

*Derecho Internacional y Derecho Constitucional en América Latina*¹

Alejandro Chehtman †

I. ¿La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos?²

Este trabajo examina el rol del derecho internacional en los sistemas constitucionales de América Latina. La relación entre el derecho internacional y el derecho local ha sido tradicionalmente examinada dentro del debate entre monismo y dualismo. Este debate se ha centrado en determinar si ellos consisten en dos sistemas jurídicos separados, o si ambos conforman un solo sistema legal.³ Pondré este debate entre paréntesis por el momento, ya que, como dijo recientemente Crawford: “ninguna teoría ofrece una explicación adecuada de la interacción del derecho internacional y las cortes nacionales, cuyo rol en la articulación

¹ Una versión aumentada de este trabajo será publicada en *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America* (Oxford University Press), Conrado Hübner Mendes y Roberto Gargarella (comps.).

† Profesor Plenario, Universidad Torcuato Di Tella/ Investigador, CONICET. Agradezco a Marcelo Alegre, Ricardo Arredondo, Manuel Iturralde, Nico Krisch, Nahuel Maisley, Patricio Nazareno, Xisca Pou y Justina Uriburu por sus útiles sugerencias para escribir este artículo. Se aplica el descargo de responsabilidad habitual. Todos los sitios web fueron visitados por última vez el 1 de julio de 2018.

² A menos que se indique lo contrario, citaré las versiones en inglés de las Constituciones argentina, colombiana y mexicana del sitio web del Congreso argentino (<http://www.congreso.gob.ar/nationalConstitution.php>), y el sitio web del Proyecto Constitucional en https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2013.pdf?lang=en, y https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015.pdf?lang=en, respectivamente.

³ Para una consideración monista estándar, vea Hans Kelsen, *Teoría General de la Ley y el Estado* (2ª ed. 1967). Para una representación tradicional del dualismo, véase Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international* vol. 1 (Sirey, 1929), 57.

de posiciones de los diversos sistemas legales es crucial".⁴ De hecho, el trabajo empírico comparado muestra que los sistemas nacionales típicamente combinan elementos de monismo y dualismo, en lugar de adoptar una aproximación monolítica a la relación entre derecho interno e internacional.⁵

En contraste, me centraré en el rol que las autoridades nacionales reconocen al derecho internacional en su proceso de razonamiento y toma de decisión. Esta es más bien una cuestión técnica que es en buena medida independiente, o anterior, al debate jusfilosófico clásico. Para abordarla responderé tres preguntas específicas. Primero, examinaré si las normas internacionales pueden ser invocadas válidamente ante las autoridades locales, particularmente los tribunales. Segundo, pondré la atención sobre la jerarquía conferida a dichas normas por los sistemas jurídicos nacionales. Finalmente, evaluaré el peso y el rol asignado por las Cortes Supremas locales a las decisiones y otros pronunciamientos de cuerpos internacionales (especialmente del Sistema Interamericano). Para responder cada una de estas preguntas me enfocaré especialmente en las decisiones de las Cortes Supremas locales.⁶

Este capítulo cuenta la historia de las reformas constitucionales que se llevaron a cabo en Latinoamérica desde los años '80 y '90 del siglo XX, y el rol cada vez más relevante que ha adquirido el derecho internacional en los sistemas jurídicos de la región, particularmente en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. Este énfasis en los derechos humanos no debería sorprendernos. La región fue un actor clave en el surgimiento de un sistema global de derecho internacional durante la primera parte del siglo XX. Particularmente, los países latinoamericanos fueron un factor influyente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Como ha señalado Sikkink, la Declaración de los Deberes y Derechos del Hombre y del Ciudadano, precede a la DUDH por un par de meses, y no solo influyó en su redacción, sino también en su adopción.⁷ Además, los Estados latinoamericanos se

⁴ Véase *Brownlie's Principles of International Law* (Oxford University Press, 2012), 50.

⁵ Véase Pierre-Hugues Verdier and Mila Versteeg, "International Law in National Legal Systems: an Empirical Investigation" *American Journal of International Law* 109 (2015), 516.

⁶ Ciertamente, el papel del Congreso es cada vez más relevante para proporcionar una imagen más completa de estas relaciones, especialmente en el momento de la elaboración y aplicación de tratados. Ver, por ejemplo, Pierre-Hugues Verdier y Mila Versteeg, "El Derecho Internacional en Sistemas Legales Nacionales: Una Investigación Empírica", *AJIL* 109 (2015), 467 y ss. Sin embargo, evaluar esta área de influencia adicional está más allá del alcance de esta contribución.

⁷ Kathryn Sikkink, *Making Human Rights Work: Evidence for Hope* (Princeton University Press, 2017), capítulo 3.

implicaron de manera sustancial en que los derechos humanos fueran introducidos en la Carta de las Naciones Unidas. Este proceso pionero y abocado al desarrollo y aplicación de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos puede haberse visto afectado por la violencia política y las graves violaciones de derechos humanos acontecidas en las décadas de 1960 y 1970. En consecuencia, el énfasis en el derecho internacional volvió a emerger en la región con el regreso y consolidación de la democracia.

Desde mediados de la década de 1980, muchos países de Latinoamérica adoptaron nuevas Constituciones (Bolivia en 2009, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Ecuador en 1998 y 2008, Paraguay en 1992, Perú en 1993, y Venezuela en 1999) y varios más introdujeron reformas significativas a las constituciones ya existentes (Argentina en 1994, Costa Rica en 1989, y México en 1992 y 2011). A pesar de las claras diferencias nacionales, estas reformas han tenido varias características comunes,⁸ entre ellas, la forma en que cada sistema nacional se refirió al derecho internacional en general, y al derecho internacional de los derechos humanos en particular. La mayoría de los países confirieron de forma explícita un estatus especial al derecho internacional dentro del sistema jurídico interno. Además, muchos incorporaron tratados de derechos humanos en su Constitución, ya sea mediante la incorporación de instrumentos internacionales específicos (Argentina, Chile, Ecuador, Nicaragua o Venezuela) o por medio de cláusulas generales de “derechos no enumerados” u otras referencias (Bolivia, Brasil, Colombia, México y Venezuela).⁹

La tendencia a constitucionalizar el derecho internacional de los derechos humanos -y, particularmente, de otorgar a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) un pedigree que muchas veces no tienen siquiera las decisiones de las Cortes Supremas nacionales- constituye una de las preguntas más interesantes a la hora de analizar las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional en América latina. Esta tendencia, que ha penetrado en la región, pone al derecho internacional de los derechos humanos en un

⁸ Rodrigo Uprimny, “The recent transformation of constitutional law in Latin America. Trends and Challenges”, en César Rodríguez-Garavito (ed), *Law and Society in Latin America. A New Map* (Routledge, 2015), 93.

⁹ Este tipo de cláusula sugiere de manera estándar, siguiendo la enmienda 9 de EE. UU., que la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no debe ser interpretada para negar o menospreciar otros derechos retenidos por el pueblo.

punto muy alto en la jerarquía de las normas. Este trabajo explora el alcance y las características principales de este particular desarrollo, y también procura esclarecer con una luz crítica el razonamiento legal que lo sustenta. Para contar esta amplia historia, me voy a enfocar en Argentina, Colombia y México como estudios de casos. He elegido estas tres jurisdicciones porque creo que ilustran bien no solo la tendencia general frente a la incorporación y jerarquía del derecho internacional en los sistemas legales internos, sino también la amplia variación de actitudes frente al Sistema Interamericano por parte de los tribunales nacionales.¹⁰ El artículo está organizado de la siguiente manera. Las secciones II, III y IV examinan la evolución de los sistemas jurídicos de Argentina, Colombia y México, respectivamente. Finalmente, la sección V contiene una evaluación comparativa de la evolución del derecho internacional en estas jurisdicciones, y resalta algunos problemas pendientes.

II. Argentina

La Argentina realizó una reforma constitucional sustancial en 1994 que modificó el estatus y la jerarquía del derecho internacional dentro de su sistema legal.¹¹ Antes de esta reforma, sin embargo, el derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, ya era directamente aplicable por los tribunales nacionales. A menudo se ha sugerido que el derecho internacional consuetudinario era considerado parte del sistema jurídico argentino por los tribunales nacionales en virtud de la referencia al “derecho de gentes”, prevista en el artículo 102 de la Constitución Argentina de 1853-60.¹² De forma similar, la postura estándar era que los tratados internacionales resultaban directamente aplicables sobre la base de la cláusula de supremacía de la Constitución,

¹⁰ Es cierto que el límite exterior de esta tendencia, que no se aborda en este documento, es la consecuencia política de Venezuela con el sistema interamericano. Ver, por ejemplo, Eduardo Meier García, “Nacionalismo Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales* 9 (2011), 329.

¹¹ Por razones de espacio, no considero aquí el breve período en que la Constitución de 1949 estuvo en vigor.

