interamericana deba ser transpolada por los magistrados domésticos a ciegas, a rajatabla o de manera irreflexiva en la resolución de los procesos que se encontraren bajo su jurisdicción. Calificada doctrina autoral —que compartimos— señala que esta tarea en nada difiere de lo que debe hacerse cuando a los jueces se les reclama o deciden la aplicación de un precedente doméstico. Así, para que surja doctrina del fallo de la Corte Interamericana en términos de precedentes para el futuro, es indispensable que la regla creada por el Tribunal Internacional tenga generalidad suficiente como para determinar los supuestos de hecho, eventualmente violatorios de derechos humanos según la protección acordada a los tratados. De ahí que la faena a emprender por los jueces no se debe circunscribir sólo a la mera mención dogmática de la doctrina fijada por el tribunal regional, por el contrario se requiere explicitar los fundamentos de su aplicación al caso particular. Para ello deberán "afinar los instrumentos interpretativos para examinar si la regla de la sentencia internacional se aplica o no a los hechos del caso o si existe alguna singularidad que la excluye, material o procesalmente". Es decir, "si el supuesto de hecho del precedente coincide en

un todo con el del conflicto que deben resolver en el orden interno".

Superado este escrutinio y cotejo, el precedente interamericano debe ser aplicado por el magistrado local.

Hemos puntualizado que sólo la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso concreto es de obligatorio cumplimiento para los Estados que han sido partes en el proceso, es decir, con efecto directo hacia el Estado condenado. Asimismo, expresamos, que en virtud del control de convencionalidad que deben llevar a cabo los jueces internos esa jurisprudencia –establecida en el caso particular– se expande, bajo el perfil de cosa interpretada, a todos los Estados plegados al Pacto de San José que hayan reconocido la competencia de la Corte regional.

¿Qué ha dicho la Corte Suprema a estos dos temas puntuales?

En el caso concreto: efecto directo de la sentencia internacional

La primera condena que recibiera el Estado argentino por parte de la Corte Interamericana, recayó en el caso "Cantos", por vulnerar el derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponiendo las correspondientes reparaciones a cargo del Estado Nacional.

Firme la sentencia internacional, el Señor Procurador del Tesoro de la Nación se presentó ante la Corte Suprema a fin de que el Tribunal instrumentara el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana. El Tribunal Supremo resolvió, por mayoría, no acatar lo dispuesto por la Corte regional con basamento en normativa interna, desestimando, en consecuencia, la presentación efectuada por el Procurador.

Posteriormente, con nueva integración, rotó el eje de sustentación de su jurisprudencia anterior avanzando en el reconocimiento del carácter vinculante de las sentencias de la Corte de San José, cuando la Nación argentina ha sido parte en el litigio interamericano. Así lo hizo en "Espósito" (2004) y luego en "Derecho" (2011), tal como analizamos en los apartados I y II de este ensayo, a los que remitimos.

b) Casos en que el Estado argentino ha sido ajeno al proceso: efecto expansivo

Distinta ha sido la opinión de la Corte con relación al efecto vinculante de aquellas sentencias dictadas en asuntos donde el Estado argentino no ha sido sujeto procesal.

Desde "Ekmekdjian" (1992) hasta nuestros días ha ido subiendo –si bien con marchas y contramarchas– el registro de seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Observándose a partir de la nueva integración del Tribunal –años 2004 y 2005– una consolidación de este perfil.

Así, desde considerar a la doctrina de la Corte regional como una "guía" para interpretar los preceptos de la Convención Americana en: Ekmekdjian c. Sofovich" (1992), "Girolodi" (1995), "Nardelli" (1996), "Acosta" (1998), "Stancanelli" (2000), "Portal de Belén" (2002), "Acerbo" (2007), entre otros; para señalar luego en "Hagelin" (2003) que constituye "una insoslayable pauta de interpretación", o "una imprescindible pauta de interpretación" como en "Simón" (2005), entre otros; hasta aceptar —lisa y llanamente— la jurisprudencia interamericana a través del llamado control de convencionalidad, en "Mazzeo" (2007), donde transcribió literalmente el párrafo 124 del caso "Almonacid Arellano" de la Corte Interamericana, ya referenciado. Doctrina que luego ha sido reafirmada en "Videla y Massera" (2010).

