

**EL DERECHO INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS:  
POSIBILIDADES, PROBLEMAS Y RIESGOS  
DE UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO**

*Disertación del Dr. Alfonso Santiago  
en sesión privada del Instituto de Política Constitucional,  
el 21 de octubre de 2009*



# **ECONOMÍA, TEORÍA Y PRÁCTICA LEGAL: ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES**

Por el DR. ALFONSO SANTIAGO

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, *Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo.*

“En repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo.*

## **Presentación**

Al cumplirse seis décadas de la firma de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, quisiera esbozar unas breves reflexiones sobre algunos problemas jurídicos y políticos que se plantean con motivo del progresivo desarrollo de un nuevo “paradigma jurídico”, como consecuencia del surgimiento del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos durante la segunda mitad del siglo XX.

Me propongo plantear brevemente algunas de las principales cuestiones teóricas y prácticas que el nacimiento y desarrollo de este nuevo modelo jurídico está provocando en los ordenamientos jurídicos nacionales, donde progresivamente ha comenzado a instalarse<sup>1</sup>. Nos parece que se trata de una problemática en la que convergen intereses académicos del Derecho Constitucional, del Derecho Internacional y de la Teoría del Derecho.

## I. El Surgimiento y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El 10 de diciembre de 1948 tuvo lugar uno de los mayores hitos en la historia mundial: la proclamación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>2</sup> de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*<sup>3</sup>, de la que en el año 2008 se ha cumplido su 60º aniversario.

Este acontecimiento, con notables y profundas repercusiones culturales, éticas, políticas y jurídicas, tenía como antecedente

---

<sup>1</sup> Como bien describe Hart, refiriéndose a los cambios y evoluciones que experimentan los sistemas jurídicos, “estas etapas intermedias entre el nacimiento y la existencia autónoma y normal [de un sistema jurídico], por un lado, y entre ésta y la muerte, por otro, dislocan nuestras formas familiares de describir los fenómenos jurídicos. Ellas son dignas de estudio, porque, desconcertantes como son, ponen de relieve la plena complejidad de lo que damos por admitido cuando, en el caso normal, hacemos la afirmación confiada y verdadera de que en un determinado país existe un sistema jurídico”, Hart, H.L.A., *El Concepto del Derecho*, pp. 139-40.

<sup>2</sup> La Carta de las Naciones Unidas establece en su art. 55 inc. “c” que ella promoverá “el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

<sup>3</sup> La *Declaración Universal sobre los Derechos Humanos* resultó aprobada en la Asamblea General de la ONU por 48 votos a favor, con la abstención de ocho países: los seis del bloque soviético (totalitarismo marxista), más Arabia Saudita (fundamentalismo islámico) y Sudáfrica, en donde entonces existía el régimen de “apartheid” (régimen racista).

tes inmediatos la cruel experiencia de las dos guerras mundiales y de los regímenes totalitarios que gobernaron durante las décadas anteriores algunos países europeos. Mediante ese documento los estados nacionales y los propios organismos internacionales se comprometían ética y jurídicamente a aceptar como base de la convivencia humana, tanto interna como externa, el principio de la dignidad humana y el respeto de los derechos intrínsecos e inviolables que de ella dimanar<sup>4</sup>.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* es una muestra sublime de civilización, uno de los acontecimientos que ponen de manifiesto la grandeza del espíritu humano, una expresión que es motivo de orgullo para la conciencia ética de la Humanidad<sup>5</sup>.

Este documento inicial motivó más tarde la firma de otras Convenciones y Tratados, dando así origen a lo que se ha dado en llamar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal vez la transformación más profunda de los sistemas jurídicos de la historia occidental reciente, cuyos efectos aún no se han puesto total y plenamente de manifiesto<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Afirma el preámbulo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, “la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

<sup>5</sup> Ha afirmado recientemente el Papa Benedicto XVI que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* “fue el resultado de una convergencia de tradiciones religiosas y culturales, todas ellas motivadas por el deseo común de poner a la persona en el corazón de las instituciones, leyes y actuaciones de la sociedad, y de considerar a la persona humana esencial para el mundo de la cultura, de la religión y de la ciencia. Los derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales”, *Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas*, 12-IV-08.

<sup>6</sup> “El no reconocer la importancia histórica y el carácter sin precedentes de este continuo desarrollo es estar ciego y sordo con respecto a la más fantástica transformación del curso de la sociedad que haya ocurrido jamás en la historia del hombre”, Cappelletti, M., “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6 Núm. 17, mayo-agosto 1986., pág. 43.

De las primeras simples Declaraciones de 1948 (primero, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*<sup>7</sup> y, pocos meses después, la *Declaración Universal sobre los Derechos Humanos*), se pasó en años posteriores a Pactos que contenían compromisos jurídicos más firmes por parte de los Estados<sup>8</sup>. Entre ellos, cabe mencionar especialmente el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos de 1966<sup>9</sup>. También se firmaron Convenciones regionales como la *Convención Europea de Derechos Humanos*, de 1950, y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 1969, que crearon órganos específicos para el juzgamiento de la violación a los compromisos de los Estados. Además, se promovieron muchas otras Convenciones específicas o sectoriales sobre determinados temas de la problemática iushumana, entre las que se puede mencionar: la *Convención sobre la*

<sup>7</sup> Sobre la importante influencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la elaboración de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos, puede verse el muy interesante artículo de Mary Ann Glendon, profesora de la Universidad de Harvard y embajadora de Estados Unidos ante la Santa Sede, titulado “La aportación de los países de América Latina a la Declaración universal de derechos humanos”, publicado en *L'Osservatore Romano*, 23-V-08. Señala esta autora, remarcando el papel decisivo que tuvieron los países latinoamericanos en la génesis de la decisión de establecer esa Declaración Universal, que: “después de la Segunda Guerra Mundial la idea de que entre los objetivos de las Naciones Unidas pudiera incluirse la tutela de los derechos humanos estaba muy lejos de la mente de las grandes potencias. En el borrador de la respuesta, los derechos humanos sólo se citaban una vez y de forma accidental. La cuestión podía considerarse casi cerrada, pero dos meses antes de la Conferencia de San Francisco, que se tuvo en abril de 1945, algunos miembros de las delegaciones latinoamericanas habían participado en un encuentro del organismo predecesor de la Organización de Estados Americanos (OEA) en Chapultepec (Ciudad de México), en el ámbito del cual se invitó a los participantes en la Conferencia de San Francisco a esforzarse por incluir una declaración transnacional de los derechos de la Carta de las Naciones Unidas. La decisión tomada en México tuvo una amplia repercusión. Con ocasión de la Conferencia de fundación de las Naciones Unidas, el grupo latinoamericano y caribeño constituía el bloque más amplio de naciones, veinte entre cincuenta”.

<sup>8</sup> Existen diferencias entre las Declaraciones y las Convenciones. Las primeras surgen por decisión de los organismos internacionales, regionales o universales, en donde están representados los distintos países. En cambio, las Convenciones son tratados internacionales firmados y ratificados por cada uno de los países partes, que asumen las obligaciones que allí se establecen.

<sup>9</sup> Estos dos Pactos recién entraron en vigencia en el año 1976, diez años después de su celebración, cuando fueron ratificados por, al menos, 35 Estados.

*prevención y la sanción del delito de genocidio* (1948); las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949), destinada a proteger a las personas que no toman parte en las hostilidades; la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* (1965); la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer* (1979), la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (1984); la *Convención de los Derechos del Niño* (1989); la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (2006); y otros muchos documentos internacionales en materia de Derechos Humanos, nuevos o complementarios de los anteriores<sup>10</sup>, que progresivamente fueron elaborados por los organismos internacionales y han ido entrando en vigencia mediante su ratificación por parte de los estados nacionales<sup>11</sup>. Tras la caída del muro de Berlín en 1989 y el surgimiento de una nueva ola democratizadora a partir de la década de 1990, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha experimentado un nuevo impulso global<sup>12</sup>.

Con el paso de los años, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha ido convirtiendo en un nuevo *ius commune*, *ius gentium* o *lex universalis*, un nuevo orden público internacional, un derecho sin fronteras<sup>13</sup>, con una clara fuerza de penetración

<sup>10</sup> P. ej., en el ámbito regional latinoamericano, se firmó en 1994 la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.

<sup>11</sup> Cfr., entre otros, Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1987.

<sup>12</sup> En los últimos quince años más de veinte países que antes estaban bajo la égida comunista se han incorporado al Consejo de Europa y a su sistema de protección de los Derechos Humanos; en el ámbito latinoamericano, se ha intensificado claramente la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; varios países han dado jerarquía constitucional a los Tratados sobre Derechos Humanos (cfr. p. ej. Colombia, Perú y Argentina); numerosos tribunales constitucionales de distintos países han adoptado una postura más activa en la tutela de los derechos humanos, utilizando también para ello las herramientas que en esta materia les ofrece el derecho internacional (cfr., entre otros, la tarea llevada a cabo por los tribunales de Sudáfrica, Colombia, Hungría, Argentina, etc.)

<sup>13</sup> Como afirma Alfredo Vítolo (con remisión a Teitel, Ruth, *Comparative Constitutional Law in a*

y transformación de los propios ordenamientos jurídicos locales<sup>14</sup>. Del mismo modo que el derecho constitucional ha ido permeando y modificando los distintos sectores de la legislación interna, hoy el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está también transformado el derecho constitucional e interno de los estados<sup>15</sup>. Este proceso produce, en términos políticos, un claro traspaso de soberanía de los estados nacionales en favor de entidades supranacionales. La determinación y protección efectiva de los Derechos Humanos no sólo es asumida desde el ámbito nacional, sino que se reconoce una clara y creciente competencia de la comunidad y de los organismos internacionales para intervenir en esta materia.

Inicialmente las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, se ocuparon, principalmente, de las violaciones más graves de los Derechos Humanos (genocidios, desaparición forzada de persona, apartheid racial, etc.), ante las imposibilidad o insuficiencia de las normas y competencias nacionales para hacer frente a esos atentados más graves y evidentes a la vida y libertad de las personas humanas. Sin embargo, con el correr del tiempo y a raíz de la actividad de los organismos y tribunales internacionales, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha comenzado a definir y resolver también otras cuestiones jurídicas más sutiles (p. ej., vigencia del derecho de réplica, existencia y extensión de la doble instancia en materia penal, prohibición del uso del velo

---

*global age*, 117 *Harvard. Law. Review.* 2570, 2004), “el derecho internacional de los derechos humanos comienza a operar, en estos tiempos, como un régimen constitucional no escrito para un orden global”.

<sup>14</sup> Había profetizado Hans Kelsen en 1934 que “en la misma medida en que el Derecho Internacional penetra en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos... Paralelamente, se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas”, *Teoría Pura del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 1981, pág. 203.

<sup>15</sup> Cfr. Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Albanese Susana (Coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008,

islámico en los establecimientos públicos, posibilidad y alcance de la revisión judicial de la actividad administrativa y los procesos de responsabilidad política, procedencia de la acción de amparo frente a los actos judiciales, validez de la legislación penal en materia de libertad de expresión, régimen sindical único o plural, etc.), que anteriormente estaban ordinariamente sujetas al criterio final de las normas y jueces nacionales<sup>16</sup>. Este proceso ha tenido un especial desarrollo en Europa y más tardíamente en América Latina, gracias a la actividad de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>17</sup> y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es en estos dos ámbitos geográficos y jurídicos, donde la temática que estamos aquí desarrollando cobra un especial relieve.

Otra aspecto novedoso de esta revolución “copernicana” producida con el surgimiento del nuevo paradigma jurídico, es que la persona humana ha pasado a ser un sujeto de derecho internacional, con capacidad jurídica para exigir, en sede nacional e internacional, el cumplimiento por parte de su propio estado u de otro extranjero de las obligaciones que han asumido en materia de

---

<sup>16</sup> Cfr. Slaughter, Anne-Marie y Burke-White, William, *The future of International Law is domestic (or, the European way of Law)*, 47 Harv. Int'l L.J., 327 (2006).