¹² Artículo 118 en virtud de la actual Constitución. Como señala Nazareno, esta fue una de las disposiciones que no se discutieron en absoluto en la asamblea constituyente de 1853 (“The Ownership of Law”, texto no publicado en poder del autor, citando Asambleas Constituyentes Argentinas IV, Ravignani ed. 1937, 535). Véase también el texto de la Ley 48, sobre la organización del Poder Judicial Federal. Sobre la aplicación de la costumbre internacional, véase también, *Gómez c. Embajada Británica*.

prevista en su artículo 31.¹³ Siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, este artículo estipula que “esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”.

Había, no obstante, una salvedad a esta posición. La potestad de los tribunales internos de aplicar las disposiciones relevantes de los tratados dependía de que tanto el tratado como la cláusula específica se consideraran operativas. En ciertas situaciones, la Corte Suprema argentina se rehusó a aplicar una cláusula particular de un tratado en base a la falta de una necesaria implementación nacional.¹⁴ Curiosamente, sin embargo, y anticipándose a algunos cambios que tendrían lugar en los años siguientes, en 1992 la Corte Suprema decidió implementar por sí misma una disposición particular considerada “programática” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*. Esto posiblemente marcó la creciente importancia que la Corte estaba dispuesta a conferir a los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos. Subsiguientemente, la Corte Suprema Argentina ha sido uno de los pocos tribunales supremos nacionales que ha considerado operativa una disposición del PIDESC.¹⁵

Asimismo, era tradicionalmente aceptado que tanto las reglas consuetudinarias como las convencionales tenían la misma jerarquía que las leyes federales bajo la ley argentina, pero que eran inferiores a la Constitución.¹⁶ Una vez más, esta posición comenzó a cambiar con el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*, en el que la Corte Suprema Argentina consideró, como *obiter dictum*, que “por las nuevas demandas de cooperación, armonización, e integración” de Argentina en el mundo, los tribunales internos deberían otorgar prioridad a los tratados por sobre la legislación nacional, aun si están por debajo de la Constitución Nacional.¹⁷ La Corte

¹³ Es más, el Art. 15 de la Ley 11.683 permite al Ejecutivo aplicar convenios fiscales internacionales de manera provisional incluso antes de su entrada en vigor. Ver, Manuel Benites, en “Tax Treaty Disputes in Argentina”, en E. Baistrocchi (ed), *A Global Analysis of Tax Treaty Disputes* (Cambridge University Press, Vol. II, 2017), 1096.

¹⁴ *Inter alia*, véase *Costa, Héctor v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*.

¹⁵ Véase *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina v. Ministerio de Salud y Acción Social/recurso de hecho* (2000).

¹⁶ Ver, artículos 27 y 30 de la Constitución y *Martin y Cia c. Administración General de Puertos y Esso SA. c. Gobierno Nacional*. Véase también *Manauta*, sobre el cambio de la norma internacional sobre la inmunidad soberana como una cuestión de derecho internacional consuetudinario.

¹⁷ Véase también en *Cafés la Virginia SA, Servini de Cubria c. Arte Radiotelevisivo Arg. AS y Borensztein Mauricio, Fibraca Constructora SCA contra Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, entre otros. Para esta participación con respecto a los tratados tributarios, véase *Hoeschst AG c. DGI*.

ofreció dos razones por las cuales los tratados eran jerárquicamente superiores a las leyes. Por un lado, argumentó que residía en el proceso institucional de ratificación internacional, que requería un “acto federal complejo” entre el Poder Ejecutivo y el Congreso (párr. 17). Por otro lado, hizo referencia al hecho de que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados otorga prioridad a los tratados de derecho internacional por sobre las disposiciones legales locales (párrafo 18).

La reforma constitucional de 1994 avaló, clarificó y profundizó esta tendencia, al otorgarle al derecho internacional un rol más significativo en la estructura constitucional Argentina. Incorporó explícitamente una disposición sobre tratados de integración -tanto con Estados latinoamericanos como con otros Estados (art. 75 (inc.24))- y reconoció implícitamente la aplicación directa de los principios de derecho internacional (en su primera cláusula transitoria). Además, reconoció de manera explícita que las reglas derivadas de las organizaciones supranacionales creadas por medio de tratados “tienen una jerarquía superior a las leyes” (art. 74 (inc. 24)) y mandó al Congreso a legislar y promover medidas positivas para garantizar el “pleno beneficio y ejercicio de los derechos reconocidos por (...) los tratados internacionales de derechos humanos vigentes” (art. 75 (inc.23)). En consecuencia, confirmó la jerarquía previamente otorgada a los tratados por la Suprema Corte, al menos los de estos dos tipos.

En cambio, la reforma constitucional de 1994 no se refirió explícitamente a la aplicabilidad o jerarquía del derecho consuetudinario con arreglo al derecho argentino. En el caso *Priebke* (1995) la Corte Suprema consideró que las reglas de derecho internacional consuetudinario desplazaban la legislación interna. Sin embargo, para alcanzar dicha decisión, los magistrados consideraron decisivo que las reglas en cuestión fueran normas perentorias de derecho internacional, es decir *jus cogens* (párr. 4). Por lo tanto, no era claro si otras reglas consuetudinarias también tenían jerarquía superior a las leyes federales.

Finalmente, y más allá de que la Constitución Argentina contenía una cláusula de derechos no enumerados (Art. 33), la innovación más significativa fue la incorporación de varios instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución (Art. 75 (inc. 22)).¹⁸ Esta constitucionalización de los instrumentos internacionales de

¹⁸ En particular, incorporó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

derechos humanos creó algunos rompecabezas legales. En primer lugar, el art. 75 (inc. 22) previó que los tratados se aplicarían “en las condiciones de su vigencia”, lo que pretendió cubrir las reservas y declaraciones interpretativas que Argentina había introducido a algunas de ellas. En *F.A.L s/medida autosatisfactiva* (2012), la Corte Suprema sugirió que esta disposición debía entenderse aplicable también a los reportes, decisiones, y observaciones de los cuerpos relevantes asociados a cada tratado.¹⁹ Sin embargo, dos de los instrumentos relevantes (la Declaración Americana y la Declaración Universal de Derechos Humanos) no son legalmente vinculantes *per se* desde el punto de vista del derecho internacional, es decir que sus disposiciones no están técnicamente “en vigor”.²⁰ Son estándares que se conciben como compromisos políticos o, en el mejor de los casos, *soft-law*, si bien muchas de sus disposiciones son independientemente obligatorias en virtud de que constituyen normas de derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, su estatus en el derecho interno no es claro.²¹

En segundo lugar, la incorporación de los tratados de derechos humanos no se encontraba incluida en el Acta del Congreso que

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo de empoderamiento; la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde la reforma constitucional, la Convención sobre Desaparición Forzada, así como la Convención sobre la inaplicabilidad de los estatutos de limitaciones a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se han agregado a esta lista. Tres más están bajo tratamiento ante el Congreso, es decir, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”, el Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169), y La Convención de Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. Para otros ejemplos de este tipo de incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, consulte el Artículo 5-II de la Constitución de Chile, el Artículo 17 de la Constitución de Ecuador de 1998, el Artículo 46 de la Constitución de Nicaragua y el Artículo 23 de la Constitución de 1999.

¹⁹ Véase Liliana Ronconi, “La influencia recíproca del derecho nacional y el derecho internacional. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto argentino y latinoamericano,” en Juana Inés Acosta López et al, *De Anacronismos y Vaticinios* (Universidad Externado de Colombia, 2017), 246. Esta idea ya había sido sugerida por la Corte en *Giroldi* (1995).

²⁰ Sin embargo, ver, similarmente, la referencia a la DUDH en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú (1993).

²¹ Este asunto se oscurece aún más por el hecho de que en una opinión consultiva no vinculante (n. 10), la Corte Interamericana argumentó que, aunque la Declaración Americana no es un tratado, es fuente de una obligación legal para los Estados parte de la OEA. Sobre la DUDH, véase ICJ, *Personal diplomático y consular en Teherán*. La pregunta clave, sospecho, es si estos instrumentos son vinculantes como tales o si pueden haber contribuido al desarrollo de reglas consuetudinarias vinculantes.

autorizaba la Reforma Constitucional.²² De hecho, dicha acta estableció de forma clara que la primera parte de la Constitución, que incluía la declaración de derechos, así como algunos principios de organización fundamentales y salvaguardas, no debían ser modificados.²³ En cualquier caso, esto no ha constituido un obstáculo para su aplicación.

En tercer lugar, y en relación con lo anterior, el artículo 75 (inc. 22) estipula que estos instrumentos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Si bien uno podría anticipar grandes dificultades en armonizar todas estas fuentes diferentes con el texto de la Constitución Argentina, la Corte Suprema hasta el momento esquivó totalmente este problema. Consideró este asunto como ajeno a su jurisdicción, alegando que la Asamblea Constituyente había analizado, *de facto*, la compatibilidad entre estos dos cuerpos de derecho y había determinado que no existían potenciales conflictos entre ellos.²⁴ Esta afirmación es problemática desde el punto de vista fáctico, e incompatible con lo señalado por la Corte Suprema en cuanto a la interpretación evolutiva de los tratados.