Con respecto a este último fallo es de destacar que allí la Corte confirmó lo resuelto por el tribunal inferior que invocó, como argumento de su sentencia, el "Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú", sentenciado por la Corte Interamericana con fecha 2 de agosto de 2008. Y esto no es un dato menor, en la medida que por este nuevo andarivel hermenéutico, el Máximo Tribunal de la Nación ratifica la obligatoriedad de la aplicación de la jurisprudencia interamericana, no limitándola exclusivamente para aquellos casos donde el Estado argentino resultaba condenado.

Lo expuesto nos permite sintetizar algunas conclusiones parciales:

a) La Corte Federal en "Derecho" transita la senda correcta, para la plena protección de los derechos y garantías fundamentales, en la medida que reconoce el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte Interamericana en aquellos casos en que el Estado argentino ha sido parte en el proceso interamericano.

b) Sin embargo, la decisión voluntaria y soberana de formar parte de un sistema regional de protección, como nuestro país lo es del interamericano, y en especial estar plegado al Pacto de San José, como reconocer la competencia de la Corte Interamericana, tiene evidentemente sus costos. Uno de ellos es que la Corte Federal ha dejado de ser Suprema, al menos en el ámbito de la resolución de aquellos casos en que se encuentran en debate derechos y libertades esenciales de los individuos reconocidos en nuestra Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

c) La doctrina emergente de la sentencia dictada por la Corte regional en el caso particular tiene —para los Estados no partes en la contienda— efectos expansivos en éstos, como "cosa interpretada", y en ejercicio del control de convencionalidad sus jueces deben tenerla en cuenta en la resolución de los casos sometidos a su jurisdicción.

d)La aplicación por parte de los jueces locales de la jurisprudencia interamericana, a través de esa inspección, no es automática, sino que deben seguirse las mismas reglas que se tienen en cuenta para el empleo de cualquier precedente doméstico.

e)Nuestro máximo intérprete constitucional ha tenido un camino zigzagueante en cuanto a reconocer el carácter vinculante de la doctrina de la Corte Interamericana: así la ha caracterizado como una "guía", o como "una insoslayable pauta de interpretación", o "una imprescindible pauta de interpretación", hasta aceptarla sin condicionamientos, en los últimos tiempos, a través del llamado control de convencionalidad.

En "Gelman" cuyo análisis hemos efectuado en el Capítulo IV, la CorteIDH analiza el aspecto relacionado al valor vinculante de sus sentencias:

*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.***

*Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el mencionado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adicionalmente los Estados tienen la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, lo que implica, según las circunstancias de la situación concreta, 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.***

La Corte reitera que, una vez que este Tribunal se ha pronunciado sobre el fondo y las reparaciones en un caso que fue sometido a su conocimiento, resulta necesario que el Estado observe las normas de la Convención que se refieren al cumplimiento de esa o esas sentencias. De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, “[e]l fallo de la Corte será definitivo e inapelable”, el cual produce los efectos de autoridad de cosa juzgada. Asimismo, el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

Así, puesto que esta parte resolutive de sus sentencias debe ser cumplida, cuando la misma refiere expresa y directamente a la parte considerativa de las mismas (como es la Sentencia dictada en el caso Gelman), el razonamiento de la Corte es claramente parte integral de la Sentencia, a lo cual el Estado concernido también queda obligado de dar pleno cumplimiento. En este caso particular, el punto resolutive 9 de la Sentencia refiere directamente a los párrafos 252 a 256, 274 y 275 y el punto resolutive 11 de la misma refiere a los párrafos 253 y 254. De lo contrario, sería incongruente que la parte resolutive o dispositiva de la sentencia sea obligatoria sin que se tome en consideración la motivación y el contexto en que fue dictada, máxime cuando se tiene presente que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 66 a 69 de la Convención, el fallo constituye un todo o una unidad. En atención a lo anterior, la obligación de los Estados Parte de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de la obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos los poderes y órganos estatales.

Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.

Los Estados Parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones contenidas en dicho tratado.

3.-El valor de las recomendaciones de la Comisión IDH

Debe recordarse que la percepción que el Máximo Tribunal argentino tiene acerca de la obligatoriedad de las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión IDH,

adoptados en el marco del artículo 51 de la CADH, no ha sido precisamente lineal sino más bien marcadamente intercadente. Su pendular secuencia jurisprudencial quedó documentada con precedentes como: "Bramajo, Hernán, J." de 12 de septiembre de 1996 y "Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, etc. –Causa N° 17.768– " de 14 de junio de 2005. Hubo otros casos cuestionables: "Acosta, Claudia B." de 22 de diciembre de 1998.