<sup>17</sup> “La Corte, en forma creciente, ha estado dispuesta a fallar que los Estados han violado la Convención. En sus primeras decisiones, la Corte parecía ansiosa por asegurar a los Estados que ella sería comprensiva de sus intereses y tradiciones. Por ejemplo, en 1961, en su primera sentencia sustantiva, *Lawless*, la Corte decidió que si bien Irlanda habría violado los artículos 5 y 6 de la Convención al detener a un sospechoso del IRA por cinco meses sin juicio, el Estado se encontraba autorizado para desviarse de las estrictas reglas de la Convención porque según el artículo 15 de la Convención se encontraba justificado al declarar “una emergencia pública que amenazaba la vida de la nación” y al tomar medidas extraordinarias. Si bien decisiones como las de *Lawless* pueden haber dado garantías a los Estados, ellas hicieron poco por promover las peticiones individuales. Sólo en 1968, 18 años después de la firma de la Convención Europea de Derechos Humanos y casi 10 años después de que la Corte pasó a ser competente para conocer casos, una decisión se adoptó en contra de un Estado miembro, *Neumeister*, . . . Aún más esperanzadoras para los litigantes privados, comenzando a partir de fines de los 1970, han sido las sentencias más recientes de la Corte. Muchos de los jueces de Estrasburgo parecen estar más dispuestos a molestar a los Estados miembros ahora que antes, mediante decisiones que estiran el lenguaje de la Convención”, Janis, Kay y Bradley, *European Human Rights, Law. Text and Materials*, 3ra. ed., Oxford University Press, New York, 2008, págs. 75 y 76.

Derechos Humanos<sup>18</sup>. Esto ha producido una profunda transformación del Derecho Internacional, ya que se han ampliado considerablemente sus fronteras y campos de acción. La persona humana no sólo se ha convertido en sujeto del Derecho Internacional, sino que de modo creciente se va reconociendo su legitimación para participar en los procesos y plantear sus demandas y reclamos ante los tribunales internacionales, especialmente ante los de carácter regional<sup>19</sup>.

Los derechos humanos reconocidos en los Tratados Internacionales no son meramente derechos naturales, ya que ellos han sido objeto de un proceso de positivización y formalización que concreta y especifica su contenido y los tornan operativos y exigibles ante los órganos de gobierno de un Estado y frente a los tribunales nacionales e internacionales. Sin embargo, su formulación suele realizarse mediante cláusulas amplias y abiertas. Esta característica de los documentos internacionales otorga un importante margen de acción a su intérprete y favorecen su desarrollo progresivo. Se podría hablar, en este sentido, de un carácter germinal, proteico y evolutivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Una de las premisas fundamentales del nuevo paradigma jurídico y político es que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global

---

<sup>18</sup> Ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los Tratados sobre Derechos Humanos “no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin es la protección de los Derechos Fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 2/82.

<sup>19</sup> Cfr. Cançado Trindade, Antonio, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fuesen sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>20</sup>.

Como hemos ya señalado, en este proceso ha tenido un lugar destacado la labor jurisprudencial de los tribunales internacionales de carácter permanente que se fueron poniendo en marcha, de modo particular la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica. Más recientemente, ha sido un hito relevante en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la creación, mediante el Tratado de Roma, de la Corte Penal Internacional para entender en los casos de las violaciones más graves y masivas a los derechos fundamentales<sup>21</sup>.

En numerosas ocasiones, estos tribunales internacionales han optado, en su labor jurisprudencial, por una interpretación amplia, dinámica y evolutiva de los Tratados sobre Derechos Humanos, potenciando así el efecto expansivo de la normativa internacional<sup>22</sup>. De una “res legislativa” contenida en los textos de los Tratados, se ha pasado a una “res iudicata” contenida en los fallos de los tribunales regionales que condenan a un determinado Estado, y, finalmente, a una “res interpretata” que pretende hacer

---

<sup>20</sup> Cfr. Declaración y Programa de Acción de Viena elaborado luego de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU y celebrada en Viena en 1993.

<sup>21</sup> Este tribunal penal de carácter permanente tiene como antecedentes otros creados previamente para juzgar sobre graves violaciones a los derechos humanos: los Tribunales Penales Militares de Nuremberg y del Lejano Oriente, establecidos en 1945 para juzgar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial; los Tribunales Penales Internacionales de Yugoslavia y Rwanda, para juzgar las violaciones cometidos en estos países durante las guerras civiles en la década de los 90; los Tribunales mixtos, con participación de los estados afectados, de Sierra Leona, del año 2002, y Camboya, del año 2003.

<sup>22</sup> Cfr., p. ej., Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 10/1989, 14-VII-1989.

obligatorias las doctrinas jurisprudenciales de estos tribunales a todos los Estados partes, aún cuando ellos no hayan intervenido en el proceso judicial en que ellas fueron establecidas<sup>23</sup>. Este proceso ha aumentado notablemente la fuerza expansiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Junto al tradicional control de constitucionalidad de las normas y actos estatales y de los particulares, se extiende progresivamente, particularmente en el ámbito latinoamericano, la exigencia del ejercicio, tanto por parte tanto de los tribunales internacionales como nacionales, del denominado “control de convencionalidad”<sup>24</sup>, es decir, de la verificación de su adecuación a las normas, principios y pautas jurisprudenciales del nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>25</sup>. Esto ha modificado profundamente

---

<sup>23</sup> Así, el Tribunal Constitucional del Perú en su fallo del caso Arturo Castillo Chirinos sostiene que “la vinculatoriedad de las sentencias de la [Corte Interamericana] no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*.”, Expediente N° 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13. La Corte Suprema argentina también ha afirmado la necesidad de que los jueces nacionales utilicen como pauta de interpretación la jurisprudencia emanada tanto de la Corte Interamericana como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: cfr., entre otros, las sentencias de los casos Giroldi (*Fallos*, 318:514, 1995), Bramajo (*Fallos*, 319:1840, 1996) y Simón (*Fallos*, 328:2056, 2005).

<sup>24</sup> Acerca de la problemática de este novedoso concepto, puede verse Albanese, Susana (Coord.), *El control de convencionalidad*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008, obra que reúne una buena cantidad de trabajos sobre esta temática.

<sup>25</sup> En su fallo del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que ella “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (párr. 124). Poco tiempo después la resolver el caso de “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vuelve a señalar que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la

la concepción y la práctica jurídica de los países que se han ido abriendo paulatinamente al derecho internacional de los Derechos Humanos<sup>26</sup>. Incluso, las propias constituciones nacionales estarían sujetas al control de convencionalidad, lo que pareciera convertir a éste último en un control de “supraconstitucionalidad”<sup>27</sup>.

## II. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el principio de legitimidad democrática

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos aparece simultáneamente con el resurgir de los ideales democráticos luego de la Segunda Guerra Mundial, como una enérgica reacción frente a los regímenes totalitarios que negaban ambos principios<sup>28</sup>. Legitimidad democrática y respeto y protección de los

---

Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no 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. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones” (párr. 128).

<sup>26</sup> Afirma Juan Carlos Hitters que este fenómeno “ha adquirido tanta altitud que a ningún abogado que inicia hoy un proceso de cualquier tipo –ni al juez que debe resolverlo– le puede pasar inadvertido que el pleito no termina ya –como antes– dentro de la frontera, sino que puede trascender sus límites y dirigir sus pasos hacia una senda transnacional”, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad”, LL, 2008-E-1169.

<sup>27</sup> Cfr. Sagüés, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, Revista La Ley (en prensa), Bs. As., 2008.

<sup>28</sup> Señala Ferrajoli que el “anti-fascismo” es el rasgo de la democracia contemporánea nacida de las ruinas de la Segunda Guerra Mundial. Afirma que, de acuerdo al nuevo modelo, las mayorías requieren de límites que están en las propias constituciones estatales, y que los mismos Estados requieren de límites supranacionales: cfr. Ferrajoli, Luigi, “El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la cual nosotros también hemos trabajado”, *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, del Puerto, tomo 2002/B).

derechos humanos parecerían ser los dos pilares en torno a los cuales se intentan edificar los cimientos últimos de las modernas democracias constitucionales en la segunda mitad del siglo XX. El principio de legitimidad democrática aspira a que la organización y las decisiones políticas sean fruto de un proceso en el que los ciudadanos participen activamente, ya sea directamente o través de sus representantes elegidos, adoptándose finalmente aquellas decisiones más acordes al parecer mayoritario. Por su parte, el ideal de los Derechos Humanos reclama que todo el ordenamiento jurídico y político se edifique en todos los casos sobre el principio de la dignidad de la persona humana y del respeto inviolable a las exigencias de justicia que se ella dimanar<sup>29</sup>.

Legitimidad democrática y pleno respeto a los Derechos Humanos, son dos principios organizadores de la convivencia política y jurídica, a primera vista, plenamente compatibles y armonizables entre sí<sup>30</sup>, es más, parecería que se exigen mutuamente<sup>31</sup>. Cabría,

<sup>29</sup> “Todos los hombres, desde el más fuerte hasta el más débil, son iguales ante la fuerza irresistible de la ley moral. Más allá de las intenciones, a veces buenas y de las circunstancias, a veces difíciles, las autoridades civiles y los individuos particulares jamás están autorizados a violar los derechos fundamentales e inalienables de la persona humana. Por lo cual, sólo una moral que reconozca normas válidas siempre y para todos, sin ninguna excepción, puede garantizar el fundamento ético de la convivencia social, tanto nacional como internacional. Ninguna alianza entre democracia y relativismo ético o teórico puede justificar excepciones, privilegios o la negación implícita de la ley natural. Ni puede admitirse una separación radical entre verdad y política, ni afirmarse que la democracia sólo es compatible con el relativismo ni, menos aún, pretenderse la supremacía de la democracia sobre la verdad y la justicia, que podría reconocer tan solo derechos *prima facie* graduales o progresivos. Los derechos y los valores no valen en virtud del consenso social, que, según la experiencia, puede cambiar en poco tiempo”, voto del Dr. Boggiano en el caso “Videla”, resuelto por la Corte Suprema argentina el día 21-VIII-03, *Fallos*, 326:2805.

<sup>30</sup> “La Convención (europea) está basada en una cierta filosofía política, cual es que la democracia política es el mejor sistema de gobierno para asegurar el respeto de las libertades fundamentales y los derechos humanos. Cualquier teoría de interpretación o de revisión por parte de la Corte debe ser compatible con este supuesto básico de la teoría política. En una sociedad democrática pluralista habrá, respecto de varios de los tópicos cubiertos por la Convención, un espectro de opiniones diferentes pero aceptables. En cuanto a esos tópicos, corresponderá a cada sociedad decidir sobre su propia política y luego, sobre los hechos, tratar de hacer justicia en casos individuales. La cuestión sobre la Convención que se presente a la decisión de la Corte frecuentemente será si la opción de las autoridades nacionales (legislativo, ejecutivo o judicial) ... ha permanecido dentro del espectro permisible”, Paul Mahoney, “The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice”, *Human Rights Law Journal*, vol. 19, No. 1 (1998), pág 3.

sin embargo, preguntarse ¿cuál de ellos tiene un valor más definitivo y supremo en caso de un conflicto supuestamente inevitable? ¿cuál de ellos debería prevalecer: el respeto a la opinión de la mayoría o la protección dignidad humana y los derechos que de ella se derivan? ¿a quién corresponde resolver, en última instancia, las situaciones aparentemente dilemáticas? Nos inclinamos a pensar que es el principio de la dignidad humana el que tiene mayor valor ético y jurídico y, por un tanto, corresponde reconocerle un carácter supremo<sup>32</sup>. Los Derechos Humanos son un valor final y definitivo que en situaciones límites pueden quitar la palabra final a la voluntad mayoritaria, ya que la dignidad humana es el presupuesto, fundamento y límite del sistema y procedimiento democráticos<sup>33</sup>. El principio de dignidad apunta a tutelar lo que de universal

<sup>31</sup> La Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11-IX-01, señala en sus art. 3, 7 y 8:

- “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.
- “La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”.
- “Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo. Los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio”.