Podría sostenerse que la cuestión más controversial dentro de este nuevo marco ha sido definir el estatus y fuerza vinculante de las decisiones de los cuerpos internacionales o regionales responsables de la aplicación e interpretación de estos instrumentos, particularmente la CteIDH. El problema principal radica en determinar si una decisión de la CteIDH puede resultar vinculante más allá del caso particular, y más aún en los casos donde Argentina no ha sido parte en el conflicto. En *Giroldi* (1995) la Corte Suprema Argentina sugirió que, dado que los instrumentos de derechos humanos habían sido incorporados por el art. 75 inc. 22 “en las condiciones de su vigencia”, y estos habían sido interpretadas por cuerpos internacionales (ej. la CteIDH para la CADH), esta interpretación debía servir como “una guía interpretativa para las

²² Ley 24.309, artículos 2, 6 y 7. Artículo 3. I. Solo autoriza la discusión sobre “institutos para la integración y jerarquía de tratados internacionales”.

²³ El artículo 7 establece explícitamente que la Convención constitucional no tendrá derecho a modificar el Capítulo uno de la Primera Parte de la Constitución Argentina, que es precisamente lo que hace la incorporación de estos instrumentos de derechos humanos. En *Fayt, Carlos S. c / Estado Nacional*, la Corte Suprema derogó una disposición del texto Constitucional reformado en 1994, que requería que los Jueces de la Corte Suprema de más de 75 años abandonaran sus cargos, aduciendo que no estaba incluido en la Ley 23.049. Sin embargo, en *Schiffirin, Leopoldo Héctor c / Poder Ejecutivo Nacional s / acción meramente declarativa*, casi 20 años después, la Corte Suprema invirtió su posición y aceptó la nueva disposición constitucional.

²⁴ Véase *Analía Monges v UBA*.

cortes internas” (párrafo 11), incluso si Argentina no era parte de la disputa.

Además, en *Espósito* (2004) la Corte Suprema consideró que las decisiones de la CteIDH contra Argentina eran vinculantes para la Corte misma, por lo que estaba obligada a revertir una de sus decisiones. En *Mazzeo* (2007), teniendo en cuenta la decisión de la CteIDH en *Almonacid Arellano v. Chile* (2006), la Corte Suprema argumentó que los tribunales argentinos tenían el deber de controlar la compatibilidad de toda regulación interna con la CADH, en consonancia con el control difuso de constitucionalidad argentino. En *Carranza Latrubesse* (2013) incluso consideró que las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) eran vinculantes para las autoridades nacionales (párr. 11). Curiosamente, en *Simón* (2005) al menos parte de la Corte fue aún más allá, alegando que las conclusiones de la CteIDH en *Barrios Altos* (un caso contra el Perú) resultaban vinculantes para la Argentina, y para sí misma como cabeza del Poder Judicial.²⁵ En *Espósito*, el juez Petracchi reconoció, en su voto, que aun si la jurisprudencia de la CteIDH en cuestión podía socavar las garantías del debido proceso y, así, ir en contra de la misma CADH, el tribunal argentino estaba obligado por la decisión de la CteIDH (párr. 16).

Es cierto que algunos jueces no concordaban con esta manera de abordar la jurisprudencia de los órganos supranacionales. Los jueces Fayt y Argibay reclamaron en *Derecho* (2007) que seguir una decisión de la CteIDH (contra Argentina) en ese caso pondría a la Corte Suprema en la situación paradójica de cumplir sus obligaciones internacionales (como las interpretó la CteIDH) al precio de infringir nuevas violaciones de derechos humanos. Argumentaron que el problema fundamental en el caso era que la CteIDH había malinterpretado la regla internacional concerniente a la inaplicabilidad de la prescripción del delito bajo examen en el caso *Bueno Alves*, y por consiguiente su decisión no debía respetarse. La mayoría estuvo en desacuerdo.

Fue solo recientemente, con la incorporación de nuevos jueces a la Corte, que una nueva mayoría cuestionó esta aceptación “automática” de las decisiones de la CteIDH.²⁶ Sorprendentemente quizás, eligió hacerlo en un caso en el que la CteIDH había fallado contra la Argentina. Para

²⁵ Véase voto de Petracchi, párr. 24 y 26.

²⁶ CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, fallado el 17 de febrero 2017.

decirlo brevemente, la Corte Suprema argumentó que la CteIDH había excedido su competencia bajo la CADH al declarar nula una sentencia de la Corte Suprema Argentina que había adquirido estatus de *res judicata* (párr. 12). Esta conclusión fue sustentada por una “fuerte tradición” en la práctica constitucional argentina por la cual las normas de los tratados no pueden modificar la Constitución (párr. 18). En última instancia ambos tribunales coincidieron en una forma de implementación de la decisión de la CteIDH compatible con la solución propuesta por cada una de ellas.²⁷ Sin embargo, la Corte argentina dejó sentada su capacidad de revisar el contenido de las decisiones de la CteIDH, al menos en lo que se refiere a la posibilidad de decisiones *ultra vires*.

III. Colombia

Colombia dictó una nueva Constitución en 1991. Con arreglo a la Constitución de 1886, la Corte Suprema -a cargo de examinar la conformidad de normas jerárquicamente inferiores a la Constitución- se negó a invalidar leyes nacionales en virtud de que violaban un tratado internacional del que Colombia era parte.²⁸ En 1971 estableció la Corte que las “decisiones” adoptadas bajo el Pacto Andino (la Comunidad Andina original) no estaban dentro de su jurisdicción, y por eso podían no considerarse legalmente vinculantes con arreglo al derecho interno.²⁹ En contraste, la nueva Constitución, que ha sido denominada la “Constitución de los Derechos”, cambió explícitamente el rol de derecho internacional en el sistema legal colombiano, particularmente en referencia al derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

Muchas de sus disposiciones son relevantes para nosotros aquí: el artículo 53 establece que “[l]os convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.” El artículo 93.1, a su vez, establece que “[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en

²⁷ *Fontevéchia & D'Amico c. Argentina*, Cte. I.D.H., Supervisión de Sentencia, (18 de octubre de 2017), para. 21.

²⁸ Rodrigo Uprimny, “Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal”, 6 (disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.47.pdf).

²⁹ CSJ, Sala Plena, decisión del 26 de julio de 1971, disponible en: <http://www.notinet.com.co/pedidos/t-32853A.pdf>.

esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”; y el artículo 94 contiene la cláusula de derechos no enumerados: “[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” Finalmente, el artículo 214.2 que regula los estados de excepción, agrega: “[n]o podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales (...)”.

La nueva Constitución creó una Corte Constitucional. A diferencia de la Corte Suprema, esta nueva institución centraliza el control de constitucionalidad a petición de cualquier ciudadano, antes de la promulgación de ciertas normas (como las que regulan los estados de excepción) o leyes que aprueban tratados internacionales, y también – de forma excepcional- frente a ciertos actos del Poder Ejecutivo.³⁰ Esta nueva Corte, compuesta por jueces nuevos (muchos de ellos provenientes directamente de la academia), comenzó rápidamente a recurrir a instrumentos internacionales en sus decisiones, particularmente a tratados de derechos humanos.³¹ Sin embargo, el cambio crítico ocurrió poco después. En su Decisión C-225 del año 1995, la Corte Constitucional de Colombia adoptó la doctrina del “bloque constitucional”, por la cual, haciendo referencia a los artículos 93 y 94, reconoció la existencia de ciertas normas que se consideran parte de la Constitución Nacional incluso si no están expresamente previstas en su texto.³² Este cambio significó que, a partir de ese momento, numerosas disposiciones de derecho internacional pasaran a estar en el mismo nivel jerárquico que el texto constitucional, aun en aquellos casos en los que no hubiere mención explícita de ellas. La referencia a la noción del

³⁰ Ver, Art. 241 de la Constitución de Colombia, y sus referencias. Véase también, Manuel Iturralde “Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change”, en Daniel Bonilla (ed), *Constitutionalism of the Global South* (Cambridge University Press, 2013), 365-6.

³¹ Ver, por ejemplo, Decisión T-426 (1992).

³² Esta expansión conceptual de las normas de la Constitución también se adoptó en Ecuador, Panamá, Perú y, en menor medida, en Argentina. El Tribunal Constitucional de Bolivia lo adoptó explícitamente en su Decisión Constitucional N° 25 (21 de diciembre de 2001).