Sin lugar a dudas, el hecho controvertido sobre el valor de las recomendaciones en nuestro contexto obedece a la óptica del Procurador General de la Nación vertido, por caso, el de 1 de septiembre de 2009, en la causa "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores– y Provincia del Chubut" (C. 594, XLIV), en el que se muestra refractario a conceder que semejantes recomendaciones posean carácter vinculante.

La propia redacción del citado art. 51.2 de la CADH pareciera refutar la tacha de no vinculatoriedad. En efecto, este tramo de la cláusula convencional dispone: *"La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada"*

Todo indica que la selección del vocablo "debe" trasunta la intención de dotar a la redacción de un tono prescriptivo antes que meramente facultativo u optativo.

La Corte IDH ha determinado que el artículo 33 de la Convención, al disponer: "los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes", delata un criterio imperativo.

Se ha afirmado que conferir obligatoriedad a las recomendaciones de la Comisión IDH *"no vacía de sentido a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. La exigibilidad de un fallo de la Corte IDH se sustenta en dispositivos convencionales más rígidos y precisos, pero ello no quita toda virtualidad a las recomendaciones de la CIDH. Ni las cláusulas del sistema interamericano pierden sentido ante dicho reconocimiento. La CADH tiene un sistema de doble vía de culminación de los procedimientos de denuncia. Eso es todo. Un caso puede terminar por un arreglo amistoso entre las partes, con un informe ante la CIDH, o por una sentencia de la Corte IDH. Afirmar la obligatoriedad, en general, de cualquiera de esas decisiones no hace que el sistema se desestabilice, por la sencilla razón, de que el sistema fue concebido y aceptado por los Estados del modo en que luce, esto es, con dos órganos con competencia final para juzgar el desempeño estatal. Las sentencias de la Corte IDH, ciertamente, están avaladas por un sistema de exigibilidad más firme y preciso, pero ello no implica que sus fallos pierdan fuerza, si se otorga también algún grado de exigibilidad a las recomendaciones de la CIDH"*.

Desde nuestro punto de vista, debería consolidarse y luego evolucionar la posición que la Corte Suprema asumiera en "Simón", en el que retomó —aunque con mayores precisión terminológica y densidad jurídica— la huella dejada en "Bramajo" y "Girolodi, Horacio D. y otro s/Recurso de casación" de 7 de abril de 1995, el cual le adjudicó la calidad de "guía para la interpretación de los preceptos convencionales a la opinión de la Comisión Interamericana"

CAPITULO V

EL MARGEN DE APRECIACION NACIONAL (M.A.N.)

El margen de apreciación nacional es una doctrina ampliamente utilizada por varios tribunales internacionales, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), que se traduce en una suerte de deferencia del tribunal internacional hacia las autoridades nacionales de los Estados Miembros, para que sean éstas las que decidan sobre una determinada cuestión.

La aplicación de esta doctrina al ámbito de los DERECHOS HUMANOS ha supuesto la concesión de cierto margen de actuación a las autoridades nacionales para resolver determinadas vulneraciones de derechos humanos en aquellos casos en los que el tribunal internacional correspondiente considera que los órganos internos están mejor posicionados e informados que el propio órgano internacional para resolver la cuestión litigiosa.

La doctrina del margen parece tener su origen en la doctrina de la "marge d'appréciation" desarrollada por el Consejo de Estado francés, o en la jurisprudencia sobre la discrecionalidad administrativa de algunos países de Derecho continental, como Alemania.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido el organismo que ha desarrollado en forma más extensa que en otras jurisdicciones internacionales de derechos humanos, el llamado M.A.N.

La Comisión Europea de Derechos Humanos fue el primer órgano de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que hizo expresa alusión al margen de discrecionalidad con el que contaban los Estados parte para aplicar las medidas derogatorias de los derechos reconocidos en el Convenio.