<sup>32</sup> “No se puede menos de recordar aquí, con estima y profunda esperanza para el futuro, el magnífico esfuerzo llevado a cabo para dar vida a la Organización de las Naciones Unidas, un esfuerzo que tiende a definir y establecer los derechos objetivos e inviolables del hombre, obligándose recíprocamente los estados miembros a una observancia rigurosa de los mismos. Este empeño ha sido aceptado y ratificado por casi todos los Estados de nuestro tiempo y esto debería constituir una garantía para que los derechos del hombre lleguen a ser en todo el mundo principio fundamental del esfuerzo por el bien del hombre”, Juan Pablo II, Encíclica *Redemptor Hominis*, n. 17.

<sup>33</sup> “Una sociedad de hombres libres implica algunos dogmas básicos que constituyen la médula de su existencia misma. Una democracia genuina importa un acuerdo fundamental de las opiniones y las voluntades sobre las bases de la vida común; ha de tener conciencia de sí y de sus principios, y deberá ser capaz de defender y promover su propia concepción de la vida política y social;

y permanente se puede reconocer en la persona humana, mientras que el procedimiento democrático se orienta a dar relevancia a las decisiones mayoritarias en los ámbitos sociales locales.

Podríamos sostener inicialmente que esta primacía final de los Derechos Humanos es la concepción teórica más saludable y es la que justifica y autoriza la intervención judicial nacional e internacional para, excepcionalmente, dejar sin efecto aquellos actos que, aunque adoptados a través de procedimientos democráticos, lesionan clara y gravemente algún contenido esencial de los derechos humanos. Sin embargo, este principio no deja de plantear algunos interrogantes teóricos y prácticos, de acuerdo con los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de cada uno de los países que conforman la comunidad internacional.

Se puede hablar, de algún modo, de un cierto “déficit de legitimidad democrática” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este cuerpo jurídico, compuesto por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los principios generales del derecho internacional y la jurisprudencia de los tribunales y organismos internacionales, pretende ser obligatorias para todos los Estados, aun por encima de sus disposiciones legales e, incluso, constitucionales de los distintos países. La participación democrática suele ser generalmente mucho más clara y directa en la génesis de las normas jurídicas nacionales, que en la definición y adopción de esas reglas y principios de carácter internacional, la mayoría de las veces ajenas y distantes a los principales protagonistas del debate político democrático<sup>34</sup>. Sin embargo, estas últimas reglas jurídicas pretenden tener una jerarquía normativa superior y de modo creciente han pasado a reglar cuestiones que antes estaban circuns-

---

debe contener un credo humano común, el credo de la libertad”, Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Editorial Guillermo Kraft Ltda, Bs. As., 1952, pág. 130.

<sup>34</sup> Así, p. ej., de acuerdo a la Constitución norteamericana un Tratado Internacional es firmado por el Presidente y aprobado únicamente por la Cámara de Senadores, sin ninguna intervención de la Cámara de Representantes. Aún más grave es el déficit representativo de las normas, interpretaciones y fallos emanados de los organismos y tribunales internacionales.

criptas al ámbito nacional. Esto ha originado interesantes debates jurídicos, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario<sup>35</sup>. Lo que está en discusión es, nada más y nada menos, que si los contenidos fundamentales del derecho van a ser elaborados y decididos en el ámbito nacional mediante los procedimientos democráticos previstos para la sanción de las normas constitucionales y legales o si, por el contrario, esos contenidos van a ser definidos por los organismos supranacionales a la hora de la elaboración de los Tratados Internacionales y por los tribunales internacionales al momento de su interpretación y aplicación, teniendo éstos últimos la pretensión de que su hermenéutica de las normas y principios internacionales sea seguida también por los órganos de gobiernos nacionales<sup>36</sup>. Está en juego aquí el diseño del denominado *law making power* de nuestras actuales democracias constitucionales, con innegables derivaciones políticas y jurídicas<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Se plantea aquí una cuestión análoga al debate sobre el “argumento contramayoritario” que cuestiona legitimidad de la “judicial review” en el marco del sistema constitucional norteamericano (cfr. Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, en *New York University Law Review*, Tomo 73, p. 334 (1998).; “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner”, en *New York University Law Review*, Tomo 76, pp. 1391 a 1393 (2001); “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Tomo 148, p. 971 (2000); “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five”, en *The Yale Law Journal*, Tomo 112, p. 162 (2002). Los jueces, en este caso los tribunales internacionales, tendrían en ocasiones un mayor peso político y jurídico que los poderes legislativos nacionales, en la decisión final sobre cuestiones trascendentes de la vida política interna de un determinado país.

<sup>36</sup> Aludiendo a esta cuestión, Luzius Wildhaber, quien ha sido Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmaba que “el Tribunal europeo no tiene como papel sustituir de una forma sistemática al legislador democrático. Deberá ejercer un control internacional en un asunto dado, con el fin de asegurar que las soluciones elegidas no presenten una carga excesiva o inaceptable sobre una fracción de la sociedad o ciertos individuos. El legislador democráticamente elegido deberá disponer de la libertad de tomar medidas en el interés general, incluso si éstas entrañan cierta injerencia en una categoría dada de intereses individuales. Como ya he dicho, son las autoridades nacionales las más adecuadas para proceder al ejercicio de puesta en equilibrio de los intereses concurrentes que están en juego. Pero un ejercicio de puesta en equilibrio es indispensable, lo que implica la existencia de procedimientos que la hagan posible”, cfr. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para el futuro”, conferencia pronunciada en el Tribunal Constitucional español el 7 junio de 2002.

<sup>37</sup> En numerosos sistemas normativos, la ley ordinaria interna, sancionada por medio del procedimiento legislativo ordinario con la participación de los representantes directos del

El debate acerca de la legitimidad de fundar decisiones judiciales en normas de derecho internacional no aprobadas expresamente a través del procedimiento legislativo y democrático ordinario, ha tenido en los últimos años una notable repercusión en Estados Unidos. En los últimos años, la Corte Suprema de ese país provocó un gran revuelo al acudir colateralmente en sus fallos a normas y sentencias internacionales que, en sentido amplio, integran el derecho internacional de los derechos humanos, pero que no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico local por decisión de los poderes públicos con base electoral. Ello ocurrió en tres casos dictados a partir del año 2002<sup>38</sup>. Los votos mayoritarios dejaron de lado el anterior criterio que evitaba el acudir al derecho extranjero para fundar las decisiones del máximo tribunal norteamericano. En enero del 2005 los jueces de ese tribunal Antonin Scalia y Stephen Breyer expusieron sus posturas encontradas sobre este punto en la American University de Washington DC<sup>39</sup>, en un debate que fue transmitido por televisión a todo el país y al que la revista *New York Times* le dedicó su número de

---

electorado, ha pasado a tener un tercer o cuarto rango normativo, detrás de la Constitución, de los Tratados Internacionales a los que se le incorpora la jurisprudencia de los organismos y tribunales internacionales y del derecho comunitario derivado surgido de los órganos supranacionales a los que se les ha delegado determinadas competencias. Este es el caso, p. ej., de la República Argentina luego de la reforma constitucional de 1994.

<sup>38</sup> Se trata de los casos *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304, 2002) y *Roper v. Simmons* (543 U.S. 551, 2005), relativos a la pena de muerte, y del caso *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 2003) sobre penalización de la sodomía homosexual. En el primero de los casos, el voto de mayoría de la Corte Suprema señaló, de modo secundario, que la práctica internacional es contraria a la pena de muerte para las personas con deficiencias mentales. En el segundo caso, invocó, entre otros fundamentos de su fallo, la *Convención Internacional de los Derechos del Niño*, que no fue ratificada por los Estados Unidos, para invalidar la pena de muerte a un menor. En el tercero de los casos, el voto mayoritario del tribunal invocó jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para invalidar la punición de la sodomía. En relación a la problemática de la invocación del derecho extranjero en estos fallos puede verse, entre muchos otros, el trabajo de Legarre, Santiago y Orrego, Cristóbal, *Los usos del Derecho Constitucional Comparado y la universalidad de los derechos humanos*, (en prensa).

<sup>39</sup> El texto del debate se halla disponible en la página web de la institución anfitriona, American University: <http://domino.american.edu/AU/media/mediaref.nsf/1D265343BDC2189785256B810071F238/1F2F7DC4757FD01E85256F890068E6E0?OpenDocument>, visitado por última vez el 15 de julio de 2008.

tapa. No sólo jueces conservadores como Scalia rechazaron este cambio de criterio que habilita la posibilidad de acudir al derecho extranjero<sup>40</sup> para fundar sentencias. También Richard Posner, juez, profesor de la Universidad de Chicago y uno de los principales doctrinarios de la corriente del *Law and Economics*, manifestó su inquietud a respecto<sup>41</sup>. También corresponde mencionar, para advertir la repercusión pública que esta cuestión está teniendo en ese país, que el precandidato presidencial por el Partido Republicano Mike Huckabee incluyó dentro de su plataforma electoral su promesa de promover juicio político a todos los jueces norteamericanos que acudieran al derecho extranjero a la hora de fundar sus sentencias<sup>42</sup>. La tradición política norteamericana, basada en el autogobierno democrático, es especialmente reacia y refractaria a aceptar la vigencia de las normas internacionales y la competencia de los tribunales internacionales, fundándose, entre otros motivos, en la insuficiente legitimidad democrática de esas instituciones jurídicas.

---

<sup>40</sup> Las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos pueden ser consideradas como derecho extranjero si ellas no han sido receptadas en el ordenamiento normativo nacional por los órganos constitucionales habilitados para ello.

<sup>41</sup> En su reciente obra *How Judges Think* (Harvard University Press, Cambridge, 2008) dedicó un capítulo a lo que él llama el “cosmopolitanismo judicial”, donde analizó en qué circunstancias y con qué propósitos podría excepcionalmente la Corte Suprema de Estados Unidos citar una decisión de un órgano jurisdiccional extranjero. Por varias razones, Posner se opone en general a esa práctica, argumentando que abre la puerta a oportunidades “promiscuas” y que es, en definitiva, antidemocrática. Adicionalmente, señala que quienes apoyan el uso de decisiones extranjeras forman parte de un movimiento que concibe al mundo entero como una sola jurisdicción, que los jueces extranjeros no tienen legitimidad democrática en Estados Unidos, y que el pensamiento legal no puede trasladarse livianamente de un país a otro. Este autor, ya había anticipado su postura crítica en su trabajo “Could I interest you in some foreign law? No thanks, we already have our own laws” (2004-AUG Legal Aff. 40), donde afirmó que “el problema es considerar las decisiones judiciales extranjeras en casos norteamericanos como si el mundo fuese una única comunidad legal”. A postura contraria a la de Posner y a favor del recurso al derecho extranjero puede verse en: JACKSON, VICKI, “Could I interest you in some foreign law? Yes, please. I’d love to talk to you”. 2004-AUG Legal Aff., 43.

<sup>42</sup> Señalaba su plataforma electoral: “Impeach judges who yield on our sovereignty: .. it’s why whenever a judge invokes any international law as the basis for making a decision, he should be summarily impeached for having done so”. Fuente: Speeches to 2008 Conservative Political Action Conference, Feb 7, 2008.