“bloque constitucional” ha crecido exponencialmente en la jurisprudencia de la Corte desde entonces, y se ha convertido en uno de los núcleos normativos del sistema constitucional de Colombia.³³

Uno de los inconvenientes fundamentales de este enfoque que incorpora disposiciones internacionales al bloque constitucional es su falta de claridad respecto a cómo una norma particular es incorporada o se considera perteneciente a este. Otro problema es quién decide esta cuestión. A pesar de que la Constitución de 1991 hace referencia a ciertos tratados específicos (por ejemplo, los convenios de la OIT,³⁴ los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario y los tratados sobre límites internacionales de los que Colombia es parte), también se basa fuertemente en la cláusula de derechos no enumerados y en ciertos conceptos abiertos como el “respeto por la dignidad humana” (Art. 1) o el “cumplimiento de un orden justo” (Art. 2).³⁵

Se puede sostener que la Corte Constitucional ha hecho un gran esfuerzo para clarificar el contenido y el alcance de este bloque constitucional.³⁶ Primero, determinó que el bloque constitucional colombiano está compuesto por disposiciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario;³⁷ mientras disposiciones de tratados internacionales en otros asuntos (como la integración económica, protección de inversiones, y otros) no se consideran incorporados a la Constitución.³⁸ A pesar de que estas otras normas convencionales pueden ser invocadas ante autoridades locales, no es claro cuál es su estatus preciso.³⁹ Por ejemplo, la Corte Constitucional rechazó que el Derecho Andino fuera parte del bloque constitucional, mientras afirmaba que “desplaza pero no deroga ni convierte en no ejecutables” las normas

³³ Por ejemplo, Uprimny, n. 29 supra, 14.

³⁴ Aunque el artículo 53 de la Constitución se refiere a ellos como “parte de la legislación nacional”, el Tribunal Constitucional determinó que también pertenecían al bloque constitucional (véase la Decisión T-1301 (2001)).

³⁵ Uprimny, n 29, 14.

³⁶ *Ibid*, 20.

³⁷ Inicialmente, la Corte incluso sugirió que el bloque constitucional estaba integrado exclusivamente por disposiciones de derechos humanos consideradas no derogables, de conformidad con el art. 93.1. Sin embargo, la Corte más tarde consideró esta interpretación excesivamente restrictiva y amplió el bloque constitucional para incorporar todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Véase, Decisión T-1319 (2001), en el párrafo 12.

³⁸ Véase Decisión C-358 (1997), en el párr. 6.

³⁹ La Corte Constitucional ha establecido que no necesariamente prevalecen sobre otras disposiciones domésticas (ver, por ejemplo, Decisión C-582 (1999)).

domésticas en conflicto.⁴⁰ Los instrumentos no vinculantes, tales como aquellos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas, tampoco son parte del bloque constitucional, aun cuando su materia sea relevante para la protección de los derechos humanos. En contraste, la Corte Constitucional ha aceptado la incorporación de reglas de derecho internacional humanitario consuetudinario al bloque de constitucionalidad, si bien en casos de normas perentorias o de *jus cogens*.⁴¹

En segundo lugar, la Corte ha sostenido que la Constitución distingue entre dos tipos de derechos: aquellos que no son derogables siquiera en situaciones de emergencia (art. 93.1), y aquellos que pueden ser derogados (93.2).⁴² En consecuencia, ha sostenido que mientras los primeros prevalecen a nivel nacional y son considerados parte del bloque constitucional *stricto sensu*, los últimos tienen la función de proporcionar una mera guía interpretativa a las disposiciones constitucionales y son parte del bloque constitucional solo *lato sensu*.⁴³

En tercer lugar, no hay una regla clara sobre como arbitrar las tensiones entre distintas normas pertenecientes al bloque constitucional. Frente a esta situación, la Corte Constitucional ha recurrido en varias ocasiones al principio de interpretación *pro persona*.⁴⁴

Finalmente, la Corte Constitucional ha tenido una posición pendulante respecto a la jerarquía y la fuerza vinculante de las decisiones de los órganos supranacionales, en particular la CteIDH. En un principio, la Corte reconoció que las decisiones de los cuerpos supranacionales a cargo de la interpretación de los tratados, como la CteIDH, o los organismos de monitoreo de la OIT, pertenecían al bloque constitucional. Además, la Corte Constitucional inicialmente reconoció a la CteIDH como

⁴⁰ Corte Constitucional, Decisión C-256/98, 27 de mayo de 1998, sección 3.1, citada en Karen Alter, "National Perspectives on International Constitutional Review: Diverging Optics" en Erin Delaney y Rosalind Dixon (eds) *Comparative Judicial Review* (Edward Elgar, de próxima publicación).

⁴¹ Decisión C-225 (1995), párrs. 7-10. La Corte Suprema de Colombia adoptó un razonamiento similar para llevar a cabo juicios por crímenes de lesa humanidad a pesar de que Colombia carecía de una disposición interna que los prohibiera. Ver, Alejandro Chehtman, "Developing Local Capacity for War Crimes trials: Insights from BiH, Sierra Leone, and Colombia", *Stanford Journal of International Law* 49 (2013), en 317.

⁴² Véase la Decisión C-358 (1997), párs. 3 y 4, y la Decisión C-191 (1998), en el párrafo 5, entre otros. Sobre esto, Alejandro Ramelli, "Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno", en René Uruña (ed.) *Derecho Internacional. Poder y límites del derecho en la Sociedad Internacional* (Unidandes, 2015), 520.

⁴³ La Corte Constitucional de Colombia ha incluido, entre otros, la DUDH, la CADH, el PIDCP (Decisión C-504), así como los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales (Decisión C-225 y C-148, entre otros)

⁴⁴ Ver, por ejemplo, Decisión 406 (1996), en párrafo 14 y C-251 (1997), en párr. 14.

el intérprete “autorizado” de la CADH, y argumentó que estaba obligada por el hecho de que Colombia hubiese reconocido esta autoridad. Esta posición no solo incluía las decisiones en casos contenciosos (hubiese o no sido Colombia parte en el caso) sino también las opiniones consultivas.⁴⁵ En 2000, sin embargo, la Corte volvió sobre sus pasos y sugirió que las decisiones de la CteIDH debían ser tratadas como directrices o guías particularmente importantes, pero se abstuvo de reconocerles carácter vinculante o considerarlas parte del bloque constitucional.⁴⁶

En su Decisión T-1319 (2001) la Corte reiteró que las decisiones de la CteIDH tenían una particular relevancia interpretativa (es decir, no les reconoció carácter vinculante), pero (re)incorporó estas decisiones al bloque constitucional (párrafo 13). En la Decisión C-355 (2006), la Corte Constitucional afirmó nuevamente que, a pesar de ser relevante, la jurisprudencia de la CteIDH no pertenecía por sí misma al bloque constitucional. Sin embargo, poco después, mientras examinaba la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz (el marco judicial transicional propuesto para combatir a los grupos paramilitares), dio un paso atrás afirmando la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de la CteIDH.⁴⁷ Finalmente, el mismo carácter vinculante fue una vez más debilitado, aunque levemente, en 2014.⁴⁸ En su Decisión C-500 la Corte consideró que la jurisprudencia de la CteIDH no era necesariamente vinculante, a menos que satisficiera ciertos requisitos, entre los que se destacó especialmente que la jurisprudencia fuera “uniforme y reiterada” (párr. 87).⁴⁹ Este es el caso que rige actualmente la interpretación de la Corte en esta línea jurisprudencial particularmente inestable.

IV. México

De conformidad con la Constitución de México de 1917, se entendió tradicionalmente que los tratados de derecho internacional eran directamente aplicables por los tribunales mexicanos. Esto se sigue de la cláusula de supremacía prevista en su art. 133: “[e]sta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados

⁴⁵ Decisión C-408 (1996).

⁴⁶ Ver, Decisión C-010 (2000) y C-251 (2002).

⁴⁷ Decisión C-370 (2006). Esta posición fue confirmada y reafirmada en 2012, (Decisión T-653)

⁴⁸ Decisión C-500 (2014), en p.127, y C-327 (2016).

⁴⁹ Véase también Decisión C-327 (2016). Para una visión similar en el contexto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase también la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana en los juicios 49 y 50 (2015).

que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República (...) serán la Ley Suprema de toda la Unión.” Además, en México se entendió tradicionalmente que los tratados tenían la misma jerarquía que las leyes, si bien estaban en un nivel jerárquicamente inferior a la Constitución.⁵⁰ En contraste, la posición era mucho menos clara respecto al lugar que ocupaban las reglas de derecho internacional consuetudinario. Si bien la Corte Suprema reconoció implícitamente que podrían ser aplicadas por los tribunales mexicanos,⁵¹ el asunto recibió muy poca atención.