La doctrina se incorpora en asuntos en los que se debatían eventuales vulneraciones del derecho a la educación, en el caso "Lingüístico Belga", el 24 de junio de 1965 o la libertad de expresión, en el caso "Handyside". El tribunal interpreta que las autoridades nacionales están en mejor posición que los organismos internacionales para resolver sobre ciertas violaciones de los derechos humanos.

En términos prácticos, la doctrina del margen implicaría una suerte de división de tareas entre las autoridades internas y los órganos de control del Convenio: las primeras serían las principales encargadas de asegurar el respeto de los derechos humanos en el ámbito interno, mientras que los órganos de control del Convenio deben limitarse a resolver aquellas

restricciones de los derechos humanos que vayan más allá del margen de apreciación reconocido a las autoridades internas. Por tanto, la doctrina del margen de apreciación nacional ha subrayado de forma constante que, si bien los Estados parte gozan de cierto margen de apreciación, ese margen no es ilimitado, sino que va de la mano de un control supranacional que se realiza sobre la base de las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del Convenio de Derechos Humanos aprobado y ratificado.

De este modo, la utilización de la doctrina del margen de apreciación, no implica una total deferencia hacia las autoridades nacionales, sino la articulación de un control supranacional, que será más estricto o más flexible dependiendo del caso objeto de estudio y de la cuestión litigiosa.

Para la aplicación del Margen de Apreciación Nacional, el Tribunal Europeo lleva a cabo un análisis de Derecho comparado, en el que tiene en cuenta las soluciones aportadas a la cuestión litigiosa en los distintos ordenamientos de los Estados partes, antes de decidir sobre la posible existencia de una vulneración de uno de los derechos reconocidos en el Convenio. Ese estudio suele extenderse normalmente a los principales textos internacionales en la materia.

Con carácter general, si ese análisis de Derecho comparado permite identificar una pauta común, un consenso europeo, en relación con la cuestión litigiosa, el TEDH tiende a reducir el margen de apreciación de los Estados parte.

En el caso "S. Marper c. Reino Unido", del 4 de diciembre de 2008, el Tribunal Europeo hacía referencia al fuerte consenso europeo en materia de protección de datos de carácter personal para justificar la condena al Reino Unido por prever la conservación indefinida de los datos genéticos, perfiles de ADN y huellas de cualquier acusado. En el mencionado precedente, no se adoptan criterios flexibles fundados en el MAN.

Por el contrario, un análisis que pruebe la existencia de soluciones diferentes y con matices en el conjunto de los Estados europeos, puede llevar al TEDH a reconocer un mayor margen de apreciación en la materia. Tal era el caso, por ejemplo, del precedente "Serife Yigit c. Turquía" del 2 de noviembre de 2010, en el que el TEDH concedía un amplio margen de apreciación a los Estados parte para determinar los efectos jurídicos de los matrimonios religiosos y de las uniones de hecho, tras analizar las divergencias observables en la normativa interna de los Estados europeos.

También ha tenido en cuenta un elemento que suele tener en cuenta el TEDH a la hora de valorar la existencia de una vulneración de uno de los derechos reconocidos en el Convenio

son las circunstancias concretas del caso y en la cual se practica el llamado "test de proporcionalidad". En el caso "Leyla Sahin c. Turquía", el TEDH tuvo especialmente en cuenta la relevancia del principio de laicidad en una sociedad como la turca, en la que ese principio permitía la convivencia pacífica de distintas confesiones religiosas, y consideraba que la prohibición de llevar el velo islámico en la Universidad de Estambul no vulneraba la libertad religiosa de la demandante.

La CorteIDH ha hecho uso de la doctrina del margen de una forma mucho más moderada que su homóloga europea, aplicándola a supuestos en que se planteaba la eventual vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado (CIDH, Opinión consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, en relación con un proyecto de modificación de la normativa interna sobre adquisición de la nacionalidad); de la libertad de expresión (CIDH, caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, de 2 de julio de 2004, aunque en este caso se hace referencia al escaso margen de apreciación que tienen los Estados a la hora de restringir la libertad de expresión en el contexto político); o del derecho a la doble instancia en materia penal (CIDH, caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, de 2 de julio de 2004; CIDH, caso Barreto Leiva c. Venezuela, de 17 de noviembre de 2009).

La doctrina del margen, cada vez más utilizada por distintos órganos jurisdiccionales internacionales, ha sido objeto de una notable atención por parte de la doctrina especializada, que tiende a apuntar diversos argumentos a favor y en contra del uso más o menos constante de esta técnica.