En la República Argentina, cuya Constitución Nacional tiene –especialmente desde la reforma constitucional de 1994<sup>43</sup>– una notable apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, también se ha generado un interesante debate en torno a este punto de la legitimidad democrática y del deber de seguimiento de los principios contenidos en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, aunque de menor intensidad<sup>44</sup>. Ello ha tenido lugar a partir de algunos fallos de su Corte Suprema argentina en los que ésta, al seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha relativizado el valor jurídico supremo de las normas constitucionales, al resolver la reapertura de los procesos judiciales por violación a los Derechos Humanos ocurridas durante la dictadura militar de 1976-1983, dejando de lado la garantía de la irretroactividad en materia penal consagrada expresamente en el art. 18 de la CN. Durante el gobierno constitucional del Presidente Alfonsín, en el año 1985 se llevaron a cabo los juicios contra los integrantes de las Juntas Militares que gobernaron al país y se condenaron a la mayoría de sus integrantes. Posteriormente, a fines del año 1986 y a mediados de 1987, el Congreso de la Nación dictó dos leyes, llamadas de Punto Final y Obediencia Debida, por las que se decide cerrar la posibilidad de iniciar nuevos procesos con motivo de delitos cometidos durante la represión militar a la subversión. Estas normas, adoptadas a través del legítimo procedimiento legis-

<sup>43</sup> En esta reforma constitucional se dio jerarquía constitucional a once Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y se habilitó al Congreso con una mayoría de dos tercios de sus integrantes a dar esa misma jerarquía a otros convenios sobre esta materia. También consagró complementariamente la supremacía de todos los Tratados sobre las leyes internas (art. 75 inc. 22). En base a estas disposiciones constitucionales y yendo muchas veces más allá de su texto, la Corte Suprema argentina desarrolló una doctrina jurisprudencial muy favorable a la recepción en el ámbito nacional de las reglas y principios del derecho internacional de los Derechos Humanos.

<sup>44</sup> Cfr., p. ej. Rosenkrantz, Carlos, “En contra de los ‘prestamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, n° 1 (2005); Filippini, Leonardo, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, n° 1 (2007), pág. 191; y Rosenkrantz, Carlos “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, 2007, pág. 203.

lativo previsto en la Constitución argentina, se consideraron en su momento necesarias en el marco de la difícil transición democrática que atravesó el país. La Corte Suprema argentina convalidó a fines de 1987, en el caso Camps, la constitucionalidad de estas leyes. Posteriormente, el Presidente Menem indultó en 1990 a los militares y guerrilleros que ya habían sido condenados y a quienes aún estaban procesados por esos delitos. La Corte Suprema también declaró la validez de esos indultos<sup>45</sup>. Sin embargo, a partir del año 2003, con la llegada al gobierno del Presidente Kirchner, se intentó la reapertura de los juicios por violación a los derechos humanos, acudiendo para ellos a las normas y principios de derecho internacional de los Derechos Humanos. En primer lugar, el Congreso declaró mediante el dictado de la ley 25.799 la invalidez de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, que dieciséis años atrás había dictado el propio Poder Legislativo. En el año 2005, la Corte Suprema, al resolver el caso “Simón”<sup>46</sup>, dejó de lado su anterior jurisprudencia y declara la inconstitucionalidad de esas leyes y ordenó la reapertura de las causas para juzgar los excesos cometidos durante la ilegal represión militar. El fundamento de su decisión es que supuestamente existiría una norma en el derecho internacional de los Derechos Humanos que, a criterio del tribunal, prohibiría la concesión de amnistías para esa clase de delitos, ahora considerados como de lesa humanidad. Apela para ello a la doctrina que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló en el caso “Barrios Altos”, resuelto el 1-III-2001<sup>(47)</sup>. Allí se sostuvo que el gobierno del Perú

<sup>45</sup> Caso Rivero, *Fallos*: 313:1392 (1990).

<sup>46</sup> *Fallos*, 328:2056 (2005).

<sup>47</sup> Sostiene en ese fallo la Corte IDH “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En relación a la aplicación de la doctrina de esta sentencia de la Corte IDH a la realidad argentina, señala el ministro Petracchi en el consid. 27 de su voto en el caso “Simón”: “la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en “Barrios Altos” al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales.

había violado sus compromisos internacionales asumidos al firmar la *Convención Americana de Derechos Humanos*, al dictar una ley de autoamnistía por graves violaciones de los derechos humanos. La Corte Suprema argentina al dictar el fallo del caso “Simón” dejó de lado el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal expresamente contemplado en el art. 18 de la Constitución Nacional, al aplicar retroactivamente una doctrina jurisprudencial sentada por la Corte Interamericana recién en el año 2001<sup>48</sup>. Se observa aquí que claras decisiones políticas adoptadas por los órganos de gobierno nacionales de acuerdo con los principios y procedimientos establecidos en la Constitución Nacional, son dejados de lado por los propios jueces nacionales e internacionales, apelando para ello a una vaga e imprecisa norma de derecho internacional –que muchos creen inexistente<sup>49</sup>– que impediría el otorgamiento de amnistías e indultos, expresamente habilitado por la Carta Magna.

---

Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas. Así, por ejemplo, la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por cierto, “exactamente” iguales a las de punto final y obediencia debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de dichas leyes con el derecho internacional de los derechos humanos, no es esto lo que importa. Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de “autoamnistía”. Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes *ad hoc*, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos. En este sentido, corresponde destacar que lo que indujo al tribunal interamericano a descalificar dichas reglas no fue tanto que el régimen haya intentado beneficiarse a sí mismo, en forma directa, con la impunidad de los delitos que él mismo cometió (a la manera de lo ocurrido en nuestro país con la ley de facto 22.924). Antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter *de facto* o no del gobierno que las dicta, sino que son *razones materiales* las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos”. En sentido contrario, el ministro Fayt, entre los consid. 77 a 86 de su voto en disidencia, fundamenta los motivos por lo que la doctrina del caso Barrios Altos no sería aplicable al caso argentino.

<sup>48</sup> Hemos analizado detenidamente este tema en el libro *Tiempo, Constitución y ley penal*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, escrito en coautoría con Héctor Sabelli.

<sup>49</sup> Cfr. Vítolo, Alfredo, “El perdón en los crímenes de lesa humanidad”, *Agenda Internacional*, año 4, n° 14, marzo 2008. Entre otras, se cita en ese trabajo la siguiente opinión del jurista Antonio Cassese, quien afirma que “no existe aún una obligación general de los estados de abstenerse de dictar leyes de amnistía respecto de estos crímenes. Por lo tanto, si un estado dicta una ley de ese tipo, no viola una norma consuetudinaria”, *International Criminal Law*, Oxford, 2003.

Muchos temen que la creciente expansión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debilite el proceso legislativo democrático<sup>50</sup> y el valor y trascendencia que la Constitución está llamada a tener en una sociedad democrática<sup>51</sup>, produciéndose, de este modo, un inexorable traspaso del poder de decisión político y jurídico de las instancias nacionales hacia las internacionales.

### **III. El fundamento último de la obligatoriedad de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

Una cuestión teórica pero de innegables consecuencias prácticas es determinar cuál es el fundamento último de la obligatoriedad del respeto de las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Básicamente son dos las alternativas extremas que se plantean a esta cuestión:

- a) Las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son obligatorias en base al consentimiento dado por los Estados al firmar los Tratados Internacionales en esta materia y al aceptar la competencia de los organismos y tribunales internacionales, cuya misión es velar por el cumplimiento de sus disposiciones<sup>52</sup>. De esta

---

<sup>50</sup> Melissa Waters señala el riesgo de pretender “llevar al ámbito normativo por la puerta trasera de la interpretación, a aquellos principios que no logran entrar por la puerta legislativa”, “Creeping Monism. The judicial trend toward interpretative incorporation of Human Rights treaties”, 107 *Columbia Law Review* 628 (2007).

<sup>51</sup> Rosenkrantz, Carlos, “En contra de los ‘prestamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, ob. cit.

<sup>52</sup> Adhiriendo claramente a esta postura, señala Rafael Nieto Navia: “En el orden internacional las normas se crean mediante el consentimiento expreso o tácito de los Estados, bien sea directamente (tratados o convenciones, costumbre internacional, actos unilaterales) o a través de organismos internacionales a los cuales los Estados delegan competencia. El art. 38 del Estatuto

premisa, se derivan, al menos, las siguientes consecuencias jurídicas: el compromiso de los Estados partes tiene únicamente el alcance de los textos de estos documentos internacionales; son plenamente válidas las reservas que los Estados partes pueden haber introducido al momento de la ratificación de los distintos Tratados; la jurisdicción de los tribunales internacionales se fundamenta y limita a la voluntad declarada por cada Estados al reconocerla, por lo que no cabe su interpretación expansiva para abarcar supuestos o procedimientos no previstos expresamente en los tratados que han sido ratificados; y la denuncia del tratado internacional por un estado parte lo desvincula de las obligaciones internacionales que ha asumido con su firma.

- b) Una segunda alternativa es considerar que las normas y principios del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos tienen *per se vigore*; son normas imperativas *erga omnes*<sup>53</sup>, obligatorias para los estados nacionales más allá del consentimiento que hayan prestado y aun sin él; las reservas expresadas por los Estados partes carecen de mayor valor jurídico; los tribunales internacionales en la materia tienen jurisdicción sobre los estados nacionales aunque éstos no le hayan reconocido competencia; su jurisprudencia es tan obligatoria para los estados como lo es el propio texto de los Tratados; y la denuncia de los Tratados sobre Derechos Humanos no produce ningún efecto respecto de la obligatoriedad de respetar los com-

---

de la Corte Internacional de Justicia así lo estipula”, cfr. “Apuntaciones críticas sobre algunos aspectos recientes de la jurisprudencia y del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, trabajo publicado en *Jornadas de Derecho Internacional*, organizadas por la Universidad Austral y el ISEN en Bs. As. del 14 al 27 de noviembre de 2006, publicación a cargo de la Secretaría General de la OEA, Washington DC, 2007. En el mismo sentido, Orrego Vicuña, F., “Creación del Derecho Internacional en una Sociedad Global: ¿Importa el consentimiento?”, 17 Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Madrid, 2005, pág. 67 y ss.

<sup>53</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú, 22-IX-06

promisos ya asumidos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos operaría, en su conjunto, como una especie de *ius cogens*, un derecho cuyos principios y exigencias no pueden ser desconocidos en ningún caso por los Estados que integran la Comunidad Internacional.

Entre ambas posturas extremas, cabría formular algunas matizaciones de acuerdo al contenido de cada una de las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En su núcleo fundamental de protección de los derechos fundamentales de la persona humana, el mismo sería obligatorio e indisponible, mientras que en sus aspectos secundarios cabría tener más en cuenta la voluntad expresada por los Estados partes. Sin embargo, se advierte que el contenido material de los normas y principios del derecho internacional de los Derechos Humanos que se considera obligatorio e indisponible para los Estados ha tendido a crecer considerablemente en las últimas décadas.

La dinámica histórica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos muestra un lento pero casi inexorable proceso de traspaso del primer criterio hacia el segundo, particularmente por obra de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, e incluso de algunos jueces nacionales que le hacen eco. Así, p. ej, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tendido a otorgar carácter de derecho imperativo para los Estados a un número creciente de las reglas y principios propios del derecho internacional de los derechos humanos; en sus interpretaciones ha ido más allá del texto expreso de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>54</sup>; ha relativizado el efecto de las reservas formuladas por

---

<sup>54</sup> Así, como ya hemos visto, la Corte Interamericana ha otorgado carácter vinculante para los Estados y jueces nacionales no sólo las disposiciones contenidas en el texto del Tratado, sino de las interpretaciones contenidas en las fundamentos y resoluciones de sus sentencias y opiniones consultivas, aspecto no contemplado en ninguna disposición de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Afirma al respecto Néstor Sagüés que “esta tesis importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de

los Estados al ratificar la Convención; ha reconocido a las víctimas de la violación de los Derechos Humanos el carácter de parte en los procesos en sede internacional, no obstante las disposiciones de la propia Convención Americana que implícitamente lo niega<sup>55</sup>; ha negado a los Estados la posibilidad de cambiar o poner fin a la aceptación que en su momento hicieran de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>56</sup>; ha extendido el control de convencionalidad que debe realizar la Corte Interamericana a todos los Tratados sobre Derechos Humanos<sup>57</sup>. Estas doctrinas del tribunal han generado interesantes debates acerca de esta postura dinámica, expansiva y activista que ha adoptado en los últimos años la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>58</sup>.

---

intérprete definitiva del mismo (art. 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial formal del Pacto, aunque el texto de éste no ha variado”, ob. cit.

<sup>55</sup> Señala el art. 61 de la CADH: “Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Comisión”.