Es interesante resaltar, sin embargo, que a pesar de que México había ratificado todos los principales tratados internacionales de derechos humanos, durante la mayor parte del siglo XX, “fue muy difícil detectar cualquier tipo de impacto cotidiano de estos cuerpos legales en la resolución de disputas legales ante la justicia o la administración”.⁵² Esta situación empezó a cambiar en 1999 cuando la Corte Suprema de México decidió otorgar estatus intermedio a los tratados, reconociéndoles un lugar inferior a la Constitución, pero superior a las leyes.⁵³ Esta decisión fue posteriormente confirmada en 2007, cuando la Corte estableció “la existencia de una visión internacional de la Constitución, según la cual, en concordancia con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, México no puede invocar su derecho interno como una excusa para el incumplimiento de obligaciones contraídas con otros actores internacionales”.⁵⁴

La Constitución de México fue modificada en 2011 en medio de una violencia interna creciente. En esta reforma se profundizó la relevancia del derecho internacional y, particularmente, del derecho internacional de los derechos humanos. Entre los derechos humanos reconocidos a los individuos por la Constitución misma, el art. 1 ahora reconoce todos aquellos derechos garantizados por “los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su

⁵⁰ Véase Bernardo Sepúlveda, *Derecho Internacional* (Porrúa, 2006). Véase también, Corte Suprema de México, Tesis P. C/92, derivado de AR 2069/91.

⁵¹ Ver, por ejemplo, Caso 5/2001, 4 de septiembre de 2001, en p.146.

⁵² Ver, Francisca Pou, “The Constitution of Mexico”, en el presente volumen.

⁵³ Tesis P. LXXVII / 99, derivado de la AR 1475/98. Aunque muchos argumentan que el desencadenante de este cambio fue el surgimiento público de los zapatistas en el estado de Chiapas. Ver, por ejemplo, Karina Ansolabehere, One Norm, Two Models. Legal Enforcement of Human Rights in Mexico and the United States”, *Mexican Law Review* Vol. VIII (2) (2016), 14.

⁵⁴ Christina Cerna, “Status of Human Rights Treaties in Mexican Domestic Law”, *ASIL Insight* Vol. 20(4), referido a Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13.02.2007, ps. 227-228.

protección.” Agrega que “los derechos humanos, deben ser interpretados (...) a favor de la más amplia protección de las personas en todo momento” y ordena “a todas las autoridades (...) a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en concordancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad”. Finalmente manda a las autoridades estatales a “prevenir, investigar, penalizar y rectificar las violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con la ley”. Asimismo, el nuevo art. 103 de la Constitución confiere a las cortes de la Federación (es decir, no todas las cortes nacionales) jurisdicción sobre cualquier acto que infrinja los derechos fundamentales reconocidos por “los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.⁵⁵

Esta reforma modificó las fuentes de derecho relevantes en la estructura del sistema jurídico mexicano. Una primera cuestión a tener en cuenta es que la referencia a los tratados de derechos humanos ha sido interpretada de manera amplia. Esto quiere decir que no solo incluye los tratados de derechos humanos de los que México es parte, tales como la CADH o el PIDCP, sino también se refiere a disposiciones en materia de derechos humanos en tratados que no se considerarían tratados de derechos humanos propiamente dichos. Por ejemplo, la doctrina sugiere habitualmente que también incluiría la asistencia consular establecida en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.⁵⁶ Un segundo aspecto que cabe destacar es que la reforma deja sin modificar el estatus de otras normas de derecho internacional, a saber: los tratados que no son de derechos humanos y las reglas de derecho internacional consuetudinario.

En contraste, hay otros dos aspectos de esta reforma que resultan más controversiales. Por un lado, el lenguaje de la reforma fue en gran parte tomado de instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos y decisiones de los cuerpos supranacionales. Esto implica que la reforma no solo expandió las fuentes relevantes de derechos con arreglo a la Constitución Mexicana, sino que también las enmarcó en un nuevo lenguaje o marco conceptual, con la posibilidad de que los tribunales y las autoridades nacionales desafien las interpretaciones formalistas de las normas constitucionales o los instrumentos

⁵⁵ Véase también art. 105. II para la jurisdicción general de la Corte Suprema de México sobre cuestiones legales relacionadas con la aplicación de tratados de derecho internacional.

⁵⁶ Ver, ejemplo, Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)* (Porrúa, 2011), 85, entre otros.

internacionales. Por otro lado, la actual Constitución de México creó una “amalgama” de normas que incluye disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos y disposiciones constitucionales.⁵⁷ Sin embargo, dejó abierta la cuestión de cómo resolver las posibles tensiones entre ellos (particularmente entre normas de los tratados internacionales de derechos humanos y disposiciones constitucionales). Esta es una cuestión legal compleja, ya que la reforma del 2011 no modificó artículos de la Constitución sobre algunos temas (como detención preventiva, arresto domiciliario (art. 16), y derechos de voto (art. 38)), que podrían ser potencialmente incompatibles con las disposiciones de la CADH.

La Corte Suprema de México abordó este asunto poco después de que la enmienda fuera aprobada. En su decisión Varios 912/2010 (de 2011), sugirió que las tensiones internas deberían ser resueltas teniendo en cuenta el principio *pro persona* (como manda el nuevo art. 1). Además, tras la decisión de la CteIDH en *Radilla Pacheco*, la Corte reconoció que los tribunales locales deben realizar un “control de convencionalidad” *ex officio* de la legislación doméstica respecto de la CADH.⁵⁸ Sin embargo, la decisión de Varios 912/2010 no es técnicamente vinculante bajo el derecho mexicano, sino más bien una “resolución” que “establece ‘criterios’ a ser utilizados al decidir un caso [futuro]”.⁵⁹ Poco después, la cuestión de la relación entre las disposiciones de los tratados de derechos humanos y el texto de la Constitución fue revisada en el caso *Yucatán*, y aunque la Corte Suprema confirmó sus conclusiones de Varios 912/2010, se volvió más evidente la división entre los jueces que defendieron Varios 912/2010 (Sala 1) y aquellos que intentaron restablecer la autoridad de la Constitución sobre las disposiciones de los tratados de derechos humanos (Cámara 2).⁶⁰

La cuestión fue una vez más examinada en CT 293/2011 (fallado en 2013), que permanece en gran medida como la línea jurisprudencial

⁵⁷ Pou, n 41 supra.

⁵⁸ Varios 912/2010, en párr. 22-45. Esta posición fue más tarde circunscrita por CT 299/2013, donde el Tribunal argumentó que los tribunales no podían usar el control convencional para ignorar las decisiones vinculantes de los tribunales superiores.

⁵⁹ Christina Cerna, “Unconstitutionality of Article 57, Section II, Paragraph a) of the Code of Military Justice and Legitimation of the Injured Party and His Family to Present an appeal for the Protection of Constitutional Rights” AJIL 107 (2013), 203.

⁶⁰ Véase Francisca Pou Giménez, “Constitutional change and the Supreme Court institutional architecture: Decisional indeterminacy as an obstacle to legitimacy”, en Andrea Castagnola and Saúl López Noriega (eds), *Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy* (Routledge, 2017), 123.

dominante. En este caso, la mayoría de la Corte Suprema decidió que, a pesar de que las disposiciones presentes en los tratados de derechos humanos estuvieran en el mismo nivel jerárquico que la Constitución, cuando ésta estableciera “restricciones explícitas a derechos”, sus disposiciones prevalecerían.⁶¹ Dada la extensión de la Constitución de México, esta advertencia podría implicar importantes excepciones a las obligaciones previstas en los tratados de derechos humanos.⁶² A pesar de haberse sostenido que “[e]sta postura convirtió a los derechos humanos en la parte fundamental del ordenamiento legal de México”,⁶³ parece preferible adoptar un enfoque más cauteloso. Como sugiere Pou, esta decisión fue el resultado de la prevalencia de la posición más conservadora, que favorece en última instancia el paradigma tradicional “soberanista” contra la posición de jueces más progresistas que abogaban por una regla interpretativa *pro persona*.⁶⁴

Respecto al estatus y la fuerza normativa de la jurisprudencia de la CteIDH, la Corte determinó que tanto la decisión como el razonamiento de la CteIDH son vinculantes para las autoridades mexicanas cuando México es parte de un caso.⁶⁵ De lo contrario, la jurisprudencia de la CteIDH solo debe ser considerada relevante como una “guía” para interpretar cualquier disposición de la CADH.⁶⁶ Sin embargo, más recientemente, en el caso CT 293/2011, la Corte Suprema pasó a considerar vinculante la jurisprudencia completa de la CteIDH, tanto para las autoridades mexicanas en general como para los tribunales en particular. Esta posición fue posteriormente recortada en Varios 1396/2011 (decidido en 2015) que sostuvo que no es técnicamente vinculante; sin perjuicio de ello, establece el deber de los tribunales internos de intentar armonizar la jurisprudencia supranacional con la jurisprudencia nacional. Además, exime a la Corte de la obligación de acatar la jurisprudencia de la CteIDH en los casos en que esto implique desconocer una restricción constitucional (párr. 6).

⁶¹ CT 293/2011.

⁶² Rubén Sánchez Gil, “Notas sobre la Contradicción de tesis 293/2011” *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* No. 21 (2014), 335-336. Sobre cómo fue interpretado posteriormente por el Tribunal Supremo, véase ADR 1046/2012, decidido en 2015.