Entre aquellos que muestran su simpatía hacia la doctrina del margen suele apuntarse que esta doctrina no hace sino plasmar el hecho de que los actores nacionales están en mejor posición que los tribunales internacionales para resolver determinadas problemáticas. Los tribunales, en principio, no son instancias adecuadas para tomar decisiones de alcance general, en la medida en que carecen de los datos y los medios necesarios para ello, deben tomar decisiones al hilo de un caso concreto y con la información que les facilitan las partes y deben actuar bajo la presión de los plazos exigidos por la legislación procesal. A esos límites se añaden, en el caso de los tribunales internacionales, un conocimiento deficiente o inexacto de las particularidades históricas, culturales, sociales, económicas o jurídicas de un determinado Estado. El pluralismo local, la diversidad de opciones culturales, sociales, económicas, etc. de los Estados que pueden ser parte de un determinado texto internacional abogan por una especial

prudencia de los tribunales internacionales a la hora de resolver determinadas controversias.

En la misma línea, la legitimidad democrática en la toma de decisiones actúa a favor del uso de la doctrina del margen, en la medida en que podría argumentarse que determinadas decisiones de alcance general deben ser adoptadas por los ciudadanos o por sus representantes electos, a través de un proceso de discusión pública. Si el argumento democrático aboga a favor de la deferencia de los tribunales nacionales hacia las decisiones adoptadas por los órganos del Estado elegidos de forma democrática, ese argumento parece todavía más claro en el caso de los tribunales internacionales, cuya falta de legitimidad democrática es más evidente.

En términos mucho más prácticos, algunos autores apuntan que la utilización de la doctrina del margen por tribunales internacionales evita confrontaciones poco útiles entre tribunales nacionales e internacionales, favorece la cooperación entre ambas instancias de control, la aplicación interna de las normas internacionales y la posterior ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales

Entre aquellos que critican la utilización de la doctrina del margen suele señalarse que esta técnica sería abiertamente contraria a la propia idea de UNIVERSALIDAD e los derechos humanos, en la medida en que permitiría a los Estados determinar el alcance de los mismos e impediría a los particulares acceder a los niveles de garantía que les reconocen los textos internacionales ratificados por sus Estados. La utilización de esta técnica estaría erosionando, en beneficio de cierto relativismo cultural, la consecución de un mínimo estándar de protección de los derechos humanos, que habría quedado reflejado en los numerosos textos internacionales en la materia. En la misma línea, los tribunales internacionales estarían utilizando esta técnica para evitar cumplir las obligaciones jurisdiccionales que han asumido, negando a determinados particulares su derecho a un pronunciamiento en el que se determine si se ha producido o no una violación de los derechos humanos.

Debe tenerse en cuenta, en el análisis que estamos haciendo, la importancia que reviste la naturaleza de los convenios sobre Derechos Humanos.

Efectivamente: Como insistentemente ha expuesto la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. **No son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco**

de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.

CAPITULO VI

EL CORPUS JURIS INTERAMERICANO

Uno de los hechos más relevantes que ha elaborado la doctrina de la CorteIDH, es la composición del "*corpus juris interamericano*".

No debe pasar inadvertido que es el propio Pacto de San José el que permite incluir "en el régimen de protección de esta Convención, otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los artículos 76 y 77", ha permitido que se aprueben diversos Protocolos "adicionales" (a la Convención Americana) y sean interpretados por este Tribunal Interamericano.

Asimismo, el propio Pacto establece como norma interpretativa que no se puede excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y "otros actos internacionales de la misma naturaleza". La CorteIDH al referirse a un "control de convencionalidad" ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José.

Sin embargo, la CorteIDH analiza simultáneamente otros instrumentos de igual naturaleza, que componen e integran el *corpus juris* convencional de los derechos humanos: Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. Es decir, el parámetro del "control difuso de convencionalidad" no sólo comprende la Convención Americana, sino también los "Protocolos" adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. El objeto de su mandato —dice el propio Tribunal Interamericano— "*es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia*" y por consiguiente la interpretación de dichos tratados"

Interpretamos que "jurisprudencia", para la CorteIDH no se limita a su interpretación sobre la Convención de Derechos Humanos Americana, sino que se extiende "*...a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho corpus juris interamericano, materia de competencia del Tribunal Interamericano*".