<sup>56</sup> Ha señalado este tribunal interamericano que “la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el Artículo 62.1 de la Convención Americana... No existe en la Convención norma alguna que expresamente faculte a los Estados parte a retirar su declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte”, caso Ivcher Bronstein, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrs. 36 y 39. Esta sentencia fue dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con motivo de que el día 7 de julio de 1999 Perú retiró unilateralmente su reconocimiento de la jurisdicción del mencionado tribunal. Sobre el particular puede verse: Hitters, Juan Carlos, “Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana (El caso Perú)”, LL, 10-IX-99.

<sup>57</sup> Así, el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado en el caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006 sostiene que el control de convencionalidad que deben llevar a cabo los tribunales internacionales y, de modo derivado los nacionales, puede expandirse, aparte del Pacto de San José de Costa Rica, a otros Tratados sobre Derechos Humanos como son el *Protocolo de San Salvador*, la *Convención de Belem do Pará para la erradicación de la violencia hacia la mujer* y la *Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas*, etc., en aras de lograr que haya conformidad entre los actos internos de un Estado, y los compromisos internacionales contraídos por él: cfr. Salinas Pablo G., *Cumplimiento de las resoluciones de la Corte IDH a la luz del caso Penitenciarias de Mendoza*, en Albanese Susana (Coord.), *El control de convencionalidad*, ob. cit., pág. 236.

<sup>58</sup> Sobre el particular puede verse el muy interesante contrapunto que se produjo entre dos ex Presidentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Dres. Nieto Navia y Cançado Trindade, en una Jornada organizada por la Universidad Austral en el año 2006: cfr. Cançado Trindade, António Augusto, “Fragmentos de primeras memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, y Nieto Navia, Rafael, “Apuntaciones críticas sobre algunos aspectos

También algunos tribunales nacionales, como la Corte Suprema argentina, han acogido progresivamente algunas de estas pautas<sup>59</sup>. Así, al resolver el ya citado caso “Simón”, sostuvo el voto del juez Maqueda: “la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía —al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa— *un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula* y que es conocido actualmente —dentro de este proceso evolutivo— como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y *debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa*. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción —desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX— en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas”<sup>60</sup>.

Se trata de una cuestión de fundamentación última del nuevo orden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aún abierta a la discusión jurídica y no definitivamente resuelta.

---

recientes de la jurisprudencia y del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ambos trabajos publicados en *Jornadas de Derecho Internacional*, organizadas por la Universidad Austral y el ISEN en Bs. As. del 14 al 27 de noviembre de 2006, publicación a cargo de la Secretaría General de la OEA, Washington DC, 2007.

<sup>59</sup> Ya en el año 1995, la Corte Suprema argentina, al resolver favorablemente el pedido del gobierno italiano de extradición del ciudadano alemán Priebke —acusado por los crímenes de las fosas argentinas ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial—, a pesar de que se invocó la prescripción para el derecho argentino de esos delitos, señaló: “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición, sino de los principios de *ius cogens* del Derecho Internacional”, *Fallos*: 318:2148 (1995).

<sup>60</sup> *Fallos*, 328:2056, voto Dr. Maqueda, consid. 45.

#### **IV. La coordinación de las jurisdicciones nacional e internacional en materia de protección de los derechos humanos**

Los Derechos Humanos han sido objeto de tutela jurídica, fundamentalmente, por parte de las constituciones nacionales desde los albores del constitucionalismo a fines del siglo XVIII. Desde mediados del siglo XX, esa protección de los Derechos Humanos por parte de las normas y tribunales nacionales, es reforzada, complementariamente, mediante su tutela a través normas, organismos y tribunales, que actúan cuando las instancias de carácter local resultan insuficientes o ineficaces<sup>61</sup>. Sin embargo, gradualmente el carácter complementario de la tutela internacional va cediendo paso a una protección cada vez más amplia y directa por parte del orden internacional.

Esta realidad plantea complejos problemas de coordinación entre las normas y jurisdicciones locales e internacionales que, actualmente, están en pleno proceso de armonización<sup>62</sup>. La protección jurídica de los Derechos Humanos parecería ser, en los momentos actuales, un sistema “multifocal” en el que operan simultáneamente y sin una plena coordinación, ni una jerarquización rígida, las normas y tribunales nacionales e internacionales, aunque progresivamente éstos últimos pretenden establecer una supremacía sobre los primeros.

Existen algunas pautas generales que intentan armonizar esas dos órbitas de protección de los derechos humanos. Algunas de ellas son las siguientes:

<sup>61</sup> Así, en el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos se afirma que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

<sup>62</sup> Sobre este tema puede consultarse con provecho el trabajo de Sagúes, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, v. 9, n° 1, Talca, 2003.

- a) Necesidad, en la mayoría de los supuestos, del previo agotamiento de las instancias locales para poder acudir a los tribunales internacionales<sup>63</sup>. Este principio guarda cierta relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida que esta última garantía exige que las demandas sobre posibles violaciones a los derechos humanos sean adecuadamente atendidas y decididas, en primer lugar, por los tribunales nacionales. Si ello no ocurre, más allá de la resolución que se adopte sobre el fondo de la cuestión, existirá una lesión a la garantía de la tutela judicial efectiva que deberá ser remediada en sede internacional<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Señala el artículo 35 de la Convención Europea de Derechos Humanos que “al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva”. El art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene el mismo requisito y contempla también sus excepciones:

“1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los arts. 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

- 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 halla 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 art. 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.

2. Las disposiciones de los incisos 1, a) y 1, b) del presente artículo no se aplicarán cuando:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido el proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o hay sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

<sup>64</sup> En relación al sistema europeo de Derechos Humanos, sostiene Luzius Wildhaber: “prácticamente todas las garantías convencionales conllevan una obligación positiva e implícita de implantar y hacer efectivos procedimientos que permitan reivindicar a nivel nacional el derecho en cuestión. Esto confirma la exigencia del agotamiento de las vías de recurso internas expuestas en el artículo 35 del Convenio, y la obligación de ofrecer un recurso efectivo que el artículo 13 hace pesar sobre los Estados. Y deberá ser así si se desea que el sistema funcione a título subsidiario. Como el Tribunal ha subrayado recientemente, “de acuerdo con el objeto y los fines subyacentes

- b) Interpretación de las normas constitucionales internas sobre Derechos Humanos en conformidad con las normas de los Tratados Internacionales sobre esta materia. En este sentido, cabe recordar que la Constitución española en su art. 10. 2 afirma que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”<sup>65</sup>. Esta misma pauta hermenéutica ha sido establecida en la cláusula transitoria cuarta de la Constitución de Perú. Más recientemente, el art. 7.1 de la Constitución húngara de 1989, en una fórmula aún más amplia, establece: “El sistema legal de la República de Hungría acepta las normas y regulaciones de derecho internacional universalmente reconocidas y armoniza las normas y leyes internas del país con las obligaciones asumidas bajo el derecho internacional”. Por su parte, la constitución sudafricana de 1996 establece en su art. 39.1: “Al interpretar el *Bill of Rights*, una corte, tribunal o fuero: a) debe promover los valores que subyacen en una sociedad abierta y democrática, basados en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; b) debe considerar el derecho internacional; y c) puede considerar el derecho extranjero”.
- c) Plena incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno: las normas internacionales pasan a integrar el sistema jurídico el sistema jurídico nacional y los operadores jurídicos

---

del Convenio, según se desprende del artículo 1 del mismo, cada Estado contratante deberá asegurarse en su orden jurídico interno el disfrute de los derechos y libertades garantizados. Es fundamental para el mecanismo de protección establecido por el Convenio que los mismos sistemas nacionales permitan corregir las infracciones cometidas, y que el Tribunal ejerza su control en el respeto del principio de subsidiariedad”, ob. cit.

<sup>65</sup> Esta cláusula tiene su fuente en el art. 16 párrafo 2º de la Constitución portuguesa de 1976.

pueden acudir a ella, tal como rigen en el ámbito internacional, para fundar sus pretensiones o decisiones<sup>66</sup>. Algunas constituciones otorgan a todos o algunos de estos Tratados sobre Derechos Humanos jerarquía constitucional<sup>67</sup> o supralegal.

- d) Efecto expansivo de las interpretaciones otorgadas por los tribunales internacionales hacia los sistemas jurídicos de los Estados partes, cuyos órganos de gobierno y tribunales nacionales tienen que tener en cuenta y seguir esa hermenéutica de los Tratados Internacionales<sup>68</sup>. Así, ya hemos visto que los máximos tribunales de Perú y Argentina<sup>69</sup>, han considerado que no sólo el texto de los Tratados sobre Derechos Humanos, sino la interpretación que de ellos realicen los tribunales internacionales, tienen rango constitucional y deben ser seguidos como pauta hermenéutica por los jueces nacionales<sup>70</sup>. También,

<sup>66</sup> En su voto en el caso *Arancibia Clavel* (*Fallos*, 327:3294, 2004), el Dr. Antonio Boggiano los distintos modos en que el ordenamiento local puede asumir las normas internacionales: “La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado haciéndolo interno. Tampoco se ha operado una recepción de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar vigentes en la Argentina, como ha sido de práctica en Holanda. Tampoco la adaptación de los tratados por vía de una redacción similar a la de los tratados sin seguirlos tal cual rige internacionales. Tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El art. 75 inc. 22 dispone una referencia y no algunas de los citados métodos de nacionalización”

<sup>67</sup> Éste ha sido el criterio adoptado por la Constitución Nacional argentina luego de la reforma constitucional de 1994 en el art. 75 inc. 22.2.

<sup>68</sup> Sobre la relación entre la jurisprudencia de la Corte Europea de Derecho y la de los tribunales nacionales europeos, sostiene Luzius Wildhaber: “si, por añadidura, las autoridades nacionales deciden aplicar la jurisprudencia convencional a las cuestiones en las que se encuentren implicadas, el trabajo del Tribunal de Estrasburgo queda realizado, en gran parte o en su totalidad. Tal es, finalmente, el objetivo que sustenta el sistema, hacer que los ciudadanos europeos, en la comunidad del Convenio en su conjunto, puedan hacer valer con plenitud, en su propio orden jurídico interno, los derechos que les reconoce el Convenio”, *ob. cit.*

<sup>69</sup> Remitimos a lo mencionado en la nota 23.

<sup>70</sup> En sentido contrario, cabe mencionar que la Corte Suprema venezolana ha considerado que si la Constitución nacional ha otorgado a un Tratado Internacional sobre derechos humanos jerarquía constitucional, ello significa que esa norma internacional se ha convertido en una norma interna, cuyo intérprete final es la propia Corte Suprema nacional y no el tribunal internacional.

cabe destacar que en 1988 un conjunto de jueces de naciones integrantes del Commonwealth británico, adoptaron los llamados “*Principios de Bangalore acerca de la aplicación doméstica de las normas internacionales de derechos humanos*”, como forma de unificar la visión sobre éstos en las decisiones judiciales de sus respectivos países<sup>71</sup>. Diez años, después de la adopción de estos principios, quienes los suscribieron volvieron a afirmar que “es obligación fundamental del Poder Judicial... interpretar y aplicar las constituciones nacionales y las leyes en armonía con los códigos y principios del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional consuetudinario, y desarrollar el *common law* a la luz de los valores y principios consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos”.

- e) Doctrina del margen nacional de apreciación: Esta doctrina ha sido desarrollado por la Corte Europea de Derechos Humanos y señala que debe reconocerse a los Estados partes del sistema un grado de libertad y la posibilidad de diferenciación entre ellos en el modo en que cumplen las obligaciones establecidas en el Convenio sobre Derechos Humanos<sup>72</sup>. Este principio, ya presente en el primer caso decidido en cuanto al fondo por el tribunal europeo<sup>73</sup>, ha

---

<sup>71</sup> Para una discusión sobre los principios y su desarrollo posterior, cfr, entre otros, LORD LESTER OF HERNE HILL, *The Challenge of Bangalore: Making human rights a practical reality*, E.H.R.L.R. 1999, 3, 273. Agradezco esta referencia a la generosidad del Dr. Alfredo Vítolo.

