

Hacia la construcción del diálogo judicial

*Un acercamiento al
Sistema Interamericano*



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

E675

R438r

V.1

Hacia la construcción del diálogo judicial : un acercamiento al Sistema Interamericano / [Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales ; prólogo Juan Carlos Barrios Lira]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.
xxvii, 159 p. ; 19 cm.-- (Cuadernos de regularidad constitucional ; 1)

ISBN 978-607-468-846-7

1. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación – Control de regularidad constitucional – Criterios 2. Protección de los Derechos humanos – Jurisdicción constitucional transnacional 3. Corte Interamericana de Derechos Humanos – Recepción del Derecho Internacional 4. Jurisprudencia interamericana de Derechos humanos – Justicia constitucional – Costa Rica 5. Control constitucional 6. Derechos fundamentales 7. Derecho procesal constitucional 8. Función jurisdiccional 9. Armonización legislativa 10. Control de convencionalidad I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales II. Aguilar Morales, Luis María, 1949- III. Barrios Lira, Juan Carlos, prol. IV. ser.

Primera edición: noviembre de 2015

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*Hacia la
construcción del
diálogo judicial*

*Un acercamiento al
Sistema Interamericano*



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Alberto Pérez Dayán
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Eduardo Medina Mora Icaza
Ministro Juan N. Silva Meza

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

Serie Cuadernos de regularidad constitucional

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DEL DIÁLOGO JUDICIAL.
UN ACERCAMIENTO AL SISTEMA
INTERAMERICANO

CONTENIDO

Presentación	XI
Prólogo.....	XV
Hacia un sistema judicial transnacional en derechos humanos	
<i>Mara Gómez Pérez</i>	1
1. La proliferación de tribunales en el mundo y el fenómeno del incremento en la interacción	1
2. Categorización de la interrelación judicial	10
3. ¿Hay un Sistema Judicial Transnacional en Derechos Humanos?.....	17
4. Inevitabilidad del sistema y necesidad de ordenación	24
5. ¿Para qué sirve el Sistema?	32
La Corte Interamericana y su interacción con los tribunales nacionales.....	45
<i>Víctor Bazán</i>	45
1. El camino por recorrer	45

2. Consideraciones contextuales	47
3. Panorama del sistema interamericano de derechos humanos	50
a. La Convención Americana sobre Derechos Humanos	50
i. Esquemática presentación	50
ii. El <i>corpus juris</i> interamericano	51
b. Los órganos de protección en el modelo interamericano	53
i. Prefacio	53
ii. La CIDH.....	54
iii. La Corte IDH	59
4. Ciertos desafíos y cuestiones conflictivas que surgen de la labor operativa de la Corte IDH y de su relación con los Estados Partes de la CADH que han reconocido su competencia contenciosa	75
a. Control de convencionalidad	75
i. Plano internacional.....	76
ii. Plano interno	77
iii. ¿Cómo la Corte IDH ha modelado gradualmente los perfiles de la vertiente difusa del control de convencionalidad?	83
b. La necesidad de estimular un "diálogo judicial" crítico y tangible.....	88
c. Protección de los derechos económicos, sociales y culturales.....	93
d. Observancia de las sentencias del Tribunal Interamericano.....	101
5. Epílogo	104

**El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana
en el sistema de justicia constitucional costarricense**

<i>Víctor Orozco Solano</i>	119
1. Introducción	119
2. Las decisiones de la Corte IDH con respecto a Costa Rica.....	123

3. Las decisiones de la Sala Constitucional con motivo del control de convencionalidad	135
4. El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos en que Costa Rica no es parte.....	142
5. El control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense	149
6. Conclusiones	152

PRESENTACIÓN

La trascendencia de las reformas constitucionales de 2011, en materia de Derechos Humanos y Amparo, respectivamente, conforman uno de los mayores retos para la impartición de justicia en México y un “nuevo paradigma” en la concepción y aplicación de la Justicia Federal. Asimismo, la cada vez más intensa relación que existe entre órganos judiciales de distintas latitudes, tanto en virtud de colaboración institucional, como por el reconocimiento de los criterios jurisdiccionales que emiten, constituye también un factor determinante para considerar la conveniencia de fomentar la investigación y difusión de estudios constitucionales por parte de un órgano especializado.

El Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación surgió, precisamente, a partir de esas consideraciones y con el objetivo de realizar análisis jurídico-constitucionales, en los ámbitos nacional e internacional,

desde una perspectiva comparada, que permita efectuar aportes sustantivos relativos al control constitucional y a la protección de los derechos fundamentales en el país.

La reafirmación de nuestra *Carta Magna*, como norma fundamental que sirve de parámetro a todo el orden jurídico nacional, y la centralidad del Poder Judicial de la Federación en la defensa de dicho orden, refuerzan la convicción de contar con estudios sólidos en torno a los instrumentos de control constitucional, sobre todo, a aquellos que han sido desarrollados y perfeccionados a partir de la labor jurisdiccional de este Alto Tribunal.

En este marco se inscribe la *Serie Cuadernos de Regularidad Constitucional*, dedicada, especialmente, al estudio de lo que los criterios interpretativos del Tribunal Pleno de esta Suprema Corte han identificado como “parámetro de control de regularidad constitucional”. Los contenidos de estos *Cuadernos*, que inician su trayectoria, buscan profundizar en la reflexión teórica en torno a esta figura procesal constitucional y, con especial relevancia, pretenden poner énfasis en la práctica jurisdiccional a través de la cual se ha ido especificando su alcance.

No es difícil advertir que, en la actualidad, las instituciones se encuentran en transformación, y que las necesidades de las sociedades democráticas exigen un mayor desarrollo de la cultura constitucional. Así, y desde una perspectiva comparada, contar con testimonios de otras experiencias puede resultar enriquecedor, siempre que se evite el riesgo de una recepción acrítica, y se ponga especial cuidado en respetar los

principios y valores que caracterizan la identidad de nuestro devenir histórico nacional, contenido esencial que resguarda nuestra norma fundamental.

Por lo anterior, tengo la confianza en que la *Serie Cuadernos de Regularidad Constitucional* constituirá una herramienta de utilidad para todos los interesados en el importante papel que cumplen los tribunales en la defensa del orden constitucional.

Ministro Luis María Aguilar Morales
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

PRÓLOGO

A partir de la segunda mitad del siglo XX, y fundamentalmente como una reacción a la experiencia deshumanizante de las Guerras y del Holocausto, se puede observar un renovado interés por recuperar el papel de los contenidos valorativos en la convivencia social. Las manifestaciones de esta reacción fueron diversas. De manera general, ciertas propuestas filosóficas comenzaron a revitalizar los modelos de razonamiento práctico desarrollados por Aristóteles y por Kant (en gran medida dejados de lado por el auge de un racionalismo exclusivamente teórico o instrumental), impulso al que algunos teóricos han identificado como la "rehabilitación de la filosofía práctica".¹

¹ *Vid.* VOLPI, Franco, "Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo", *Anuario Filosófico*, 32, Universidad de Navarra, España, 1999, consultable en: <http://dspace.unaves/dspace/bitstream/10171/400/5/13.%20REHABILITACI%C3%93N%20DE%20LA%20FILOSOF%C3%8DA%20PR%C3%81CTICA%20Y%20NEO-ARISTOTELISMO.%20FRANCO%20VOLPI.pdf>. Volpi refiere las obras de Hannah Arendt y de Hans-Georg Gadamer como los ejemplos más famosos de esta rehabilitación, pero a ellas pueden agregarse, con un impacto igual de paradigmático, las aportaciones de Jürgen Habermas y de John Rawls.

En el ámbito jurídico, a pesar de su diversidad, las manifestaciones de este impulso consistieron esencialmente en propuestas de superación del positivismo jurídico.² Entre ellas se pueden incluir: el auge de la axiología jurídica; el despunte de la escuela hermenéutica; los primeros pasos hacia una perspectiva principialista del derecho; la recuperación de la tópica y la retórica clásicas (de importancia fundamental para el entendimiento del derecho como argumentación); la configuración de una "nueva" escuela del derecho natural; el proceso de internacionalización de los derechos humanos, y el denominado proceso de "constitucionalización de los ordenamientos jurídicos".³

Especialmente, estas dos últimas manifestaciones tienen un papel central en lo que se puede identificar como una "nueva" forma de entender el derecho.⁴ Todo el debate teórico en torno al denominado "Estado constitucional de derecho" se relaciona,

² Esencialmente de aquel positivismo decimonónico y exegético, pero también, en gran medida, del positivismo formalista. Lo anterior, aunado al desarrollo paralelo de algunas de estas reacciones, es lo que lleva a algunos autores a hablar de una perspectiva "post-positivista", en la cual se suele incluir a teóricos provenientes más bien de distintas tradiciones.

³ Cfr. GUASTINI, Riccardo, "La 'Constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", traducción de José María Lujambio, en *Estudios de teoría constitucional*, segunda reimpresión, Fontamara, México, 2007, pp. 147 y ss. En este apartado, Guastini identifica siete rasgos que constituyen condiciones de constitucionalización del ordenamiento que permiten observar lo que implica este "giro" en el entendimiento del derecho hacia lo que se ha denominado también "constitucionalismo" o "neo-constitucionalismo".

⁴ Lo que para algunos autores supone un "nuevo paradigma" (Cfr. ATIENZA, Manuel, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo post-positivista", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 15, núm. 2, Universidad Torcuato di Tella, Argentina, diciembre 2014, *passim*.) Respecto a qué tan novedoso es realmente este "nuevo" entendimiento, me parece especialmente útil la lectura de VIGO, Rodolfo Luis, "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias" en AA.VV., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, Tomo IV, Vol. 2, IIJ-UNAM, 2015, pp. 851-885.

de alguna forma, con estos dos procesos, cuyos discursos se fueron permeando hasta implicarse mutuamente, al grado de que los análisis que pretenden caracterizar el supuesto "nuevo paradigma", a menudo terminan por relacionarlo con la "constitucionalización de los derechos fundamentales". Pero entender los alcances de esto último requiere observar un poco más los dos procesos referidos.

Por un lado, la internacionalización de los derechos humanos no sólo supuso la adopción de instrumentos internacionales en la materia, sino la conformación de auténticos "sistemas de promoción y protección de los derechos humanos"⁵ y, sobre todo, el impulso de un *discurso* que aboga por un fuerte compromiso por parte de los Estados en torno a la justiciabilidad de tales derechos.⁶

Por otro lado, la "constitucionalización de los ordenamientos jurídicos" estatales no sólo representó el reconocimiento de la Constitución como cúspide del sistema jurídico —aspecto por demás admitido en la visión escalonada del positivismo

⁵ Una sucinta caracterización de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos puede verse en RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, CNDH, México, 1996, pp. 15-35; quien identifica puntualmente "cinco elementos esenciales" para la existencia de todo sistema, a saber: i) instrumentos internacionales que configuran el sistema; ii) catálogo de derechos humanos reconocidos; iii) obligaciones asumidas por los Estados; iv) determinación de funciones y atribuciones de órganos protectores, y v) mecanismos de protección. *Cfr. Ibidem*, p. 32.

⁶ Ya en la década de 1960 Bobbio observaba tal consenso entre los Estados en torno al reconocimiento de los derechos humanos, que lo llevó a afirmar (de manera provocadora) que la cuestión central de los derechos no era ya la de su fundamentación, sino la de encontrar las vías para hacerlos efectivos. *Cfr.* BOBBIO, Norberto, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre" en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, traducción de Jorge Binaghi, segunda edición, España, 1992, p. 128.

formalista—,⁷ sino un entendimiento de la Constitución más profundo, mediante el cual se asume como la norma suprema del sistema jurídico, con verdadera fuerza normativa (directamente vinculante) y contenidos que establecen parámetros materiales (y no sólo formales) de validez (principios, derechos humanos, contenido moral, etc.). Con ello, la "constitucionalización" implicaba superar tanto la idea de Constitución como mero programa político sin fuerza normativa, como la idea de que es una ley más.⁸ Pero aún más, el proceso de "constitucionalización" (vinculado como se ha visto a las reacciones de la segunda posguerra) supuso, como algunos lo señalan,⁹ la formulación de una "nueva" teoría del derecho (atenta a los contenidos valorativos, éticos o morales).

Al cruzar ambos procesos, es claro que la rehabilitación de contenidos valorativos (como parámetros de validez material) en los ordenamientos jurídicos, se efectuó esencialmente a través del énfasis en la constitucionalización de los derechos fundamentales (también considerados como principios). Ahora bien, es importante advertir que esta constitucionalización de derechos, atendiendo al proceso de internacionalización de los derechos humanos al que se vincula, tiene una especial significación: no implica sólo la positivización de derechos en las Constituciones estatales, sino la

⁷ Al margen de la norma fundante básica (*Grundnorm*), que pertenece a un ámbito lógico-trascendental, en el ámbito de un orden jurídico positivo (estatal), la Constitución es considerada como el peldaño superior del sistema. Cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, pp. 232 y ss.

⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, tercera edición, cuarta reimpresión, Civitas, España, 2001, pp. 31-32 y 41-61. Agradezco a Alejandra Martínez Verástegui la referencia de esta obra.

⁹ Cfr. ATIENZA, Manuel, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo...", *op. cit.*, *passim*; ytb. VIGO, Rodolfo Luis, "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo...", *op. cit.*, p. 852.

asignación de carácter constitucional, también a aquellos derechos reconocidos en los instrumentos internacionales a los que los Estados se encuentran vinculados.

En este contexto, es claro que una pieza fundamental de este impulso se encuentra en el fortalecimiento (o, en su caso, generación) de vías especializadas para la protección y concreción de los contenidos constitucionales (esencialmente de los derechos), es decir, en la afirmación de una garantía jurisdiccional de la Constitución.

Así, la consolidación de lo que hoy se entiende como "justicia constitucional"¹⁰ se enmarca, de manera genérica, en las reacciones de la segunda posguerra y, específicamente, en el proceso de constitucionalización de los derechos humanos. Esto nos permite identificar con mayor claridad el vínculo especial que en la actualidad existe entre el control jurisdiccional de la Constitución y la justiciabilidad de los derechos humanos.

Este vínculo, como se ha sugerido, sigue un proceso que se extiende durante toda la segunda mitad del siglo XX. Una de las caras de este proceso es la creación de órganos jurisdiccionales garantes de los contenidos constitucionales (Tribunales

¹⁰ Lo anterior no debe llevar a pensar que, antes de la segunda posguerra, no existían vías jurisdiccionales de control de la Constitución. Sólo como ejemplo clásico, es común remitir a *Marbury vs Madison* (1803) como el caso que reafirma el control de constitucionalidad por parte de los tribunales. Además, cierta doctrina latinoamericana ha defendido la relevancia de tomar en cuenta que durante el siglo XIX ya existían múltiples ejemplos de control jurisdiccional de la Constitución en distintos países de América Latina, donde el amparo mexicano representa un caso ejemplar. Cfr. BOTERO, Andrés, "La interpretación constitucional en América Latina: una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea" en BARBOSA DELGADO, Francisco R. (Ed.). *Historia del derecho público en Colombia*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012. pp. 319-341, especialmente 325-327.

Constitucionales); la otra es la creación y el perfeccionamiento de vías procesales para efectuar este control constitucional. A ello debe sumarse el ya mencionado desarrollo de sistemas (universales y regionales) de protección de derechos humanos, que involucró no sólo la creación de instrumentos normativos internacionales, sino de instituciones que permitieran hacer efectivos los compromisos asumidos en la materia por los Estados que suscribían dichos instrumentos.¹¹

Para la década de los noventa, por ejemplo, la noción de "bloque de constitucionalidad"¹² comenzó a consolidarse en la doctrina como un claro punto de contacto entre la constitucionalización y la internacionalización de los derechos humanos. A su vez, el control de constitucionalidad se redimensionó en este mismo sentido, no para ser un control jurisdiccional de la Constitución que vigile sólo la adecuación

¹¹ Es en este contexto en el que Vergottini considera que "la *convergencia entre ordenamientos* o mejor entre las regulaciones constitucionales y sus aplicaciones jurisprudenciales es particularmente evidente en materia de derechos fundamentales. En tal dirección ha conducido en gran medida la expansión de los tratados universales y regionales en materia de derechos: una vez que los Estados, prescindiendo de su específico régimen político-constitucional, se han comprometido, mediante estos regímenes convencionales, a la observancia de los pronunciamientos de los tribunales internacionales que acaban actuando como factor uniformador de los regímenes nacionales de los derechos". VERGOTTINI, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, traducción de Pedro Tenorio, Civitas-Thomson Reuters, España, 2011, p. 55.

¹² Según César Astudillo, la noción de "bloque de constitucionalidad" tiene su origen en el ámbito francés en la década de los setenta y en el ámbito español comienza a utilizarse a principios de los ochenta. En uno y otro caso, la noción se va delineando con distintos significados, lo que hace especialmente complejo este concepto. Si se sigue la trayectoria desde una perspectiva comparada (en la que Astudillo, por ejemplo, incluye el caso italiano y la expresión "parámetro"), se puede llegar a lo que en América Latina llegó a entenderse con dicha expresión: un conjunto de normas y principios (esencialmente relativos a derechos fundamentales) de rango constitucional (no por su carácter topográfico, sino por su carácter material), que constituyen un parámetro al cual debe adecuarse el resto de las normas estatales. En México, señala el mismo autor, las nociones de "bloque" y "parámetro" tienen una trayectoria especial, vinculándose la primera a un sentido sustantivo y la segunda a un carácter procesal, pero sin una conceptualización puntual. *Cfr.* ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, Tirant Lo Blanch-UNAM, pp. 23-34.

procesal (o la validez formal), sino especialmente para atender a la defensa de los derechos humanos.

En el ámbito interamericano, al control de constitucionalidad se suma la noción de "control de convencionalidad", desarrollada por la doctrina a partir de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), como una vía para revisar la adecuación de los actos gubernamentales de los Estados con los compromisos asumidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³

Estas instituciones (bloqueo de constitucionalidad, control de constitucionalidad, control de convencionalidad), por complejas e indefinidas que puedan ser, proyectan claramente la continuidad del impulso que une a la idea de constitucionalización de los ordenamientos con la preocupación internacional por la defensa de los derechos humanos.

Ahora bien, aunque este compromiso con la defensa en materia de derechos humanos ha sido reafirmado en nuestro país, como lo muestra la reforma constitucional mexicana de 2011, la complejidad conceptual y doctrinal de estas instituciones no es cosa menor, sobre todo si a esto se agrega la necesidad de ajustar ciertos mecanismos e instituciones procesales nacionales para lograr su funcionamiento y efectividad. Esta dificultad que la praxis jurisdiccional ha ido enfrentando es lo que

¹³ Cfr. VERGOTTINI, Giuseppe de, *Más allá del diálogo...*, op. cit., p. 112.

ha llevado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a desarrollar la noción de "parámetro de control de regularidad constitucional".¹⁴

La noción de regularidad ciertamente no es nueva, ya en la segunda década del siglo XX, Kelsen expuso las bases del problema jurídico de la "regularidad",¹⁵ acercándose mucho a la idea de regularidad constitucional que algunos sostienen en la actualidad.¹⁶ Si la construcción conceptual que realizó la Suprema Corte de Justicia tuvo como referente dicho aporte doctrinal, o no, es un tema secundario. Lo importante es que, al comenzar a establecer las bases para el entendimiento del parámetro de regularidad, el Pleno de la Suprema Corte delineó las vías jurídicas para hacer frente a una realidad contundente: la existencia de un compromiso compartido por los Estados en la defensa de los derechos humanos y su consecuente positivización en niveles distintos al meramente nacional, lo que hace ineludible que los órganos (nacionales, regionales, internacionales) encargados de la defensa jurisdiccional de esos derechos entren en relación y atiendan a sus diversos criterios.

¹⁴ *Vid.* especialmente la Contradicción de tesis 293/2011.

¹⁵ *Cfr.* KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, *Anuario Jurídico I*, UNAM, 1974, pp. 469-515. En Kelsen, la regularidad parte del presupuesto de un esquema escalonado del sistema jurídico, de etapas jerarquizadas del proceso de creación y de la consideración de que en cada nivel se efectúa tanto creación como aplicación del Derecho (salvo el nivel superior y el inferior). Así, la legislación es considerada como creación respecto del reglamento, la sentencia y el acto administrativo, pero aplicación respecto de la Constitución y el orden jurídico internacional. Entonces, así como la regularidad de la ejecución se encuentra en relación a su conformidad con la ley, la regularidad de la legislación se encuentra en relación a su conformidad con la Constitución. *Cfr. Ibidem*, pp. 472 y 473.

¹⁶ Incluso, admitiendo en sus consideraciones (con matices propios), dos aspectos hoy fundamentales: la superioridad del orden jurídico internacional y la reafirmación de la Constitución como parámetro no sólo formal sino de fondo (que determina cierto contenido —derechos— al que se debe ajustar el resto del sistema). *Cfr. Ibidem*, pp. 477 y 481-482.

Vista de este modo, la regularidad constitucional es, en gran medida, una de las vías a través de las cuales se proyecta el fenómeno de intensificación de las relaciones entre órganos jurisdiccionales que persiguen una finalidad común: la defensa de las personas y sus derechos. Pero esto, como ha mostrado la realidad, arroja nuevas complejidades.¹⁷

Por las razones referidas se ha considerado conveniente iniciar la serie "Cuadernos de Regularidad Constitucional" con un volumen que contiene tres trabajos que ponen de manifiesto el proceso mediante el cual se ha ido construyendo esta intensificación de las relaciones entre órganos jurisdiccionales, aquello que de manera preliminar podríamos identificar como "diálogo judicial".¹⁸

¹⁷ Aunque la convergencia entre constitucionalización y compromiso con los derechos fundamentales parece proyectar una finalidad compartida, las interacciones entre órganos jurisdiccionales, en la práctica cotidiana, se enfrentan a retos diversos. Dejando de lado las implicaciones políticas, en lo estrictamente jurídico, las relaciones entre tribunales de distintas latitudes y niveles, supone replantear la operatividad de algunos mecanismos procesales y re-significar algunas instituciones jurídicas. El debate vigente en torno a la jerarquía de las fuentes normativas frente a la operatividad de la regularidad referida a los derechos humanos, así como el debate en torno a la viabilidad de un control difuso, son muestra de estas complicaciones.

Para muchos comprometidos con el discurso de los derechos humanos, algunas de estas complicaciones procesales tienen una clara vía de solución si se toman en serio criterios hermenéuticos como el principio pro persona; si se extiende la idea de "supremacía constitucional", no a la Constitución como documento formal, sino a ciertos contenidos calificados de constitucionales en virtud de que protegen derechos fundamentales (independientemente de su fuente). Para muchos otros, esto no es tan fácil si se quiere conservar la *estructura* de lo jurídico y mantener un margen de seguridad.

Frente a estos *impasses*, quizá no esté de más recordar el contexto de rehabilitación práctica en el que se inscriben, tanto la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, como el discurso de los derechos humanos. En dicha contextualización, tal vez tenga mucho que decir una perspectiva como la del realismo jurídico clásico, cuya primera gran aportación consistiría en recordarnos que, ante todo, hay que recordar la finalidad de lo jurídico: las personas. Hacia algo similar apuntaría la propuesta de una ética judicial que tenga en su fundamento el compromiso con el humanismo.

¹⁸ Como se verá en el trabajo de Mara Gómez, no toda interrelación entre órganos jurisdiccionales puede calificarse de "diálogo judicial", más bien al contrario, lo que técnicamente se ha identificado como "diálogo" es sólo

Los tres trabajos poseen una relación de continuidad. En primer lugar, se parte de la presentación genérica del fenómeno de las relaciones entre tribunales. Posteriormente, se expone de manera esquemática el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como un ejemplo de esas complejas relaciones. Finalmente, se arriba al caso específico de la forma como se configura la relación entre la ColDH y la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica a través del control de convencionalidad.

El primer trabajo, de la autoría de Mara Gómez Pérez, aborda precisamente la nueva dinámica de interacción entre cortes y tribunales, sustentando la idea de la conformación de un "sistema judicial transnacional". Según Gómez Pérez es fácil observar que, desde la segunda mitad del siglo XX, se ha producido una "proliferación" de órganos internacionales de naturaleza jurisdiccional dirigidos a la protección de los derechos humanos, lo que ha propiciado el incremento de las relaciones entre tribunales.

Ahora bien, dado que las relaciones no son todas iguales, es necesario armonizar el trabajo de cortes y tribunales mediante marcos de comprensión de lo que unas y otros realizan. Para ello, utilizando las aportaciones de la doctrina comparada, Mara Gómez realiza una categorización de las diversas relaciones que hoy se presentan, poniendo especial énfasis en la relevancia de lo que la doctrina identifica como "diálogo judicial" o "*cross fertilization*". Si estas relaciones son hoy un hecho y cada día se han

una modalidad dentro de las múltiples relaciones judiciales posibles (*Vid. infra.*, "2. Categorización de la interrelación judicial") Aquí usamos la expresión, como se dijo, *preliminarmente*, en un sentido más amplio, para referir genéricamente a todas las relaciones entre órganos.

intensificado, entonces la necesidad de ordenar dichas relaciones lleva obligadamente a la conformación de un sistema transnacional que tenga como eje la defensa de los derechos humanos.

Es así como este primer trabajo expone el contexto en el cual se da la compleja relación entre los sistemas regionales de derechos humanos (que como se ha visto, involucran no sólo instrumentos normativos, sino organismos y mecanismos procesales especializados) y los tribunales constitucionales de los Estados.

En la misma línea, el segundo trabajo de este volumen estudia el caso específico del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En el trabajo intitulado "La Corte Interamericana y su interacción con los tribunales nacionales", Víctor Bazán nos presenta los desafíos y complejidades de este tipo de relaciones jurisdiccionales. Para ello, en primer lugar ofrece un panorama general del Sistema Interamericano exponiendo brevemente los aspectos centrales de los instrumentos normativos que lo fundan y el funcionamiento de los órganos que lo integran.

Posteriormente, y partiendo de las facultades reconocidas a los órganos de dicho sistema (esencialmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —CIDH— y la CoIDH), el profesor Bazán nos da cuenta de las complejidades que supone el funcionamiento de estos órganos cuando entran en relación con las instituciones jurisdiccionales nacionales. A su vez, nos muestra cómo la competencia contenciosa de la CoIDH, a través del control de convencionalidad, ofrece retos en su contacto con los tribunales nacionales, lo que supone la necesidad de estimular un "diálogo

judicial" tangible. Finalmente, para ejemplificar un área en la que es especialmente complejo este diálogo, ofrece un sucinto análisis sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. A partir de todo lo anterior, Víctor Bazán plantea algunas reflexiones respecto a la obligatoriedad de las resoluciones de la ColDH.

Y es precisamente el tema del carácter vinculante de las resoluciones de la ColDH del que se ocupa el tercero de los trabajos que componen este volumen. Concretizando más este "diálogo judicial", Víctor Orozco Solano nos ofrece un texto focalizado en la experiencia costarricense. En su trabajo, pretende mostrar la forma en que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha delineado su relación con la ColDH, específicamente a partir de la aceptación de la obligatoriedad de todas las resoluciones de esta última (incluso en los casos en que el Estado de Costa Rica no sea parte).