⁶³ Cerna n 43. También destaca que esta decisión llevó a que la ONU otorgue a la Corte Suprema de México su Premio de la ONU en los campos de los Derechos Humanos (diciembre de 2013).

⁶⁴ Pou Giménez, n 50 supra.

⁶⁵ Varios 912/2010, en párr. 14-17.

⁶⁶ *ibid*, en párr. 20.

Actualmente, varias cuestiones permanecen sin resolver. Concretamente, no resulta claro cuál es el estatus del derecho internacional consuetudinario, y más importante aún, cuál es la base legal para dicho estatus. Del mismo modo, salvo por la excepción de la CteIDH, sobre la cual existe alguna jurisprudencia, no hay ningún indicio sobre el estatus o fuerza normativa de las decisiones de otros órganos supranacionales respecto de otros tratados de derechos humanos, incluyendo al Comité de Derechos Humanos, las opiniones consultivas de la CteIDH, y las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁷ Finalmente, no están resueltas ni la relación entre las disposiciones del texto constitucional y las de los tratados de derechos humanos, ni la autoridad de las decisiones de la CteIDH en los casos en los que México no ha sido parte. La decisión C293/2011 se alcanzó por una mayoría escueta, en un contexto política y legalmente sensible para las autoridades mexicanas, y algunas de sus conclusiones ya fueron mitigadas por una opinión no vinculante.

V. Una evaluación

Este estudio muestra coincidencias notables entre las tres jurisdicciones bajo análisis y ciertamente indica una tendencia entre países latinoamericanos.⁶⁸ A pesar de que el derecho internacional era aplicable por los tribunales internos con arreglo a las distintas configuraciones constitucionales tradicionales (si bien con algunas diferencias sutiles), tuvo poca incidencia real hasta los últimos treinta años, en los que empezó a jugar un rol más significativo. De hecho, este cambio ha llegado a incorporar numerosas normas internacionales al texto mismo de la Constitución, así como a incluirlos bajo el concepto más amplio de “bloque constitucional”.⁶⁹ Con notables excepciones, estos desarrollos son compatibles con tendencias de domesticación del derecho internacional que ocurrieron en otras jurisdicciones durante este mismo período.⁷⁰

⁶⁷ Es cierto que había limitaciones de procedimiento que, en principio, impedían que el Tribunal Supremo se ocupara de estas cuestiones en CT293.

⁶⁸ Véase los capítulos relevantes sobre Ecuador, Perú y Uruguay en este volumen, aunque con algunos matices.

⁶⁹ Es cierto que todavía hay una gran cantidad de problemas sin resolver, en particular con respecto al estado y la jerarquía del derecho consuetudinario, la relevancia de los principios del derecho internacional y la autoridad de las decisiones que no son técnicamente vinculantes en virtud del propio derecho internacional.

⁷⁰ Para una imagen más amplia que sugiere un movimiento constante hacia una mayor relevancia del derecho internacional en los entornos nacionales, véase n4 y Tom Ginsburg et al., “Commitment

En Latinoamérica esta tendencia fue posiblemente provocada, en alguna medida, por el interés de promover la integración regional, así como por el intento de atraer inversiones extranjeras.⁷¹ Pero este intento de dotar de mayor credibilidad a los compromisos constitucionales por medio del afianzamiento internacional fue, probablemente, también dirigido a resolver problemas nacionales de gobernanza.⁷² Sin embargo, su característica más destacada es la importancia que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos (y, en el caso de Colombia, el derecho internacional humanitario) en el derecho interno.⁷³ El énfasis en los derechos humanos es fácil de entender dada la historia, reciente o actual, de violencia estatal, o patrocinada por los Estados de la región. Como ha dicho Huneeus, “[d]urante la administración de Uribe, la ‘casi compulsiva ratificación’ de los tratados de derechos humanos formó parte de una estrategia para proteger la imagen de un gobierno que se toma en serio los derechos humanos a pesar de la presencia de terroristas en su territorio”.⁷⁴

Por otra parte, este enfoque de derechos humanos, tanto sustantivo como procedimental, ha favorecido una serie de desarrollos positivos. Los tribunales se han visto cada vez más legitimados no solo para ampliar la protección de derechos en términos sustantivos, sino también para encontrar los remedios adecuados para los casos de violaciones de estos derechos. A pesar de que esto no es suficiente para reparar, ni mucho menos revertir, algunas de las deficiencias estructurales que la mayoría de los países de la región enfrentan en relación al cumplimiento de las

and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law”, *University of Illinois Law Review* (2008), 201-237. Para el caso de EEUU, véase el reciente trabajo de David Sloss, *The Death of Treaty Supremacy: An Invisible Constitutional Change* (Oxford University Press, 2016). Véase también, la iniciativa popular federal del Partido del Pueblo Suizo (Schweizer Volkspartei) llamada ‘Ley suiza en lugar de jueces extranjeros (Iniciativa de autodeterminación)’, presentada recientemente al gobierno suizo y al debate del Reino Unido sobre una nueva Carta de Derechos (Bill of Rights) británica para reemplazar la Ley de Derechos Humanos (Human Rights Act) y reducir la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, tomó una posición más moderada, ya que, aunque sugirió que las decisiones del TEDH eran en general vinculantes, alegó que tenía autoridad final en asuntos constitucionales (ver el caso *Görülü*, 2 BvR 1481/04).

⁷¹ *Ibid*, 213 y 222.

⁷² Ver, por ejemplo, Ginsburg *et al*, *ibid*, 201.

⁷³ Solo necesitamos comparar el enfoque estándar de las decisiones tomadas por la CteIDH, con las actitudes de, por ejemplo, Colombia con respecto a la CIJ con respecto a la disputa fronteriza con Nicaragua, o la disposición de Argentina para hacer cumplir las decisiones del CIADI.

⁷⁴ *Alexandra Huneeus, “Constitutional Lawyers and the Inter-American Court’s Varied Authority”, Law and Contemporary Problems 79(1) (2016), 189, citing Sandra Borda Guzmán.*

normas básicas de derechos humanos⁷⁵, ha proporcionado a los actores locales y demás partes interesadas, nuevas herramientas para obtener la protección de los tribunales. Finalmente, ha facilitado a los tribunales un conjunto útil de herramientas que mejoraron su capacidad para intervenir en los procesos de toma de decisiones colectivas. Por ende, no es sorprendente que las cortes supremas locales hayan comenzado a respaldar esta tendencia, incluso antes de que se produjesen las reformas constitucionales.

En estos procesos, dos aspectos han resultado particularmente controversiales. Por un lado, se han producido importantes debates sobre la jerarquía del derecho internacional, particularmente de aquellas disposiciones explícita o implícitamente incorporadas en la Constitución. Un argumento común entre las Cortes Supremas argentina y mexicana, y en menor medida la Corte Constitucional de Colombia, es que el derecho internacional prima sobre el derecho interno en virtud de la regla codificada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que estipula que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.⁷⁶ Si bien extendido, este razonamiento es poco convincente. Por un lado, podría decirse que refleja una confusión entre una norma relativa a la posibilidad de que un Estado incurra en responsabilidad internacional en virtud de la violación de normas del derecho internacional, y la regla que un tribunal interno está obligado a utilizar para identificar la norma sustantiva que controla un caso determinado. Pero aun si no adoptamos una aproximación tan dualista y estamos dispuestos a otorgar al art. 27 alguna relevancia en el derecho interno, difícilmente alcance como regla general para solucionar conflictos entre las normas internas y las de derecho internacional, ya que esa regla nos llevaría a la implausible premisa de que toda norma internacional convencional (y también consuetudinaria) es jerárquicamente superior al derecho interno, incluyendo la Constitución. Pocos países han aceptado

⁷⁵ Ver, por ejemplo, Roberto Gargarella, *Latin-American Constitutionalism: 1810-2010* (Oxford University Press, 2013), chapters 7-10.

⁷⁶ Véase las Secciones II y IV anteriores, respectivamente. El Tribunal Constitucional de Colombia ha citado esta disposición solo en relación con la obligatoriedad de las decisiones de la CteIDH contra Colombia (ver, por ejemplo, las Decisiones T-367 de 2010 y T653-12). Este uso más limitado de esta disposición aún incurre en la misma combinación. Ver, de manera similar, Corte Constitucional de Perú, *Gabriel Orlando Vera contra Auto de la Segunda Sala Especializada Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima* (archivo 2798-04-HC /TC, 9/12/2004).

esta posición⁷⁷, y ninguno de ellos lo ha hecho meramente en base a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o solo en virtud de las normas de derecho internacional.

Por otro lado, y lo que es tal vez más importante, las Cortes más importantes de cada uno de estos países han tenido dificultades para definir el rol y estatus que deben conferir a las decisiones de los cuerpos supranacionales, y en particular la CteIDH. Cabe destacar que todas las Cortes examinadas aquí consideraron, en algún momento, la totalidad de la jurisprudencia de la CteIDH jurídicamente vinculante.⁷⁸ Sin embargo, encontrar una lógica legal plausible para esta posición es más difícil de lo que parece. El art. 68 de la CADH no atribuye carácter vinculante a las decisiones de la CteIDH más allá del caso en cuestión.