<sup>72</sup> En este sentido, cabe señalar que también la “Declaración y Programa de Acción de Viena”, documento surgido luego de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, después de sentar el principio de universalidad de los derechos humanos, añadió que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fuesen sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

<sup>73</sup> Cfr. caso *Lawless*, resuelto por la Corte Europea en 1961. Sobre el contenido y alcance de esta doctrina del margen nacional de apreciación pueden consultarse, entre muchas otras, los siguientes trabajos: Ganshof van der Meersch, Walter J., “Le caractère «autonome» des termes et

ido disminuyendo progresivamente su radio de acción<sup>74</sup>. La doctrina del margen de apreciación nacional varía su alcance de acuerdo con la naturaleza del derecho que se trate y el contexto histórico por el que atraviesan los diferentes países signatarios del Acuerdo. En el ámbito del sistema interamericano, la jurisprudencia de la Corte de Costa Rica, si bien recogió inicialmente esta doctrina<sup>75</sup>, posteriormente no la ha utilizado mayormente y hay opiniones doctrinarias que rechazan claramente la adopción de esta doctrina<sup>76</sup>.

---

la «marge d'appréciation» des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme», en AAVV, *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, ed. Franz Matscher - Herbert Petzold, Berlín, 1988, pág. 207; Yourrow, Howard Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, ed. Luwer Law International, La Haya, Boston y Londres, 1996, pág. 196; Kastanas, Elías, *Unité et diversité: Notions autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, ed. Établissements Emile Bruyant, Bruselas, 1996, pág. 439.

<sup>74</sup> Cfr., entre otros, las sentencias de los casos “Handyside” y “Sunday Times”, de 1976 y 1979, respectivamente. Sin embargo, la doctrina del margen nacional de apreciación ha sido nuevamente invocada por la Corte Europea al resolver en el año 2004 el caso *Sahim*, sobre la prohibición del uso de determinadas vestimentas con connotaciones religiosas en espacios públicos en un Estado de mayoría musulmana. En su sentencia el tribunal consideró que no era contrario a la libertad religiosa reconocida en el art. 9 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, la normativa emitida por las autoridades turcas, fundada en el principio de laicidad estatal contenido en el art. 2 de la constitución de ese país, prohibía a las mujeres el uso del pañuelo islámico en los establecimientos universitarios públicos. Teniendo en cuenta las particulares circunstancias históricas de Turquía, el interés político expresado en su constitución de implantar la laicidad estatal y el margen de apreciación local para la reglamentación de los derechos humanos reconocidos en el Convenio Europeo, el tribunal entendió que las disposiciones legales impugnadas no lesionaban la libertad religiosa de la accionante.

<sup>75</sup> Cfr. la opinión consultiva 4/84 en que se afirma que los fines y valores que promueve la Declaración Americana de Derechos Humanos “adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso”.

<sup>76</sup> Ha sostenido el Dr. Antonio Cançado Trindade que “la doctrina del llamado ‘margen de apreciación’ floreció... en la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos, como una deferencia a la supuesta ‘sabiduría’ de los órganos del Estado en cuanto a la mejor manera de dar efecto a las decisiones de los órganos convencionales de protección en el ámbito del derecho interno. Esta doctrina presupone la existencia de Estados verdaderamente democráticos, con un Poder Judicial indudablemente autónomo...Esta doctrina sólo podría haberse desarrollado en un sistema europeo de protección que se creía ejemplar, propio de una Europa occidental (antes

- f) Principio *pro homine* como criterio interpretativo final en materia de derechos humanos<sup>77</sup>: en el supuesto de un posible conflicto entre normas internacionales y constitucionales habrá que elegir aquella que otorgue mayor protección a los Derechos Humanos en el caso concreto que se plantea.
- g) Necesidad de la colaboración de los órganos de gobierno y tribunales nacionales para el cumplimiento y ejecución de las decisiones de los tribunales internacionales: las sentencias de los tribunales internacionales no siempre tienen previstos mecanismos de ejecución para sus decisiones y suelen requerir de la intervención de los funcionarios y jueces locales para su efectivización. El leal acatamiento y la actitud de colaboración de las instancias nacionales resultan decisivos para la operatividad de lo decidido en sede internacional<sup>78</sup>.

---

de 1989) relativamente homogénea en cuanto a sus percepciones de una experiencia histórica común... Ya no se puede presuponer, con la misma seguridad aparente del pasado, que todos los Estados que integran su sistema regional de protección sean verdaderos Estados de Derecho. Siendo así, la doctrina del “margen de apreciación” pasa a requerir una seria reconsideración. Afortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 386.

<sup>77</sup> “La naturaleza especial de los tratados de derechos humanos tiene incidencia, como no podría dejar de ser, en su proceso de interpretación. Tales tratados, efectivamente –tal como lo han advertido las Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos– no son interpretados a la luz de concesiones recíprocas, como en los tratados clásicos, pero sí en la búsqueda de la realización del propósito último de la protección de los derechos fundamentales del ser humano”, Cançado Trindade, Antonio, *El Derecho Internacional en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 24.

<sup>78</sup> Como ejemplo de falta de leal acatamiento y colaboración de las instancias nacionales respecto de las decisiones de los tribunales internacionales, cabe mencionar la sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el caso Medellín del 25-III-08. José Medellín, un ciudadano mexicano residente en Estados Unidos, había sido condenado a muerte por los tribunales de Texas a causa de una violación ocurrida en Houston en 1993. Durante su proceso penal, no se le informó al condenado acerca de su derecho a recibir asistencia consular, según lo previsto en la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, de la que Estados Unidos era parte. A raíz de que esta omisión se había repetido en otros 58 casos, México demandó a Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia. Al resolver el caso Avena en 2004, el tribunal de La Haya acogió favorablemente el reclamo y decidió que la violación de las normas

Estas pautas, entre otras, pueden ayudar a resolver algunos de los problemas de armonización, pero no solucionan todos los conflictos que se pueden dar, ya que ambos sistemas jurídicos e institucionales, el nacional y el internacional, continúan funcionando de modo parcialmente independiente.

Inicialmente, se parte del supuesto de que la violación a los Derechos Humanos procede ordinariamente de las autoridades nacionales. Por eso, una vez agotadas las instancias locales sin haber obtenido la adecuada tutela o reparación a esas violaciones, procede la intervención de los organismos y tribunales internacionales<sup>79</sup>. Esta posibilidad es positiva y puede ser eficaz para el logro de la plena vigencia de los derechos humanos. Sin embargo, requiere de la necesaria prudencia y autolimitación por parte de las instancias internacionales, pues de lo contrario se podría dar un traspaso indebido de poder político para la adopción de decisiones en temas conflictivos que pertenecen y son, inicialmente, propias del ámbito de competencia local. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha de respetar su carácter complementario y

---

internacionales por privación de la asistencia consultar, exigían la revisión de las condenas penales. En 2005, el Presidente Bush dictó una circular para el cumplimiento de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia y la revisión de los fallos condenatorios. La Corte de Texas reconsideró el caso Medellín, pero confirmó la condena a muerte. Medellín apeló ante la Corte Suprema norteamericana quien, en voto dividido seis a tres, rechazó su apelación. En los fundamentos del voto mayoritario, desde una clara postura dualista, se afirma que la Convención Internacional de Viena no era una norma cuyo cumplimiento deba ser exigido por los tribunales locales, ya que ninguna ley del Congreso la había incorporado aún al sistema normativo interno, por lo que las normas procesales estatales tienen primacía sobre la Convención. Por otra parte, tampoco la instrucción del Presidente era obligatoria para los tribunales locales, ya que ello implicaría reconocer facultades legislativas y judiciales en el Presidente, contrariando la división de poderes prevista en la Constitución federal. México volvió a acudir ante la Corte Internacional de Justicia para impedir la ejecución de Medellín. El tribunal internacional determinó en el mes de junio de 2008 que se debía suspender la ejecución. La Corte de Texas, a pesar del pedido del Secretario de las Naciones Unidas, ordenó la muerte del condenado.

<sup>79</sup> En su sentencia del caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71), sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”.

subsidiario<sup>80</sup>. Solamente las graves y manifiestas lesiones a los derechos constitucionales a las que no sea posible encontrar reparación en el orden nacional, justificarán la intervención acotada de los órganos internacionales<sup>81</sup>. Por otra parte, estas intervenciones excepcionales deberán hacerlo respetando en todos los casos el principio del margen nacional de apreciación desarrollado inicialmente por el tribunal europeo de derechos humanos<sup>82</sup>.

No respetar estas pautas, no adoptar un cierto *self-restraint* por parte de los tribunales internacionales, podría llevar a que algunas decisiones conflictivas acerca de la armonización de los derechos entre sí o con bienes públicos, sean adoptadas en sede internacional, cuando por su propio contenido están llamados a ser resueltos en el ámbito nacional. El respeto del principio de subsidiariedad, por el cual una comunidad mayor no debe abocarse a la resolución de problemas que por sí misma puede realizar una entidad menor<sup>83</sup>, armoniza también mejor con el principio de

---

<sup>80</sup> Ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en su sentencia del caso “Handyside” de 1976 que “el Tribunal destaca que el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos del hombre” (párrafo 48).

<sup>81</sup> Acerca de la relevancia del principio de subsidiariedad en materia de la tutela internacional de los Derechos Humanos, remitimos al excelente trabajo de quien fuera Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Paolo Carozza, “Subsidiarity as a structural principle of international human rights law”, *The American Journal of international Law*, Vol. 97, pág.38.

<sup>82</sup> Acerca de los fundamentos prácticos de la doctrina del margen nacional de apreciación en el ámbito europeo, afirma Luzius Wilhaber: “este campo de discreción en un elemento necesario inherente a la naturaleza de la competencia internacional cuando se aplica a los Estados democráticos que respetan la preeminencia del derecho. Traduce el aspecto práctico en el sentido de que las autoridades nacionales están próximas a los acontecimientos, y de que una jurisdicción internacional, cuya competencia se extiende a cuarenta y tres Estados que agrupan una población de 800 millones de habitantes, se encuentra pura y simplemente en la imposibilidad física de funcionar como un tribunal de hechos. Ésta es la razón de que el Tribunal haya dicho que deberá mostrarse prudente cuando asuma el papel de tribunal de primera instancia llamado a conocer los hechos. No entra en sus atribuciones sustituir en la materia su propia visión por aquella de las jurisdicciones internas. Incluso si no está ligado por las verificaciones de los hechos de éstas, deberá poseer los datos convincentes para poder apartarse del tema”, ob. cit.

<sup>83</sup> Acerca de la recepción y contenido de este principio en los procesos de integración económica, puede verse: Deluca, Santiago, “El principio de subsidiariedad en la Unión Europea y Mercosur: ¿Principio de Legalidad de la Normativa Comunitaria?”, *El Derecho*, diario del 16-V-03.

legitimidad democrática en la toma de decisiones, ya que el origen, la legitimidad y la responsabilidad democráticas de los organismos y tribunales internacionales suele ser más bien reflejas y secundarias. El saber permanecer dentro de sus límites naturales es uno de los desafíos más importantes que se le presenta a los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Existe el riesgo de una cierta “sobreconventionalidad” que se da cuando la interpretación expansiva que los tribunales y organismos internacionales realizan de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, invade los ámbitos de competencias propios de la Constitución o de la ley ordinaria nacional<sup>84</sup>.

Un problema particularmente grave y complejo de armonización entre los sistemas internacionales y nacionales se da cuando las normas de los Tratados Internacionales y/o la interpretación que de ellos hacen los tribunales internacionales entran en colisión con normas de carácter constitucional<sup>85</sup>. Ello plantea, especialmente de cara a las decisiones de los tribunales nacionales, el difícil problema de cómo resolver esta clase de conflictos normativos<sup>86</sup> en los que está en juego, nada más ni nada menos, que la máxima instan-

<sup>84</sup> Un claro conflicto entre instancias nacionales e internacionales, se ha dado en Alemania con motivo de la sentencia de la Corte Constitucional alemana del 14-X-04, que relativizó el alcance de un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos. Se trataba de un caso en que un menor había sido dado en adopción por su madre, sin el consentimiento de su padre y cuando éste último aún no había reconocido su paternidad. La Corte Constitucional señaló que, si bien las normas internacionales forman parte del derecho interno alemán, ellas no gozan de una jerarquía constitucional. Las decisiones de los tribunales internacionales deben ser llevadas a la práctica por los tribunales locales siempre y cuando su cumplimiento no signifique una violación a las normas constitucionales alemanas y, cuando ello sea necesario, con las debidas adaptaciones al sistema jurídico nacional. Ello ocurre particularmente cuando se trata de resolver conflictos no entre un Estado y sus ciudadanos, sino entre los intereses particulares de sus propios ciudadanos: cfr. Hartwig, Matthias, “Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights”, *German Law Journal*, Vol. 06 N°. 05, pág 869.