A efecto de observar el camino andado por la Sala Constitucional para llegar a esa interpretación, Orozco Solano hace un repaso de las decisiones de la ColDH en las que Costa Rica ha sido parte (incluyendo en ellas cuatro opiniones consultivas y dos casos contenciosos). Posteriormente, analiza algunos pronunciamientos de la Sala Constitucional con motivo del control de convencionalidad. Más específicamente, se detiene a exponer un criterio mediante el cual la Sala llegó a declarar genéricamente el carácter vinculante de la jurisprudencia de la ColDH en todos los casos, incluso en los que Costa Rica no sea parte.

Sin embargo, este criterio no es del todo adecuado según el profesor Orozco, ya que la Sala Constitucional debería matizar dicha obligatoriedad de la jurisprudencia de la ColDH en aquellos casos en los que el estándar internacional pudiera afectar "una institución nuclear del sistema de justicia constitucional costarricense" o bien dejar "de lado un estándar nacional de protección de los derechos humanos superior al convencional". La propuesta de Orozco Solano es prueba de que en estos temas es necesario seguir reflexionando para encontrar las vías que lleven a los mejores resultados en beneficio de las personas.

En definitiva, los tres trabajos dejan muestra de los nuevos retos que enfrenta la justicia constitucional, especialmente orientada hacia la protección de los derechos, en un complejo esquema de relaciones interinstitucionales. Al mismo tiempo, estos estudios dan cuenta del esfuerzo por encontrar mecanismos de fortalecimiento de la justicia, siempre en beneficio de la protección de los derechos de las personas. Seguramente el lector encontrará en ellos una fuente de reflexión y nuevas inquietudes.

Juan Carlos Barrios Lira
Centro de Estudios Constitucionales

HACIA UN SISTEMA JUDICIAL TRANSNACIONAL EN DERECHOS HUMANOS^{*}

Mara Gómez Pérez^{**}

Sumario: 1. La proliferación de tribunales en el mundo y el fenómeno del incremento en la interacción; 2. Categorización de la interrelación judicial; 3. ¿Hay un Sistema Judicial Transnacional en Derechos Humanos?, 4. Inevitabilidad del sistema y necesidad de ordenación; 5. ¿Para qué sirve el Sistema?

1. La proliferación de tribunales en el mundo y el fenómeno del incremento en la interacción

Pocos se han dado cuenta de que la expansión de la justicia es el desarrollo jurídico internacional más importante después de la Segunda Guerra Mundial.¹ En el ámbito nacional, el aumento poblacional ha generado el incremento correlativo

^{*} Un estudio más amplio sobre este tema puede consultarse en: GÓMEZ PÉREZ, Mara, *Jueces y derechos humanos: Hacia un sistema judicial transnacional*, Col. Derecho Procesal Constitucional, vol. 86, Porrúa, México, 2014.

^{**} Doctora en Derecho por la UNAM, especialista en Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹ Cfr. ROMANO, Cesare, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", *International Law and Politics*, vol. 31, NYU, 1999, pp. 709-751, en especial pp. 715 y 716.

de tribunales, a más de que las nuevas especialidades jurídicas (*v. gr.* derecho ecológico, corporativo, aduanal, urbanístico, aéreo, electoral, etc.) también han dado lugar a la creación de nuevos tribunales en muchas naciones. Sin embargo, nada de esto parece igualar el aumento de tribunales internacionales en el mundo; el desarrollo de la justicia internacional en las últimas décadas es verdaderamente inconmensurable.

Las cortes y tribunales creados en el reciente ímpetu internacional favorable a la judicialización incluyen el Tribunal Internacional Militar de Núremberg (1945) y el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, mejor conocido como el Tribunal de Tokio (1945); el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994); la Corte Penal Internacional (2002); el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (1996); los Tribunales internacionales o supranacionales de carácter regional, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1952) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979), la Corte Centroamericana de Justicia (1994), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996), la Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (2006), la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (2001), la Corte de Justicia de África Oriental (2001), el Tribunal de la Comunidad para el Desarrollo de África Austral (2005); e incluye también a todos los tribunales internacionalizados o híbridos que paulatinamente se han ido creando al amparo de las Naciones Unidas, es decir, el Tribunal Especial para Sierra Leona (2002), las Cámaras Extraordinarias de Camboya (2002), los Paneles Especiales para Timor Oriental (2000), los Paneles Especiales para Kosovo (2003), las Cámaras de

Crimen de Guerra de la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina (2005) y el Tribunal Especial para Líbano (2005), entre muchos otros.

Pero eso no es todo. En opinión del profesor norteamericano Jonathan I. Charney, la Corte Internacional de Justicia (1945), el abuelo de todas las cortes internacionales modernas, en los últimos años ha tenido que resolver el mayor número de asuntos de toda su historia, y se ha tenido que enfrentar a los casos políticamente más complicados de todo su devenir;² y más o menos sucede lo mismo con la mayoría de cortes y tribunales del mundo. Es decir, no sólo ha aumentado considerablemente el número de tribunales en el orbe, sino que su alcance e influencia ahora son mucho mayores.³

Este aumento en el número y la importancia de los tribunales ha tenido efectos muy interesantes en cuanto a su forma de trabajo, pero sobre todo en cuanto a los vínculos, nexos y contactos que ahora se dan entre ellos.

No hace mucho la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que decidir si detenía o no la ejecución de un ciudadano mexicano, por habérselo solicitado la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.⁴ La Corte Suprema de México decidió

² Cfr. CHARNEY, Jonathan I., "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", *International Law...*, *op. cit.*, pp. 697-708, en especial pp. 700 y 701.

³ Sobre el particular, resulta especialmente sugestivo el libro de Stone Sweet sobre la influencia de los Jueces en la conformación política de la Europa contemporánea: STONE SWEET, Alec, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

⁴ Caso *Avena y otros nacionales mexicanos* (México v. Estados Unidos), resolución del 31 de marzo de 2004. Ciertamente, la Corte Americana no detuvo la ejecución, pero el gobierno ha ido colocando paulatinamente en los

también, hace muy poco, el cumplimiento que debía darle a una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que la obligaba a organizar cursos de derechos humanos para los Jueces federales.⁵ En el *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, la Corte IDH aplicó los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del abuso psicológico como una forma de trato inhumano y degradante.⁶ En no menos de 25 sentencias, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha citado precedentes de la Corte IDH, incluyendo votos particulares de los Jueces interamericanos o partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).⁷ Además, es sabido que en los tribunales argentinos se invoca y aplica cotidianamente la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, sobre todo en materia de derechos humanos.⁸ Lo cierto es que todas estas nuevas interacciones judiciales eran impensables hasta hace muy pocos años.

Es una realidad que hoy en día los tribunales nacionales se están comunicando con los internacionales; que los tribunales internacionales están encontrando nexos

Centros Penales de Reclusión de los Estados fronterizos, letreros con el teléfono del Consulado Mexicano más cercano. Aunado a ello, el profesor israelita Yuval Shany señala que a partir de este caso, los tribunales norteamericanos han comenzado a discutir el efecto que deben darles a las resoluciones de tribunales internacionales. *Cfr.* SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Serie The Project on International Courts and Tribunals, Oxford University Press, Nueva York, 2007, p. 1.

⁵ *Caso Rosendo Radilla* (Resoluciones del 7 de septiembre de 2010 y del 14 de julio de 2011).

⁶ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C. Núm. 33.

⁷ Research Report: *References to the Inter-American Court of Human Rights in the Case-law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012. Consultable en: www.echr.coe.int (Case-law — Case-law Analysis — Research Reports). Nuestros agradecimientos a la profesora austriaca Cristina Binder por hacernos llegar este interesante documento.

⁸ *Vid.*, por ejemplo, Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 18 de noviembre de 2010 (caso s/pta. Inf. Art. 194 C.P.)

y puntos de contacto con otros tribunales internacionales, y que los tribunales nacionales de diversos países también se están vinculando entre sí.

En la actualidad, "Los tribunales domésticos aplican cada vez más normas internacionales";⁹ son cada vez más los casos en que los tribunales nacionales tienen que acudir a acuerdos, convenios, tratados o, en general, a instrumentos de carácter internacional para la resolución de un caso; o en los que deciden, por iniciativa propia, consultar los precedentes de una corte de otro país o la jurisprudencia internacional, y esto sucede de manera especialmente frecuente cuando se enfrentan a la resolución de juicios sobre derechos humanos.

A la par, los tribunales internacionales han modificado sustancialmente su forma de operar y están actuando cada vez más como tribunales nacionales; esto es, están condenando a personas por la comisión de crímenes y enviándolas a prisión; están ejerciendo jurisdicción sobre litigios comerciales; están anulando leyes nacionales¹⁰ y,

⁹ MARTÍNEZ, Jenny S., "Towards an International Judicial System", *Stanford Law Review*, vol. 56, núm. 2, noviembre de 2003, pp. 429-529, en especial p. 430. *Vid.* tb. SHANY, Yuval, "No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary", *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 1, 2009, pp. 73-91.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75. En concreto, lo que dijo la Corte IDH en este asunto fue que las leyes peruanas No. 26479 y No. 26492 transgredían los artículos 4, 5, 8 y 25 de la CADH y que, en virtud de ello, "... carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú".

sobre todo, están haciendo que los gobiernos respeten los derechos individuales de las personas.¹¹

De igual manera, "son cada vez más los casos en que los tribunales domésticos son llamados a interactuar con los tribunales de otros países",¹² lo que se da de muy diversas maneras. El supuesto típico de interacción sucede cuando dos tribunales que pertenecen a soberanías distintas reclaman tener competencia para conocer de un mismo asunto; o cuando, por el contrario, se niegan a conocer de él. Se da también cuando dos tribunales nacionales dictan sentencia sobre un mismo asunto y, como es de esperarse, las sentencias son diferentes. Pero también se da cuando un tribunal nacional recibe para su ejecución una sentencia dictada por un tribunal de otro país y tiene que decidir qué hacer con ella.

Como puede suponerse, los tribunales internacionales también llegan a tener este tipo de interacción. Son relativamente normales, por ejemplo, los conflictos o, al menos, dudas competenciales, entre la Corte Penal Internacional y el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; o entre este último y los Paneles Especiales para Kosovo o la Cámara de Crímenes de Guerra de la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina.

Pero la interacción de los tribunales abarca todavía más aspectos. La semejanza en las funciones judiciales y la coincidencia de intereses ha generado que los juzga-

¹¹ MARTÍNEZ, Jenny S., "Towards an...", *op. cit.*, p. 432.

¹² *Idem.*

dores busquen la forma de conocerse, reunirse, conversar y, eventualmente, conformar organizaciones que los agrupen. Al día de hoy, existen en el mundo una gran cantidad de asociaciones que congregan tribunales, por ejemplo: la Cumbre Judicial Iberoamericana,¹³ La Conferencia Mundial sobre Justicia Constitucional,¹⁴ la Conferencia Europea de Cortes Constitucionales,¹⁵ la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional,¹⁶ la Asociación de Cortes Constitucionales y Consejos que utilizan la Lengua Francesa (ACCPUF),¹⁷ la Conferencia de las Cortes Constitucionales de los países de democracia reciente,¹⁸ la Unión de Tribunales y Consejos Constitucionales árabes, la Comisión de Jueces Sudafricanos, la Red de Jueces y Tribunales Constitucionales de Asia, así como las diferentes asociaciones de Cortes del Commonwealth,¹⁹ etcétera.

Por otro lado, es bastante común que un Juez que trabajó en un tribunal nacional, posteriormente pase a ocupar un sitio en un tribunal internacional; y también sucede en ocasiones, que un Juez que se desempeñó en un tribunal internacional, después se convierta en Juez de otro tribunal internacional; por ejemplo, la Juez Gabrielle Kira

¹³ *Vid.* <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/inicio> [Consultada el 2 de septiembre del 2011].

¹⁴ Creada al amparo de la Comisión Europea para la Democracia por Derecho (Comisión de Venecia), sus Estatutos se pueden consultar en idioma español en: [http://www.venice.coe.int/wccj/statute/2011/CDL-WCCJ\(2011\)001-esp.pdf](http://www.venice.coe.int/wccj/statute/2011/CDL-WCCJ(2011)001-esp.pdf) [Consultada el 2 de septiembre de 2011].

¹⁵ *Vid.* <http://www.confeconstco.org/en/common/home.html> [Consultada el 2 de septiembre de 2011].

¹⁶ *Vid.* <http://www.cijc.org/Paginas/Default.aspx> [Consultada el 2 de septiembre de 2011].

¹⁷ *Vid.* <http://www.accpuf.org/> [Consultada el 2 de septiembre de 2011].

¹⁸ *Vid.* <http://www.concourt.am/intconf/index-e.htm> [Consultada el 2 de septiembre de 2011].

¹⁹ Las últimas cuatro asociaciones son mencionadas en la página del Supremo Tribunal Federal de Brasil. *Vid.* http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/verPrincipal.php?idioma=pt_br [Consultada el 2 de septiembre de 2011].

McDonald, miembro del Tribunal Norteamericano para Irán, antes fue Juez y Presidente del Tribunal para la Ex Yugoslavia; los Jueces Thomas Burgenthal y Cançado Trindade, de Estados Unidos y de Brasil, respectivamente, primero fueron Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y después Jueces de la Corte Internacional de Justicia. George Abi-Saab, de nacionalidad egipcia y Juez de la Cámara de Apelación de la Organización Mundial del Comercio, antes fue Juez de la Cámara de Apelaciones del Tribunal para la Ex Yugoslavia; entre muchos otros casos.

La creación de todas estas organizaciones, junto con la movilidad entre los miembros de los tribunales nacionales e internacionales, da lugar a que se transmitan una gran cantidad de ideas, conceptos, nociones y prácticas, lo que ciertamente tiende a conformar una comunidad judicial y una *cultura común* entre los tribunales.

Antiguamente, los tribunales nacionales e internacionales eran percibidos como órganos pertenecientes a órdenes jurídicos totalmente disímiles en los que se aplican distintos tipos de leyes, con objetivos completamente diferentes. La teoría tradicional dice que los tribunales nacionales de cada país y los internacionales operan en ámbitos jurídicos diversos y que, en consecuencia, no pueden tener problemas de competencia entre sí; ni tienen por qué conocer el derecho o la jurisprudencia de los otros tribunales, ni mucho menos aplicarla y, por supuesto, no tienen ninguna razón para interactuar o interrelacionarse. Pero como ahora sabemos, "la interacción judicial de los tribunales nacionales y los internacionales, parece volverse cada vez más importante y más frecuente";²⁰ las jurisdicciones a menudo se traslapan y superponen,

²⁰ SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdiction...*, op. cit., p. 1.

los tribunales intercambian información, ideas y personal, y están vinculados de muchas maneras, además de que específicamente en materia de derechos humanos, aplican un conjunto de normas muy semejante.

A juicio de la profesora Laurence Burgorger-Larsen, existen dos fenómenos que no pueden dejar de reconocerse: Por un lado, lo que ella denomina *egocentrismo jurisdiccional* y que consiste en la actitud de una instancia jurisdiccional tendiente a defender su propia esfera de influencia, es decir, la proclividad que tiene cualquier corte para defender e incluso ampliar su ámbito de actuación o competencia. Además, hay también lo que ella denomina la *especialidad de cada sistema jurisdiccional*, y que quiere decir que una corte se concibe a sí misma como la única capaz de juzgar sobre los temas de su competencia; por ejemplo, dice la profesora de la Sorbonne, la especialidad que a lo largo de los años ha reclamado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y frente a las cortes nacionales, para conocer y resolver en definitiva los casos europeos sobre derechos humanos.

Pero estos dos fenómenos no son sinónimos *ipso facto* de divergencias irreconciliables. Como bien lo hace notar la profesora Burgorgue-Larsen, en la base de ellos está el fenómeno de la "*cross fertilization*" (fertilización cruzada), que se traduce básicamente como la inseminación de ideas de un tribunal a otro, y que sin duda constituye un poderoso punto de diálogo entre los Jueces del mundo.²¹

²¹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *Le fait régional dans la Jurisdictionnalisation du Droit international*, pp. 42 y 43, disponible en: http://centre-unioneurop.univ-paris1.fr/IMG/pdf/Lefaitregional-SFDI_1_.pdf [Consultada el 6 de octubre de 2011].

No cabe duda, que hoy en día la proliferación nacional e internacional de tribunales, la influencia recíproca entre ellos y el incremento en la frecuencia y variedad de esta interacción están tendiendo a generar redes entre los Jueces que están transformando la justicia en el mundo.

2. Categorización de la interrelación judicial

Resulta más fácil comprender toda esta interacción judicial si se la ordena y, sobre todo, si se establecen algunos criterios de clasificación, para lo cual nos hemos dado a la tarea de elaborar un cuadro esquemático que tiene por objeto exponer de manera sencilla esta compleja interrelación. Veamos a continuación cómo se explica este cuadro, para posteriormente llegar a él.

Básicamente existen dos criterios de clasificación de las relaciones judiciales, que podemos reconocer fácilmente, uno que atiende al tipo de tribunales que se relacionan entre sí, y otro más que hace referencia al contenido de la interrelación.

Dentro del primer criterio de clasificación, tenemos tres tipos de relaciones constantes: primero, la que se da entre un tribunal nacional y otro nacional; segundo, la interacción de un tribunal internacional y otro de la misma naturaleza, y en tercer lugar, los vínculos y la comunicación que se dan entre los tribunales nacionales y los internacionales. A los dos primeros tipos de relación se les suele denominar *horizontal*, y a este último se le denomina *vertical*.

Conforme al segundo criterio de clasificación, esto es, el que se refiere al contenido de la interacción, las relaciones se pueden dividir en formales e informales,

dependiendo de si se dan dentro de un proceso judicial, o bien, fuera de él. Evidentemente, toda relación que se dé dentro de un proceso judicial, tendrá que guardar las formalidades propias del proceso de que se trate y cumplir con las disposiciones adjetivas aplicables, a diferencia de la interacción que se da fuera de proceso, la que, desde luego, puede ser mucho más ágil y más fresca.

Las relaciones informales básicamente pueden ser de tres tipos: en primer término, pueden advertirse en la realización de congresos judiciales, de reuniones entre Jueces o grupos de Jueces y también en la creación de asociaciones judiciales; en segunda, pueden verse en la movilidad y transferencia de personal que existe entre los tribunales, tanto nacionales como internacionales. Y en tercer lugar, pueden observarse en las comunicaciones directas que se dan entre Jueces nacionales entre sí, entre Jueces internacionales entre ellos mismos, y entre Jueces nacionales e internacionales. La comunicación directa e informal entre los Jueces del mundo, tanto nacionales como internacionales, es quizá la manifestación más clara de la negociación judicial (*judicial negotiation*),²² aunque desde luego no la única. Todos estos contactos informales se conocen también como "diplomacia jurisdiccional informal"²³ o *judicial diplomacy*.²⁴

²² WESTBROOK, Jay Lawrence, "International Judicial Negotiation", *Texas International Law Journal*, núm. 38, 2003, pp. 567-586. Aunque hay que aclarar que Westbrook se refiere específicamente a la negociación entre órganos jurisdiccionales que pertenecen a dos naciones soberanas distintas.

²³ BUSTOS GISBERT, Rafael, "Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: La Protección supranacional de los derechos en Europa", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR, Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, tomo IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, UNAM/IMDPC/Marcial Pons, México 2008, p. 773.

²⁴ SCHEECK, Laurent, "The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights", *ZaōRV*, núm. 65, Max Planck Institute, Heidelberg, 2005, p. 875.

Por su parte, las relaciones formales pueden ser de cuatro tipos: a) jurisdicciones superpuestas o traslapadas; b) cooperación y asistencia judicial; c) cumplimiento de sentencias, y d) aplicación de jurisprudencia, o "*cross fertilization*". Estos cuatro tipos de interacción sólo pueden darse entre tribunales propiamente dichos y dentro de un proceso judicial, y a su vez se subdividen de la siguiente manera:

La superposición de jurisdicciones puede ser de tres clases: inicial, intermedia o final. Es inicial cuando dos tribunales que pertenecen a diferentes soberanías, o dos tribunales internacionales, o bien, un tribunal nacional y uno internacional, reclaman tener competencia para conocer de un mismo asunto o, por el contrario, se niegan a conocer de él. Es de carácter intermedio cuando dos tribunales que pertenecen a diferentes soberanías, o dos tribunales internacionales, o bien, un tribunal nacional y uno internacional, están conociendo del mismo asunto; o incluso, cuando uno de ellos ya dictó sentencia pero el otro todavía no. Y es final cuando dos tribunales que pertenecen a diferentes soberanías, o dos tribunales internacionales, o bien, un tribunal nacional y uno internacional, conocieron del mismo asunto y ya dictaron sus respectivas sentencias que, desde luego, pueden ser contradictorias. El profesor Jay Lawrence Westbrook, de la Universidad de Texas, afirma con vasta razón que, ante este tipo de problemas de la gestión judicial, "los tribunales de todo el mundo deben abordar la difícil tarea de aprender a hablar unos con otros y llegar a acuerdos de trabajo para reducir el tiempo y los gastos de litigio y servir a la causa de la justicia", dice que la mejor forma de solucionar estas dificultades entre tribunales, no es tomar decisiones unilaterales, ni tampoco asumir una actitud autónoma de "cortesía por mera reciprocidad" que no es consciente del efecto que tendrán sus decisiones en la otra jurisdicción

o en el procedimiento, sino que es necesario que los tribunales se comuniquen directamente, que negocien y que lleguen a acuerdos de trabajo. A esto es a lo que él llama *judicial negotiation*.²⁵

La cooperación judicial pueden ser también de dos tipos: horizontal, que se da cuando un tribunal nacional le pide a otro perteneciente a otro país, o bien, cuando un tribunal internacional le solicita a otro tribunal internacional, que le auxilie en el cumplimiento de una sentencia o de cualquier otro tipo de resolución judicial, en el entendido de que se trata de un mero auxilio. Es también horizontal cuando un tribunal nacional decide, *motu proprio*, auxiliar a un tribunal internacional en el cumplimiento de una de sus sentencias u otro tipo de resolución, dentro del territorio que comprende la jurisdicción del tribunal nacional. Y puede también ser vertical cuando un tribunal internacional requiere formalmente el auxilio de un tribunal nacional para la ejecución de una sentencia o de otro tipo de resolución judicial internacional.

El cumplimiento de sentencias es siempre vertical, y se da cuando un tribunal nacional es condenado por un tribunal internacional, mediante sentencia firme, a llevar a cabo determinados actos, en virtud de pertenecer a un país que decidió voluntariamente someterse a la jurisdicción de ese tribunal internacional.

Por último, la aplicación de jurisprudencia, también llamada diálogo judicial o "*cross fertilization*", puede darse de manera horizontal o de manera vertical. Se da en

²⁵ *Ibidem*, p. 586. La traducción es nuestra.

forma horizontal cuando un tribunal nacional o internacional aplica voluntariamente el criterio, precedente o jurisprudencia de otro. Y se da en forma vertical cuando un tribunal nacional se encuentra obligado a aplicar la jurisprudencia de un tribunal internacional por pertenecer a un país que voluntariamente se sometió a la jurisdicción de ese tribunal internacional.

Probablemente existan todavía más relaciones entre los tribunales, pero éstas son las más importantes y las que podemos advertir con más claridad. A continuación las resumimos en el cuadro esquemático que anunciamos desde un inicio, para su mejor comprensión:

Cuadro resumen **Categorización de la interrelación judicial**

Clasificación I. De acuerdo con el tipo de tribunales que se interrelacionan:

1. Tribunal Nacional con Tribunal Nacional (**horizontal**)
2. Tribunal Internacional con Tribunal Internacional (**horizontal**)
3. Tribunal Internacional con Tribunal Nacional (**vertical**)

Clasificación II. De acuerdo con el contenido de la interrelación:

1. *Informal*: Fuera de proceso judicial (*judicial diplomacy*)
 - a) Asociaciones judiciales, congresos, reuniones, etcétera.
 - b) Movilidad e intercambio judicial

- c) Comunicación directa entre Jueces nacionales e internacionales (*judicial negotiation*)

2. **Formal:** La que se da dentro de un proceso judicial

a) **Jurisdicciones superpuestas:**

- a. **Inicial:** Cuando dos tribunales que pertenecen a diferentes soberanías, o dos tribunales internacionales, o bien, un tribunal nacional y uno internacional, reclaman competencia para conocer de un mismo asunto o, por el contrario, se niegan a conocer de él.
- b. **Intermedia:** Cuando dos tribunales que pertenecen a diferentes soberanías, o dos tribunales internacionales, o bien, un tribunal nacional y uno internacional, están conociendo del mismo asunto.
- c. **Final:** Cuando dos tribunales que pertenecen a diferentes soberanías, o dos tribunales internacionales, o bien, un tribunal nacional y uno internacional, conocieron del mismo asunto y ya dictaron sus respectivas sentencias (las cuales pueden resultar contradictorias).

b) **Cooperación y asistencia judicial:**

- a. **Horizontal:** Cuando un tribunal nacional le pide a otro perteneciente a otro país, o bien, cuando un tribunal internacional le solicita a otro tribunal internacional, que le

auxilie en el cumplimiento de una sentencia u de cualquier otro tipo de resolución judicial. Es también horizontal cuando un tribunal nacional decide, *motu proprio*, auxiliar a un tribunal internacional en el cumplimiento de una de sus sentencias u otro tipo de resolución.

b. Vertical: Cuando un tribunal internacional requiere formalmente el auxilio de un tribunal nacional para la ejecución de una sentencia o de otro tipo de resolución judicial internacional.

c) Cumplimiento de sentencias:

Cuando un tribunal nacional es condenado por un tribunal internacional, mediante sentencia firme, a llevar a cabo determinados actos (**vertical**).

d) Aplicación de jurisprudencia (diálogo judicial o "cross fertilization"):

a. Horizontal: Cuando un tribunal nacional o internacional aplica voluntariamente el criterio, precedente o jurisprudencia de otro.

b. Vertical: Cuando un tribunal nacional se encuentra obligado a aplicar la jurisprudencia de un tribunal internacional, por pertenecer a un Estado que voluntariamente se sometió a la jurisdicción de ese tribunal internacional.

Fuente: Elaboración propia.

3. ¿Hay un Sistema Judicial Transnacional en Derechos Humanos?

La idea de que los tribunales puedan formar un sistema genera entre los juristas una resistencia casi inmediata.²⁶ Primero, porque la definición de sistema proviene de otras disciplinas; y segundo, porque normalmente imaginamos un sistema como un cuerpo compuesto de partes ordenadas de acuerdo con un esquema definido o un plan predeterminado, y es claro que bajo esa noción no puede existir un sistema judicial transnacional que carece de una estructura precisa, que no obedece a una planeación previa y que no se ordena bajo una estructura jerarquizada. Pero ésta no es la única definición posible de sistema.