No debe perderse de vista que "*los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que*

acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales", conforme se ha sostenido en la OC 16/99 del 01/10/99. Precisamente en la citada Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", la Corte IDH estableció que: "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.

Las "interpretaciones" a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los "casos contenciosos", sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita. Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre:

a) "medidas provisionales"; b) "supervisión de cumplimiento de sentencias"; c) la solicitud de "interpretación de la sentencia" en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las d)"opiniones consultivas" a que se refiere el artículo 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos".

Se forma de esta manera un auténtico "bloque de convencionalidad" como parámetro para ejercer el "control difuso de convencionalidad". Los jueces nacionales deben atender a este "bloque", lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una "viva interacción" entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos.

El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus juris*

interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Ello ha sido debatido en las recientes sentencias de la Corte IDH y especialmente en "Gelman" tanto en el proceso de fondo como en su "supervisión de sentencia", en la analiza el cumplimiento de la sentencia cuando el Estado es parte o no y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional. La "fuerza normativa" de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como "intérprete última" de dicho Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, ya que en realidad las "normas convencionales" constituyen el resultado de la "interpretación convencional" que emprende la Corte IDH como órgano "judicial autónomo cuyo objetivo es, precisamente, la aplicación e interpretación" del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, "constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional".

A continuación nos detendremos en cada uno de los tratados que cuentan con jerarquía constitucional para analizar:

- 1.- cuál es el respectivo órgano de control que prevé cada tratado,
- 2.- qué tipo de instrumentos se encuentran facultados a emitir estos órganos de control, y
- 3.- cuál es la extensión de la obligación de los instrumentos elaborados por estos órganos de control.

A.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos;

Esta Convención adopta un doble sistema, de peticiones por un lado, con la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y judicial por otro, con la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De estos dos sistemas, en el de peticiones, el Estado al que es dirigido el informe elaborado por la Comisión (en los términos del artículo 51 inciso 2 de la Convención), "...debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada".

En cuanto al sistema judicial, conforme al artículo 68 inc. 1 de la Convención, el Estado que hubiera sido condenado se compromete a cumplir la decisión en todo caso en que sea parte.

Como podemos ver, surge con claridad que en los términos de esta Convención sólo resulta obligatorio para el Estado, la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso de lo dispuesto por la Comisión, la obligación es la de tomar las medidas que le competen para remediar la situación, es decir, el sistema está previsto con relación al caso particular en que las medidas son dictadas.

B.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

En el caso de este Pacto, sólo se previó la obligación de los Estados de presentar informes al Secretario General de las Naciones Unidas, el que debía ponerlos a consideración del Consejo Económico y Social con funcionamiento en el seno de las Naciones Unidas (artículo 16 inciso 2 del Pacto). A su vez, este Consejo podía transmitir en un comienzo al Comité de Derechos Humanos los informes presentados por los Estados (artículo 19 del Pacto).

No obstante, por medio de la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social, se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para cumplir las funciones que la Parte IV del Pacto hacía recaer fundamentalmente en el Consejo Económico y Social.

En los términos del Pacto, no hay una normativa clara sobre el alcance de los instrumentos elaborados por el Consejo y, en consecuencia, el Comité.

C.-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo;

El órgano de control de este Pacto es el Comité de Derechos Humanos (artículos 28 y siguientes del Pacto).

El Pacto dispone que el Comité cuente con competencias tanto para:

Elaborar informes generales y particulares (con relación a un Estado) conforme al artículo 40 inciso 4. No obstante, nada dispone expresamente sobre la fuerza obligacional de estos informes.

Recibir denuncias de un Estado contra otro (siempre que ambos sean signatarios del Pacto), a partir de lo cual se instaura un procedimiento que puede dar como resultado (si no hay una solución amistosa) un informe

elaborado por el Comité cuyas conclusiones pueden o no ser aceptadas por los Estados (artículo 42 inciso 7. d) del Pacto).

El Protocolo facultativo amplió la competencia del Comité a poder recibir denuncias, no ya de otros Estados, sino de particulares, donde el Comité "...presentará sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo" (artículo 5 inc. 4 del Protocolo).

En este caso, tampoco se dispone nada sobre la fuerza obligacional del instrumento elaborado por el Comité.