<sup>85</sup> Cfr., Sagüés, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *Revista La Ley* (en prensa), Bs. As., 2008, donde este destacado constitucionalista argentino hace un llamado a la prudencia por parte de la Corte Interamericana en el ejercicio del control de convencionalidad. De lo contrario, el propio tribunal debilitaría su natural autoridad y ascendiente.

<sup>86</sup> Hans Kelsen señalaba que “la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional”, cfr. *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, pág. 147.

cia normativa local<sup>87</sup>. Así, p. ej., la Constitución chilena de 1980 en su art. 13 *in fine* establecía la censura previa en materia cinematográfica<sup>88</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “La última tentación de Cristo”, entendió que el mecanismo previsto en la Constitución chilena era contrario al artículo 13 de la CADH. El conflicto se resolvió porque las propias autoridades chilenas procedieron a la modificación de su texto constitucional para adecuarlo a las pautas emanadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Problemas similares de adecuación de los textos constitucionales a las exigencias de las normas internacionales se podrían dar también en otros países. La cuestión se torna especialmente compleja cuando el Estado no puede o no quiere realizar esa reforma constitucional. Los jueces nacionales están en el dilema de si deben seguir, en primer término, las normas constitucionales o las internacionales, si deben privilegiar el control de constitucionalidad o el de convencionalidad. Consideramos que, en las actuales circunstancias, la fidelidad última de los jueces nacionales, una vez agotadas las posibilidades de armonización entre las reglas nacionales e internacionales, es hacia su propia norma constitucional<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> El art. 27 de la Constitución argentina señala que los tratados internacionales que firme el país deberán estar “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”, estableciendo de esa forma la supremacía normativa de la Constitución sobre los tratados internacionales. Por eso, describiendo el conflicto que se plantea al juez nacional si debe aplicar una norma internacional que contradice el texto constitucional, sostiene Andrés Dalessio: “cuando una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base de alguno de los tratados incorporados por el art. 75, inc. 22, pretenda que los tribunales argentinos se pronuncien de modo que viole algunas de las garantías preexistentes en nuestra Constitución, ocurrirá lo siguiente: quedará de lado el principio del art. 27; quedará de lado que dicha incorporación se hizo con la aclaración de que no importaba derogación de artículo alguno de la primera parte de nuestra Carta, y para que fuera complementaria de los derechos y garantías establecidos en ella; Posiblemente se esté dejando de lado alguna reserva o declaración interpretativa hecha en el momento de la ratificación y, de tal modo, olvidando que la incorporación se hizo en las condiciones de su vigencia en 1994. A todo esto, los jueces que integren ese tribunal habrán asumido su cargo jurando aplicar la Constitución, por lo que no podrán acceder a violarla con tal motivo”, *Los delitos de lesa humanidad*, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2008, pág. 89.

<sup>88</sup> Señalaba el texto constitucional chileno: “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”.

<sup>89</sup> Desde una perspectiva propia del derecho internacional, se podría alegar que el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que “una parte no podrá invocar

Nos parece que la *supremacía* es siempre constitucional, si bien cabe la posibilidad de que sea el propio texto constitucional el que establezca la *primacía* del derecho internacional o comunitario sobre toda norma interna, incluida la constitucional. En ese caso, el intérprete privilegiando la norma internacional da plena operatividad a la propia Constitución. Nos parece que estos criterios son los que se corresponden con el estado actual de evolución de los Estados Nacionales en el marco del proceso de globalización. Éste ha debilitado el Estado Nación moderno, ha relativizado partes importantes de la soberanía estatal, pero aún estamos lejos de poder decir que ha desaparecido. Los Estados Nacionales siguen siendo los principales sujetos y protagonistas del sistema político y jurídico y las instituciones y el derecho internacionales aún están en proceso de conformación.

## **V. El crecimiento desmedido y la acumulación de causas en los tribunales regionales de derechos humanos**

La creciente juridización y judicialización de los problemas sociales y políticos, la progresiva toma de conciencia de las posibilidades que, en este marco, ofrece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el carácter expansivo de la jurisdicción y la jurisprudencia de los tribunales que tratan estas materias, han provocado un notable aumento de las causas que los particulares

---

las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Entre esas normas internas se incluyen también las normas constitucionales. Sin embargo, el mismo problema puede ser analizado desde la perspectiva constitucional interna. Todo tratado internacional, incluida la firma y ratificación de la Convención de Viena, es un acto de los poderes constituidos que, de acuerdo con el principio de supremacía constitucional, nunca pueden ir en contra de lo dispuesto por el Poder Constituyente al momento de dictar la constitución nacional. Sólo si esta última estableciera la primacía del derecho internacional sobre toda norma local, podría el intérprete nacional dejar de lado lo dispuesto por el ordenamiento constitucional nacional y dar prevalencia a la norma internacional, pues estaría acatando así lo establecido en la propia constitución.

llevan a los tribunales internacionales una vez agotados las instancias locales. Este fenómeno se ha verificado en los últimos años tanto en el sistema europeo como en el americano.

Ha contribuido a esta tendencia el criterio aperturista y amplio en el reconocimiento de la legitimación para accionar fijado por los tribunales internacionales. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dictar su 4º Reglamento ha permitido a las víctimas de las violaciones ser partes en el proceso, cuando, conforme al texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, únicamente podían ser parte del proceso tanto la Comisión como los Estados partes. Esta solución había sido ya adoptada por el Consejo de Europa mediante el protocolo XI que entró en vigencia en octubre del año 1998.

Esto ha producido una cierta saturación y sobrecarga en la actividad de los tribunales, tendencia que aparece como irrefrenable y muy difícil de revertir. Así la Corte Europea de Derechos Humanos, integrada por 47 jueces que actúan divididos en salas de 7 integrantes, recibe al año 60.000 causas y sólo resuelve 1.500 al año, lo que puede llevar a su progresivo colapso y a una pérdida de la calidad de las sentencias que dicta el tribunal. Para intentar hacer frente a esta situación se ha firmado en el año 2004 el Protocolo XIV, actualmente en proceso de ratificación por los países europeos, que permitirá al tribunal rechazar con cierta elasticidad las causas que, a su criterio, no constituyan un aporte significativo al desarrollo del Derecho de los Derechos Humanos en el ámbito europeo<sup>90</sup>. Se trata de una especie de “certiorari”, propio de la Corte Suprema norteamericana, que habilitaría a la Corte Europea manejar con cierta flexibilidad y discrecionalidad su propia agenda jurisdiccional, posibilitándole la realización de una tarea más cerebral y medular, que meramente muscular y cuantitativa.

---

<sup>90</sup> Según explicaba Luzius Wildhaber, a través del Protocolo XIV se pretende conferir “al Tribunal el poder de rehusar examinar en detalle las consultas que no presenten cuestión sustancial alguna con respecto al Convenio”, ob. cit.

La creciente demanda jurisdiccional que se verifica en ambos tribunales regionales exige la definición de una estrategia institucional que le dé una respuesta adecuada. El criterio con que maneja su propia competencia es, sin duda, uno de los elementos centrales de esa estrategia que debe definir cada tribunal. Pareciera que en estos momentos, la Corte Europea de Derechos Humanos está más preocupada en cómo acotar y disminuir su competencia, mientras que la Corte Interamericana viene adoptando una postura más aperturista y activista, de acuerdo con las distintas etapas históricas por la que transitan ambos tribunales internacionales.

## **VI. La posible violación a los Derechos Humanos provenientes de decisiones de organismos y tribunales internacionales**

Si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está construido, principalmente, sobre la base de poder remediar por medio de él las violaciones que provienen de las autoridades locales<sup>91</sup>, no está demás considerar que también esas lesiones pueden originarse en la actuación de organismos o en sentencia de los tribunales internacionales<sup>92</sup>. Así, si un tribunal internacional sostu-

---

<sup>91</sup> Señala Néstor Sagüés que esta primacía de la jurisdicción internacional tiene como presupuesto “el reconocimiento de una posible mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los criterios de la jurisdicción supranacional sobre la nacional, en cuanto la interpretación de los derechos humanos”, ob. cit.

<sup>92</sup> Pasando revista a los posibles desvíos que podrían darse en el funcionamiento de estos órganos jurisdiccionales, señala Sagüés: “Los tribunales internacionales pueden padecer de distintos defectos, como practicar un autismo jurídico que los lleve a interpretar los derechos humanos emergentes de un instrumento internacional solamente ‘desde’ tal documento, desconociendo las realidades y el contexto normativo del Estado donde se debate una posible infracción a aquellos derechos. También aquí pueden repetirse actitudes hedonistas y narcisistas de pésimos resultados, como creer que por tratarse de un ente jurisdiccional supremo, cuyos veredictos son irrecorribles, es posible resolver ligera, mayestática y soberanamente los casos, sin medir con responsabilidad y tino las consecuencias previsibles del pronunciamiento, la factibilidad de su ejecución, o el impacto probable en situaciones futuras dentro y fuera del país involucrado por la sentencia. En otro sentido, un tribunal internacional, animado con las mejores intenciones, puede

viera, como lo ha hecho algunas cortes nacionales, que forma parte del derecho de la privacidad de la madre decidir sobre la vida de la persona por nacer, estaría lesionando el contenido esencial de un derecho humano fundamental como es el derecho a la vida. Lo mismo ocurriría, si un tribunal internacional dejara abiertamente de lado el principio de legalidad en materia penal para proteger de manera desmedida, en un determinado supuesto, el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas<sup>93</sup>.

En casos como éstos, consideramos que en modo alguno el Estado y los tribunales nacionales están obligados a seguir obligatoriamente la jurisprudencia emanada de los organismos jurisdiccionales. El principio *pro homine*, que es el fundamento de todo el sistema jurídico de los Derechos Humanos tanto en su dimensión nacional como internacional, exigiría a los jueces y autoridades nacionales dejar de lado aquellas decisiones y criterios claramente lesivos de los Derechos Humanos que tuvieran su origen en organismos o tribunales internacionales.

A veces se tiende a considerar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, integrado por un número creciente de Tra-

---

emitir sentencias por cierto bien intencionadas, pero cuyas secuelas quizá no se han medido con la cautela del caso. Tampoco cabe descartar que, sobre todo por razones ideológicas, un tribunal internacional actúe incorrectamente con el texto que debe interpretar, minificando al derecho en juego, hipertrofiándolo o falseándolo. Nadie tiene aquí el dogma de la infalibilidad, ni es posible asegurar tampoco la eterna fidelidad del operador del tratado al espíritu de éste. Cabe tomar conciencia, eso sí, que el éxito de un tribunal supranacional y su aptitud de convicción y de seguimiento de sus sentencias por los órganos jurisdiccionales locales dependerá –*ab initio*– de la ejemplaridad de ellas. A mayor legitimidad de tales fallos, mayor posibilidad de acompañamiento”, ob. cit.