La mayoría de los científicos definen un sistema como una "constante interacción o interdependencia entre las partes de un grupo" o "un grupo o conjunto de cosas que natural o artificialmente se conectan para conformar un todo complejo".²⁷

En ese sentido, precisamente lo que genera el sistema transnacional de tribunales es la incesante y cada vez mayor interacción de los tribunales del mundo.

²⁶ MARTÍNEZ, Jenny, "Towards an...", *op. cit.* p. 443.

²⁷ "... a *regularly interacting or interdependent group of items*", Merriam-Webster, *Tesaurus y Dictionary*, disponible en: <http://www.merriam-webster.com/>. "Group, set, or aggregate of things, natural or artificial, forming a connected or complex whole", *Oxford English Dictionary Online*, disponible en: <http://www.oed.com/>. Definiciones citadas por la profesora Martínez, a propósito de su explicación sobre la conformación de un sistema integrado por todos los tribunales y órganos cuasi-judiciales del mundo (Cfr. MARTÍNEZ, Jenny, "Towards an...", *op. cit.*, p. 443). La traducción es nuestra.

Esta interacción deriva de muchos factores, pero sobre todo del crecimiento en el número de los tribunales nacionales e internacionales en todo el mundo, del aumento de las controversias, del acrecentamiento progresivo en la complejidad de los casos y del incremento de las facultades de los tribunales en todo el planeta, a que nos hemos referido antes.

Todo esto, paso a paso, está dando lugar a un *todo complejo e interrelacionado*, de carácter *envolvente* y, hasta el momento, *autoorganizado*,²⁸ de entidades que tienen esencialmente las mismas facultades, que constantemente intercambian información y que en ciertos temas, incluso aplican las mismas normas, y cuyas decisiones resultan cada vez más interdependientes. Es decir, está dando lugar a un sistema de tribunales.

²⁸ El término "autoorganización" fue utilizado por vez primera por Immanuel Kant en la *Crítica del Juicio* y retomado en 1947 por el psiquiatra e ingeniero W. Ross Ashby. El concepto fue pronto utilizado por los cibernetas Heinz von Foerster, Gordon Pask, Stafford Beer y el propio Norbert Wiener, en la segunda edición de su *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine* (MIT Press, 1961). El concepto de "autoorganización" fue adoptado por todos aquellos asociados a la Teoría de Sistemas en la década de 1960, pero no se convirtió en un concepto científico común hasta su adopción por parte de los físicos y, en general, de los investigadores de los sistemas complejos en las décadas de 1970 y 1980. La autoorganización en política parte de una base de libertad individual y asociación voluntaria, permitiendo la interacción directa y sin regulaciones de las relaciones humanas. Desde el enfoque sistémico de Niklas Luhmann, la autoorganización de cualquier sistema tiene que ver con que el sistema sea capaz de autoordenar sus elementos y las relaciones entre éstos, correspondientemente a la diferencia entre el sistema y el entorno, lo que significa que el sistema es capaz de ordenarse por sí mismo, o reducir su complejidad, o bien, de mantener cierto grado de complejidad. Ahora, aunque aquí proponemos considerar de momento a este sistema como uno de carácter *auto-organizado*, hay que advertir que se trata de una característica discutible, pues, como se verá más adelante, mientras que la profesora Slaughter considera que a largo plazo emergerá naturalmente entre todos los tribunales del mundo una doctrina de la "*cortesía judicial*" (Cfr. SLAUGHTER, Anne-Marie, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 1, invierno de 2003, pp. 191-219, en especial p. 194), los profesores Martínez y Yuval Shany, por el contrario, estiman que es necesario crear normas que regulen la interacción judicial transnacional (Cfr. MARTÍNEZ, Jenny, "Towards an...", *op. cit.*, p. 448, y SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdiction...*, *op. cit.*, *passim*).

En efecto, pese a no ser plenamente conscientes de la existencia del sistema ni de su pertenencia al mismo, en el ejercicio cotidiano de sus funciones los tribunales reciben expedientes, envían documentos, piden datos, solicitan información proveniente de tribunales extranjeros o internacionales, se comunican, aplican criterios de otras cortes del mundo, reciben solicitudes y, en general, interactúan de múltiples maneras con otros tribunales nacionales e internacionales; es decir, de acuerdo con las reglas aplicables en cada caso, los tribunales "se colocan" en un sitio específico dentro de una estructura mayor, y desde ahí conocen y resuelven los asuntos para los cuales consideran tener competencia.

El conocimiento tradicional da por hecho que lo que hace funcionar a un sistema jurídico es la existencia de documentos que se colocan en la cúpula y que definen desde arriba todo el sistema: el sitio preciso de sus elementos, las funciones de cada uno de ellos, sus interacciones, etc. Por lo general se trata de una Constitución pero, dependiendo del tipo y el tamaño del sistema, también puede tratarse de un estatuto, un tratado internacional o un código procesal. Sin embargo, una mirada más cercana sobre la variedad de sistemas jurídicos existentes nos muestra que la interacción de los órganos que lo componen —la forma en que se vinculan, se comunican y se interrelacionan cotidianamente— es tanto o más importante que los documentos formales en la conformación de un sistema.

Un par de casos pueden darnos más claridad sobre esto:

En Estados Unidos, por ejemplo, las cortes federales crearon un sistema judicial de reglas basado en los principios de separación de poderes (*check and balances*)

y federalismo, supuestamente contenidos en la Constitución. Pero el texto constitucional, de hecho, no usa esos términos (...). Han sido los tribunales, por sí mismos, los que han transformado esas crudas estructuras en relaciones funcionales.²⁹

En efecto, como es bien sabido, la doctrina norteamericana del "*check and balances*" fue creada por la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver el famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), en el cual, la Corte reservó para sí la trascendente facultad de revisar la constitucionalidad de todos los actos públicos, incluidas las resoluciones de otros tribunales. Ello, a la larga, terminó por generar en este país una organización judicial que no fue previamente concebida por los redactores de la Constitución, pero que dio lugar a una estructura bien organizada y que al día de hoy es claramente funcional.

El ejemplo de Europa es incluso más sorprendente en demostrar el poder de la autoorganización de los tribunales: "si bien estamos inclinados a pensar que la cláusula de supremacía desempeña un papel indispensable en las relaciones entre diferentes niveles de gobierno —dice la profesora J. Martínez, de la Universidad de Stanford— los tribunales nacionales de Europa han venido aceptando la supremacía de las normas de la Comunidad Europea caso por caso sin la ayuda de ninguna cláusula de supremacía escrita".³⁰ Hay dos teorías que fundamentan este hecho: "La teoría del efecto directo (que establece que las normas de la Comunidad son

²⁹ MARTÍNEZ, Jenny, "Towards an...", *op. cit.*, p. 445. La traducción es nuestra.

³⁰ *Idem.*

directamente aplicables por los tribunales nacionales y crean obligaciones aplicables no sólo entre los Estados miembros, sino también entre los Estados y los individuos, y entre los individuos entre sí) y la doctrina de la supremacía (que prevé que las normas de la Comunidad priman sobre las leyes nacionales)".³¹

En general se considera que la doctrina de la supremacía y la teoría del efecto directo son los "dos pilares del orden jurídico de la Unión [Europea]".³² Son los basamentos que permiten la aplicación de un derecho uniforme en la Unión y que aseguran su propia permanencia. Pero lo cierto es que "Ninguna de estas dos doctrinas fueron preestablecidas o acordadas de antemano en los textos de los tratados, sino que fueron el resultado de la iniciativa del Tribunal de Justicia Europeo, basado en sus conclusiones acerca de lo que era necesario para formar la estructura de la Comunidad Europea, en teoría determinadas por los tratados pero, de hecho, generadas en la práctica".³³ Y fueron también estas dos doctrinas las que "precipitaron un largo proceso de diálogo entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia Europeo".³⁴

³¹ *Idem.*

³² VAN RAEPENBUSCH, Sean, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, traducción de Diane Fromage, Colección de la Facultad de Derecho de la Universidad de Liège, Larcier, Bruselas, 2011, p. 480.

³³ La *teoría del efecto directo* se estableció en el Asunto 26/62, promovido por la empresa holandesa Van Gend & Loos, en contra de la Administración Tributaria de los Países Bajos, el cual fue resuelto por el Tribunal de Justicia Europeo el 5 de febrero de 1963 (*Van Gend & Loos* [1963] 26/62), en tanto que la *Doctrina de la Supremacía*, por su parte, se estableció en el Asunto 6/64 promovido por el ciudadano italiano Flaminio Costa, en contra del Ente Nazionale per l'Energia Elettrica, ENEL, mismo que fue resuelto por el Tribunal de Justicia Europeo el 15 de julio de 1964 (*Costa v ENEL* [1964] 6/64).

³⁴ MARTINEZ, Jenny, "Towards an...", *op. cit.*, p. 445. *Vid. tb.* SCHEECK, Laurent, "Solving Europe's Binary Human Rights Puzzle. The Interaction between Supranational Courts as a Parameter of European Governance", *Questions de Recherche/Research in Question*, vol. 15, París, octubre de 2005; BUSTOS GISBERT, Rafael, *Diálogos Jurisdiccionales...*, *op. cit.*, pp. 760 y ss., y del mismo autor, "Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos

Estos procesos revelan algunos aspectos interesantes: Primero, que los tribunales han adoptado estas doctrinas y aceptado estas intromisiones en su competencia y forma de trabajo, no porque exista un texto supremo que así lo señale, o un órgano superior que así lo disponga, sino porque, debido a las constantes interferencias, han advertido que tienen intereses institucionales comunes, incluida la necesidad de promover el respeto a las decisiones judiciales, así como evitar los conflictos innecesarios con otros tribunales, y es en ese camino donde se van percatando de la necesidad de colocarse en un sitio preciso dentro de una estructura, y de que ello resulta más cómodo y, al final, más acorde con el logro de esos fines. Y segundo, que esta estructura no es, y no puede ser, ni centralizada ni mucho menos jerárquica; y no lo puede ser porque, desde luego, no existen en el mundo las condiciones políticas para tal cosa, pero también porque un orden judicial universal establecido conforme a estos términos haría que se perdieran ámbitos de autonomía que hoy existen y que sin duda resultan sanos.

Ahora bien, en el tema de la protección a los derechos humanos, los tribunales encuentran un punto más de convergencia que reviste especial importancia y que les otorga una cohesión aún mayor. Nos referimos a la circunstancia de que las normas jurídicas que tienen que aplicar los tribunales del mundo en este tema específico, son

Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos", en GARCÍA ROCA y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Col. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009; SCHEECK, Laurent, "The Relationship between...", *op. cit.*

básicamente las mismas o, por lo menos, se trata de normas que guardan enormes similitudes entre sí.

Esto no es casual, sino que se debe a dos factores muy claros:

En primer lugar, al hecho de que los progresos nacionales en relación con estos derechos, mal que bien, provienen de los mismos documentos. Los ejemplos clásicos de estos primeros intentos "nacionales", o al menos no internacionales, de limitar al poder soberano y garantizar los derechos humanos, y que han servido de modelo a un gran número de naciones, son la *Magna Charta* de 1215, la *Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, y la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América* de 1796.

En segundo, a la circunstancia de que a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, las naciones del mundo se han ido sometiendo, progresiva y paulatinamente, a los tratados internacionales en esta materia y a los diversos mecanismos de protección —regional y universal— de los derechos fundamentales y, con ello, incorporando a su derecho las normas y los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Esto ha dado lugar a que para resolver casos relacionados con derechos humanos, los tribunales del mundo apliquen reglas sumamente similares, o incluso, apliquen exactamente las mismas normas; y es ello lo que provoca que en materia de derechos humanos, los vínculos existentes entre los tribunales del mundo, tanto nacionales

como internacionales, tiendan a ser todavía más intensos y manifiestos que en otras ramas del derecho.

Hay pues, básicamente, dos maneras de visualizar el fenómeno judicial en el mundo: la primera implica verlo como una pléyade desarticulada de organizaciones que no tienen ningún contacto ni relación y que, cuando llegan a tenerla, se trata de comunicaciones casuales o choques frontales que estas organizaciones resuelven aplicando, casuísticamente, la norma que mejor les parece. Ésta sigue siendo una perspectiva perfectamente viable.

La otra posibilidad es ver este fenómeno como un *sistema* en proceso de formación. Como una red relativamente grande de órganos judiciales que en diferentes ámbitos y niveles resuelven controversias y que, al hacerlo, generan cada vez más y más conexiones entre sí.

4. Inevitabilidad del sistema y necesidad de ordenación

La idea de formar parte de un sistema global puede parecer poco seductora para muchos juzgadores; no obstante, la pertenencia al sistema es, en cierta forma, inevitable. "Una corte quizá decida ignorar la existencia de un tribunal internacional, pero eso, en sí mismo, es una elección y una que le da forma al contorno del emergente sistema judicial internacional".³⁵ Aunque una corte nacional desconozca, por ejemplo,

³⁵ MARTÍNEZ, Jenny, "Towards an...", *op. cit.*, p. 444.

un estándar en derechos humanos establecido por un tribunal internacional a cuya jurisdicción se encuentra sometida, o incluso, aunque conscientemente decida no cumplir una sentencia internacional que le impone hacer o dejar de hacer tal o cual cosa, de cualquier manera existe una conexión, y hay también una decisión que le da forma al sistema, pues en realidad, "Las cortes no pueden evitar estas interacciones".³⁶

La cuestión de la interrelación sistémica podría parecer más compleja para las cortes y tribunales nacionales. ¿No se supone que las cortes nacionales deben primeramente lealtad a las leyes e intereses nacionales? ¿Acaso un tribunal no debe cumplir, antes que nada, con su Constitución?

No obstante, sería difícil pensar que un tribunal nacional puede dejar de reconocer por completo los efectos de una sentencia dictada por un tribunal internacional, o hacer total caso omiso a la petición de auxilio procesal proveniente de un tribunal perteneciente a otra soberanía o, de plano, desconocer que existen otros tribunales en el mundo.³⁷

³⁶ *Idem.*

³⁷ Inclusive la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, considerada en el mundo como uno de los tribunales menos dispuestos a mirar más allá de su propio sistema jurídico, ha expresado en uno de sus fallos lo siguiente: "We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts" (No podemos tener intercambio y comercio en los mercados mundiales y en las aguas internacionales, exclusivamente en nuestros términos, de conformidad con nuestras leyes y bajo la jurisdicción de nuestros tribunales). Del Caso *Bremen v. Zapata Off Shore Co.*, 407 U.S. 8-9 (1972), citado por MARTINEZ, Jenny, "Towards an...", *op. cit.*, nota 54 de la p. 443. El texto clásico del derecho inglés sobre la *res judicata*, escrito en 1924 por el Consejero Real George Spencer Bower, al referirse al efecto de las decisiones de tribunales extranjeros en el orden jurídico inglés, expresa: "Hubo un período, al fin del siglo dieciocho y principios del diecinueve, debido al fiero patriotismo insular desconfiado hacia lo extranjero que se engendró por el largo conflicto con Francia, o a la sumisión profesional de los abogados ingleses a la santidad de las cortes inglesas, en el cual muchos tribunales

Y no sólo los tribunales nacionales tienen una actitud más abierta hacia el exterior, sino también los órdenes jurídicos

En la actualidad la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales están adoptando un enfoque pragmático, influenciado por consideraciones políticas, en relación con la cuestión de si se debe incorporar el derecho internacional al ordenamiento jurídico nacional y en qué medida. Este enfoque puede variar desde la plena incorporación de todas las normas del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno [...], hasta la incorporación parcial de algunas normas del derecho internacional.³⁸

Además, cada vez es mayor la internacionalización de lo nacional, y la nacionalización de lo internacional; esto es, cada vez es mayor la extensión de las normas e instituciones internacionales sobre situaciones y conflictos tradicionalmente caracterizados por tener un tamiz exclusivamente interno; y al mismo tiempo, las normas e instituciones nacionales están haciendo valer cada vez más su autoridad sobre situaciones y conflictos que tradicionalmente pertenecían a la esfera internacional.³⁹

fueron adversos a conceder a la decisión de un tribunal extranjero cualquier status diferente al de una evidencia *prima facie*. Pero incluso en esos días, no fueron completamente escasas las voces disidentes que, en el curso de una generación, lograron que comenzara a prevalecer la opinión, y esto ahora ha sido larga y firmemente establecido, que con ciertas excepciones, se debe entender que una sentencia extranjera, ya sea que se considere como el fundamento de una acción o como una excepción a ésta, es tan concluyente o tan cuestionable como la sentencia de cualquier tribunal inglés". Cfr. BOWER, George Spencer, y TURNER, sir Alexander Kingcome, *The Doctrine of Res Judicata*; 2a ed., Butterworths, Londres 1969. Este libro, originalmente escrito por Bower, fue editado por primera vez en 1924. Con la colaboración de Turner se editó nuevamente en 1969, que es la edición a la que tuvimos acceso. Existe además una tercera edición de 1996 (la traducción es nuestra).

³⁸ SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations...*, p. 4.

³⁹ *Ibidem*, pp. 8 y 9. En relación con los vínculos entre el orden jurídico nacional y el internacional, *vid. tb.* HONGJU KOH, Harold, "International Law as Part of Our Law", *American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 1,

¿Quién hace la ley? —se pregunta el profesor norteamericano de derecho constitucional Ernest A. Young—. Bueno, a veces el Congreso y el Presidente, pero a veces la Organización Mundial del Comercio, a veces la Corte Penal Internacional, y a veces, implícitamente la Organización de las Naciones Unidas a través de la práctica repetida. —Y luego se vuelve a preguntar—: ¿Qué derechos tengo? Bueno, unos pocos establecidos en la Constitución nacional, y también tengo muchos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos. Es simplemente cada vez menos realista estudiar la estructura constitucional, sin incluir el corpus del derecho internacional.⁴⁰

"Por decirlo en términos tradicionalmente más conocidos para los juristas —dice el profesor Bustos Gisbert—, la Constitución material se nutre hoy de normas situadas más allá de los Estados, y por tanto, escapan a la posibilidad de definición unilateral por parte de una sola entidad estatal."⁴¹

Lo cierto es que la cooperación judicial transnacional sirve también a los intereses nacionales. Hay un mutuo interés, un provecho recíproco, en reconocer la jurisdicción de otras cortes en el mundo y cooperar con ellas.

enero de 2004, pp. 43-57. Asimismo, *vid.* GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes. Derecho internacional/derecho nacional*, Serie Ensayos jurídicos, núm. 21, UNAM-ILJ, México, 2004, 204 p.

⁴⁰ YOUNG, Ernest A., "The Trouble with Global Constitutionalism", *Texas International Legal Journal*, núm. 38, Texas, 2003, pp. 227-245. La traducción es nuestra. Este artículo del profesor de Derecho Constitucional *Duke Law School* es, en realidad, sumamente crítico y hasta cierto punto sarcástico con lo que él llama el "Global Constitutionalism"; sin embargo, no deja de reconocer el enorme impacto que ha tenido en los últimos años el derecho internacional en el ordenamiento norteamericano interno.

⁴¹ BUSTOS GISBERT, Rafael, *Diálogos jurisdiccionales...*, *op. cit.*, p. 754.

Tener, por ejemplo, dos tribunales pertenecientes a diferentes soberanías, intentando ejercer control sobre la misma cosa, no sólo es ineficiente, sino que también crea serias posibilidades de sentencias contradictorias, lo que mina considerablemente el respeto que se les debe a las cortes y a sus sentencias. Por otro lado, desconocer o dejar de cumplir con los estándares establecidos por los tribunales internacionales (a través de la jurisprudencia internacional), por ejemplo en materia de derechos humanos, coloca a todo el Estado en una situación internacionalmente cuestionable y, además, genera responsabilidad internacional.

Y es que facilitar la interacción ordenada de nuestro sistema jurídico nacional con el resto del mundo, no significa en realidad una renuncia de soberanía ni mucho menos el sometimiento de nuestros intereses a los del resto del mundo, sino fortalecer el respeto por nuestros propios tribunales. Aunado a todo ello, específicamente en materia de derechos humanos, supone proteger de mejor manera el interés básico de cualquier tribunal nacional y razón última de su existencia: el bienestar de su propia población.

La posición de un tribunal contraria a formar parte del sistema, pareciera prescindir del hecho de que existe un conjunto de fenómenos, no sólo jurídicos, sino de carácter económico, político, social y cultural, que desde hace algunas décadas están transformando el mundo a través de la generación de flujos y la creación de redes de actividad e interacción de los seres humanos, organizaciones —públicas y privadas—, naciones, regiones y continentes; olvida que hoy día existe una línea continua que conecta lo local con lo global, pasando por lo nacional y lo regional; pareciera no

percatarse de que, en la actualidad, el ámbito local cotidianamente atraviesa fronteras que llegan a lo nacional, a lo regional, a lo transcontinental y a lo universal. Una conducta de tal naturaleza, da la impresión de no advertir que "Existe [...] una relación compleja y dinámica, de intensidad variable, entre lo local y lo global", y que los tribunales son parte de esa nueva forma de interacción universal.⁴²

Además, esta posición o actitud de un tribunal, en realidad olvida el hecho de que el fracaso de la cooperación entre tribunales puede reducir significativamente su capacidad para lograr los fines para los cuales fueron creados. *"No es inverosímil decir que los derechos de propiedad se pondrían en peligro y que las relaciones comerciales se harían defectuosas; que los derechos humanos serían violados y que las obligaciones jurídicas serían puestas en duda"*,⁴³ si los tribunales no aceptaran que son parte de algo más grande que los trasciende y los engloba, que son parte de un sistema judicial transnacional.

No obstante, si a pesar de todo ello un tribunal decidiese ignorar la existencia del sistema y actuar como si no tuviese ningún deber frente a los demás tribunales del mundo, y como si no tuviese tampoco ningún vínculo con ellos, esa decisión judicial, si bien no eliminaría las interacciones y, por lo tanto, no eliminaría la existencia del sistema, sí afectaría su estructura. "Tendríamos un sistema judicial internacional, pero sería uno severamente disfuncional." En ese sentido, "Siempre que sea posible,

⁴² Cfr. LÓPEZ AYLÓN, Sergio, *Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica. Una exploración sobre los efectos de la globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica*, SCJN, México, 2004, pp. 9-11.

⁴³ MARTÍNEZ, Jenny, "Towards an...", *op. cit.*, pp. 434 y 444.

los tribunales deben escoger un camino que promueva el desarrollo de un sistema judicial internacional que funcione, acogiendo la comunicación entre los participantes del sistema"; los tribunales, preferentemente, "deben comportarse de una forma antiprovincial".⁴⁴

Pero como bien dice la profesora Slaughter, en realidad son los mismos Jueces quienes "están comenzando a pensar en sí mismos como participantes en un sistema de resolución de disputas, y a menudo están menos dispuestos a quedar fuera de la comunidad, y más dispuestos a examinar cómo funciona realmente el sistema, y a actuar en consecuencia".⁴⁵ Son ellos los que están buscando comunicarse entre sí, cumplimentar las peticiones que les formulan otros tribunales de manera formal, reunirse informalmente y organizar actividades de muy diversa naturaleza, y crear asociaciones con muy distintas finalidades. Lo cierto es que, de manera progresiva e inevitable, tanto los tribunales nacionales como los internacionales, están asumiendo una actitud más positiva frente a lo diferente y, en general, mucho más abierta hacia el exterior.

Ahora, como ya lo habíamos señalado antes, "Por su propia naturaleza, esta comunidad de tribunales es descentralizada, interdependiente, autoorganizada y no jerárquica. Sin embargo, para que el sistema sea eficaz, requiere orden".⁴⁶ En opinión

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie, "A Global...", *op. cit.*, pp. 193 y 194.

⁴⁶ BURKE-WHITE, William W., "A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement", *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, núm. 1, Michigan, 2002, p. 98.

de la reconocida profesora Anne-Marie Slaughter, este orden ha de darse de manera natural; ella opina que "a largo plazo, emergerá una doctrina de la 'cortesía judicial': un conjunto de principios para orientar a los tribunales en dar deferencia a los otros tribunales extranjeros, como una cuestión de respeto que se deben los Jueces entre sí, más que como una cuestión de mero equilibrio entre intereses nacionales".⁴⁷ En la misma línea de pensamiento, el profesor de la Universidad de Pensilvania, William Burke-White, sostiene que "Dicho orden y el poder que implica, proviene de las relaciones y de la información compartida —y que, en ese sentido—. Esta comunidad de tribunales debe ser consciente de sí misma y debe fomentar la confianza y el entendimiento entre una comunidad epistémica de los jueces internacionales".⁴⁸

Los profesores Martínez y Shany, con una postura mucho más radical, sostienen que deben establecerse normas jurídicas que regulen las relaciones transnacionales de todos los tribunales del mundo, a fin de facilitar su interacción y, en general, evitar problemas de coordinación, de efectividad de sus resoluciones, y de legitimidad de los tribunales. "No sólo son necesarias estas reglas para que el sistema funcione —señala la profesora Martínez—, sino que es de todo el interés de los tribunales aplicar estas reglas porque incrementando la funcionalidad del sistema judicial, también se incrementa el poder y la autoridad de los tribunales."⁴⁹

⁴⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie, "A Global...", *op. cit.*, p. 194.

⁴⁸ BURKE-WHITE, William W., "A Community...", *op. cit.*, p. 98.

⁴⁹ MARTÍNEZ, Jenny, "Towards an...", *op. cit.*, p. 448. SHANY, Yuval; *Regulating Jurisdictional...*, *op. cit.*

Pero más allá de que sea necesario crear normas jurídicas que regulen la interacción judicial transnacional, o que éstas surjan de manera natural, lo cierto es que reconocer la existencia de este sistema de tribunales y fomentar su operación ordenada, resulta imprescindible, y ello sobre todo porque *"En el largo plazo, la cooperación recíproca entre dos tribunales que formalmente no están conectados, incrementa el poder de ambos"*.⁵⁰

5. ¿Para qué sirve el sistema?

Conviene ahora formularse quizá la pregunta más importante de toda esta construcción: ¿Para qué sirve el Sistema Transnacional de Protección Judicial de los Derechos Humanos? En otras palabras, ¿de qué sirve que los tribunales del mundo se vean a sí mismos como elementos de un mismo sistema?

Hemos insistido en que esta construcción es aún emergente y, de hecho, es perfectamente posible que sea ignorada por los mismos componentes del sistema, pero como de alguna manera lo hemos dejado ver también, el que los tribunales se asuman como partes de este sistema tiene una multiplicidad de ventajas.

Quizá lo más importante es que el sistema transnacional de órganos judiciales facilita la coordinación entre tribunales, lo que promueve el cumplimiento de la ley. Una visión sistémica de los órganos judiciales permite una mejor coordinación entre

⁵⁰ MARTÍNEZ, Jenny, "Towards an...", *op. cit.*, p. 448.

los órganos encargados de definir las situaciones jurídicas controvertidas y de aplicar en última instancia las normas jurídicas nacionales e internacionales, lo que, por un lado, promueve la efectividad de su función pero, por el otro, evita las grietas o resquicios por donde se puede escapar el cabal cumplimiento del derecho.