Podría sugerirse que esta conclusión fue el resultado de la jurisprudencia misma de la CteIDH. Desde su decisión trascendental en *Velázquez Rodríguez c. Honduras* (1988), el sistema interamericano, y en particular la Corte, ha favorecido un acercamiento de “vertical” frente a los tribunales y las autoridades nacionales en general. Este enfoque también fue acompañado por una comprensión posiblemente maximalista de los remedios disponibles ante ella⁷⁹, así como (más recientemente) por la adopción de una práctica sólida de decisiones de supervisión. La CteIDH no solo ha ordenado compensaciones monetarias a las víctimas, sino también ha ejercido una función de investigación expansiva, ordenado reformas legales (e incluso constitucionales), capacitación judicial, etc.⁸⁰ En este aspecto, la CteIDH adoptó a menudo una actitud muy diferente a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de los sistemas jurídicos internos, con su enfoque “evolutivo” y su doctrina de los márgenes de apreciación.⁸¹ Más

⁷⁷ Holanda es un ejemplo.

⁷⁸ Ver, también, Corte Constitucional de Bolivia, Decisión Constitucional No. 491 - R (2003), y Corte Constitucional de Perú, en su *Decisión en el caso presentado por Arturo Castillo contra Sentencia de la Sala Mixta Vacacional de la Corte Superior de Justicia. de Lambayeque* (archivo 2730-2006-PA/TC, 21/07/2006).

⁷⁹ Ver, por ejemplo, Thomas Antkowiak, “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond” *Columbia J. Transnat'l L.* 46 (2008), 351.

⁸⁰ Ejemplo, Jorge Contesse “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, *Law and Contemporary Problems* 79 (2016), 143. Véase también, Ariel Dulitzky, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights” *Texas Int'l. L.J.* 45 (2015), 45-93 y Alexandra Huneeus, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights” *Cornell International Law Journal* 44 (2011), 526.

⁸¹ Yuval Shany, “Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, *EJIL* vol. 16(5) (2005), 907-940, y Nico Krisch, “The Open Architecture of European Human Rights” *Modern Law Review* 71(2) (2008), 207.

importante aún para nuestros fines, en *Almonacid Arellano c. Chile* (2006) la CteIDH no solo consideró que los jueces nacionales tenían el deber de ejercer un control de convencionalidad de toda disposición legal que se invocara ante ellos, sino que también estaban obligados por la interpretación de la CteIDH (párr. 124). En *Gelman c. Uruguay – Supervisión de Sentencia* (2013), la Corte fue más lejos, al aclarar que sus decisiones eran vinculantes para las partes de forma *res judicata*, pero frente a terceros Estados también eran vinculantes de forma *res interpretata* (párr. 69).⁸²

No obstante, creo que esta jurisprudencia difícilmente pueda explicar la posición de los superiores tribunales nacionales.⁸³ Por un lado, las decisiones de las Cortes nacionales que confieren carácter vinculante a toda la jurisprudencia de la CteIDH son anteriores (en algunos casos por un largo tiempo) a *Almonacid Arellano* y *Gelman*. De hecho, la Corte Constitucional Colombiana adoptó esta posición en 1992, poco después de su creación, y volvió a afirmarla en 2006. Por otro lado, Argentina, la adoptó en 2004. Además, ambos tribunales parecen haber tenido razones independientes para hacerlo.⁸⁴ En el caso de Argentina, la Corte Suprema usó el carácter vinculante de las decisiones de la CteIDH contra Perú en *Barrios Altos* para anular una de sus decisiones que de otra forma se hubiera considerado *res judicata* bajo el sistema constitucional argentino.⁸⁵ Esta posición, además, fue adoptada para reabrir los enjuiciamientos por graves violaciones a los derechos humanos perpetradas en los 70', una de las políticas claves de la administración argentina del momento. La Corte Constitucional Colombiana, por su parte, reconoció la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de la CteIDH poco después de ser creada, cuando necesitaba establecerse a sí misma como tribunal supremo del territorio, y muchos años después en el contexto de la toma de una decisión crítica que desafiaba la administración de Uribe.⁸⁶ De acuerdo con esto, en ambos casos los

⁸² Sin embargo, como ha argumentado recientemente Jorge Contesse, parece haber un cambio en este enfoque intervencionista y maximalista de la CteIDH, a una comprensión más minimalista de su papel. n 75 supra.

⁸³ De hecho, algunos estudiosos influyentes resistirían esta caracterización de la actitud de la Corte hacia las autoridades locales.

⁸⁴ De hecho, en su caso de 2006 *Trabajadores Cesados del Congreso* (Aguado y otros) contra Perú, la CteIDH todavía consideraba que su jurisprudencia era de "mera" orientación interpretativa para las autoridades nacionales.

⁸⁵ Es cierto que esta línea de argumentación no fue la única escogida a estos fines. Al respecto véase Mazzeo (2007).

⁸⁶ Véase Chehtman, n 30. Sobre el uso estratégico y coordinado del derecho internacional por los tribunales superiores "en contra" de las autoridades democráticas, por ejemplo, Eyal Benvenisti y

tribunales supremos usaron esta posición estratégicamente, para “externalizar” algunos costos políticos de sus decisiones.⁸⁷

A pesar de haber sido adoptada en 2014 (es decir después de *Gelman*), la jurisprudencia de la Corte Suprema Mexicana en esta materia confirma aún más esta posición. Como sugiere Cerna, la Decisión CT 293/2011 se alcanzó en un contexto mexicano de falta de cumplimiento de, al menos, cuatro sentencias adversas de la CteIDH contra México, y como un indicador de reconocimiento de las obligaciones de México con arreglo a la CADH.⁸⁸ Una vez más, la decisión parece menos motivada en una creencia genuina del Tribunal sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CteIDH, que por una decisión estratégica dirigida a señalar a la CteIDH que México estaba tomando sus decisiones con seriedad, en un contexto en el que México era cada vez más vulnerable a un gran número de reclamos ante el sistema Interamericano.

Esta lectura de la aceptación estratégica de la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de la CteIDH por parte de los superiores tribunales está respaldada por el posterior rechazo, a veces calificado, de esta posición legal.⁸⁹ Al igual que la mayoría de los tribunales superiores internos de la región y fuera de esta,⁹⁰ las tres Cortes estudiadas en este artículo establecieron de forma clara que estaban dispuestas a separarse de la jurisprudencia de la CteIDH en determinadas situaciones, una tendencia que tal vez se vio favorecida por la jurisprudencia excesivamente expansiva de la CteIDH.⁹¹ Por ejemplo, la Corte Suprema mexicana recurrió a una noción formalista de “restricción explícita de derechos” mientras que la Corte Constitucional de Colombia, por su parte, exigió para considerarla vinculante que jurisprudencia supranacional fuese “reiterada y uniforme”. De manera similar, la Corte

George Downs, “*National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law*”, *EJIL* 20(1) (2009), 59-72.

⁸⁷ Ver, por ejemplo, Dinah Shelton, “Judicial Review of State Actions by International Courts”, *Fordham Int'l L.J.* 12 (1988), 359.

⁸⁸ Cerna, n 49 supra, 205. Estas decisiones fueron *Radilla Pacheco* (2009), *Fernández Ortega* (2010), *Rosendo Cantú* (2010), and *Cabrera García* (2010).

⁸⁹ Al mismo tiempo, califica la afirmación de que el compromiso ideológico con el neo-constitucionalismo latinoamericano es suficiente para dar cuenta de la fuerza específica de las decisiones de la Corte en entornos nacionales (n 64, anterior, 179-207).

⁹⁰ Andre Nollkaemper, “*Rethinking the Supremacy of International Law*”, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65 (2010), 67-71. Para la situación de los tribunales superiores europeos frente a la CEDH, véase Krisch, n 79 supra.

⁹¹ Otros tribunales superiores de la región coinciden. Ver, por ejemplo, los casos de Rafael Chaver Gazdik (2003) y Reynaldo Muñoz Pedrosa y otros (2015) resueltos por el Tribunal Supremo de Venezuela, así como la Decisión TC /0256/14 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana (2014).

Suprema Argentina pasó de aceptar la naturaleza vinculante de las decisiones de la CteIDH en los casos contra terceros Estados a reclamar la facultad de juzgar el alcance de sus decisiones en un caso contra Argentina. Para ello, citó esencialmente una “antigua tradición nacional” de acuerdo con la cual la Constitución Argentina no puede ser modificada válidamente por un tratado internacional.⁹² Estas medidas parecen ser más consistentes con la sugerencia de Alter y Vargas de que los jueces nacionales tienen mayores incentivos para seguir a los tribunales internacionales cuando consideran que estos últimos promueven cambios normativos que les resultan preferibles.⁹³ Estos autores también cuestionan la visión de un sistema judicial formalista y jerárquicamente unificado de tribunales nacionales e internacionales.