<sup>93</sup> Así, p. ej., podríamos suponer que en el futuro la conciencia jurídica universal considere de una especial gravedad ciertos delitos, muchos de los cuales hoy existentes, como son los delitos ecológicos, los actos de corrupción, el aborto, la manipulación genética, la clonación, etc. En base a la gravedad y trascendencia social y política de esos delitos, se firman convenciones internacionales condenando estas prácticas y se decide reconocer carácter imprescriptible e inamnistiable a los delitos que las tipifican y penan. Si esos delitos hubieran sido cometidos en nuestros días, consideramos que sería ilegítimo jurídica y constitucionalmente pretender aplicar retroactivamente a sus autores los nuevos principios penales que, a través de normas nacionales o internacionales, comiencen a regir sobre esa clase de delitos, como un modo de hacer ver su particular gravedad y erradicar toda forma de impunidad.

tados Internacionales que los reconocen y protegen, como un bloque de juridicidad perfectamente coherente, armónico, sin fisuras, ni probables contradicciones. Esto no siempre se corresponde con la realidad. Como todo sistema legal encierra la posibilidad de posibles conflictos normativos que exigen la definición del contenido esencial y del contorno de cada derecho, para lograr su plena armonización. Podrían surgir conflictos entre normas o criterios interpretativos provenientes de distintos tratados internacionales sobre derechos humanos, de modo que el seguimiento de una pauta surgida de un tribunal llevara consigo la presunta violación de los derechos reconocidos en otros tratados. Las doctrinas elaboradas acerca de la armonización de los derechos, de la determinación de su contenido esencial y el seguimiento del principio *pro homine*, contribuirán al intérprete nacional a superar esos aparentes conflictos.

## **VII. El peligro de la desnaturalización de los Derechos Humanos**

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el contenido de la gran mayoría de los tratados internacionales que los conforman, constituyen un auténtico “patrimonio de la Humanidad” que ha de ser respetado, preservado, purificado, aprovechado y desarrollado para que pueda continuar cumpliendo la misión de ser el fundamento moral de la convivencia política y jurídica, tanto nacional como internacional.

Este riquísimo patrimonio jurídico sufre hoy la amenaza del relativismo moral y de una proliferación “inflacionaria” de pseudo-derechos que podrían devaluarlo. Este peligro ha sido puesto de manifiesto por el Papa Benedicto XVI en su reciente Discurso ante la Asamblea General de la Naciones Unidas de abril de 2008, cuando señalaba:

“La universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana. Sin embargo, es evidente que los derechos reconocidos y enunciados en la Declaración se aplican a cada uno en virtud del origen común de la persona, la cual sigue siendo el punto más alto del designio creador de Dios para el mundo y la historia. Estos derechos se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones. Arrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos. Así pues, no se debe permitir que esta vasta variedad de puntos de vista oscurezca no sólo el hecho de que los derechos son universales, sino que también lo es la persona humana, sujeto de estos derechos... La Declaración Universal tiene el mérito de haber permitido con fluir en un núcleo fundamental de valores y, por lo tanto, de derechos, a diferentes culturas, expresiones jurídicas y modelos institucionales. No obstante, hoy es preciso redoblar los esfuerzos ante las presiones para reinterpretar los fundamentos de la Declaración y comprometer con ello su íntima unidad, facilitando así su alejamiento de la protección de la dignidad humana para satisfacer meros intereses, con frecuencia particulares. La Declaración fue adoptada como un ‘ideal común’ (preámbulo) y no puede ser aplicada por partes separadas, según tendencias u opciones selectivas que corren simplemente el riesgo de contradecir la unidad de la persona humana y por tanto la indivisibilidad de los derechos humanos”<sup>94</sup>.

Otro problema que pareciera poner en jaque el carácter universal de los derechos humanos ha sido el multiculturalismo y, de

---

<sup>94</sup> Al recordar ante el cuerpo diplomático el 7-I-09 su discurso en la sede de Naciones Unidas a los 60 años de la Declaración universal de los derechos humanos, Benedicto XVI señaló que “quise poner de relieve que este documento se basa en la dignidad de la persona humana, y ésta a su vez en la naturaleza común a todos que trasciende las diversas culturas”.

modo particular, los intentos existentes en el mundo musulmán de tener una declaración de derechos propia. El consenso universal acerca del contenido de los derechos humanos alcanzado por medio de la *Declaración Universal sobre los Derechos Humanos*, pareciera estar parcialmente puesto en riesgo en algunos sectores del mundo islámico<sup>95</sup>. En los últimos años, sectores musulmanes han elaborado una serie de documentos sobre Derechos Humanos que en algunos puntos pretenden poner de manifiesto la particular concepción de algunos de ellos presente en el ámbito islámico frente a las definiciones contenidas en la Declaración de la ONU. Entre esos documentos pueden mencionarse la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos, elaborada en 1981 por el Consejo Islámico de Europa con sede en París; la Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos del Islam, proclamada por la Organización de la Conferencia Islámica; y la Carta Árabe de los Derechos Humanos (1994). Algunas de las principales diferencias entre el contenido de los documentos universales sobre los Derechos Humanos y los pertenecientes al mundo islámico, están dadas en materia de libertad religiosa, en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y en el alcance que se le asigna a la libertad de expresión. Así, mientras que en la Declaración Universal de la ONU uno de los contenidos fundamentales de la libertad religiosa es la posibilidad del cambio de religión, ello está excluido en la Declaración del Consejo Islámico de Europa. Incluso, en la declaración de El Cairo se llega a afirmar que “el Islam es la religión natural del hombre” y se prohíbe el proselitismo hacia los musulmanes señalando que “no es lícito someter a ninguna forma de presión o aprovecharse de su eventual pobreza o ignorancia para convertirlos a otra religión o al ateísmo”. También la libertad de expresión es reconocida “dentro de los límites de la ley islámica”. Como bien señala Motilla, los Derechos Humanos en las declara-

---

<sup>95</sup> Para profundizar en el análisis de la actual problemática entre derechos humanos e islamismo, remitimos a la obra colectiva, Motilla, Agustín (ed), *Islam y Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2006.

ciones islámicas tienen un exclusivo fundamento teológico y no se basan “no en un supuesto Derecho natural, como normas impresas por Dios en la naturaleza humana en el modo en que se entiende en la tradición católica, sino en el Derecho revelado por Dios a su Profeta”<sup>96</sup>. Eso hace que las disposiciones de la *sharia* o ley islámica predominen siempre sobre el contenido de los Derechos Humanos reconocidos en los documentos internacionales. No se admite en esta concepción islámica de los derechos humanos, a diferencia del cristianismo, un ámbito específico de autonomía de lo temporal, de exclusiva competencia de la razón natural.

Quedan así brevemente expuestos dos de los riesgos más importantes que amenazan actualmente el riquísimo patrimonio común de los Derechos Humanos.

## **VIII. Conclusiones**

Luego del repaso de algunas cuestiones generales que ha planteado el surgimiento y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cabe extraer las siguientes conclusiones:

- a) Estamos en presencia de un nuevo “paradigma” jurídico con sus propios conceptos, términos y problemas, que ha irrumpido en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales y actualmente está en fase de expansión. Ello ha provocado el cuestionamiento y la ruptura de muchos esquemas jurídicos previos. Este fenómeno tiene una particular incidencia en los países europeos y latinoamericanos.

---

<sup>96</sup> Cfr. ob. cit.

- b) Ha significado una transformación profunda e importante de los ordenamientos jurídicos locales y de sus sistemas internos de fuentes del derecho, que se han tornado claramente más complejos. Así como la aparición de la Constitución como norma jurídica suprema “destronó” a la ley ordinaria de su sitial de preferencia, hoy las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como ellos son interpretados por los organismos y tribunales internacionales, han puesto en jaque no sólo ya la primacía y centralidad de la ley, sino aun de la propia Constitución nacional.
- c) Ha provocado la transferencia de importantes competencias normativas y jurisdiccionales desde el ámbito nacional al internacional, con el consiguiente traspaso de poder político. La jurisprudencia de los tribunales internacionales ha de tener un carácter subsidiario y limitado para no contradecir las bases de legitimidad democrática de los modernos sistemas constitucionales y legales.
- d) Hasta el momento, ha contribuido, en líneas generales, a hacer más efectivos los derechos humanos.
- e) Los principales riesgos que se advierte de su progresivo desarrollo son la extralimitación interpretativa de los tribunales internacionales y una posible desnaturalización del contenido de algunos derechos como consecuencia del relativismo y de un multiculturalismo extremo, negadores de una común naturaleza humana.
- f) Los jueces nacionales e internacionales, las autoridades públicas y la doctrina jurídica enfrentan actualmente el desafío de la armonización teórica y práctica de los sistemas nacionales, regionales e internacionales de protección de los Derechos Humanos que, aunque distintos entre sí, son interdependientes y con claros y crecientes puntos de contacto e interferencia.

## Bibliografía

AAVV, *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne* ed. Franz Matscher - Herbert Petzold, Berlín, 1988.

Albanese, Susana (Coord.), *El control de convencionalidad*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

Cançado Trindade, António Augusto, "Fragmentos de primeras memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Jornadas de Derecho Internacional*, organizadas por la Universidad Austral y el ISEN en Bs. As. del 14 al 27 de noviembre de 2006, publicación a cargo de la Secretaría General de la OEA, Washington DC, 2007.

\_\_\_\_\_ *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

\_\_\_\_\_ *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

Carozza, Paolo, "Subsidiarity as a structural principle of international human rights law", *The American Journal of international Law*, Vol. 97, pág.38.

Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, 2003.

Ferrajoli, Luigi, "El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la cual nosotros también hemos trabajado", "Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, del Puerto, tomo 2002/B).

Filippini, Leonardo, "El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*", Año 8, n° 1 (2005);

Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, en *New York University Law Review*, Tomo 73, p. 334 (1998).

\_\_\_\_\_ “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lecher”, en *New York University Law Review*, Tomo 76, pp. 1391 a 1393 (2001);

\_\_\_\_\_ “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Tomo 148, p. 971 (2000); “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five”, en *The Yale Law Journal*, Tomo 112, p. 162 (2002)

Hartwig, Matthias, “Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights”, *German Law Journal*, Vole. 06 N°. 05, pág. 869.

Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad”, *Revista La Ley*, 2008-E-1169.

\_\_\_\_\_ “Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana (El caso Perú)”, *Revista La Ley*, 10-IX-99.

Jackson, Vicki, “Could I interest you in some foreign law? Yes, please. I’d love to talk to you”. 2004-AUG *Legal Aff.*, pág. 43.

Janis, Kay y Bradley, *European Human Rights Law*, Oxford, 1995.

Kastanas, Elías, “Unité et diversité: Notions autonomes et marge d’appréciation des états dans la jurisprudence de

la Cour Européenne des droits de l'homme", ed. Établissements Emile Bruyant, Bruselas, 1996, pág 439.

Legarre, Santiago y Orrego, Cristóbal, *Los usos del Derecho Constitucional Comparado y la universalidad de los derechos humanos*, (en prensa).

Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Bs. As., 1952.

Motilla, Agustín (ed.), *Islam y Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2006.

Nieto Gavia, Rafael, "Apuntaciones críticas sobre algunos aspectos recientes de la jurisprudencia y del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", trabajo publicado en *Jornadas de Derecho Internacional*, organizadas por la Universidad Austral y el ISEN en Bs. As. Del 14 al 27 de noviembre de 2006, publicación a cargo de la Secretaría General de la OEA, Washington DC, 2007.

Nikkei, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1987.

Orrego Vicuña, F., "Creación del Derecho Internacional en una Sociedad Global: ¿Importa el consentimiento?", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, 2005, pág. 67 y ss.

Paul Mahoney, "The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practical", *Human Rights Law Journal*, vol. 19, No. 1 (1998), pág 3.

Rosenkrantz, Carlos, "En contra de los 'prestamos' y de otros usos 'no autoritativos' del derecho extranjero", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, n° 1 (2005);

\_\_\_\_\_ “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, 20007.

Sagüés, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *Revista La Ley* (en prensa), Bs. As., 2008.

\_\_\_\_\_ “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, v. 9, n° 1, Talca, 2003.

Vítolo, Alfredo, “El perdón en los crímenes de lesa humanidad”, *Agenda Internacional*, año 4, n° 14, marzo 2008.

Yourow, Howard Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, ed. Luwer Law International, La Haya, Boston y Londres, 1996.

Waters, Melissa, “Creeping Monism. The judicial trend toward interpretative incorporation of Human Rights treaties”, 107 *Columbia Law Review* 628 (2007).