En ocasiones olvidamos que los tribunales, por regla general, no tienen otra manera de hacer cumplir sus resoluciones que su propia legitimidad. Dentro de las naciones, las cortes acuden al Poder Ejecutivo y solicitan su auxilio para obligar al renuente a acatar la decisión. Pero cuando el condenado es el propio Poder Ejecutivo, o incluso el Poder Legislativo con todo su peso político, las cortes nacionales no tienen otro recurso para lograr el cumplimiento de sus resoluciones, que no sea su legitimidad. Lo mismo sucede con las cortes y tribunales internacionales que por regla general condenan Estados o a individuos de enorme peso político y que, desde luego, no tienen bajo su mando directo a una policía o a una fuerza militar que pueda "obligar" a los condenados a cumplir con una sentencia; no obstante, estos tribunales también consiguen el cumplimiento de sus fallos en razón de su legitimidad. En ese sentido, resulta sumamente importante esta visión sistémica, pues en la práctica implica el reconocimiento recíproco de la obligatoriedad de los fallos de otras cortes en el mundo, lo que conlleva el reforzamiento mutuo de su legitimidad.

Además, el funcionamiento cotidiano de los tribunales aceptando y reconociendo que forman parte de este sistema, incrementa el cumplimiento de las sentencias nacionales e internacionales; facilita la resolución de las controversias que tienen elementos transnacionales, las que, por razón natural, cada día aumentan en número

y en complejidad y, más aún, permite el respeto a la competencia específica de cada tribunal, con lo que, asimismo, se reconoce la experiencia y el conocimiento especializado de un tribunal en una materia específica.

Ahora, todavía más importante que lo anterior, es que esta perspectiva permite promover la coherencia de la ley nacional e internacional mediante el diálogo constante entre los órganos judiciales que forman parte del sistema y, por tanto, coadyuva también a la armonización, por vía pretoriana, del derecho nacional a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, tema pendiente en muchas naciones del mundo. "De acuerdo con esta línea de pensamiento—incluso— el derecho nacional y el internacional pueden servir como alternativa jurisdiccional el uno al otro".⁵¹

En efecto, la visión sistémica de todos los tribunales y la concepción de que todos ellos forman parte de un mismo sistema dentro del cual deben funcionar coordinadamente, resulta crucial en materia de protección de derechos humanos, pues si los Jueces nacionales e internacionales—que son los actores principales de esta comunidad— se ven a sí mismos como partes de un mismo orden y, como tales, se comunican, se reconocen, se respetan, evitan sobreponerse unos sobre los otros y, principalmente, les conceden valor a las normas de los otros órdenes y a lo que deciden los otros tribunales del mundo, se crean las condiciones que permiten la construcción

⁵¹ SHANY, Yuval, *Regulation Jurisdiccional...*, op. cit., p. 5.

de una herramienta sumamente poderosa, capaz de transformar al mundo en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales de todos los individuos.

En resumen, el Sistema Transnacional de Protección Judicial de los Derechos Humanos: 1) promueve el cumplimiento de la ley nacional e internacional; 2) incrementa la legitimidad de los tribunales; 3) acrecienta el cumplimiento de las sentencias nacionales e internacionales; 4) permite que se respete la competencia de los tribunales; 5) posibilita el reconocimiento de la experiencia de los tribunales en una materia específica; 6) facilita la resolución de controversias transnacionales; 7) promueve la coherencia de la ley nacional e internacional; 8) coadyuva a la armonización del derecho nacional a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos y, en general, 9) puede servir como un arma muy importante para conseguir el respeto a los derechos fundamentales de los individuos en todo el mundo.

Justamente por todo ello resulta tan útil y ventajoso que los tribunales del mundo se vean como partes de un sistema judicial transnacional y adopten un comportamiento "antiprovinciano", como lo llama la profesora Jenny Martínez, es decir, menos nacional y menos autorreferenciado, y más abierto hacia el exterior.

Para ello, lo ideal es que los tribunales del mundo observen básicamente los siguientes comportamientos:

- Es recomendable que les otorguen efectos a las sentencias de otros tribunales del mundo.

- Deben intentar abstenerse de conocer de un asunto cuando otra corte ya esté conociendo o ya haya conocido de él o, en su caso, comunicarse directamente con el otro tribunal, con objeto de llegar a la mejor solución posible (*judicial negotiation*).
- Deben tratar de conocer los precedentes jurisprudenciales dictados por otras cortes en los temas de interés común (*i.e.* aborto, pena de muerte, matrimonio entre personas del mismo sexo, eutanasia, donación de órganos, adopción por personas homosexuales, etc.), y más aún, respetar los que provienen de cortes internacionales en materia de derechos humanos, sobre todo cuando se trate de cortes internacionales a cuya jurisdicción se encuentren sometidas (diálogo judicial o *cross fertilization* horizontal y vertical).
- En general, las cortes nacionales deben tratar de cumplir con las sentencias de los tribunales internacionales que las condenen a realizar algún acto y, asimismo, cooperar y coadyuvar con el tribunal internacional a efecto de que las demás autoridades nacionales también cumplan con la condena.
- Por su parte, las cortes internacionales, al analizar una sentencia nacional, deben considerar la relevancia de dicha decisión en el ámbito nacional, así como la interpretación de la ley doméstica, y otorgarles el debido respeto a las diferencias jurídicas y culturales que hayan podido influir en esa resolución.
- Además, las cortes internacionales deben, por un lado, defender la jurisdicción nacional y, por el otro, abstenerse de toda intromisión en los temas

nacionales, en tanto no quede totalmente claro que resulta inevitable intervenir.

- De igual manera, tanto las cortes nacionales como las internacionales deben cooperar en asuntos tales como la recolección de evidencias para los casos, el desahogo de pruebas, el reenvío de expedientes, la remisión de información o el envío de documentos públicos, la ejecución de resoluciones, etc; esto es, siempre que puedan, deben observar una conducta de cooperación recíproca y de mutuo cumplimiento de las resoluciones.
- Sobre todo las cortes internacionales, deben dejar de ver el conocimiento y la aplicación de la ley nacional como algo *irrelevante*, y las cortes nacionales, deben dejar de mirar el derecho internacional como algo *exterior* que no las afecta.
- En general, las cortes del mundo deben adoptar un enfoque más pragmático. Deben verse a sí mismas como potencialmente comprometidas en una empresa funcional y normativamente común: la solución de controversias y, a través de ello, el respeto al imperio de la ley y la protección a los derechos humanos.

"La visión de una comunidad global de tribunales puede parecer un poco idealista, un concepto que proyecta demasiado partiendo de muy poco, y que lo hace demasiado rápido. El lenguaje y la concepción son ambiciosos, pero la realidad está ahí",⁵² dice la profesora de Princeton, Anne Marie Slaughter. Efectivamente, son los mismos Jueces

⁵² SLAUGHTER, Anne-Marie, "A Global...", *op. cit.*, p. 194.

quienes se están reuniendo cada vez más, quienes se están leyendo mutuamente y cada vez con más frecuencia y, sobre todo, quienes se están citando cada vez más unos a otros, y todo ello, como un reconocimiento de la legitimidad de unos a los otros, y como una forma de respeto mutuo. Así pues, "Siguen siendo en gran medida, tanto los jueces nacionales como los internacionales, competentes en una jurisdicción específica que está basada en un conjunto particular de leyes, pero también cada vez más, son elementos de un sistema, un sistema más grande, un sistema transnacional".⁵³

No obstante, y pese a todo lo que aquí se expresa, el Sistema Transnacional de Protección Judicial de los Derechos Humanos es quizá todavía una aspiración. Un deseo por alcanzar una aceptable coordinación y cooperación entre todos los tribunales del mundo en materia de protección de derechos humanos; la pretensión de encontrar mejores formas de sistematización de las normas sustantivas y adjetivas aplicables a cada caso, y el anhelo por que los tribunales contribuyan, con todas las importantes herramientas que tienen a su alcance, a tener sociedades más justas e igualitarias en las que se respeten de mejor manera los derechos fundamentales de los individuos. A ello, justamente, pretende contribuir este artículo.

Bibliografía

BOWER, George Spencer y TURNER, sir Alexander Kingcome, *The Doctrine of Res Judicata*, 2a. ed., Buttersworths, Londres, 1969.

⁵³ *Idem.*

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *Le fait regional dans la juridictionnalisation du Droit International*, disponible en: http://centre-unioneurop.univ-paris1.fr/IMG/pdf/Lefaitregional-SFDI_1_.pdf

BUSTOS GISBERT, Rafael, "Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: La protección supranacional de los derechos en Europa" en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDÍVAR, Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, tomo IX, Derechos humanos y tribunales internacionales, UNAM/IMDPC/Marcial Pons, México, 2008.

_____, "Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos" en GARCÍA ROCA y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Col. Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes. Derecho internacional/derecho nacional*, Serie Ensayos Jurídicos, núm. 21, UNAM-IIJ, México, 2004.

GÓMEZ PÉREZ, Mara, *Jueces y derechos humanos: Hacia un sistema judicial transnacional*, Col. Derecho Procesal Constitucional, vol. 86, Porrúa, México, 2014.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica. Una exploración sobre los efectos de la globalización en los Poderes Judiciales de Iberoamérica*, SCJN, México, 2004.

SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Serie The Project on International Courts and Tribunals, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

STONE SWEET, Alec, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

VAN RAEPENBUSCH, Sean, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, traducción de Diane Fromage, Colección de la Facultad de Derecho de la Universidad de Liège, Larcier, Bruselas, 2011.

Hemerografía

BURKE-WHITE, William W., "A Community of Courts: toward a System of International Criminal Law Enforcement", *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, núm. 1, Michigan, 2002.

CHARNEY, Jonathan I., "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", *International Law and Politics*, vol. 31, NYU, 1999, pp. 697-708.

HONGJU KOH, Harold, "International Law as Part of Our Law", *American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 1, enero de 2004, pp. 43-57.

MARTÍNEZ, Jenny S., "Towards an International Judicial System", *Stanford Law Review*, vol. 56, núm. 2, noviembre de 2003, pp. 429-529.

ROMANO, Cesare, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", *International Law and Politics*, vol. 31, NYU, 1999, pp. 709-751.

SCHEECK, Laurent, "Solving Europe's Binary Human Rights Puzzle. The Interaction between Supranational Courts as a Parameter of European Governance", *Questions de Recherche/Research in Question*, vol. 15, París, octubre de 2005.

_____, "The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights", *ZaöRV*, núm. 65, Max Planck Institute, Heidelberg, 2005, pp. 837-885.

SHANY, Yuval, "No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary", *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 1, 2009, pp. 73-91.

SLAUGHTER, Anne-Marie, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 1, invierno de 2003, pp. 191-219.

WESTBROOK, Jay Lawrence, "International Judicial Negotiation", *Texas International Law Journal*, núm. 38, 2003, pp. 567-586.

YOUNG, Ernest A., "The Trouble with Global Constitutionalism", *Texas International Legal Journal*, núm. 38, Texas, 2003, pp. 227-245.

Criterios jurisdiccionales

Asunto 26/62, promovido por la empresa holandesa Van Gend & Loos, en contra de la Administración Tributaria de los Países Bajos, resuelto por el Tribunal de Justicia Europeo el 5 de febrero de 1963 (*Van Gend & Loos* [1963] 26/62),

Asunto 6/64 promovido por el ciudadano italiano Flaminio Costa, en contra del Ente Nazionale per l'Energia Elettrica, ENEL, resuelto por el Tribunal de Justicia Europeo el 15 de julio de 1964 (*Costa v. ENEL* [1964] 6/64).

Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estados Unidos), resolución del 31 de marzo de 2004.

Caso Rosendo Radilla (Resoluciones del 7 de septiembre de 2010 y del 14 de julio de 2011).

Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75.

Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997,
Serie C. No. 33.

Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 18 de noviembre de 2010
(caso s/pta. Inf. Art. 194 C.P.)

Otras fuentes

<http://www.accpuf.org/>

<http://www.cijc.org/Paginas/Default.aspx>

<http://www.concourt.am/intconf/index-e.htm>

<http://www.confeuconstco.org/en/common/home.html>

<http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/inicio>

<http://www.merriam-webster.com/>

[http://www.venice.coe.int/wccj/statute/2011/CDL-WCCJ\(2011\)001-esp.pdf](http://www.venice.coe.int/wccj/statute/2011/CDL-WCCJ(2011)001-esp.pdf)

http://www2.stf.jus.br/portaIStfInternacional/cms/verPrincipal.php?idioma=pt_br

Oxford English Dictionary Online, disponible en: <http://www.oed.com/>

Research Report: *References to the Inter-American Court of Human Rights in the Case-law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012. Disponible en: www.echr.coe.int (Case-law – Case-law Analysis – Research Reports).

LA CORTE INTERAMERICANA Y SU INTERACCIÓN CON LOS TRIBUNALES NACIONALES

Víctor Bazán*

Sumario: 1. El camino por recorrer; 2. Consideraciones contextuales; 3. Panorama del sistema interamericano de derechos humanos; a. La Convención Americana sobre Derechos Humanos; b. Los órganos de protección en el modelo interamericano; 4. Ciertos desafíos y cuestiones conflictivas que surgen de la labor operativa de la Corte IDH y de su relación con los Estados Partes de la CADH que han reconocido su competencia contenciosa; a. Control de convencionalidad; b. La necesidad de estimular un "diálogo judicial" crítico y tangible; c. Protección de los derechos económicos, sociales y culturales; d. Observancia de las sentencias del Tribunal Interamericano; 5. Epílogo.

1. El camino por recorrer

En primer lugar, brindaremos algunas apreciaciones contextuales sobre los crecientes espacios de interconexión del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno; la naturaleza de la jurisdicción contenciosa de la Corte

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, Argentina. Posgraduado en "Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali", Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pisa, Italia; Posgraduado en "Constitucionalismo y Democracia", Universidad de Castilla-La Mancha, campus Toledo, España. Profesor Titular (Catedrático) de las asignaturas: i) Derecho Constitucional y Derechos Humanos; ii) Derecho Procesal Constitucional,

Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— *vis-à-vis* las instancias jurisdiccionales domésticas y, entre otros asuntos, las nuevas exigencias que a éstas impone el ejercicio del control de convencionalidad en el marco del Estado Constitucional y Convencional.

A continuación, ofreceremos un panorama del sistema interamericano de derechos humanos, presentando someramente temas como los relativos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), instrumento basilar de aquel modelo, y los dos órganos principales de protección: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH.

Posteriormente, focalizaremos determinados desafíos que se posan sobre la tarea de este Tribunal Interamericano (y las relaciones con los Estados Partes de la CADH que reconocieron su competencia contenciosa) en zonas temáticas complejas como son, entre otras: el apropiado desarrollo del citado test de convencionalidad por los tribunales (y demás autoridades) internos; la necesidad de intensificar un diálogo jurisprudencial tangible, crítico y constructivo entre la Corte IDH y los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes del sistema; la efectiva protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y su justiciabilidad directa en el ámbito

y *iii*) Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina) y Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor de Posgrado de la Universidad de Buenos Aires (UBA), de la Universidad Panamericana (México, D.F.) y de otras universidades argentinas y extranjeras. Autor, coordinador y/o coautor de numerosos libros y artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional, publicados en Argentina y el exterior.

interamericano por vía del artículo 26 de la CADH, y la problemática cuestión del valor de las sentencias de la Corte IDH, que en los hechos es objeto de dispares percepciones por los Estados Partes del esquema de protección regional.

Finalizaremos el trabajo con unas breves reflexiones de recapitulación que se unirán a otras apreciaciones conclusivas intercaladas en el núcleo del mismo.

2. Consideraciones contextuales

Una de las notas elementales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero está, en buena medida, supeditada a la fidelidad con que los derechos nacionales y las pertinentes autoridades jurisdiccionales, administrativas y legislativas internas, atiendan a las normas internacionales y les confieran efecto.

Específicamente acerca del derecho internacional de los derechos humanos, la paulatina relevancia que han adquirido sus zonas de interacción con el derecho doméstico exige una armonización de ese tándem de fuentes (internacional e interna) por medio de su retroalimentación y complementariedad en aras del robustecimiento real del sistema de derechos.

Tales premisas ratifican que la cardinal problemática de los derechos humanos es una incumbencia —y debe ser una preocupación— concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional.

Ello sin olvidar que esta última ostenta —al menos en el plano jurisdiccional— una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de las de los ordenamientos nacionales (*cf.* Preámbulo de la CADH, párr. 2o.) y que la premisa de agotamiento de los recursos internos, estrechamente vinculada al *carácter subsidiario de la dimensión interamericana*, ha sido concebida para brindar a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos en la materia, sin necesidad de verse enfrentados a un eventual litigio extramuros que pudiera acarrearles responsabilidad internacional.

En tal dinámica, y como anticipábamos, se impone a los Magistrados constitucionales (entre otras autoridades), en el marco interno, desarrollar sus tareas de interpretación de las fuentes infraconstitucionales *de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, lo que incluye la exigencia de tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte IDH (también los informes de la CIDH).

Ese mandato de *interpretación conforme* a aquellas fuentes jurídicas debe ser entendido no en términos de un relacionamiento jerárquico entre los distintos órganos, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva a la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona*), en la línea de sentido del artículo 29 de la CADH.¹

¹ Bajo el rótulo de "Normas de interpretación", el artículo 29 de la CADH determina: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

Es que la Constitución de un Estado, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas—*inter alia*—en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto moldea la Corte IDH, dan vida a una matriz jurídica que direcciona su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la defensa y la realización de los derechos fundamentales*.

Así lo imponen las necesidades y particularidades propias del Estado Constitucional y Convencional, porque la garantía de los derechos fundamentales lo legitima y justifica tanto como al sistema protectorio transnacional, dinamizado básicamente por la CIDH y la Corte IDH.

En ese contexto, el desarrollo del control de convencionalidad plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas de los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. La estimulación de relaciones correlacionadas entre aquéllas y ésta y la paulatina construcción de diálogos críticos por parte de ambos órdenes jurisdiccionales pueden facilitar el descubrimiento de

a) 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;

b) 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;

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

d) 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.

caminos idóneos para optimizar la protección de tales derechos, que desde luego no se agotan en los civiles y políticos, sino que comprenden necesariamente —entre otros— a los DESC.

3. Panorama del sistema interamericano de derechos humanos

a. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

i. Esquemática presentación

La CADH (o Pacto de San José de Costa Rica) es el instrumento internacional *básico* de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano.

Fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, durante la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, realizada en aquella ciudad, y entró en vigor el 18 de julio de 1978, conforme a su artículo 74.2. O sea, adquirió vigencia una vez que 11 Estados depositaron sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión.

Por haberla ratificado o haberse adherido a la CADH, actualmente 23 Estados son Partes de ella: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay.

Además de los Estados mencionados, Trinidad y Tobago la denunció el 26 de mayo de 1998 y la República Bolivariana de Venezuela hizo lo propio el 10 de septiembre de 2012.

Por otro lado, si bien Estados Unidos la firmó (el 6 de enero de 1977), nunca la ratificó, y los siguientes Estados no la firmaron ni ratificaron: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía y St. Vicente & Grenadines.

ii. El corpus juris interamericano

Como anunciábamos, la CADH es el *corazón* del modelo tuitivo interamericano, pero por supuesto, no es el único instrumento internacional que lo integra.

De hecho, existe un '*corpus juris*' interamericano, que en realidad es una aportación pretoriana de la Corte IDH a la doctrina internacional en materia de protección de derechos fundamentales.

Semejante *bloque jurídico interamericano* está compuesto por instrumentos internacionales tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); el Protocolo (a la CADH) Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; el Protocolo (a la CADH) de San Salvador en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, y la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

Para tener una mirada más completa del *corpus juris interamericano*, vale traer brevemente a colación dos *opiniones consultivas* de la Corte IDH:

- la Opinión Consultiva (O.C.) 16/99, en cuyo párrafo 115 puede leerse: "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*";² y
- en línea convergente, en la O.C.-17/02, manifestó: "los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, *tanto el 'corpus juris' de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática*".³

² Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, O.C.-16/99, Serie A, No. 16, párr. 115. Énfasis agregado.

³ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, O.C.-17/02, Serie A, No. 17, párr. 92. Las cursivas son del autor. Son significativas las apreciaciones vertidas por el ex Juez Cançado Trindade en su voto concurrente a la citada O.C.-17/02, por ejemplo, en los párrs. 18, 31 y 50; además de los párrs. 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre "el *corpus juris* de los derechos del niño".

b. Los órganos de protección en el modelo interamericano

i. Prefacio

Diseñado a imagen y semejanza de lo que primigeniamente fue el *sistema europeo de derechos humanos*, el *modelo interamericano* adoptó una configuración orgánicamente *dual*, encarnada en la CIDH y la Corte IDH.

La estructura de defensa de los derechos humanos construida en el marco del Consejo de Europa (equivalente, *mutatis mutandis*, a la Organización de los Estados Americanos, OEA) es el sistema regional más antiguo que existe, muy anterior al americano y al africano. Comenzó a funcionar en 1950, una vez aprobada la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (semejante en cuanto a envergadura, también *mutatis mutandis*, a la CADH), haciendo foco en la tutela de los derechos civiles y políticos.⁴ Tiene su sede en Estrasburgo y originariamente se constituyó con la *Comisión Europea de Derechos Humanos* y el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH, establecido en 1953), aunque con la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 a la Convención (en noviembre de 1998), se eliminó la Comisión y, por tanto, las demandas comenzaron a plantearse directamente ante el TEDH. Por supuesto, no puede soslayarse la existencia de un órgano

⁴ Los DESC tienen su instrumento de acogida en la denominada *Carta Social Europea* del Consejo de Europa, de 1961 (entró en vigor el 26 de febrero de 1965), que fue completada por dos protocolos, finalmente consolidados por medio de la *Carta Social revisada* de 1996 (signada en Estrasburgo el 3 de mayo de ese año y en vigencia desde 1999), cuyo órgano de supervisión es el Comité Europeo de Derechos Sociales. Para recabar otros datos sobre el tema, *vid.* BELORGEY, Jean-Michel, "La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales", *Revista de Derecho Político*, núm. 70, UNED, Madrid, 2007, pp. 349-377.

importante, cual es el *Comité de Ministros del Consejo de Europa*, integrado por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados Miembros del Consejo de Europa, cuya misión básica es velar por el cumplimiento de las sentencias del TEDH.

Se aprecia que en el ámbito interamericano no existe un órgano equivalente al Comité de Ministros del Consejo de Europa y es la propia Corte IDH la que supervisa el cumplimiento de sus fallos recaídos en casos contenciosos.

ii. La CIDH

La CIDH fue establecida en 1959 por Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores realizada en Santiago de Chile. Es un *órgano principal y autónomo* de la OEA, cuyo mandato surge de la Carta de tal Organización y de la CADH.

Funciona en Washington. Está integrada por siete miembros independientes, elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, que no representan a sus países de origen o residencia.

En función del artículo 41 de la CADH, la CIDH tiene las siguientes atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados Miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados Miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, prestarles el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las *peticiones y otras comunicaciones* en ejercicio de su autoridad de conformidad con los artículos 44 a 51 de [la CADH], y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Una importante atribución de la Comisión (que ha sido objetada por algunos países) consiste en *solicitar al Estado la adopción de medidas cautelares*. Tal dispositivo está establecido en el artículo 25 de su Reglamento y consiste en que, cuando existan *situaciones de gravedad y urgencia*, la Comisión podrá —a iniciativa propia o a petición de parte— requerir a un Estado que disponga tales *medidas* para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, así como a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.

Dichas medidas podrán ser de naturaleza colectiva, a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables. Consecuentemente, el número de medidas cautelares otorgadas no refleja la cantidad de personas protegidas mediante su adopción. De hecho, el análisis de la praxis de la Comisión en este sentido, muestra que muchas de las medidas cautelares que ha acordado *extienden protección a más de una persona y en ciertos casos, a grupos de personas* como comunidades o pueblos indígenas. Del mismo modo, el Reglamento indica que el otorgamiento de esas medidas y su adopción por el Estado *no constituirán prejuzgamiento* sobre la violación de los derechos protegidos en la CADH y otros instrumentos internacionales aplicables. Por lo demás, el 1o. de agosto de 2014 entró en vigencia el Reglamento modificado de la CIDH que determina que "las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares serán emitidas mediante resoluciones fundamentadas".⁵

Una de las competencias fundamentales de la Comisión IDH, en tanto válvula de ingreso al sistema interamericano de derechos humanos, radica en atender las *peticiones y otras comunicaciones* formuladas por *cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la OEA*, que contengan denuncias o quejas de violación de la CADH por un Estado Parte (art. 44 de la CADH).⁶

⁵ Vid. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>.

⁶ Debe tenerse en cuenta que en función del artículo 45 de la CADH, todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la CADH, o en cualquier momento posterior, declarar

Al respecto, el artículo 46.1 de la CADH establece los siguientes requisitos para la presentación de peticiones o comunicaciones ante la CIDH:

- a) que se hayan *interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna*, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos;
- b) que sea *presentada dentro del plazo de seis meses*, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
- c) que la *materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional*; y
- d) que en el caso del artículo 44 la *petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición*.

Por su parte, el artículo 46.2 determina que las disposiciones de los puntos a) y b) del inciso 1 del mismo artículo no se aplicarán cuando:

- a) *no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados*;

que reconoce la competencia de la CIDH para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención. Las comunicaciones hechas en virtud de ese artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. Ésta no admitirá ninguna comunicación contra un Estado Parte que no la haya efectuado. Por último, las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija: *i) por tiempo indefinido; ii) por un periodo determinado, o iii) para casos específicos*.

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Para finalizar, conviene efectuar siquiera una mínima mención al artículo 48.1.f) de la CADH, que constituye el fundamento normativo del *procedimiento de solución amistosa*. Tal disposición estatuye la competencia de la CIDH, para ponerse a disposición de las partes a fin de llegar a un arreglo amistoso del asunto, cuando recepta una petición en la que se aleguen vulneraciones a los derechos reconocidos en la Convención. Dicha competencia de la Comisión ha tenido un extendido (y en varias ocasiones útil) empleo en el transcurrir de su quehacer.

Al respecto, la propia CIDH ha enfatizado que

[l]a efectividad del mecanismo de solución amistosa reposa de manera principal en dos pilares fundamentales, la voluntad de las partes de llegar a una solución amistosa del asunto y el cumplimiento de las medidas de reparación que contempla el acuerdo de solución amistosa, las cuales deben garantizar el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos regionales.⁷

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Impacto del procedimiento de solución amistosa*, OEA/Ser.L/V/II.Doc., 45/13, 18 de diciembre de 2013, Original: Español, p. 75 (disponible en http://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/Informe-Soluciones-Amistosas.pdf). Las cursivas son del autor.

iii. La Corte IDH

- Introducción

La Corte IDH es una *institución judicial autónoma* cuyo objetivo principal es la aplicación e interpretación de la CADH. A diferencia de la CIDH, fue concebida normativamente por esta Convención.