Además, los costos de esta resistencia fueron disminuyendo. El enfoque maximalista, o verticalista, de la CteIDH ha encontrado una resistencia sustancial por parte de las autoridades políticas nacionales: Venezuela presentó su instrumento de denuncia el 6 de septiembre de 2012, y Brasil y Colombia han trabajado conjuntamente para denunciar las expansivas facultades del sistema.⁹⁴ De manera similar, la erosión de la autoridad de la Corte tiene lugar en un contexto donde las autoridades judiciales nacionales han desarrollado estándares propios, y se sienten en posición de reclamar un rol mayor como superiores autoridades judiciales de su territorio. Esto es comprensible, dado que la jurisprudencia de la CteIDH ya no juzga los actos de regímenes autoritarios anteriores, sino de gobiernos elegidos democráticamente.

Por último, y quizá de manera decisiva, la tesis de la aceptación estratégica del carácter vinculante de la jurisprudencia de la CteIDH ha sido confirmada por el hecho de que, durante este mismo período, los tribunales nacionales han sido, en general, “socios reacios, dilatando o ignorando por completo las ordenes de la Corte”.⁹⁵ Como han propuesto las investigaciones de Neuman y de Basch et al. (sobre bases doctrinales y empíricas, respectivamente) incluso bajo el enfoque maximalista de la

⁹² Opinión separada de los jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz en el n. 23 anterior.

⁹³ Karen Alter & Jeannette Vargas, “Explaining variation in the use of European litigation strategies: European community law and British gender equality” *Comparative Political Studies* 33(4) (2000), 452-482.

⁹⁴ Ver, por ejemplo, Daniel Cerqueira, “Brazil, Ecuador and the Inter-American Human Rights System”, *Americas Quarterly* (March 6, 2015).

⁹⁵ Huneeus, n 7, 504.

CteIDH, los tribunales nacionales no acataron sus fallos en un número significativo de casos.⁹⁶

Permítanme cerrar este análisis con dos puntos finales. Primero, para saldar esta tensión palpable entre la CteIDH y los superiores tribunales locales, varios académicos han llamado a aumentar el "diálogo judicial fructífero" o la "asociación" entre ellos.⁹⁷ Contesse, por ejemplo, pone énfasis en el nivel supranacional. Argumenta que, en vez de adoptar este tipo de enfoque o método verticalista, la CteIDH debe "hacer un esfuerzo genuino para llevar adelante una conversación transnacional".⁹⁸ De hecho, sugiere que esta conversación transnacional ya ha comenzado, como puede observarse, por ejemplo, a partir del hecho de que la CteIDH haya citado decisiones de la Corte Constitucional Colombiana y de la Suprema Corte de México en un caso contra Chile.⁹⁹ En el mismo sentido, se basó en las decisiones nacionales para sugerir la existencia de una clase de "práctica general", o un consenso Interamericano, respecto al reclamo de que un embrión es diferente a una persona en *Artavia Murillo*.¹⁰⁰

Comparto la opinión de que sería sensato que la CteIDH suavizara su aproximación a los sistemas jurídicos nacionales, si quiere asegurar su autoridad e influencia. Sin embargo, creo que deberíamos enfocarnos más en las Cortes Supremas nacionales. La razón es que estos tribunales están en una mejor posición para hacer una contribución mayor y más sostenible a la aplicación y fomento de los derechos humanos en América Latina.¹⁰¹ De hecho, el diálogo sobre cuestiones de derecho regional e internacional no debería fomentarse o fortalecerse solo entre los tribunales superiores y la CteIDH, sino también entre los propios tribunales superiores en las diferentes jurisdicciones.

⁹⁶ Gerald Neuman, "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights" *EJIL* 19(1), 101-123, y Fernando Basch et al, "La Efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Un Enfoque Cuantitativo sobre su Funcionamiento y sobre el Cumplimiento de sus Decisiones" *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos* 12 (2010), 9-35.

⁹⁷ Ver, por ejemplo, Ariel Dulitzky, "The Constitutionalization of International Law in Latin America. An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine", *AJIL Unbound* Vol. 109 (2016), 100-108.

⁹⁸ Jorge Contesse, "The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law* Vol. 15(2) (2017), 17.

⁹⁹ CteIDH, *Atala Riffo and Daughters v Chile*, nota 114 párr. 126.

¹⁰⁰ CteIDH, *Artavia Murillo and others v. Costa Rica*, párr. 256.

¹⁰¹ Ver, por ejemplo, Yuval Shany, "Dédoublement fonctionnel and the Mixed Loyalties of National and International Judges", en F. Fontanelli et al, *Shaping Rule of Law Through Dialogue* (Europa Law Publishing, 2010), 36.

En segundo lugar, cualquier diálogo de este tipo debería basarse en una concepción más plausible del peso o autoridad relativos de los diferentes tribunales involucrados. O, para decirlo de otra manera, actualmente carecemos de una explicación persuasiva de los fundamentos normativos y legales que deberían estructurar la relación entre los tribunales nacionales y los tribunales supranacionales. A saber, así como el fundamento esgrimido por los tribunales supremos nacionales para reconocer la fuerza vinculante de las decisiones de la CteIDH aún en casos en los que los Estados no eran parte, era muy poco convincente tanto desde el punto de vista técnico como normativo, las razones por las que ahora han decidido resistir, o incluso pasar por alto a la CteIDH, son difícilmente más sólidas. Cada uno de estos superiores tribunales ha reclamado, en última instancia, un derecho a elegir cuándo una decisión de la CteIDH es vinculante, y cuándo no lo es, sin brindar un razonamiento jurídico convincente. Analíticamente, podría decirse que esto refleja la consolidación de un sistema legal pluralista, sujeto a relaciones heterárquicas más que a cualquier otra forma de jerarquía preestablecida entre normas o autoridades, no tan diferente de lo que muchos académicos proponen que prevalece en Europa.¹⁰² Podemos admitir, también, que este tipo de organización puede, bajo ciertas circunstancias, proveer ventajas significativas, como favorecer la armonía y el diálogo entre tribunales nacionales y supranacionales en una base más horizontal.¹⁰³

Sin embargo, esta descripción difícilmente resuelva el problema subyacente de principio. Es decir, apenas se refiere a la tensión no resuelta entre el valor sustantivo del derecho internacional de los derechos humanos y su deficiente legitimación democrática, al menos en relación con la mayoría de las autoridades democráticas recientemente elegidas. Esta tensión se encuentra en su punto más alto en los casos en que están en conflicto los derechos humanos, y el fondo del asunto es profundamente controversial y divisivo. En este artículo, he revisado algunos argumentos que se han utilizado a este efecto en la literatura y la jurisprudencia pertinentes: a saber, algunos jueces se han resistido a las conclusiones de la CteIDH por motivos formales, como la existencia de una interpretación más acertada sobre las obligaciones de derechos

¹⁰² Krisch, n 79 supra. Véase también Armin Von Bogdandy, "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law" *International Journal of Constitutional Law* 6 (2008), 399-400.

¹⁰³ Krisch, *ibid.*

humanos;¹⁰⁴ otros han defendido la aplicación del principio *pro persona* para superar conflictos interpretativos y hacer foco en el contexto sustantivo y no en la jerarquía formal;¹⁰⁵ y aún otros han defendido cierto grado de deferencia a la legitimidad democrática de una decisión interna particular por sobre las decisiones de jueces no electos y no sometidos a una rendición de cuentas democrática.¹⁰⁶ Pero estos no son más que sugerencias aisladas. Necesitamos una explicación mucho más convincente acerca de cuándo las autoridades nacionales deben seguir (y cuándo deben resistir) las interpretaciones de la CteIDH sobre cualquier tema específico. Particularmente, necesitamos comprender mejor las diferentes justificaciones sobre las que se asienta su respectiva autoridad, y cuáles deberían ser los límites de dicha autoridad.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Véase la disidencia de los jueces Fayt y Argibay en *Derecho, supra*.

¹⁰⁵ Yota Negishi, "The *Pro Homine* Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control" EJIL (forthcoming). Véase también, Anne Peters, "Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law" *Vienna Online Journal of International Constitutional Law* 3 (2009), 195 y sig.

¹⁰⁶ Roberto Gargarella, "Tribunales internacionales y Democracia: enfoques deferentes o de interferencia" *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional* 4 (2016), 1-17.

¹⁰⁷ Para un intento preliminar, basado en el CEDH, véase L.R. Helfer y A.M. Slaughter, "Hacia una teoría de la adjudicación supranacional efectiva", *Yale Law Journal* 107 (1997), 273. Para una exploración más reciente, véase Shai Dothan, "International Courts Improve Public Deliberation" *Michigan Journal of International Law*" (en prensa).