D.- La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;

Esta Convención, debido a la fecha de la que data (9/12/1948) no contiene un comité específico de control. La norma más próxima a ello que encontramos, es el artículo IX, en cuanto reconoce competencia a la Corte Internacional de Justicia pero sólo para "Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución..." de la Convención.

A diferencia de los otros organismos, como vimos con anterioridad, en la letra de la Convención no hay un órgano específico que, en el marco de ella, reciba estas denuncias o comunicaciones de particulares.

E.-La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial;

El órgano de control de este tratado es el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (artículos 18 y siguientes de esta Convención).

Las competencias de este Comité son similares a las del Comité de Derechos Humanos, en cuanto le permiten:

Elaborar informes de carácter general con sugerencias y recomendaciones (artículo 9, inc. 2);

Recibir denuncias de un Estado contra otro (siempre que ambos sean signatarios de la Convención), a partir de lo cual se instaura un procedimiento que puede dar como resultado un informe elaborado por el Comité con las recomendaciones que se consideren apropiadas. Los Estados involucrados tienen un plazo para informar si aceptan o no las recomendaciones elaboradas por el Comité (artículo 13 inciso 2).

Recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas

de violaciones a los derechos consagrados en la Convención por parte de un Estado (que haya aceptado y reconocido la competencia del Comité) (artículo 14 inciso 1°).

En este caso, "El Comité presentará al Estado Parte interesado y al peticionario sus sugerencias y recomendaciones, si las hubiere" (artículo 14 inciso 7. b).

Como podemos observar, la letra de la Convención presenta los instrumentos que puede elaborar el Comité que tutela su cumplimiento con términos prácticamente voluntarios y no obligatorios.

F.-La Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer;

El órgano de control de este tratado es el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

La Convención sólo refiere que el Comité se encuentra facultado para elaborar informes generales con "...sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estado Partes" (artículo 21 inciso 1 de la Convención).

Como vemos, el lenguaje aquí utilizado ha sido cauto, ya que se habla de sugerencias y recomendaciones al igual que en el caso anterior.

G.-La Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;

El órgano de control de este tratado es el Comité contra la Tortura.

Las competencias de este Comité son muy similares a las del Comité de Derechos Humanos, y a las del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

A partir de la recepción de los informes de los Estados Partes, el Comité "podrá hacer los comentarios generales que considere oportunos y los transmitirá al Estado Parte interesado".

A su vez, el Estado Parte interesado se encuentra facultado a responder los comentarios del Comité (artículo 19 inciso 3° de esta Convención);

(b) Recibir y examinar las comunicaciones donde un Estado Parte alegue que otro no cumple la Convención (artículo 21 inciso 1). En este caso el Comité sólo se encuentra facultado a emitir "... una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados" (artículo 21 inciso 1. h) II).

(c) Recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción (o en su nombre), que aleguen ser víctimas de una violación a los derechos consagrados en la Convención (artículo 22 inciso 1°).

En este caso, "El Comité comunicará su parecer al Estado Parte interesado y a la persona de que se trate" (artículo 14 inciso 7).

Al igual que en los otros casos, la imperatividad de lo dispuesto por el Comité en los instrumentos a que se encuentra habilitado a emitir, también es expresado de una manera limitada.

H.-La Convención sobre los Derechos del Niño.

El órgano de control de este tratado es el Comité de los Derechos del Niño. El artículo 43 de esta Convención dispone expresamente que se establece "Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes".

El Comité se encuentra habilitado en los términos de la Convención, a presentar cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, "...por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades" (artículo 44 inciso 5 de la Convención).

I.-La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad; y

En los términos de esta Convención, no se encuentra previsto un órgano de control específico.

J.-La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

El artículo 13 de esta Convención remite al procedimiento de peticiones y juzgamiento previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que vimos con anterioridad.

Un sector de la doctrina ha interpretado que cada tratado prevé un sistema de control distinto y específico en el que en cada caso, se han previsto consecuencias distintas y en consecuencia han concluido que *"no tiene la misma fuerza, ni pueden ser equiparados los efectos de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde la Convención Americana de Derechos Humanos previó expresamente que el Estado se compromete a cumplir la decisión con, por ejemplo una comunicación del Comité para la Eliminación de la*

Discriminación Racial donde este sólo se haya facultado (según la Convención respectiva) a comunicar su parecer.."