Su sede está en San José de Costa Rica y comenzó a funcionar en 1979.

Se compone de siete Jueces, nacionales de los Estados Miembros de la OEA, elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del cual sean nacionales o del Estado que los postule como candidatos.

No puede haber más de un Juez de la misma nacionalidad. Duran seis años en sus funciones y sólo pueden ser reelegidos una vez.

De los 35 Estados que conforman la OEA, actualmente los siguientes 20 se mantienen dentro del radio de acción de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay.

- Competencias de la Corte IDH

De manera muy abreviada puede decirse que el mandato que ostenta dicho Tribunal consiste en el *cumplimiento de tres funciones: i) conocer y resolver violaciones de derechos humanos en casos concretos, supervisando el cumplimiento de las sentencias que emita en el marco de su competencia contenciosa; ii) decretar medidas provisionales, y iii) ejercer su competencia consultiva.*

– *Competencia contenciosa*

En función del artículo 61 de la CADH, sólo los Estados Partes y la Comisión IDH están habilitados para someter un caso a la decisión de la Corte IDH. Para que ésta pueda conocer de cualquier asunto, es necesario que se hayan *agotado* los procedimientos previstos en los artículos 48-50 de la CADH.

De acuerdo con el artículo 62 de dicho ordenamiento, todo Estado Parte puede, al tiempo del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención (inc. 1). La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos (inc. 2). La Corte IDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el asunto en cuestión hayan

reconocido o reconozcan dicha competencia por medio de declaración especial o por convención especial (inc. 3).

Es preciso subrayar que últimamente se han producido algunas modificaciones significativas en los Reglamentos de la CIDH y la Corte IDH.

Particularmente, respecto de la normativa reglamentaria de la Corte, la modificación esencial se centra en el papel de la CIDH en el procedimiento ante aquella. La idea-fuerza de la innovación producida fue *conceder mayor protagonismo al litigio entre los representantes de las víctimas o presuntas víctimas y el Estado demandado*, por lo que la CIDH desempeña más un papel de *órgano del sistema interamericano*, afianzando así el equilibrio procesal entre las partes. Esto es, *antes*, la CIDH comparecía ante la Corte IDH como *demandante* y como *representante de las presuntas víctimas*; actualmente, la CIDH es *tratada como un órgano del sistema*, habiendo desaparecido su calificativo de "parte procesal".

La mencionada reforma comprende, *inter alia*, una nueva regulación del inicio del procedimiento ante la Corte IDH. *Anteriormente, la demanda era presentada por la CIDH* e incluso era posible que difiriera en los argumentos de derecho (qué derechos se vulneraban y por qué hechos se violaban) y agregara hechos o pruebas que no se habían discutido o presentado durante el procedimiento ante ella. *Actualmente el*

procedimiento comienza con la remisión, por parte de la Comisión, del informe establecido en el artículo 50 de la CADH.⁸

Dicho de otro modo, y en los términos del artículo 35.1 del Reglamento de la Corte IDH, la CIDH somete el caso a ésta aportando principalmente: copia del aludido informe; copia de todo el expediente tramitado en su seno, incluso cualquier comunicación posterior al nombrado informe; las pruebas que ofrece, indicando los hechos y argumentos sobre los que versan, y las razones que la condujeron a presentar el caso al tribunal interamericano.

Una vez que el caso ha sido sometido a la Corte IDH y se ha notificado su presentación a la presunta víctima o a sus representantes, éstos podrán presentar autónomamente su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (art. 40, Reglamento de la Corte IDH) y proseguir con independencia todo el proceso. No obstante, en principio, *quedan limitados por los hechos del caso presentados por la CIDH.*

Otra innovación radica en que la CIDH no podrá ofrecer testigos y declaraciones de presuntas víctimas. Además, sólo en ciertas circunstancias podrá proponer peritos,

⁸ Este artículo establece:

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.
2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.
3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

y ello exclusivamente cuando se *afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos y su declaración verse sobre alguna materia contenida en un peritaje* ofrecido por la propia CIDH.

Asimismo, en los supuestos en que se realice audiencia, la CIDH será la que la inicie, poniendo de manifiesto los motivos que le llevaron a presentar el caso. Los interrogatorios podrán ser efectuados por los representantes de las presuntas víctimas y los del Estado. Según el artículo 52.3 del Reglamento de la Corte IDH, "[l]a Comisión podrá interrogar a los peritos que propuso conforme al artículo 35.1.f del presente Reglamento, y a los de las presuntas víctimas, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante, si la Corte lo autoriza a solicitud fundada de la Comisión", justamente cuando se configure la circunstancia aludida en el párrafo anterior: afectación relevante del orden público interamericano de los derechos humanos.

Por su parte, al cerrar la etapa de alegatos regulada en el artículo 51.7 del Reglamento referido, la CIDH expondrá sus observaciones finales conforme lo estipula el artículo 51.8 del mismo ordenamiento.

Es importante consignar que otra novedad plasmada por el Reglamento de la Corte IDH es la introducción de la figura del Defensor Interamericano. Así lo prevé el artículo 37 de tal cuerpo normativo, en relación con que en casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación del

asunto. La labor de esta figura se complementa con el "Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos".⁹

Nótese que en el anterior Reglamento era la CIDH la que asumía la representación de las presuntas víctimas que carecían de representación legal. El propósito de la reforma reglamentaria en este punto persigue, por un lado, garantizar que toda presunta víctima tenga un abogado que haga valer sus intereses ante la Corte IDH y sortear la circunstancia de que las razones económicas impidan contar con representación legal; y, por el otro, "evitar que la Comisión IDH tenga una posición dual ante la Corte IDH", de representante de víctimas y de órgano del sistema.

Discurridas las tres primeras fases del procedimiento (sometimiento del caso por la Comisión IDH y demás actuaciones; etapa oral o de audiencia pública, y etapa

⁹ Por medio de la Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES/2426, de 3 de junio de 2008, se dispuso la "Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", con objeto de facilitar el acceso a dicho modelo a aquellas personas que no contaran con los recursos necesarios para llevar su caso ante el mismo. A su vez, mediante la Resolución del Consejo Permanente de la OEA, CP/RES. 963, de 11 de noviembre de 2009, se aprobó el "Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos".

Por su parte, el Tribunal Interamericano adoptó el 4 de febrero de 2010 el "Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas", para litigar un caso ante ella. La CIDH también implementó su Reglamento "sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", que entró en vigor el 1o. de marzo de 2011.

Respecto de la utilización práctica de dicho Fondo, la CIDH reporta los siguientes casos: Núm. 12.797, "Linda Loaiza López Soto y familiares" (Venezuela), por un importe de U\$S 3.573; Núm. 12.709, "Juan Carlos Flores Bedregal" (Bolivia), por un monto de U\$S 4.295; Núm. 12.329, "Vicente Ariel Noguera" (Paraguay), por una suma de U\$S 4.206; Núm. 12.791, "Jesús Ángel Gutiérrez Olvera" (México), por una cantidad de U\$S 1.519; y Núm. 12.738, "Opario Lemoth Morris y otros —Buzos Miskitos—" (Honduras), por un monto de U\$S 3.909. *Cfr.* <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/fondo.asp> (consultado el 3 de mayo de 2015).

de escritos de alegatos y observaciones finales de las partes y la Comisión), se abre la etapa de estudio y emisión de sentencia.

En el marco de tal fase, y a partir de la conjugación de los artículos 66-69 de la CADH, pueden destacarse algunas pautas en relación con el fallo que la Corte pronuncia:

- debe ser *motivado*;
- será *definitivo e inapelable*;
- en caso de desacuerdo sobre su sentido o alcance, la Corte IDH lo *interpretará* a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicho pedido se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación de la sentencia;
- los *Estados Partes en la CADH se comprometen a cumplir la decisión de la Corte IDH en todo caso en que sean partes*, y el segmento del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá *ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*;
- el decisorio será *notificado* a las partes en el caso y *transmitido* a los Estados Partes de la CADH; y
- ya en función del artículo 76 de su Reglamento, la Corte IDH podrá —a iniciativa propia o a solicitud de parte, presentada dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia (u otro tipo de decisión)— *rectificar errores notorios, de edición o de cálculo*. En el supuesto de que efectúe alguna

rectificación, el Tribunal la notificará a la Comisión IDH, a las víctimas o sus representantes, al Estado demandado y, en su caso, al Estado demandante.

Debe quedar claro que la Corte IDH no culmina su labor con la expedición del fallo, sino que mantiene y ejerce la *obligación de supervisar su debido cumplimiento* por el Estado declarado internacionalmente responsable, es decir, por la efectiva implementación de las reparaciones ordenadas por el Tribunal.¹⁰

La labor de supervisión de sus pronunciamientos es inherente al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. Su fundamento jurídico se aloja en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la CADH, en el artículo 30 del Estatuto de la Corte y en el artículo 69 de su Reglamento.

– Breve referencia a las medidas provisionales

Pueden ser solicitadas por la CIDH en cualquier momento, aun cuando el caso no estuviere sometido a la jurisdicción de la Corte IDH, y por *los representantes de las presuntas víctimas*, siempre que estuvieren relacionadas con un asunto que se encuentre bajo el conocimiento del Tribunal. Por su parte, éste también puede dictarlas de oficio.

¹⁰ Sobre el tema, *vid.* BAZÁN, Víctor, "Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, con particular referencia al sistema interamericano", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, núm. XVIII (2009), Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 2010, pp. 267-302.

Conforme al artículo 63.2 de la CADH, la Corte IDH adopta tales medidas *para evitar daños irreparables a las personas*.

Tal atribución debe ceñirse a situaciones de *extremas gravedad y urgencia*, sea respecto de casos de los que el Tribunal esté en actual conocimiento o acerca de solicitudes que la CIDH le formule (aunque el caso no hubiera sido sometido al Tribunal).

En síntesis, se requiere la convergencia simultánea de una trilogía de elementos: i) extrema gravedad; ii) urgencia; y iii) que se procure evitar *daños irreparables a las personas*.

Sobre el particular, la Corte IDH ha expresado:

Estas tres condiciones son coexistentes y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal. Del mismo modo, las tres condiciones descritas deben persistir para que la Corte mantenga la protección ordenada. Si una de ellas ha dejado de tener vigencia, corresponderá al Tribunal valorar la pertinencia de continuar con la protección ordenada. Cualquier otro asunto sólo puede ser puesto en conocimiento de la Corte a través de los casos contenciosos correspondientes o en las solicitudes de opiniones consultivas.¹¹

¹¹ Corte IDH, *Asunto Pérez Torres y otros ('Campo Algodonero') vs. México*, Resolución de la Corte IDH de 30 de junio de 2011, considerando décimo. Las cursivas son nuestras.

– *Competencia consultiva*

En el punto debe tomarse en consideración el artículo 64 de la CADH, que dispone:

1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Comparándolo con otras experiencias orgánicas protectoras de derechos humanos en los marcos regionales, el esquema interamericano en la materia es bastante amplio y la experiencia consultiva aquilatada es rica.

Hasta el momento, la Corte IDH ha emitido 21 opiniones consultivas, acerca de los más diversos temas. Ellas versaron sobre:

- el alcance de la expresión "otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, en los términos del artículo 64 de la CADH;

- el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH;¹²
- las restricciones a la pena de muerte según los artículos 4.2 y 4.4 de la CADH;
- la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización;
- la colegiación obligatoria de periodistas, con respecto a los artículos 13 y 29 de la CADH;
- la expresión 'leyes' en el artículo 30 de la CADH;
- la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la CADH);
- el *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la CADH);
- las garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la CADH);
- la interpretación de la DADDH en el marco del artículo 64 de la CADH;
- las excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la CADH);
- ciertas atribuciones de la CIDH (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la CADH);

¹² Un análisis de dicha opinión consultiva y de otras cuestiones relativas a la competencia consultiva de la Corte IDH, puede verse en BAZÁN, Víctor, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la O.C.-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en BIDART CAMPOS, Germán J. *et al.*, *Derechos humanos. Corte Interamericana*, tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2000, pp. 91-165.

- la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la CADH);
- los informes de la CIDH (artículo 51 de la CADH);
- el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal;
- la condición jurídica y los derechos humanos del niño;
- la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados;
- el control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la CIDH (artículos 41 y 44-51 de la CADH);
- los Jueces *ad hoc*, conforme al artículo 55 de la CADH, y
- los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Debe advertirse que una de las opiniones consultivas, la O.C.-12/91, de 6 de diciembre de 1991 (solicitada por Costa Rica), sobre "Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la CADH", *no fue evacuada por la Corte IDH* por cuanto —según indicó— una respuesta a las preguntas de aquel Estado *podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tuvieran oportunidad en el proceso, lo que distorsionaría el sistema de la Convención.*

Por lo demás, el hecho de que la Corte IDH haya manifestado que las opiniones consultivas *no poseen efecto vinculante* no significa que éstas carezcan de *efecto jurídico y valor práctico*, ya que el propio Tribunal ha concedido que aun cuando la opinión

consultiva no tenga el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, posee en cambio *efectos jurídicos innegables*.¹³

No es un dato menor que en la O.C.-3/83, paralelamente a sostener que las opiniones consultivas no son vinculantes, la Corte —en actitud que contrastaría con la aparentemente devaluada calificación que adjudicaba a aquéllas— hiciera hincapié en que la función consultiva que le defiere el artículo 64 de la CADH "es única en el derecho internacional contemporáneo", ahondando en cavilaciones destinadas a diferenciarse de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y del TEDH, para subrayar que cuando la Convención permite a los Estados Miembros de la OEA y a los órganos de ésta solicitar opiniones consultivas, "crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método *judicial* alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos".¹⁴

Aquella aseveración por la que se presenta como oferente de un método judicial alternativo, unida al carácter extensivo que se ha otorgado a su competencia consultiva *vis-à-vis* otros esquemas (la CIJ y el TEDH), resultan argumentos no desdeñables en el sentido de la importancia que a la misma se le intentó transfundir por vía de la CADH y del Estatuto de la Corte IDH y la que ésta se ha autoasignado por conducto

¹³ Cfr. Corte IDH, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51, CADH)*, solicitada por Chile, 14 de noviembre de 1997, O.C.-15/97, Serie A, No. 15, párr. 26.

¹⁴ Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4, CADH)*, solicitada por la Comisión IDH, 8 de septiembre de 1983, O.C.-3/83, Serie A, No. 3, párr. 43. Las cursivas son del autor.

de su Reglamento y de la línea discursiva trasuntada en algunas de sus opiniones consultivas; todo lo que, nos parece, está lejos de ofrecer margen para predicar la inocuidad de estas últimas.

Sea como fuere, consideramos que la temática del control de convencionalidad (que retomaremos) inculca nuevos elementos a la discusión, lo que nos llevó hace tiempo a aseverar que las *opiniones consultivas* del Tribunal Interamericano, pese a que obviamente no son sentencias jurisdiccionales, sí poseen *carácter vinculante*.

Es preciso asumir que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como la propia CADH ostentan un *vigor jurídico directo*. No puede soslayarse al respecto que el citado artículo 1o. del Estatuto de dicho Tribunal Interamericano (aprobado por la OEA en octubre de 1979) establece que su objetivo es "la aplicación e *interpretación* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".¹⁵

A ello corresponde agregar que si el control de convencionalidad implica que principal, pero no exclusivamente, los Jueces deban cotejar la normativa interna aplicable a un caso concreto con la CADH y *con la interpretación que de ella realice la Corte IDH*, y si justamente las opiniones consultivas son resultado de la labor hermenéutica de ésta en tanto intérprete final de tal instrumento internacional, parece razo-

¹⁵ Aprobado mediante Resolución No. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su 9o. periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia (octubre de 1979). Entró en vigor el 1o. de enero de 1980. Las cursivas son nuestras.

nable concluir que al llevar adelante la fiscalización convencional aquéllos habrán de tener en cuenta necesariamente, en lo aplicable, los *productos interpretativos vehiculados en dichas opiniones consultivas*.

Actualmente converge un elemento dirimente a favor de la vinculatoriedad de éstas. Es que en fecha reciente se ha añadido un factor muy elocuente en el sentido apuntado, que zanja la cuestión. Nos referimos a la ya anticipada O.C.-21/14, rendida el 19 de agosto de 2014.¹⁶ Entre otras consideraciones, allí la Corte IDH sostuvo que:

- de conformidad con el derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado *obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo* (párr. 31), lo que en realidad —agregamos por nuestra parte— es reiteración de una jurisprudencia constantemente sostenida desde hace algunos años;
- la violación por alguno de tales órganos *genera responsabilidad internacional* para el Estado (párr. 31);
- *es necesario que los diversos órganos de éste realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que la Corte IDH señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva*, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito

¹⁶ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, 19 de agosto de 2014, O.C.-21/14, Serie A, No. 21.

del sistema interamericano de derechos humanos, a saber, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos" (párr. 31);

- a partir de la *norma convencional interpretada* mediante una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Partes de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la *Carta de la OEA* (art. 3.I) y la *Carta Democrática Interamericana* (arts. 3, 7, 8 y 9) cuentan con una fuente que, acorde con su propia naturaleza, *contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos*¹⁷ (párr. 31); y
- dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte IDH, la opinión consultiva elaborada en el asunto particular involucra a: i) los Estados Partes de la CADH; ii) todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la DADDH, independientemente de que hayan o no ratificado la CADH; y iii) los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta (párr. 32).

Lo anterior releva de mayores comentarios en torno a la significativa cotización que ostentan las opiniones consultivas en la cabal realización del control de convencionalidad, punto que deberá ser seriamente tomado en consideración por las autoridades internas obligadas a efectuar semejante examen.

¹⁷ Al respecto, la Corte IDH remite a lo que dijera en el aludido *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, considerandos 65-90.

4. Ciertos desafíos y cuestiones conflictivas que surgen de la labor operativa de la Corte IDH y de su relación con los Estados Partes de la CADH que han reconocido su competencia contenciosa

Como puede suponerse, los problemas y desafíos importantes en el marco del sistema interamericano, tanto actual como prospectivamente, son numerosos.

De cualquier modo, las limitaciones de extensión de este trabajo nos mueven a concentrarnos en cuatro puntos vinculados inmediata o mediatamente al acervo competencial de la Corte IDH y sus proyecciones: i) el citado test de convencionalidad; ii) el anhelable fortalecimiento del diálogo judicial entre el Tribunal Interamericano y los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados Partes de la CADH que reconocieron la competencia contenciosa de aquél; iii) la compleja temática de los DESC y su justiciabilidad frontal en virtud del artículo 26 de la CADH, y iv) la problemática del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.

a. Control de convencionalidad

La vinculación de los tribunales nacionales y los internacionales en el área de los derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, produciendo un haz de puntos de contacto no siempre pacíficos ni lineales. Justamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*.¹⁸

¹⁸ Sobre esta materia, puede consultarse BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones institucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Programa Estado de Derecho para

Recolectando los datos que brinda la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho control, teniendo en cuenta que éste transita por *dos vertientes*: una *internacional* y la otra *interna*.

i. Plano internacional

Una de las líneas se desenvuelve en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha denominado "control de convencionalidad".

Esa labor consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan o no compatibles con la CADH, disponiendo en este último supuesto —*v. gr.*— la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de aquella convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo. Igualmente, procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la CADH) en orden a garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte IDH, por vía jurisdiccional, lo impule a tomar medidas legislativas o de otro carácter.

Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, pp. 289 y ss.; y del mismo, "Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2014*, año XX, Bogotá, 2014, pp. 385-429, entre otros.

Esta modalidad fiscalizatoria ha sido denominada *control de convencionalidad concentrado*. Es decir, se trata de una variante desarrollada exclusivamente por la Corte IDH en el ámbito de su competencia contenciosa.

ii. Plano interno

La restante modalidad opera en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los Magistrados jurisdiccionales (haciendo partícipes también a las demás autoridades públicas — según lo ha entendido el propio Tribunal, como enseguida veremos—) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en el plano de los derechos humanos) y a los estándares interpretativos que ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos esenciales.

En suma, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus juris* básico en materia de derechos humanos acerca del cual aquél (órgano o autoridad pública nacional) ejerce competencia por razón de la *materia*.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un mecanismo que —siempre que sea adecuadamente empleado— puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Esta variante ha sido llamada *control de convencionalidad difuso* y, como se anunciaba, se deposita en cabeza de los Magistrados nacionales y otras autoridades

públicas, siempre en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Precisamente esta última tipología de test convencional es la que nos interesa enfocar aquí de manera particular, o sea, la que se despliega en el *plano interno de los Estados*, que por cierto muestra actualmente facetas que merecen ser estudiadas.

Y ello porque, en realidad, la vertiente de examen convencional que circula en la *dimensión internacional*, o sea, la que concentradamente capta el Tribunal Interamericano en ejercicio de su competencia contenciosa, no es para nada novedosa porque, pese a no haberla bautizado taxativamente como "control de convencionalidad", viene efectuándola *materialmente* desde su primer pronunciamiento de condena internacional contra un Estado.

Así, nuestra exploración se posará en la variante de inspección convencional que se moviliza en la *esfera nacional*, y está a cargo de los Jueces internos y demás autoridades públicas competentes, quienes para cumplir cabalmente tal función deberán, *inter alia*: i) *conocer* no sólo los instrumentos internacionales consagratorios de derechos humanos en el ámbito interamericano, sino también el acervo de doctrina judicial que al respecto ha moldeado la Corte IDH, y ii) *despojarse* de visiones prejuiciosamente chovinistas.

La base fundante del control de convencionalidad se localiza, principal, más no exclusivamente, en los artículos 1, 2 y 29 de la CADH, y 26, 27 y 31.1 de la Convención

de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969.¹⁹ Huelga resaltar el papel cardinal que en el punto desempeña el principio *pro persona*.

En la O.C.-14/94, la Corte IDH ha señalado:

Según el derecho internacional las *obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [...]* Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.²⁰

De dicha O.C. pueden extraerse ciertos insumos útiles para abonar lo anticipado en torno a la matriz de apoyo del control convencional, pese a que —naturalmente— dicho Tribunal no se refirió explícitamente a esa modalidad de control, tal como luego la fuera perfilando gradualmente a partir de 2006. En aquélla indicó que:

- los artículos 1o. y 2o. de la CADH establecen el compromiso de los Estados de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y de *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción (párr. 32);

¹⁹ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

²⁰ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, CADH)*, solicitada por la Comisión IDH, 9 de diciembre de 1994, O.C.-14/94, Serie A, Núm. 14, párr. 35. Las cursivas son nuestras.

- también, el de *adoptar*, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (párr. 32); y
- si se ha contraído la obligación de *adoptar* las medidas aludidas, con mayor razón lo ha sido la de *no adoptar* aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención (párr. 33); por lo que la *obligación de dictar las medidas* que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH, comprende la de *no dictarlas* cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades (párr. 36).

Ello debe leerse convergentemente con el criterio que la Corte IDH exteriorizó en su O.C.-13/93, donde en referencia a la CADH puntualizó:

*Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.*²¹

Vale insistir en que la correlación de los artículos 1.1. y 2 de la CADH supone que sus Estados Partes se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos

²¹ Corte IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, CADH)*, solicitada por Argentina y Uruguay, 16 de julio de 1993, O.C.-13/93, Serie A, No. 13, párr. 26. Las cursivas son nuestras.

en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si ese ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades*.

En ese marco, el vocablo "garantizar" implica el deber de los Estados de tomar todas las medidas conducentes, incluso mediante decisiones jurisdiccionales —que quedan subsumidas en la categoría de *medidas de "otro carácter"*— con objeto de remover los obstáculos que impidan que las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

Aquella *adecuación* significa para los Estados el deber de adoptar medidas en dos frentes:

- 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.²²

Semejante obligación de adecuación es una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un "*principe allant de soi*" (un principio evidente), en expresión que

²² Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52, párr. 207; y *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Sentencia de excepción preliminar y fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C, No. 179, párr. 122, entre otros.

hace nueve décadas pronunciara la hoy extinta Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI).²³

Además, todo Estado Parte de la CADH no solamente tiene el nombrado deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino también el de asegurarse que éstas sean *efectivas*, o sea, cumplidas en el orden jurídico interno. Dicho de otra manera, la eficacia de ellas se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, es decir, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención.²⁴ Esa eficacia normativa es *de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*.²⁵

De ese modo, las medidas de derecho interno han de ser efectivas de conformidad con la pauta de *effet utile*, siendo obligación de los Jueces locales y otras autoridades públicas asegurar el cumplimiento de aquel deber de adecuación mediante el *control de convencionalidad*. Por lo demás, este dispositivo ha sido ideado como instrumento para alcanzar una aplicación armónica de las reglas, los principios y valores atinentes a los derechos básicos.

El Tribunal Interamericano ha subrayado que quien lleve adelante el control de convencionalidad en la dimensión interna "debe velar por el efecto útil de los instru-

²³ CPJI, Avis consultatif, "Echange des populations grecques et turques", 1925, Serie B, No. 10, p. 20.

²⁴ Cfr., entre otros, Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Sentencia de reparaciones y costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, No. 39, párr. 69.

²⁵ *Ibidem.* párr. 70.

mentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos".²⁶

iii. ¿Cómo la Corte IDH ha modelado gradualmente los perfiles de la vertiente difusa del control de convencionalidad?

El denominado control de convencionalidad difuso se empezó a aplicar plenariamente en 2006 (para entonces ya existían algunas contribuciones de los ex Jueces Cançado Trindade y García Ramírez) en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, pronunciándose del siguiente modo:

[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican [sic] 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.²⁷

²⁶ Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, No. 186, párr. 180.

²⁷ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párr. 124. Las cursivas son nuestras. También lo ha expresado, *v. gr.*, en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, párr. 173.

Luego, el Tribunal determinó que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así se pronunció en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, especificando 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.²⁸

Ya en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* y frente a algunas dudas acerca de si el control de convencionalidad involucraba también a órganos especializados, como por ejemplo tribunales constitucionales, la Corte IDH zanjó la cuestión al puntualizar:

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.²⁹

Antecedente relevante, aunque para algunos autores un tanto problemático, es la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, por la

²⁸ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso ('Aguado Alfaro y otros') vs. Perú*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, párr. 128. Las cursivas son nuestras.

²⁹ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220, párr. 225. Las cursivas son nuestras.

que la Corte IDH expandió fuertemente las fronteras de operatividad del examen convencional y recalcó que la protección de los derechos fundamentales funciona como límite a las mayorías en el marco de desarrollo de la vida democrática. Afirmó que

[...] particularmente 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'* [...], *que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*.³⁰

Otros precedentes significativos en el camino seguido por la Corte IDH para la construcción teórica, también práctica, de la fiscalización convencional, son los casos *López Mendoza vs. Venezuela*³¹ y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*.³² En ellos expuso que, "con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia".

³⁰ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párr. 239. Las cursivas son nuestras.

³¹ Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1o. de septiembre de 2011, Serie C, No. 233, párr. 228.

³² Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 284.

Ya en los casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y *Gelman vs. Uruguay*, resolución esta última de 20 de marzo de 2013 en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones antes referida (*Caso Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011), subrayó 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 de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados", adquiriendo así "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, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un *control complementario de convencionalidad*".³³

Tal vez sea útil añadir que desde 2013 en varios pronunciamientos de supervisión del cumplimiento de sentencias, la Corte IDH viene señalando a los Estados condenados que, para abastecer los decisorios internacionales, deben realizar *control de convencionalidad*. Ello demuestra cómo se ha ampliado el tenor exhortativo a los Estados para que desarrollen semejante fiscalización, que ya no queda encapsulada exclusivamente en las sentencias de fondo, reparaciones y costas.

³³ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, No. 259, párr. 144; y *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72. Las cursivas son nuestras.

Sin embargo, no todas las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas exhiben un idéntico tenor de permeabilidad a acatar los llamamientos que formula el Tribunal Interamericano en pro del desenvolvimiento del examen convencional en los planos internos. El tema, por tanto, no es absolutamente lineal y pacífico.

Sea como fuere y a modo de telegráfica recapitulación de la paulatina edificación de una doctrina del control de convencionalidad realizable intramuros, específicamente en cuanto a los *destinatarios involucrados en el deber de desplegarlo y al crecimiento del alcance material de tal test*, pueden identificarse hasta el momento—sin ánimo alguno de exhaustividad— los siguientes eslabones:

- El Poder Judicial debe realizar una "especie" de control de convencionalidad (*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*).
- Los órganos del Poder Judicial deben desarrollar no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio (*Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*).
- La inspección convencional involucra a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*).
- Cualquier autoridad pública, y no sólo el Poder Judicial, debe llevar adelante la fiscalización convencional (*Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de fondo y reparaciones).
- Se impone la adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia

de la Corte IDH (casos *López Mendoza vs. Venezuela* y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*).

- Existe la *obligación de las autoridades internas (y fundamentalmente de todos los Jueces y órganos judiciales)* de efectuar lo que sólo a los efectos de graficar la cuestión podríamos denominar un control de convencionalidad *preventivo* teniendo en consideración las interpretaciones de la Corte IDH y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, será aquel Tribunal Interamericano el que lleve a cabo un control *complementario* de convencionalidad (casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y *Gelman vs. Uruguay*, tratándose en este último asunto —como vimos— de una resolución de 20 de marzo de 2013, en el marco del procedimiento de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones).

b. La necesidad de estimular un "diálogo judicial" crítico y tangible

Se trata de un tema de gran importancia que ofrece estrechos puntos de contacto con el control de convencionalidad. De hecho, y como vimos, el desarrollo de éste plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas.

Y precisamente la estimulación de relaciones sinérgicas entre ellas y la Corte IDH y la paulatina construcción de diálogos críticos entre ambos órdenes jurisdiccionales puede facilitar el descubrimiento de caminos idóneos para optimizar la

protección de los derechos fundamentales, que son *expresión directa de la dignidad humana*.

Debe ahora advertirse que las expresiones "diálogo judicial", "diálogo jurisdiccional", "diálogo jurisprudencial" y equivalentes, no son unívocas sino que generan perspectivas conceptuales diversas y deparan numerosos acercamientos al problema e intentos taxonómicos a su respecto.³⁴

Evidentemente, tal diversidad de propuestas y enfoques doctrinarios demuestran con claridad la complejidad del tema, cuyo examen en profundidad resultaría imposible efectuar aquí.

De cualquier modo, entre las numerosas variantes clasificatorias de "diálogo", una versión simplificada consiste en identificar dos modalidades: la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental.³⁵

³⁴ Por mencionar sólo algunos trabajos sobre el punto, *vid.* SLAUGHTER, Anne-Marie, "Typology of transjudicial communication", en FRANCK, Thomas M., y FOX, Gregory H. (comps.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, Irvington, Nueva York, 1996, pp. 37-69; BURGORGUE-LARSEN, Laurence, "La formación de un diálogo constitucional europeo a través del diálogo judicial" en SAIZ ARNAIZ, Alejandro, y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa/UNAM, México, 2012, pp. 29 y ss.; y BUSTOS GISBERT, Rafael, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto de 2012, pp. 18 y ss.

³⁵ Utilizamos *mutatis mutandis* la presentación de DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

Si bien este segundo tipo dialógico es relevante porque habilita un intercambio de ideas y razonamientos en torno a temas comunes de tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas) entre sí; nos centraremos particularmente ahora en las posibilidades de interlocución entre estos órganos y la Corte IDH, sin perjuicio de plantear tangencialmente que esta clase de diálogo también debería involucrar —*mutatis mutandis*— a órganos cuasijurisdiccionales, como por ejemplo, específicamente en el ámbito universal (Organización de Naciones Unidas —ONU—), el Comité de Derechos Humanos o el Comité de DESC.

Pese a que cierto sector doctrinario se muestra renuente a aceptar este último enfoque como un verdadero "diálogo" (pues en su percepción no podría haberlo cuando existe una relación de disímil jerarquía entre los pretendidos *dialogantes*), juzgamos importante focalizar aquí aquella faceta vertical de interlocución, para lo cual entendemos que debe intensificarse un '*rappot*' *jurisprudencial crítico, tangible, constructivo y efectivo*.³⁶

³⁶ Conviene destacar que en Europa, y dentro de un amplio proceso de reformas al TEDH fundamentalmente encaminado a agilizar la resolución de los casos que se le presentan y a *promover un diálogo entre el Tribunal y las autoridades nacionales para fortalecer la protección de derechos humanos en los marcos internos*, en la actualidad se encuentran abiertos a la firma dos Protocolos a la nombrada Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales: el núm. 15 y el núm. 16. Mientras que el primero consagra el principio de subsidiariedad, positiviza la doctrina del margen de apreciación nacional y reduce de seis a cuatro meses el plazo dentro del cual debe plantearse la denuncia ante el TEDH, contado desde la fecha de la decisión nacional final; el segundo de ellos prevé —*inter alia*— la posibilidad de que las Altas Cortes y Tribunales de los Estados Partes soliciten opiniones consultivas al TEDH respecto de cuestiones relacionadas con la interpretación o la aplicación de los derechos y libertades consagrados en la Convención o sus Protocolos.

Ello, con el propósito de que no sólo los órganos de cierre de la justicia constitucional (y demás autoridades involucradas) acaten los patrones exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que éste a su vez tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquéllos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

El diálogo judicial que proponemos constituye un desafío que, según plantea Jimena Quesada,

[...] se ve impregnado por una idea básica: *la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad*, [que] puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad.³⁷

Por otro lado, recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis y convergentemente con lo anunciado, la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente por medio de un *prisma unidireccional* desde la Corte IDH hacia los órganos estatales máximos de justicia constitucional, sino que corresponde hacer foco en una "construcción

³⁷ JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, p. 158. Las cursivas son nuestras.

transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional".³⁸

Es que, como apropiadamente se ha mantenido, no es conveniente ni realista pretender que *todo* el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión,³⁹ sino que corresponde atender a la racionalidad y los beneficios del *diálogo jurisprudencial*.

Consiguientemente, y como adelantábamos, es aconsejable propiciar una lógica de *crossfertilization* (fertilización mutua o cruzada) de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio de argumentos y experiencias y el aprendizaje mutuo.⁴⁰

Ojalá que ese diálogo tangible que propugnamos convierta en realidad sus potencialidades evolutivas y las vuelque en la lucha por la protección de los derechos

³⁸ GÓNGORA MERA, Manuel E., "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas" en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un 'Ius Constitutionale Commune' en América Latina?*, tomo II, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 429.

³⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad" en *Control de convencionalidad, interpretación...*, *op. cit.*, p. 274.

⁴⁰ Para algunas consideraciones adicionales sobre este tema, *vid.* BAZÁN, Víctor, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, segundo semestre de 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.

que, con su naturaleza transversal, se convierte en elemento nuclear para la consolidación de la democracia, la legitimación del Estado Constitucional y Convencional y la salvaguarda de la dignidad humana.

*c. Protección de los derechos económicos,
sociales y culturales⁴¹*

El *reto principal* que en la materia se posa sobre la Corte IDH radica en definir si avanza o no hacia la justiciabilidad directa de los DESC sobre la base de una *interpretación dinámica y actualizada* del artículo 26 de la CADH, en conexión con otras disposiciones de la Carta de la OEA, la DADDH, etc. De hacerlo, produciría una importante propagación de la superficie protectora de esos derechos, inescindiblemente consustanciados con la citada dignidad humana.

Para ubicarnos en el tema, debe evocarse que bajo el rótulo de "Desarrollo progresivo", el aludido artículo 26 de la CADH establece:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Pro-

⁴¹ Sobre el particular, y entre otros trabajos de Víctor Bazán, *vid.*, "Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" en BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167.

toloco de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La cuestión no es menor, sino compleja⁴² y de relevante magnitud jurídica y axiológica. Sea como fuere, nuestra posición personal se inclina por *la conveniencia de que la Corte IDH asuma el desafío y le dé respuesta positiva, pues aquella justiciabilidad directa de los DESC no solamente es posible sino también necesaria para poner en su justo valor operativo a derechos básicos, sobre todo, de las personas y los grupos más vulnerables y excluidos*. Por supuesto, ello no implica pretender empujar al Tribunal a que actúe temeraria e irresponsablemente, ya que la prudencia y el equilibrio son en todo momento factores imprescindibles en su accionar.

Intentaremos presentar algunos argumentos que nos mueven a pensar del modo que anunciábamos.

a) Un asunto que en una primera mirada parecería de textura sólo formal o meramente lingüística, aporta mucho más que eso. La Parte I de la CADH tiene el siguiente título: "*Deberes de los Estados y derechos protegidos*" —cursivas añadidas—.

⁴² De hecho, existe doctrina refractaria a la justiciabilidad directa de los DESC por conducto del artículo 26 de la CADH. En ese sentido pueden verse, por ejemplo, CAVALLARO, James L., y BREWER, Stephanie E., "La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* (edición en español), año 5, núm. 8, Sur-Red Universitaria de Derechos Humanos, São Paulo, junio de 2008, pp. 84-99; y RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R., "The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 159-186.

Dentro de esa Parte, el capítulo I se refiere a los *deberes de los Estados*, el capítulo II se centra en los *derechos civiles y políticos* y el capítulo III, conformado por el artículo 26, focaliza los *derechos económicos, sociales y culturales*.⁴³

De ello se desprende que los DESC a que alude el artículo 26 están incluidos en la categoría de *derechos protegidos* por la CADH y naturalmente quedan encapsulados en el *acervo competencial por razón de la materia* de los órganos estatuidos por la Convención para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos tomados por los Estados Partes al respecto, o sea, la CIDH y la Corte IDH (*cf.* artículo 33, de la CADH).

Por otro lado, debe subrayarse que al resolver el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*⁴⁴ la Corte IDH interpretó ese artículo 26 remitiendo, en lo que respecta al alcance del entendimiento del "desarrollo progresivo" de los DESC, a lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General (O.G.) núm. 3, sobre "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)", de 14 de diciembre de 1990. De ello cabe desprender —*mutatis mutandis*— que el Tribunal Interamericano califica aquel precepto como consagratorio de "claras obligaciones jurídicas para los Estados Partes

⁴³ Además de esa tríada de segmentos, integran también la Parte I los capítulos IV, denominado "Suspensión de garantías, interpretación y aplicación", y V, rotulado "Deberes de las personas".

⁴⁴ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 147, nota 158 a pie de página (que alude al pto. 9 de la O.G. Núm. 3 del Comité de DESC).

con respecto a la plena efectividad de los derechos que al respecto aborda la citada Convención".⁴⁵

Lo anterior, específicamente acerca del alcance operativo del conglomerado de obligaciones contraídas por los Estados que conforman la CADH en el contexto del artículo 26 de la misma, se torna más diáfano sólo con reparar en que la fuente de la que abrevó dicho precepto es ni más ni menos que el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), respecto del cual la apuntada O.G. Núm. 3 del Comité de DESC ha sido contundente al determinar la *fuerza vinculante* de los deberes que depara.

⁴⁵ Nótese que la aludida O.G. Núm. 3, en su pto. 1, expresa: "El artículo 2 [del PIDESC] resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de *las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar* (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) *obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado*". Las cursivas son nuestras.

La expresa remisión que formuló la Corte Interamericana a la aludida O.G. se dirigió a su pto. 9, en el que puede leerse: "La *principal obligación de resultado* que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo [...] *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad *la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata*. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Las cursivas son nuestras.

Ambas disposiciones confluyen en un punto de gran relevancia: la consecución progresiva de *la plena efectividad de los derechos* englobados en aquéllas. No parece entonces la mejor de las interpretaciones predicar que semejante mandato de *plena efectividad* contenga sólo fraseología despojada de preceptividad jurídica.

Es que un aserto de tal tenor quedaría rápidamente desvanecido, teniendo en cuenta por ejemplo los siguientes factores y circunstancias: i) los principios internacionales cardinales de *pacta sunt servanda* y *bona fide*, la imposibilidad de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de compromisos internacionales y la necesaria hermenéutica conforme al objeto y el fin del instrumento internacional (que respectivamente surgen de los artículos 26, 27 y 31.1 de la CVDT); ii) la especial naturaleza de los tratados internacionales sobre derechos humanos; iii) el principio *pro persona*; iv) las obligaciones estatales de respetar y garantizar los DESC y de adecuar el derecho interno a las premisas del convenio internacional, y v) los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (civiles y políticos y económicos, sociales y culturales).

b) Es también determinante que la Corte IDH haya reiterado sin ambages en el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú* que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (art. 62.1 de la CADH) "*presuponen la admisión por los Estados que la presentan, del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*".⁴⁶ Partiendo de tal superficie de apoyo, es igualmente cate-

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros ('Cesantes y Jubilados de la Contraloría') vs. Perú*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 1o. de julio de 2009, Serie C, No. 198, párr. 16.

górico que haya enfatizado nuevamente que "*ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la CADH y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ella*".⁴⁷

Debe recalarse que el artículo 26 del *Pacto de San José de Costa Rica* queda decididamente incluido en ese amplio espectro de cobertura que deja al descubierto la taxativa aseveración de la Corte. Correlativamente, los derechos encapsulados en tal precepto están sometidos a las *obligaciones generales* estatuidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, de igual modo que los derechos civiles y políticos desplegados en los artículos 3 a 25 del mismo instrumento internacional.

Lo anterior viene a cuento porque luego de haber resuelto el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú* aparecen dos asuntos relativamente recientes asociados a algunos aspectos de los DESC en los que no ha existido mención alguna al artículo 26 de la CADH por parte de las respectivas mayorías votantes de la Corte IDH. Aludimos a los casos *Furlan y Familiares vs. Argentina*⁴⁸ (sobre los derechos a la salud y a la seguridad social) y *Suárez Peralta vs. Ecuador*⁴⁹ (acerca del derecho a la salud), aunque pueden rescatarse los acertados votos concurrentes de la ex Jueza Margarette May Macaulay, en el primero de ellos, y del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el segundo.

⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246.

⁴⁹ Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.

Ambos Magistrados plantearon la posibilidad de resolver —en lo pertinente— los conflictos llevados al seno de la Corte IDH considerando la *justiciabilidad directa* de los DESC bajo el alcance del artículo 26 de la CADH (y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles), en una perspectiva que nos parece auspiciosa. Más allá de estas posiciones refrescantes (aunque minoritarias), se abre un signo de interrogación en torno a la prospectiva de la jurisprudencia del Tribunal en la materia, pues pareciera gestarse (al menos en la posición mayoritaria) una retracción *vis-à-vis* en el avance que intentó producir la sentencia recaída en *Acevedo Buendía vs. Perú*.

c) Por su parte, atinadamente se ha sostenido que el señalado artículo 26 de la CADH reconoce todos los DESC enunciados en la DADDH, y los que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.⁵⁰

Por ello, en el supuesto de concurrir ambos textos, se habrán de armonizar los dos estándares de protección, que pueden ser aplicados de manera acumulativa. Además, todos estos derechos se insertan en la competencia en razón de la materia, tanto de la CIDH cuanto de la Corte IDH, habilitando el sistema de peticiones individuales previsto en la CADH; competencias y habilitación que, según se ha

⁵⁰ Cfr. GIALDINO, Rolando, "Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos", *La Ley*, T. 2013-E, Buenos Aires, pp. 924-925.

apuntado, no han sufrido mengua alguna a consecuencia del Protocolo de San Salvador.⁵¹

Por su parte, Urquilla explora el artículo 26 de la CADH opinando que "[... m]ás allá de su texto inmediato en el sentido de que [...] obliga a adoptar medidas de desarrollo progresivo, se trata de un *auténtico texto de reconocimiento genérico de derechos económicos, sociales y culturales*".⁵² Añade que "[e]n el marco de su proceso de creación queda demostrado que la referencia a las *normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura* de la Carta de la OEA, fue una *manera para referir a los derechos económicos, sociales y culturales*".⁵³

Entre otras consideraciones, agrega que el multinombrado artículo 26 de la CADH, junto con todo su amplio contenido, "forma parte de las normas que regulan la competencia *ratione materiæ* de los órganos del sistema interamericano [...lo que permite que *la CIDH y la Corte IDH*] *puedan garantizar su contenido, haciendo de esta manera que los derechos económicos, sociales y culturales sean exigibles en el ámbito del sistema interamericano*".⁵⁴

Convergentemente, una de las vías que identifica Melish para que el sistema interamericano y sus usuarios logren consolidar la jurisprudencia socioeconómica

⁵¹ *Cfr. Ibidem*, p. 925.

⁵² URQUILLA, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2009, p. 197. Las cursivas son nuestras.

⁵³ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

⁵⁴ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

regional radica en reconocer el pleno alcance del artículo 26 de la CADH en su protección a los derechos *autónomos* a la salud, educación, vivienda, seguridad social, condiciones de empleo justas, sindicalización y cultura. Añade que "*la jurisprudencia internacional y la legislación nacional deben ser usadas para dar contenido autónomo y significativo, en contextos específicos y concretos, a estos derechos fundamentales. No deberían estar empotrados al interior de otras normas que las amparen, en donde vayan a perder su contorno y especificidad*".⁵⁵

En síntesis, para abonar la línea de justiciabilidad directa anunciada, se conjugan los artículos 26 y 29 de la CADH bajo la iluminación axiológica y jurídica del principio pro persona. Por cierto, se trata de un desafío no precisamente menor para la Corte IDH.

d. Observancia de las sentencias del Tribunal Interamericano

Al menos en abstracto, nadie parecería dudar de la fuerza obligatoria de las sentencias de la Corte IDH. Aunque en los hechos, en no pocas ocasiones sucede lo contrario.

Es así como el tema presenta sus bemoles o crepúsculos, pues órganos jurisdiccionales máximos de algunos Estados sostienen que semejante vinculatoriedad

⁵⁵ MELISH, Tara J., "El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano", en AA.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México/Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, p. 218. Las cursivas son nuestras.

existe solamente cuando el pronunciamiento ha sido proferido en los casos en que el Estado en cuestión fue parte y resultó condenado, negando tal carácter mandatorio a los fines del examen de compatibilidad convencional cuando la decisión se produjo en un asunto contra otro Estado.

Semejante percepción deja de lado que si bien para el Estado condenado la sentencia del Tribunal Interamericano hace *cosa juzgada internacional*, o sea, le genera una *vinculación inmediata o directa* (cfr. arts. 67, parte inicial, y 68.1 de la CADH), para el resto de los Estados Partes del sistema, dicho fallo produce *cosa interpretada internacional*, lo que supone un importante nivel de preceptividad, generándole una *vinculación mediata o indirecta*. Esto revela, para Cançado Trindade, que el resolutorio es válido *erga omnes partes*, ya que tiene implicaciones para todos los Estados de la CADH en su deber de prevención.⁵⁶

Además, si el pronunciamiento del Tribunal Interamericano no vinculara de manera alguna a los Estados del sistema que no fueron parte en el contencioso concreto, carecería de sentido la parte final del art. 69 de la CADH, que dispone: "El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y *transmitido a los Estados Partes en la Convención*" (Énfasis añadido).

⁵⁶ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio A., "Anexo 21: Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), 16 de octubre de 2002", en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memoria del Seminario realizado los días 23 y 24 de noviembre de 1999, tomo II, 2a. ed., Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003, p. 920.

Indudablemente, a los fines de la inspección de convencionalidad, la *cosa interpretada* debe ser tomada en consideración incluso por los Estados que no protagonizaron la contienda particular, lo que también vale para las opiniones consultivas a la luz de lo determinado por la Corte IDH en la anunciada O.C.-21/14.

Por último, y para dejar paso a las consideraciones de recapitulación que cerrarán este trabajo, debe quedar claro que para justificar el incumplimiento de los pronunciamientos del Tribunal Interamericano en casos en que el Estado en cuestión sea parte, como de las obligaciones emergentes de los documentos internacionales que hubiera ratificado o a los que se hubiese adherido, no tienen ningún valor pretextos basados en el [vacuo] argumento de la *soberanía estatal absoluta*.

Además de que tal percepción ha quedado superada desde hace mucho tiempo (incluso hace varios siglos Bodino⁵⁷ ya reconocía al "derecho de gentes" como límite

⁵⁷ En *Los Seis Libros de la República*, obra publicada en 1576, el renombrado teórico francés admitió explícitamente que el *poder soberano está vinculado por el derecho divino, natural y de gentes*; y nunca pretendió que el Estado fuera el ordenamiento jurídico supremo, limitándose a sostener que constituía la *potestas* suprema, esto es, la instancia temporal superior en relación con sus súbditos y ciudadanos. García Gestoso indica que Bodino distinguiría *varios tipos de límites para la soberanía y el soberano*. En ese sentido, apunta que "unos procederán de la ley divina y del derecho natural. Otros, del propio orden social comunitario, entre los cuales estarán tanto el respeto a los tratados internacionales, contratos y propiedades de sus súbditos, como los derivados de las leyes fundamentales del reino" (GARCÍA GESTOSO, Noemí, "Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los *Seis Libros de la República* de J. Bodino", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 120, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, abril-junio de 2003, pp. 301-327, en particular, pp. 318-319. Las cursivas son nuestras). Cabe tener en cuenta que si bien en algún tramo de la obra Bodino afirmó "que el príncipe no está más obligado al derecho de gentes que a sus propios edictos, y si el derecho de gentes es injusto, el príncipe puede mediante sus edictos, derogarlo en su reino y prohibir a los súbditos su uso", luego matizó tal afirmación sosteniendo, en la parte relativa a la seguridad y tratados entre príncipes, que "cuando el príncipe ha prometido no hacer algo permitido por el derecho natural, no será perjuro si rompe su juramento [...]. *Los príncipes prudentes, no deben jurar a los otros*

a la soberanía), bastaría con recordar al Estado renuente en honrar sus compromisos internacionales que fue justamente por conducto de un acto *soberano* que firmó, aprobó y ratificó los instrumentos convencionales de derechos humanos (o se adhirió a ellos) y reconoció la jurisdicción contenciosa del multicitado Tribunal Interamericano.

5. Epílogo

Delinearemos aquí ciertas observaciones de cierre, que se unen a otras apreciaciones volcadas en el nudo del trabajo. En modo alguno tales consideraciones intentan ser verdades "inconcusas" o "reveladas". Sólo fueron pensadas como reflexiones para incentivar el debate sobre retos y cuestiones fundamentales, tanto actuales como prospectivas, en el marco funcional de la Corte IDH y su dinámica interactiva con los tribunales nacionales de los Estados que integran el sistema interamericano y reconocieron la jurisdicción contenciosa de aquélla.

1. Los Estados Partes del esquema interamericano deben asumir que, según un acendrado criterio de la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un *carácter especial*, cuyo objeto y fin convergen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*. De hecho, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, celebrados en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes.

príncipes nada que sea ilícito por derecho natural o por derecho de gentes." Citado por *ibidem*, p. 319, nota 60. Las cursivas son nuestras.

Asimismo, corresponde que aquéllos internalicen que varias facetas de los derechos humanos se mueven en el plano del *ius cogens*; que lo aconsejable es bregar siempre por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y que es preciso asimilar que el derecho internacional general no está compuesto solamente por reglas, sino que se trata de un sistema normativo que tiene como objetivo *valores comunes*.

2. En un marco donde se acrecienta la movilidad de las reglas *iusinternacionales* y se ahonda la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere mayor volumen cualitativo la realización *ad intra* del examen convencional por parte de los Magistrados y otras autoridades públicas.

Semejante test se aplica sobre la normativa subconstitucional y constitucional frente al bloque de reglas, valores y principios que conforman la matriz literal (también la subyacente) de la CADH y de los restantes instrumentos integrantes del *corpus juris* interamericano, además de los patrones interpretativos que viene forjando el Tribunal Interamericano en su praxis tanto contenciosa como consultiva.

La exigencia del control de convencionalidad intraestatal obedece a la dinámica de *irradiación* de la jurisprudencia de la Corte IDH hacia los Estados que han aprobado y ratificado la CADH y reconocido la jurisdicción contenciosa de ese Tribunal.

3. Convenientemente aplicada, la fiscalización convencional en su vertiente *interna* o *difusa* puede satisfacer varios de los propósitos para los que fue ideada, por ejemplo:

- la observancia por las autoridades competentes nacionales de los estándares fijados por la Corte IDH, lo que supondría que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente tomados por el Estado;
- el funcionamiento de los Magistrados internos como "jueces interamericanos" y garantes *prima facie* de los derechos esenciales a partir de la asunción de las reglas y la jurisprudencia interamericanas;
- el recurso a la interpretación conforme al derecho internacional como autorizado instrumento hermenéutico;
- la búsqueda del efecto útil de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos;
- la maximización del principio de economía procesal, ya que ante la inminencia o la consumación de una transgresión de derechos fundamentales se podría generar una respuesta apropiada en el ámbito interno para sortearla o repararla aplicando el estándar que al respecto hubiere determinado la Corte IDH; y
- la posibilidad de evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

4. La plataforma fundante del control de convencionalidad se localiza, primordial pero no exclusivamente, en los artículos 1o., 2o. y 29 de la CADH, y 26, 27 y 31.1 de la CVDT, y está permeada transversalmente por la intensa carga jurídico-axiológica del principio *pro personae*.

5. Pese a que indudablemente las opiniones consultivas de la Corte IDH no son sentencias, sí están dotadas de fuerza vinculante y *deben* ser tenidas en cuenta por los Jueces y demás autoridades públicas competentes al desplegar el control de convencionalidad que tienen a cargo. Esta cuestión ha quedado formalmente zanjada con la O.C.-21/14 proferida por el propio Tribunal Interamericano.

6. La conexión jurisdiccional entre la Corte IDH y los órganos estatales máximos de justicia constitucional *no puede ni debe darse en el plano de una exclusiva lógica unidireccional que se mueva desde aquélla hacia éstos*, sino que es preciso profundizar una *interlocución jurisprudencial crítica y constructiva* sobre la plataforma de una dinámica de retroalimentación y respeto mutuo.