Para esta doctrina el "control de convencionalidad", únicamente es aplicable a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano de control de la Convención Americana de Derechos Humanos y, podríamos agregar, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ya que este tratado remite al procedimiento de control de la referida Convención. Sin embargo, sostiene, *"este desarrollo no podría ser extendido a lo dispuesto por los órganos de control de los otros tratados"*

En la composición del "Corpus Iuris Interamericano" y la obligación de su acatamiento, la CSJN ha compuesto un proceso evolutivo en la que comenzó señalando que las decisiones de la CorteIDH constituía una *"guía insoslayable de interpretación..."* hasta compartir los criterios de "vinculatoriedad" y "control de oficio".

Efectivamente: Para referirse a los instrumentos elaborados por los órganos de control de los tratados de derechos humanos, en un primer momento la CSJN se refirió a estos instrumentos como "guía", con posterioridad comenzó a llamarlos *"intérprete autorizado"*.

El primer antecedente del que tomamos nota que así se hizo es el renombrado caso "AQUINO", donde se utilizó esta expresión para referirse a distintas observaciones emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el fallo se emparentó la expresión "intérprete autorizado" con la de "condiciones de su vigencia", y las observaciones a las que se refirió el fallo fueron observaciones finales emitidas con relación a Nueva Zelanda, a la Argentina y a otros países.

El segundo antecedente en el que se hizo uso de la expresión "intérprete autorizado", fue el caso GMG, donde se la utilizó para referirse a unas observaciones del Comité de Derechos del Niño emitidas en el año 2000 con relación a un Estado distinto a nuestro país, el Estado de Suriname.

El tercer antecedente donde se hizo uso de esta expresión fue el caso "Aerolíneas Argentinas c. Ministerio de Trabajo", donde también se emparentó la expresión "intérprete autorizado" con la de "condiciones de su vigencia".

El Alto Tribunal utilizó la expresión "intérprete autorizado" para referirse a unas observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitidas con relación a la Argentina y con relación a otros Estados.

El cuarto antecedente donde se utilizó la expresión "intérprete autorizado" es el caso "Torrillo", donde fue utilizada con relación al Comité de Derechos Económicos

Sociales y Culturales, en unas observaciones finales emitidas con relación a Polonia.

Finalmente, el último antecedente (al menos del que hemos tomado nota) en donde la Corte utilizó esta expresión, es en el reciente caso "Alvarez" (donde se adoptó un sistema laboral de estabilidad absoluta frente a supuestos de discriminación sindical). Aquí la CSJN se remitió a unas observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Otro tema que interpretamos vinculado con el presente capítulo, es la extensión del concepto "en las condiciones de su vigencia...", es preciso destacar que la reforma constitucional de 1994 les otorgó jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, (y a los que con posterioridad incorpore el Congreso), lo hizo "...en las condiciones de su vigencia".

¿Qué significaba esa expresión en la reforma? Hasta entonces la regla de oro de la aplicación de los tratados internacionales había sido la Convención de Viena sobre derecho de los tratados del año 1969.

De acuerdo a esta Convención (artículos 19 y siguientes), los tratados obligaban a los Estados conforme a las reservas que estos habían realizado al momento de ratificarlos.

Si extendemos esta expresión a los tratados de derechos humanos enunciados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, la expresión "condiciones de su vigencia" se referiría únicamente a las reservas hechas por nuestro país al momento de ratificar el tratado.

Sin embargo, en los últimos fallos, la CSJN ha interpretado que la frase se relaciona con la interpretación que la Corte IDH ha efectuado de la Convención y ésta es de aplicación obligatoria, vinculante y debe practicarse de oficio.

Sin lugar a dudas, el "Corpus Iuris Interamericano" como todo el derecho supranacional de los derechos humanos esta en permanente evolución. El *ius cogens*, que mantiene en esencia un componente consuetudinario, involucra a los precedentes que hemos analizado sintéticamente.

Deberemos estar atentos a su evolución, los criterios de interpretación y avanzar en el mejoramiento de pautas teniendo siempre en cuenta los principios esenciales de los derechos humanos expuestos en el primer capítulo.

Confío que las presentes reflexiones e investigaciones provoquen con el mismo entusiasmo que a mí.