Esa deseable sinergia no podrá consolidarse si no se aprehende que entre ambas instancias no existe una relación de jerarquización formalizada, sino una *vinculación de cooperación en la interpretación 'pro persona' de los derechos fundamentales*.

7. En el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*, entre otros asuntos anteriores, la Corte IDH ha defendido que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria *presuponen la admisión por los Estados que la presentan del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*. No menos importante es que haya concluido que *ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la CADH y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ella*, aseveración que indudablemente envuelve al artículo 26 de tal instrumento internacional.

No obstante lo expuesto, casos más recientes dirimidos por la Corte IDH muestran cierto repliegue en la materia. Aludimos a los asuntos *Furlan y Familiares vs. Argentina*, en relación con los derechos a la salud y a la seguridad social, y *Suárez Peralta vs. Ecuador*, acerca del derecho a la salud; aunque al menos en ellos deben ser reivindicados los respectivos y atinados votos concurrentes de la ex Jueza Margarette May Macaulay, en el primero, y del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el segundo.

8. Uno de los desafíos principales que se ciernen sobre la Corte IDH en el área de los DESC consiste en adoptar la decisión político-jurídica de enfocar frontalmente las cuestiones atinentes a tales derechos a partir de la aplicación directa y autónoma del artículo 26 de la CADH, aunque no sin prudencia y responsabilidad. Esta disposición convencional reconoce todos los DESC expuestos en la DADDH, y los emergentes de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura inmersas en la Carta de la OEA, motivo por el cual, en caso de concurrencia de ambos textos, debe procederse a una modulación de ese tándem de estándares tuitivos cuya aplicación puede ser acumulativa.

No es precisamente una circunstancia insignificante que todos los derechos anunciados estén acogidos en el ámbito competencial (*ratione materiae*) de los órganos del sistema regional: CIDH y Corte IDH, por lo que su violación puede abrir paso al sistema de peticiones individuales diseñado por la CADH.

9. Si bien en abstracto y discursivamente no parece dudarse de la fuerza obligatoria de los fallos de la Corte IDH, con frecuencia el plano fáctico se encarga de exhibir reticencias y resistencias.

Es que algunos Estados entienden que aquella vinculatoriedad procede sólo cuando el pronunciamiento ha sido emitido en asuntos en que ellos fueron técnicamente partes en las respectivas contiendas. Esa visión omite tener en cuenta que, si bien para el Estado condenado la sentencia hace *cosa juzgada internacional*, esto es, le provoca una *vinculación inmediata o directa*, para los demás Estados Partes del modelo dicha decisión origina *cosa interpretada internacional*, lo que supone una *vinculación mediata o indirecta*. Ello porque el fallo tiene validez *erga omnes*, al conglobar a todos los Estados de la CADH en su deber de prevención.

10. Una atmósfera de aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas (todo un desafío para la Corte IDH y las instancias judiciales internas) podría contribuir a despejar algunas de las dificultades sistémicas que atentan contra la acabada efectividad de los derechos fundamentales (civiles y políticos y económicos, sociales y culturales), cuya protección es uno de los propósitos medulares del Estado Constitucional y Convencional.

Nada menos que el respeto por la dignidad humana, valor fundante, está en juego (y en riesgo).

Bibliografía

BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, diciembre de 2014, pp. 289 y ss.

_____, "Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" en BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167.

_____, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, tomo I, Mendoza, Argentina, 2000, pp. 91-165.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, "La formación de un diálogo constitucional europeo a través del diálogo judicial" en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MACGREGOR, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa/UNAM, México, 2012, pp. 29 y ss.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A., "Anexo 21: Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 16 de octubre de 2002" en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memoria del Seminario realizado los días 23 y 24 de noviembre de 1999, tomo II, 2a. ed., Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, mayo de 2003, pp. 909-935.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad" en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa/UNAM, México, 2012, pp. 269-305.

GÓNGORA MERA, Manuel E., "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas" en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un 'Ius Constitutionale Commune' en América Latina?*, tomo II, IJ-UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und

Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, pp. 403-430.

JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.

MELISH, Tara J., "El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano" en AA.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, 173-219.

SLAUGHTER, Anne-Marie, "Typology of transjudicial communication" en FRANCK, Thomas M. y FOX, Gregory H. (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, Irvington, Nueva York, 1996, pp. 37-69.

URQUILLA, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2009.

Hemerografía

BAZÁN, Víctor, "Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de conven-

cionalidad y diálogo jurisprudencial", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2014*, año XX, Bogotá, 2014, pp. 385-429.

_____, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2o. semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta/Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.

_____, "Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, con particular referencia al sistema interamericano", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, núm. XVIII, 2009, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 2010, pp. 267-302.

BELORGEY, Jean-Michel, "La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales", *Revista de Derecho Político*, núm. 70, UNED, Madrid, 2007, pp. 349-377.

BUSTOS GISBERT, Rafael, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto de 2012, pp. 18 y ss.

CAVALLARO, James L. y BREWER, Stephanie E., "La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* (edición en español), año 5, núm. 8, Sur/Red Universitaria de Derechos Humanos/Editora Gráfica Ltda., São Paulo, junio de 2008, pp. 84-99.

GARCÍA GESTOSO, Noemí, "Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los *Seis Libros de la República* de J. BODINO", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 120, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, abril-junio de 2003, pp. 301-327.

GIALDINO, Rolando, "Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos", *La Ley*, tomo 2013-E, Buenos Aires, pp. 924-925.

RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R., "The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 159-186.

Criterios jurisdiccionales

CIDH, *Impacto del procedimiento de solución amistosa*, OEA/Ser.L/V/II.Doc., 45/13, 18 de diciembre de 2013, Original: Español, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/Informe-Soluciones-Amistosas.pdf

Corte IDH, *Asunto Pérez Torres y otros ('Campo Algodonero') vs. México*, Resolución de 30 de junio de 2011.

Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros ('Cesantes y Jubilados de la Contraloría') vs. Perú*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 1o. de julio de 2009, Serie C, No. 198.

Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 124. Las cursivas son del autor. También lo ha expresado, *v. gr.*, en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162.

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239.

Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220.

Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párr. 207; y *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Sentencia de excepción preliminar y fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C, No. 179.

Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98.

Corte IDH, *Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, No. 259.

Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246.

Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Sentencia de reparaciones y costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, No. 39.

Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221.

Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013.

Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013.

Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, No. 186.

Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1o. de septiembre de 2011, Serie C, No. 233.

Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.

Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso ('Aguado Alfaro y otros') vs. Perú*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158.

Corte IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, CADH)*, solicitada por Argentina y Uruguay, 16 de julio de 1993, O.C.-13/93, Serie A, No. 13.

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, O.C.-17/02, Serie A, No. 17.

Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, 19 de agosto de 2014, O.C.-21/14, Serie A, No. 21.

Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1o. de octubre de 1999, O.C.-16/99, Serie A, No. 16.

Corte IDH, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51, CADH)*, solicitada por Chile, 14 de noviembre de 1997, O.C.-15/97, Serie A, No. 15.

Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, CADH)*, solicitada por la Comisión IDH, 9 de diciembre de 1994, O.C.-14/94, Serie A, No. 14.

Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4, CADH)*, solicitada por la Comisión IDH, 8 de septiembre de 1983, O.C.-3/83, Serie A, No. 3.

CPJI, Avis consultatif, "Échange des populations grecques et turques", 1925, Serie B, No. 10.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES/2426, de 3 de junio de 2008.

Resolución del Consejo Permanente de la OEA, CP/RES. 963, de 11 de noviembre de 2009.

U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

Víctor Orozco Solano*

Sumario: 1. Introducción; 2. Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a Costa Rica; 3. Las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con motivo del control de convencionalidad; 4. El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en que Costa Rica no es parte; 5. El control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense; 6. Conclusiones.

1. Introducción

En términos generales el propósito de estas notas es desarrollar los alcances de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el sistema de justicia constitucional costarricense. Al respecto, la Sala Constitucional

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Autor de varios libros y artículos publicados en revistas especializadas. Correo electrónico: victorozcocr@gmail.com

de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Sala Constitucional) ha sostenido con respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH, que es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio del llamado control de convencionalidad, tanto en los supuestos en que la República de Costa Rica es parte del litigio que se ventila en el seno de la Corte IDH, como en aquellos en que no lo es.¹

De igual modo, los tribunales ordinarios también han comenzado a inaplicar disposiciones legales por motivos de inconvencionalidad.² En este marco, valdría la pena preguntarse si ello supone una ruptura del denominado "monopolio de rechazo" que tiene la Sala Constitucional (en el marco de un sistema de justicia constitucional concentrado) para expulsar del ordenamiento jurídico una norma por razones de inconstitucionalidad o inconvencionalidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que la propia Corte IDH ha sostenido que el control de convencionalidad debe realizarse en el marco de las competencias procesales y legales de los países que pertenecen al Sistema Interamericano.

En estas líneas serán analizadas las decisiones de la Corte IDH con respecto a Costa Rica, tanto en el ejercicio de la función consultiva como en la contenciosa. También se examinarán las decisiones de la Sala Constitucional dentro de las cuales se ha incluido en el parámetro de constitucionalidad, o en el Derecho de la Constitución, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), así como el

¹ *Vid.* Sentencia núm. 2014-12703 de 1o. de agosto.

² *Vid.* Decisión del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal núm. 2014-1758 de 11 de septiembre de 2014.

carácter aparentemente vinculante que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos asuntos en que la República de Costa Rica no es parte del litigio que se ventila en ese tribunal.

Acerca del particular, y con el mayor respeto, nos parece que la Sala debería matizar esa posición original, para sostener ese carácter vinculante sólo en los casos en que el estándar convencional sea superior al nacional en aplicación del principio *pro homine* o *pro libertate*. Esta idea, que no es original del autor, sino que fue inicialmente esbozada por don Fernando Castillo Víquez en su libro *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, tiene por fin impedir que en la aplicación de una sentencia de la Corte IDH, en un asunto en que no es parte la República de Costa Rica, se afecte una institución nuclear del sistema de justicia constitucional costarricense, o bien, se deje de lado un estándar nacional de protección de los derechos humanos superior al convencional. Ello se produce, por ejemplo, si se pretende transplantar los alcances del fallo *Yatama vs. Nicaragua* (que declaró inconvencional la prohibición de revisar en sede judicial las decisiones del Supremo Órgano Electoral), con respecto al Tribunal Supremo de Elecciones, donde precisamente esa prohibición tiene por objeto la defensa del principio de imparcialidad y la pureza del sufragio, o bien, si se pretende aplicar un criterio convencional en materia de derechos económicos, sociales y culturales en detrimento del estándar nacional desarrollado por la Sala Constitucional en su jurisprudencia, en cuya virtud la inexistencia de recursos económicos no debe ser impedimento para asegurarle al particular el pleno goce de estos derechos. En este orden, nos parece que el intérprete debe aplicar, o seguir con lupa, o con mucho cuidado, la jurisprudencia de la Corte IDH, teniendo en cuenta que a dicho

órgano le resulta una tarea imposible determinar los efectos plenos de sus decisiones con respecto a todos los países que conforman el sistema interamericano.

De igual manera, como se refirió, se ha planteado si con ocasión del control de convencionalidad por parte del Juez ordinario, se produce o no una ruptura del monopolio del que goza la Sala Constitucional para expulsar del ordenamiento jurídico una norma, ya sea por razones de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad. En este sentido, aunque la Corte IDH ha sostenido en su jurisprudencia que los Jueces ordinarios deben realizar, de oficio, un control de convencionalidad con respecto a las normas del ordenamiento jurídico, desde ningún punto se puede soslayar que la propia Corte IDH ha sostenido que dicho control debe realizarse *"en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los Jueces y órganos 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."*³

Con lo cual el Juez ordinario, en el marco del modelo de justicia constitucional concentrado o hiperconcentrado que configura el artículo 10 de la Constitución Política, si tiene dudas fundadas acerca de la compatibilidad entre la norma que ha de aplicar para resolver un conflicto de intereses y la Constitución Política y la CADH, en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad, debe plantear la con-

³ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 282.

sulta judicial de constitucionalidad para que sea la Sala Constitucional la que determine si finalmente esa norma se adecua al Derecho de la Constitución y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, si se trata de una norma con rango de ley.⁴ Es claro que en nuestro sistema el Juez ordinario no puede inaplicar una norma con rango de ley por razones de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad, sencillamente porque el sistema no es difuso sino concentrado.

Es distinto si se trata de una norma con rango infralegal, la cual sí puede ser inaplicada por el Juez ordinario, ya sea por razones de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad.

2. Las decisiones de la Corte IDH con respecto a Costa Rica

Con respecto a Costa , la Corte IDH ha resuelto cuatro opiniones consultivas y dos casos contenciosos (estos últimos, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*). La primera de las opiniones consultivas es la número OC-4/84 de 19 de enero de 1984, relacionada con la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica en torno a la naturalización. En ella, el Gobierno de Costa Rica solicitó que la Corte IDH determinara si existe alguna incompatibilidad entre las reformas propuestas y las disposiciones citadas de la CADH.

⁴ Sobre el particular *Vid.* HERNÁNDEZ VALLLE, Rubén, "El diálogo de las Cortes en Costa Rica", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo y Jurisprudencia en Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 837.

En una forma específica, dentro del contexto de la pregunta anterior, estima que deben contestarse las siguientes preguntas:

1. ¿Se afecta en alguna forma el derecho de toda persona a tener una nacionalidad estipulado en el artículo 20, párrafo primero de la Convención, con las modificaciones proyectadas a los artículos 14 y 15 de la Constitución Política?
2. ¿Es compatible la reforma propuesta al inciso 4 del artículo 14, según el texto propuesto en el dictamen, con el artículo 17, párrafo 4 de la Convención, en cuanto a igualdad entre los cónyuges?
3. ¿Es compatible el texto de la moción acompañada por los Diputados a su dictamen para reforma de ese mismo inciso, con el párrafo primero del artículo 20 de la Convención?

Lo anterior, ante la iniciativa de las autoridades costarricenses de reformar los artículos 14 y 15 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, en los siguientes términos:

Artículo 14. Son costarricenses por naturalización:

- 1) Los que han adquirido esa calidad en virtud de leyes anteriores;
- 2) Los nacionales de otros países de Centroamérica, españoles e iberoamericanos por nacimiento, con cinco años de residencia oficial en el país, y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley;

- 3) Los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan residido oficialmente por un término mínimo de siete años y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley;
- 4) La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad o que luego de estar casada dos años con costarricense y de residir por ese mismo periodo en el país, manifieste su deseo de adquirir nuestra nacionalidad; y
- 5) Quienes reciban la nacionalidad honorífica de la Asamblea Legislativa.

Artículo 15. Quien solicite naturalizarse debe acreditar su buena conducta, demostrar que tiene oficio o medio de vivir conocido, que sabe hablar, escribir y leer el idioma español. Se someterá a un examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores, debiendo, asimismo, prometer que residirá en el territorio nacional de modo regular y jurar que respetará el orden constitucional de la República. Por medio de ley se establecerá los requisitos y la forma para tramitar la solicitud de naturalización.

Al abordar la consulta, la Corte IDH resolvió, en relación con el artículo 20 de la Convención, y por cinco votos contra uno, "que el derecho a la nacionalidad, reconocido por el artículo 20 de la Convención, no está involucrado en el proyecto de reforma constitucional, objeto de la presente consulta". Ahora bien, en lo que atañe a los artículos 24 y 17.4 de la Convención, por unanimidad la Corte IDH dispuso "que no constituye discriminación contraria a la Convención estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros" y por cinco votos contra uno: "que no constituye discriminación contraria a la Convención limitar

esa preferencia a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento"; también se resolvió por cinco votos contra uno "que no constituye, en sí mismo, discriminación contraria a la Convención agregar los requisitos del artículo 15 del proyecto, para la obtención de la nacionalidad costarricense por naturalización", y por unanimidad, "que sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges". Este último criterio luego fue retomado con posterioridad por la Sala Constitucional en el caso de la famosa sentencia hombre-mujer, en el cual señaló que no pueden establecerse discriminaciones por razones de género, en lo que respecta a los procesos de naturalización. Sobre este tema se volverá luego.

Ahora bien, mediante la opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, la Corte IDH resolvió la solicitud del Gobierno de Costa Rica en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969 (Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica) con las disposiciones de los artículos 13 y 29 de la CADH. De este modo, tras desarrollar los alcances de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte dispuso por unanimidad "que la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", y además que

[...] la Ley No. 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas

personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵

Dicho criterio luego fue retomado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el *Caso Roger Ajún Blanco*, como se verá *infra*.

Por su parte, por medio de la opinión consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, la Corte IDH se pronunció sobre la solicitud efectuada por el Gobierno de Costa Rica, mediante la comunicación del 1o. de octubre de 1985, sobre la interpretación y el alcance del artículo 14.1 de la CADH, con respecto a los artículos 1.1 y 2 de la misma. En dicha oportunidad la Corte IDH dispuso:

[...] el artículo 14.1 de la Convención consagra un derecho de rectificación o respuesta exigible *per se*, como derecho de la propia Convención, cualesquiera que sean su valor y eficacia, o los de la Convención en general, en el orden interno de cada Estado, e independientemente de si éste haya establecido o no las condiciones de su ejercicio previstas por la misma disposición.⁶

⁵ Corte IDH, *La Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC 5/85, 13 de noviembre de 1985, p. 25.

⁶ Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 29 de agosto de 1986, p. 16.

En virtud de lo anterior, de conformidad con el artículo 1.1 de la CADH, todo Estado Parte está obligado, inmediata e incondicionalmente:

1. A garantizar el derecho de rectificación o respuesta a toda persona sometida a su jurisdicción, en los términos del artículo 14.1, frente a los medios de comunicación colectiva que el mismo refiere, públicos o privados, así como a respetarlo directamente en los primeros, aunque no haya establecido en su orden interno las condiciones de su ejercicio previstas por la misma disposición;
2. A garantizarlo, en todo caso, de acuerdo con criterios de razonabilidad, habida cuenta de su naturaleza, objeto y fin y de la necesidad de equilibrar su ejercicio legítimo con el de los derechos fundamentales de los demás, particularmente el de libre expresión de los medios;
3. A otorgar a toda persona que se considere agraviada, en los términos del artículo 14.1, el acceso a un recurso jurisdiccional expedito y eficaz, que resuelva perentoriamente cualquier conflicto sobre la existencia del agravio y, en caso afirmativo, garantice la publicación oportuna de la rectificación o respuesta

También se dispuso que complementariamente y sin perjuicio del deber inmediato e incondicional de respetar y garantizar el derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes están obligados, en virtud del artículo 2o. de la CADH y del principio en general de seguridad jurídica, a establecer en su orden interno las condiciones de su ejercicio previstas por el artículo 14.1, habida cuenta de las peculiaridades del

propio derecho y respetando su contenido esencial y los demás derechos reconocidos por el derecho internacional. Además, se dispuso que el establecimiento de las condiciones de ejercicio de ese derecho debe hacerse en primer lugar mediante ley formal, en los términos definidos por la Corte en su Opinión Consultiva. De este modo, con la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135, de 11 de octubre de 1989, en sus artículos 66 a 70, se estableció la manera de hacer valer el derecho de rectificación y respuesta.

Finalmente, en lo que respecta a las opiniones consultivas, por medio de la No. OC-12/91, de 6 de diciembre de 1991, la Corte IDH resolvió la comunicación efectuada el 22 de febrero de 1981 por parte del Gobierno de Costa Rica, acerca de la compatibilidad de un proyecto de ley de reforma de dos artículos del Código de Procedimientos Penales y de Creación del Tribunal Superior de Casación Penal en trámite ante la Asamblea Legislativa, con el artículo 8.2.h. de la citada CADH. En esa ocasión, la Corte IDH decidió no responder a la consulta formulada por el Gobierno, considerándose que una respuesta a las preguntas de Costa Rica podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, lo que distorsionaría el sistema de la Convención.

Ahora bien, en lo que atañe a la competencia contenciosa de la Corte IDH, como se ha referido, a la fecha han sido dos los casos que se han tramitado contra la República de Costa Rica. En el primer asunto, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte IDH consideró que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión

consagrado en el artículo 13 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, en los términos señalados en los párrafos 130, 131, 132, 133 y 135 de esa sentencia.⁷ Además, se consideró que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la CADH en relación con el artículo 1.1 de la misma, y en el artículo 8.2.h en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, en los términos señalados en los párrafos 172, 174, 175 y 167 de la sentencia.⁸

⁷ Entre los argumentos que sobre el particular utilizó la Corte IDH están los siguientes:

"130. A la luz de lo anteriormente señalado, este Tribunal pasa a determinar si la sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa fue una restricción necesaria en una sociedad democrática y consecuentemente compatible con la Convención Americana. 131. En el presente caso, la información vertida en la prensa de Bélgica respecto del diplomático Félix Przedborski, representante del Estado costarricense ante la Organización de Energía Atómica en Austria, por sus supuestas actividades ilícitas, produjo una inmediata atención por parte del periodista Mauricio Herrera Ulloa, quien reprodujo parcialmente información publicada por dichos medios. La Corte observa que el periodista Herrera Ulloa se limitó básicamente a la reproducción de estas informaciones que atañían, como se ha dicho, a la conducta de un funcionario público en el extranjero. 132. Este Tribunal debe mencionar que, como consecuencia de sus actos, el señor Herrera Ulloa fue sometido a un proceso penal que terminó con una sentencia condenatoria en la que el juez, aplicando los artículos 146, 149 y 152 del Código Penal de Costa Rica, sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querellado debía ser desechada porque éste no logró probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos al señor Félix Przedborski, sino que sólo pudo demostrar que "el querellante fue cuestionado a nivel periodístico en Europa". Esto significa que el juzgador no aceptó la excepción mencionada porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas; exigencia que entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención. 133. El efecto de esta exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad. 134. A este respecto, la Corte Europea ha señalado que "El castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público. 135. Por lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, dado que la restricción al ejercicio de este derecho sufrida por el mencionado periodista excede el marco contenido en dicho artículo".

⁸ Entre los argumentos que utilizó la Corte con respecto a este derecho se encuentran los siguientes:

"167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior

Esta sentencia tuvo grandes repercusiones en el país, a tal grado que motivó una reforma a la normativa procesal penal. Concretamente, generó la promulgación de la Ley de creación del recurso de apelación de sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal, Ley No. 8837, de 3 de mayo de 2010, publicada en el Alcance No. 10-A al *Diario Oficial La Gaceta*, No. 111, de 9 de junio de 2010.

Finalmente, en el *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, la Corte IDH conoció acerca de alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la

realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de este último y apoderado especial del periódico La Nación, respectivamente (supra, párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado... 172. Como ha quedado probado, en el proceso penal contra el periodista Mauricio Herrera Ulloa se interpuso el recurso de casación en dos oportunidades (supra, párr. 95. r y 95. w). La Corte observa que los cuatro magistrados titulares y el magistrado suplente que integraron la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al decidir el 7 de mayo de 1999 el recurso de casación interpuesto por el abogado del señor Félix Przedborski contra la sentencia absolutoria, fueron los mismos que decidieron el 24 de enero de 2001 los recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria por el abogado defensor del señor Mauricio Herrera Ulloa y apoderado especial del periódico La Nación, y por los señores Herrera Ulloa y Vargas Rohmoser, respectivamente (supra, párr. 95. y). 173. Cuando la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia resolvió el primer recurso de casación anuló la sentencia casada y ordenó remitir el proceso al tribunal competente para su nueva sustanciación, con base en que, inter alia, 'la fundamentación de la sentencia no se presenta como suficiente para descartar racionalmente la existencia de un dolo directo o eventual (respecto a los delitos acusados)' (supra, párr. 95. s). 174. Los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia debieron abstenerse de conocer los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 porque considera esta Corte que al resolver el recurso de casación contra la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998, los mismos magistrados habían analizado parte del fondo, y no solo se pronunciaron sobre la forma. 175. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria, no reunieron la exigencia de imparcialidad. En consecuencia, en el presente caso el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa."

fecundación *in vitro* (en adelante "FIV") que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante "Sala Constitucional") de dicho país. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

En esa ocasión se dispuso que el Estado costarricense es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la CADH, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, en los términos de los párrafos 136 a 317 de esa decisión.

Al respecto, se discute si a partir de esa decisión la Sala Constitucional tiene o no la obligación de anular, de oficio, la sentencia del año 2000 que supuso la prohibición de la técnica de la FIV, teniendo en consideración que la Corte IDH ha establecido

la obligación del Estado de adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en esa sentencia.

En este sentido, la Sala Constitucional, en las sentencias No. 2013-10712, de 8 de agosto, y No. 2014-3715, de 14 de marzo, se ha negado a exigir a las autoridades costarricenses la obligación de aplicar la técnica de la FIV a las amparadas, pese a los alcances del fallo de la Corte IDH. Al respecto, en la última sentencia la Sala ha sostenido que

[...] en la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica *el deber de regular* el desarrollo de la FIV, precisamente, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, *NO QUE SE DICTE UNA SENTENCIA DE ESTA SALA NORMANDO ESTA TÉCNICA*. Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28 constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la

Corte como un derecho, su ejecución tiene una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal, tal y como se indicó *supra*. Por tal razón, el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar.⁹

En este orden, preferimos el criterio expuesto en los votos particulares de la Magistrada Hernández López y el Magistrado Salazar Murillo a la decisión No. 2014-3715, de 14 de marzo. En el primero de ellos:

a) se priva de efectos y de su valor vinculante a la sentencia de esta Sala número 2000-2306 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil; b) se ordena a las todas [sic] autoridades públicas involucradas, abstenerse de cualquier acción que tenga como efecto directo o indirecto impedir o prohibir la práctica de la técnica de la fertilización *in vitro*, entendida ésta en la forma y con el alcance descritos en la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la FIV, lo anterior sin perjuicio del obligado ejercicio de las potestades de vigilancia y regulación atribuidas a las autoridades públicas con competencias específicas sobre la materia; c) se ordena dar acceso a la amparada a los servicios especializados de la Caja Costarricense de Seguro Social, para ser valorada sobre si ella y su pareja presentan un problema de infertilidad que les permita clínicamente calificar para el acceso a la técnica de fertilización *In vitro*. De resultar positiva la valoración, darle acceso a ese tratamiento bajo las regulaciones de su médico tratante.¹⁰

⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Considerando IV", Resolución 2014-003715, Recurso de amparo exp. 13-013503-0007-CO, 14 de marzo de 2014, disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&tem1=FIV&nValor1=1&nValor2=600757¶m7=0&strTipM=T&IResultado=5&strLib=LIB

¹⁰ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Nancy, "Voto salvado de la Magistrada Hernández López", en *ibidem*.

Lo anterior, justamente, al considerarse que el principio de reserva legal debe aplicarse a las limitaciones a los derechos fundamentales, no a su aplicación directa de la Constitución, ya que éstos son *self executing*, es decir, no necesitan de leyes que los implementen para su garantía.

3. Las decisiones de la Sala Constitucional con motivo del control de convencionalidad

Tras 25 años de funcionamiento de la Sala Constitucional, son múltiples las sentencias que ha dictado con motivo del control de convencionalidad, en los cuales se ha defendido un carácter supraconstitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos, a tal grado que, si reconocen un derecho o brindan mayor cobertura de una libertad que la propia Constitución, entonces priman sobre ésta. Es claro entonces que en el ordenamiento jurídico costarricense los instrumentos internacionales de derechos humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, motivo por el cual los particulares pueden exigirlos directamente ante las autoridades públicas. Lo anterior a partir de una relación armónica de los artículos 7 y 48 de la Constitución Política.

Estos razonamientos han sido utilizados por una parte de la doctrina especializada para defender el carácter supraconstitucional de estos instrumentos. Entre los que defienden dicho carácter supraconstitucional, Armijo Sancho ha señalado, al comentar el criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia No. 3805-92, de 28 de noviembre, que:

[...] lo expuesto, tiene como objeto presentar con claridad el lugar que, dentro de las fuentes normativas de nuestro ordenamiento jurídico, tienen los derechos humanos, desde luego prevalente sobre la legislación "municipal" desde la perspectiva internacional, categoría a la que pertenecen los Códigos, y además explica la razón por la cual la Sala ha declarado inaplicables algunas normas, o en otros casos ha visto la necesidad de emplear la técnica de dictar interpretaciones armónicas de sus reglas con las superiores de los tratados sobre derechos humanos y con las constituciones. En última instancia, lo que hacemos es parodiar y transformar la frase de García de Enterría, al señalar que: los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica son normas jurídicas y como tales producen efectos jurídicos.¹¹

Es clara entonces la existencia de una línea jurisprudencial muy definida por la Sala Constitucional, en el sentido de privilegiar la aplicación de los instrumentos internacionales de los derechos humanos sobre las disposiciones constitucionales, si aquellos confieren mayores libertades o un mayor ámbito de protección o tutela de un derecho determinado. En su estudio, Armijo Sancho menciona las siguientes sentencias de la Sala Constitucional, todas las cuales han tenido gran trascendencia en el foro jurídico costarricense:¹²

- la Sentencia No. 1147-90, de 21 de septiembre: en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* para reconocer a un funcionario judicial sentenciado su derecho a la

¹¹ ARMIJO SANCHO, Gilbert, "La tutela de los derechos humanos en Costa Rica", *Ius et praxis*, vol. 9, núm. 1, Talca, 2003, pp. 39-62.

¹² *Cfr. Idem.*

jubilación; en este pronunciamiento se expresó que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos "*tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley No. 7128, de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 —así corregidos los que se invocan en la acción— del Convenio sobre la Seguridad Social, No. 102 de la OIT*". Así, en esta sentencia resalta la Sala que el derecho de los Derechos Humanos, tanto interno como internacional, prohíbe cualquier tipo o clase de discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos de los delincuentes, imputados o condenados, y para ello utiliza como normas aplicables no sólo el artículo 33 de la Constitución Política, sino también el Preámbulo y el artículo 2 de la *Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre*; los artículos 1, 2.1 y 7 de la *Declaración Universal sobre Derechos Humanos*; el Preámbulo, y los artículos 2.1 y 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; el Preámbulo y el artículo 2.2 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; y otros textos internacionales, entre ellos, el Convenio 102 de la OIT;

- la Sentencia No. 1739-92, de 1o. de julio, en que la Sala Constitucional conoció la Consulta Judicial Preceptiva de Constitucionalidad (expediente No.1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con base en un recurso de revisión interpuesto por Mario Enrique Arias

Arguedas contra la sentencia del Juez Tercero Penal de San José de las 8:00 horas del 8 de mayo de 1964, que le impuso la pena de un año de prisión, con condena de ejecución condicional, por el delito de estafa en perjuicio de "Compañía Distribuidora G. Renero". En esta sentencia (redactada por el Magistrado Piza Escalante¹) la Sala Constitucional desarrolló todos los elementos del derecho al proceso debido, cuyo contenido esencial no sólo ha sido protegido por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino también en diversos Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, entre ellos la CADH;

- la Sentencia núm. 3435-92 y su aclaración núm. 5759-93: en estos pronunciamientos, la Sala reconoció el derecho del extranjero casado con mujer costarricense a naturalizarse, tras haber interpretado el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con los artículos 2.1, 3 y 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 1.1, 2, 17, 24, 51, 52 de la CADH; y el artículo 23.1.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ésta es una de las primeras ocasiones en que la Sala Constitucional realiza un control de convencionalidad y lo hace con respecto a la misma Constitución;
- la Sentencia núm. 2313-95, de 9 de mayo, en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada por Róger Ajún Blanco, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la CADH. En este pronunciamiento la Sala Constitucional declaró inconstitucional

la norma impugnada, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva No. OC-5-85 de 13 de noviembre de 1985 en el sentido de: "que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En esta decisión se afirma que las decisiones de la Corte IDH son vinculantes para el país, tanto en el ejercicio de su competencia contenciosa como en la consultiva;

- la Sentencia No. 2000-09685, de 1o. de noviembre, en que se conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de aprobación del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*; en esta decisión, la Sala Constitucional se refirió a la eficacia de que se dota, en el sistema de justicia constitucional costarricense, a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que formalmente no han sido suscritos o aprobados conforme al trámite constitucional, del siguiente modo:

En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los "instrumentos internacionales", significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país. Así, la

Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las "Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos", de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense. En este sentido puede citarse la sentencia núm. 2000-07484, del veinticinco de agosto último, en que por virtud de un hábeas corpus formulado por un recluso, esta Sala condenó al Estado por violar esas Reglas Mínimas, particularmente por el hacinamiento y falta de higiene constatados en un centro penitenciario. En esa misma fecha, también se estimó un recurso de hábeas corpus planteado en favor de unos ciudadanos panameños que habían ingresado al país con visa de turismo y que, según las autoridades de Migración, solamente permitía "fines de recreación" y que fueron sorprendidos ejerciendo una protesta pacífica ante las instalaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde pendía su caso, originado en alegadas violaciones a sus derechos por parte del Gobierno de la República de Panamá. Se les detuvo y se les iba a deportar, de modo que la Sala anuló las resoluciones que en tal sentido se habían dictado, porque, como se nota, sería absurdo que al ser Costa Rica sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impida a quienes tengan pendientes casos ante ella, entre ellos extranjeros, expresarse en forma pacífica y pública a favor de los derechos que considere les asisten;¹³

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Considerando V", Resolución 2000-09685, Consulta judicial preceptiva exp. 00-008325-0007-CO, 1o. de noviembre de 2000, disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=2&nValor1=1&nValor2=141162&strTipM=T&Resultado=14

- y la Sentencia No. 2002-10693, de 7 de noviembre, en que se reitera el criterio sostenido por la Sala Constitucional en las anteriores oportunidades, para admitir el derecho de toda persona de participar en la formación de las decisiones públicas referentes a la protección del ambiente, en los términos en que está consagrado en los numerales: 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 16 de la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 37/7, de 28 de octubre de 1982, y 8.2 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 41/128, de 4 de diciembre de 1996.

A las anteriores decisiones bien se podría agregar la sentencia núm. 2003-02771, de 4 de abril, en que la Sala declara la inconstitucionalidad de la reforma efectuada al artículo 132, inciso 1), de la Constitución Política, mediante Ley No. 4349 de 11 de julio de 1969, y en el que se indica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un límite implícito al poder reformador de la Constitución, ejercido según el procedimiento previsto en el artículo 195 constitucional.

Es claro entonces que la Sala Constitucional no sólo ha defendido en su reiterada jurisprudencia el carácter normativo y vinculante de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino también su valor supraconstitucional, en aquellos supuestos en que un instrumento internacional brinde mayor amplitud o protección de una determinada garantía que la propia Constitución.

4. El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos en que Costa Rica no es parte

Como se expuso, recientemente la Sala Constitucional ha sostenido, por medio de la sentencia núm. 2014-12703, de 1o. de agosto, el carácter vinculante de la Jurisprudencia de la Corte IDH, con sustento en la siguiente argumentación:

III. CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos *Almonacid Arellano* y otros *c/. Chile* de 26 de septiembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú* de 24 de noviembre de 2006, *Cabrera García y Montiel Flores c/. México* de 26 de noviembre de 2010 y *Gelman c/. Uruguay* de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el *corpus iuris* interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas.¹⁴

Dicho criterio, que no es compartido por todos los Magistrados titulares que actualmente integran la Sala Constitucional, ha servido de base para afirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH en aquellos casos en que la República

¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Considerando III", Resolución 2014-012703, Recurso de amparo exp. 13-008162-0007-CO, 1o. de agosto de 2014, disponible en: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=618040&strTipM=T&Resultado=1

de Costa Rica no es parte. Así, en el caso concreto, la Sala Constitucional se valió de los alcances de la sentencia dictada por la Corte IDH en el Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, y se obligó al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica a extender a la pareja del recurrente el carné para el ingreso y uso de las instalaciones de esa corporación profesional y, en caso de presentar las gestiones concretas, tramitar lo correspondiente para que pueda incluirlo como beneficiario de la póliza de vida y ser asegurado en las pólizas de los seguros voluntarios.

Cabe mencionar que con esta decisión la Sala Constitucional modificó el criterio vertido en la sentencia No. 2012-5590, de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, en donde la mayoría de la Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo.

En efecto, lo anterior había sido negado por la mayoría de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al considerarse que la decisión de la Corte IDH no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la conyugalidad homosexual, la seguridad social homosexual, la democratización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló, por el contrario, el tema del derecho a la vida familiar como derecho humano, señalándose que no es

posible decidir sobre la custodia y el cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores. Con lo cual, según la mayoría de la Sala, "es claro que el 'juicio base' de la resolución de la CIDH, en nada resulta aplicable al caso concreto". Lo anterior por cuanto, en el caso resuelto por la Corte IDH, se tiene como supuesto fáctico el de dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor por motivos de inclinación homosexual, mientras que en el caso que ahora nos ocupa, lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso al seguro social de su conviviente. De lo anterior se deduce, siguiendo la argumentación sostenida por la mayoría de la Sala Constitucional, que el supuesto fáctico del caso resuelto por la Corte IDH no es aplicable al conocido y fallado por la Sala Constitucional, pese a que en ambos se producen sendas discriminaciones por motivos de orientación sexual. Aunado a lo anterior, sin duda destaca el voto particular del Magistrado Castillo Víquez, quien se niega a conceder carácter vinculante a la Jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos asuntos en que el Estado costarricense no es parte.

En el otro caso, el de la sentencia No. 2013-04491, de 3 de abril, la Sala Constitucional se negó a aplicar los alcances del fallo dictado por la Corte IDH en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, con el argumento de que el supuesto de hecho conocido en aquel caso es distinto del fallado por la Sala, en la medida en que, como se argumentó en el voto de mayoría, la prohibición de inhabilitación de los funcionarios públicos por parte de órganos administrativos únicamente alcanza a los que son escogidos mediante elección popular. Al respecto, en el voto de mayoría se afirmó:

En la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *López Mendoza vs. Venezuela* de 1o. de septiembre de 2012, ese órgano regional estimó que violentaba el parámetro de convencionalidad (artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) una sanción de inhabilitación por tres años impuesta a quien se había desempeñado por ocho años como Alcalde del Chacao —Estado de Miranda—, sea en un puesto de elección popular, para postular su nombre como candidato de la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas y, eventualmente, ser electo en ese cargo de designación popular. Esa sanción en el ordenamiento jurídico venezolano es accesoria a la declaratoria de responsabilidad administrativa de un funcionario público. La Corte Interamericana estimó que la sanción administrativa impuesta de inhabilitación para ejercer funciones públicas, por el Contralor de la República de ese país, violentaba el derecho al sufragio pasivo, sea a ser electo popularmente de López Mendoza, ante su proyecto de postularse como Alcalde del Estado Mayor de Caracas. Lo anterior, queda ratificado con la transcripción literal de las consideraciones de la Corte Interamericana. Así, en el Considerando 104 estimó lo siguiente:

"104. La Corte debe determinar si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular son o no compatibles con la Convención Americana."

Luego añade lo siguiente:

"105. Así pues, refiriéndose específicamente al caso concreto que tiene ante sí, la Corte entiende que este punto debe resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo."

En la consideración de la Corte Interamericana 108 se indica:

"En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (*supra*, párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido."

En la consideración 140, vuelve a reiterar la Corte Interamericana lo siguiente:

"140. Al respecto, la Corte resalta que existe una diferencia importante entre la sanción de multa y la sanción accesoria de inhabilitación para postularse a elecciones, que, como ya se señaló, implica una limitación al sufragio pasivo (*supra*, párr. 108)".

En los "Puntos Resolutivos" o parte dispositiva, la Corte Interamericana resuelve, expresamente, lo siguiente:

"1. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 109 de la presente Sentencia."

Finalmente, la Corte Interamericana declara los [sic] siguiente:

"1. El Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a

celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 217 del presente Fallo."

En la presente acción de inconstitucionalidad, los funcionarios públicos que acuden a este Tribunal, no son de elección popular y no aducen que se hubieren postulado para un puesto de elección popular, por lo que no está en juego el derecho a ser electo o el sufragio pasivo, con lo que la sentencia de la Corte Interamericana, evidente y manifiestamente, no resulta aplicable.¹⁵

Acerca del particular, en el voto salvado del Magistrado Armijo Sancho se rebate el punto y se afirma:

En este asunto, efectivamente en el párrafo 100 de la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela (2011) la Corte discierne que el punto central del fallo radica en las sanciones de inhabilitación impuestas a López, por decisión de un órgano administrativo, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular. No obstante, cabe destacar que la sentencia aborda —y equipara— dos resoluciones sancionatorias contra López, la primera de ellas impuesta el 24 de agosto de 2005 por el Contralor General en Resolución No.01-00-00020690, por acciones que realizó estando designado como Analista de Entorno Nacional en la Oficina del Economista Jefe de la empresa Petróleos de Venezuela, S.A., confirmada el 28 de marzo del mismo año y que le impuso la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un periodo de tres años, con base en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 y

¹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Considerando XIV", Resolución 2013-04491, Acción de inconstitucionalidad, exp. 11-013971-0007-CO, 3 de abril de 2013, disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=642690&strTipM=T&Resultado=2

el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Es decir, se trata de la inhabilitación decretada contra un funcionario público de designación por actividad administrativa, no electo popularmente.¹⁶

En suma, lo cierto es que en esta decisión la Sala Constitucional también se había negado a aplicar la sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela* para resolver un caso sometido a su conocimiento.

Como se expuso en la introducción de este trabajo, no nos parece conveniente que se establezca una recepción directa de la jurisprudencia de la Corte IDH, sin tener en cuenta que, en efecto, coincidan las circunstancias de hecho y de derecho que así lo justifican, dentro de lo cual se debe tener muy en cuenta no sólo el fenómeno cultural, sino también los casos en los cuales el transplante de la jurisprudencia de la Corte IDH podría afectar a una institución nuclear del sistema jurídico y político costarricense, o dejar de lado un estándar interno de protección de un determinado derecho que es superior al convencional. En suma, aunque compartimos sin duda los alcances del fallo núm. 2014-12703 de 1o. de agosto, sobre todo en lo que respecta a la aplicación de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, sí nos parece conveniente proceder con cautela en esta materia, vigilar la jurisprudencia de la Corte IDH, y aplicarla en nuestro país sólo sí, en aplicación del principio *pro homine*, el estándar convencional es superior al nacional con respecto a determinado derecho. Es lógico entonces que ello depende,

¹⁶ ARMIJO SANCHO, Gilbert, "Voto salvado del Magistrado Armijo Sancho" en *ibidem*.

ciertamente, de la ponderación que realice el Tribunal Constitucional en determinado conflicto de derechos, con lo cual el principio de autocontención debe encontrarse de manera permanente en el actuar de los Jueces constitucionales, quienes son, como se verá más adelante, los únicos facultados para expulsar del ordenamiento jurídico, con efectos *erga omnes*, o bien para inaplicar, una norma con rango de ley que se estime inconvenional.

5. El control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense

Con ocasión de la reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, efectuada por medio de la Ley No. 7128, de 18 de agosto de 1989, se atribuyeron a la Sala Constitucional las siguientes competencias: la jurisdicción de constitucionalidad (arts. 10 y 128 constitucionales) para garantizar la supremacía y uniforme interpretación y aplicación del Derecho de la Constitución;¹⁷ la jurisdicción de los derechos y libertades fundamentales, que tiene por objeto tutelar las libertades y los derechos humanos fundamentales; y la jurisdicción de conflictos, con el fin de resolver las disputas de competencias entre los órganos constitucionales.

De esta manera, en lo que atañe al sistema de justicia constitucional costarricense, se debe advertir que nuestro modelo de justicia, al igual que el español o

¹⁷ PIZA ESCALANTE, Rodolfo, *La justicia constitucional en Costa Rica*, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2004, p. 87.

alemán, responde más al concentrado que al difuso. Lo anterior por cuanto, mientras el difuso se caracteriza, fundamentalmente, por la potestad de que goza cada Juez para desaplicar con efectos *inter partes*, al resolver un caso concreto, una disposición contraria a la Constitución; el modelo concentrado, en cambio, determina la conformidad de una medida con la Norma Fundamental mediante un juicio abstracto de constitucionalidad, cuyo resultado tiene efectos *erga omnes*, declarándose en consecuencia la nulidad de la disposición impugnada.

Este tema fue resuelto por la Sala Constitucional con ocasión de la consulta judicial facultativa de constitucionalidad formulada por el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de San José, sobre la regularidad constitucional de los artículos 15 de la Ley No. 6966, de 25 de septiembre de 1984, y 8o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333, de 5 de mayo de 1993. En efecto, en la sentencia No. 1185-95, de 2 de marzo, la Sala Constitucional dispuso:

[...] la Sala estima que el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es inconstitucional, si se le interpreta en el sentido de que no autoriza a los funcionarios que administran justicia para desaplicar por propia autoridad ninguna ley, norma o acto de cualquier naturaleza que sea contrario a la Constitución Política, porque, para el caso en que tengan duda fundada acerca de la constitucionalidad de esas normas, deben, necesariamente, formular la consulta ante la Sala Constitucional. Debe agregarse, en este sentido, que esta interpretación es la única conforme con la Constitución Política, ya que por una parte se preserva el diseño constitucional de una Sala especializada y con poder concentrado para declarar la inconstitucionalidad, pero, por otra, no deja al juez en la tesitura de aplicar normas que estima inconstitucionales, lo cual, como alguien ha dicho, sería un pecado de lesa

Constitución, al permitirle, en ese caso, formular una consulta fundamentada al órgano con competencia para decidir el punto.¹⁸

En esa oportunidad, la Sala puso de manifiesto la noción concentrada (en el mayor grado) de nuestro sistema de justicia constitucional, y señaló que existe reserva constitucional en cuanto a la asignación de competencia para realizar el control de constitucionalidad.¹⁹ Por lo anterior, desde ningún punto de vista compartimos el razonamiento expresado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal en la decisión No. 2014-1758, de 11 de septiembre, en que se desaplica, con efectos para el caso concreto, el artículo 11 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo No. 8204. Lo anterior por cuanto, en ese caso el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal actúa en el ejercicio de una atribución que no le corresponde, pues en el marco del sistema concentrado de control de constitucionalidad, únicamente la Sala Constitucional puede inaplicar una norma con rango de ley

¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 1185-95, Consulta judicial facultativa, exp. 94-000747-0007-CO, 2 de marzo de 1995, disponible en: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=3&nValor1=1&nValor2=82980&strTipM=T&Resultado=22

¹⁹ En efecto, en esta sentencia la Sala consideró: "Como se ha dicho, en forma resumida, esa posibilidad del control en manos diferentes al órgano constitucionalmente señalado, queda fuera del alcance de la ley ordinaria, pues la materia constitucionalmente regulada automáticamente escapa a su ámbito y rango de regulación, como también se ha escrito en el ámbito de la doctrina nacional. Ésta es la verdadera reserva que la Constitución establece en materia de control de constitucionalidad. Por ese motivo, hablamos aquí ya no simplemente del principio de legalidad, sino específicamente del principio de legalidad constitucional, que es su versión más calificada y atendible. Ante tal reserva, constituiría un sofisma afirmar que el principio de supremacía constitucional lleva a que toda autoridad pública —y obviamente todo Juez— tiene competencia para desaplicar las normas inconstitucionales, independientemente del alcance que se le otorgue a ese acto".

por razones de inconstitucionalidad o de inconveniencia. No olvidemos que si bien la Corte IDH ha señalado que los Jueces ordinarios deben efectuar de oficio un control de convencionalidad de todas las normas del ordenamiento jurídico, dicho control debe ser realizado *en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*, con lo cual si los Jueces ordinarios tienen dudas fundadas acerca de la inconstitucionalidad, o de la inconveniencia de la norma que ha de aplicarse para resolver un caso concreto, tienen la obligación de plantear la consulta judicial de constitucionalidad, para que sea la Sala quien dirima el problema, en los términos en que está regulado por el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Lo anterior, sin perjuicio, desde luego, de la posibilidad de que los Jueces ordinarios efectúen una interpretación conforme al Derecho de la Constitución, o al Derecho de la CADH, si la norma lo permite. En este marco, lo que no es posible es que el Juez ordinario inaplique directamente la ley, soslayando los alcances del artículo 10 de la Constitución Política.

6. Conclusiones

En este breve ensayo se ha pretendido repasar cuál ha sido el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sistema de justicia constitucional costarricense. En este sentido, se han referido las decisiones de la Corte IDH con respecto a Costa Rica, tanto con motivo de su función consultiva, como de la contenciosa, las cuales son vinculantes para nuestro país. También se han examinado las principales decisiones de la Sala Constitucional con respecto al valor normativo de los instrumentos

internacionales de derechos humanos, así como las ocasiones en que se ha efectuado, por parte de la Sala, el control de convencionalidad.

Acerca del particular, sin duda sobresale lo resuelto por la Sala Constitucional en la sentencia hombre-mujer, para sostener la imposibilidad de establecer discriminaciones por razones de género incluso en la propia norma constitucional, a partir de lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También sobresale el criterio de la Sala según el cual los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos tienen valor supraconstitucional, y deben ser aplicados incluso por encima de las normas constitucionales si confieren mejor protección o mayor alcance de un derecho que la propia Constitución.

Además, se ha analizado cuál es el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte del litigio que se ventila ante la Corte y se ha reconocido su valor vinculante, a partir de la sentencia núm. 2014-12703, de 1o. de agosto. Acerca del particular, y como se ha mencionado en otros trabajos, preferimos que la Sala matice esa posición para reconocer dicho valor vinculante sólo en los casos en que el estándar regional de protección de los derechos humanos sea superior al nacional. Otra discusión se produce por la aparente ruptura del denominado "monopolio del rechazo" del que goza la Sala Constitucional para inaplicar y expulsar del ordenamiento jurídico una norma con rango de ley que no es compatible frente a la Constitución Política y frente a la CADH. Dicho monopolio no sólo persiste por fuerza del artículo 10 constitucional, sino también porque la propia Corte IDH ha sostenido que el control de convencionalidad debe

realizarse en el marco de las competencias procesales y legales de cada país determinado.

Bibliografía

BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1985.

BIDART CAMPOS, German y CARNOTA, Walter, *Derecho Constitucional Comparado*, tomo I, Ediar Ediciones, Buenos Aires, 2001.

BRYCE, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, CEPC, 1998.

CARRILLO Marc y ROMBOLI Roberto, *La reforma del recurso de amparo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando, *Temas controversiales del Derecho Constitucional*, Juriscentro, San José, 2011.

CORWIN, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Fraterna, Buenos Aires, 1978.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1983.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, Juriscentro, San José, 1995.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, "El diálogo de las Cortes en Costa Rica", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2013.

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, 1992.

_____, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2005.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Constitución*, Lustel Publicaciones, Madrid, 2004.

OROZCO SOLANO, Víctor, *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*, UBIJUS-CEAD, México, 2012.

_____, *La fuerza normativa de la Constitución*, Investigaciones Jurídicas, San José, 2008.

PATÍÑO CRUZ, Silvia y OROZCO SOLANO, Víctor, *La inconstitucionalidad por omisión*, Investigaciones Jurídicas, San José, 2004.

PÉREZ TREMPES, Pablo, "El Tribunal Constitucional y Juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador", en *Autonomía y Justicia y Cataluña, VII Seminario Organizado por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña*, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, GESMAX, SL, Barcelona, 2003.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo, "Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución", *Jurisdicción Constitucional*, Juricentro, San José, 1993.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo, *La Justicia Constitucional en Costa Rica*, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2004.

SOLANO CARRERA, Luis Fernando, "Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense", en *Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica*, Agencia Catalana de Cooperación al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006.

Hemerografía

ARMIJO SANCHO, Gilbert (2003), "La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica", *Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, Talca, 2003.

HARO, Ricardo (2004), "El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, Fundación Konrad Adenauer.

LEGUINA VILLA, Jesús (1987), "Principios generales del Derecho y Constitución", *Revista de Administración Pública*, núm. 114, septiembre-diciembre, Madrid.

Criterios jurisdiccionales

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 282.

Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 29 de agosto de 1986, p. 16.

Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC 5/85, 13 de noviembre de 1985, p. 25.

Decisión del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal No. 2014-1758, de 11 de septiembre de 2014.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Considerando IV", Resolución 2014-003715, Recurso de amparo, exp. 13-013503-0007-CO, 14 de marzo de 2014, disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&tem1=FIV&nValor1=1&nValor2=600757¶m7=0&strTipM=T&Resultado=5&strLib=LIB

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Considerando V", Resolución 2000-09685, Consulta judicial preceptiva exp. 00-008325-0007-CO, 1o. de noviembre de 2000, disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=2&nValor1=1&nValor2=141162&strTipM=T&Resultado=14

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Considerando III", Resolución 2014-012703, Recurso de amparo exp. 13-008162-0007-CO, 1o. de agosto de 2014, disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=618040&strTipM=T&Resultado=1

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Considerando XIV", Resolución 2013-04491, Acción de inconstitucionalidad exp. 11-013971-0007-CO, 3 de abril de 2013, disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=642690&strTipM=T&Resultado=2

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 1185-95, Consulta judicial facultativa exp. 94-000747-0007-CO, 2 de marzo de 1995, disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=3&nValor1=1&nValor2=82980&strTipM=T&IResultado=22

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2015 en los talleres de Impresores Profesionales, S.A. de C.V., calle Hidalgo núm. 60L5, Colonia Tlalnepantla Centro, Municipio Tlalnepantla de Baz, C.P. 54000, Estado de México. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT de 8, 10, 11 y 14 puntos y Gothic720 BT de 12 y 18 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel couché mate dos caras de 100 grs.

