

DIÁLOGOS JUDICIALES Y GOBERNANZA MULTINIVEL

¿QUÉ APRENDIMOS DE LA “SAGA FONTEVECCHIA”?

*Patricio Blas ESTEBAN**

Fecha de recepción: 11 de febrero de 2018

Fecha de aprobación: 23 de marzo de 2018

Resumen

El trabajo toma la controversia en torno al caso *Fontevicchia* como punto de partida para un análisis de las relaciones cada vez más tensas entre los tribunales internacionales y las cortes superiores o constitucionales de los Estados. Ello con especial énfasis en la tendencia de los primeros a expandir sus competencias por fuera de lo previsto en sus estatutos, las reclamaciones judiciales de soberanía de los segundos, y una cultura del pluralismo constitucional que, no obstante sus constantes apelaciones al diálogo y la convergencia armónica de fuentes, no parece poder desembarazarse de las vanidades institucionales y las taras que hacen al elitismo de jurisdicción.

Palabras clave

Diálogo judicial – Corte Suprema – Corte Interamericana – Fontevicchia – pluralismo constitucional.

* Abogado graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Funcionario del Poder Judicial de la Nación. Correo electrónico de contacto: patricioesteban03@hotmail.com.

JUDICIARY DIALOGUES AND MULTI-LEVEL GOVERNANCE

WHAT HAVE WE LEARNT FROM THE “FONTEVECCHIA SAGA”?

Abstract

This essay takes the dispute over the *Fontevicchia* case as a starting point in the analysis of the increasingly tense relationship between international courts and the supreme or constitutional tribunals of the states. The analysis focuses on the inclination of the former to expand their mandate beyond what is stipulated in their statutes and the sovereignty judicial claims by the latter. For this, the essay also explores the culture of pluralist constitutionalism that, notwithstanding its constant references to dialogue and peaceful convergence, does not seem to be able to rid itself from institutional vanity and the obstacles arising from jurisdictional elitism.

Keywords

Judicial Dialogue – Supreme Court – Interamerican Court of Human Rights – Fontevicchia – pluralist constitutionalism.

I. Introducción

Este 14 de febrero habrá marcado el primer aniversario del comienzo de la “saga Fontevicchia”, que consiste en (a) la resolución por la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN” o la “Corte Suprema”) rehusó dar curso a la orden de dejar sin efecto su decisión del 2001, (b) la consecuente réplica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) en el marco del procedimiento de supervisión, y (c) el auto de la corte argentina, que optando por una de las alternativas de cumplimiento que le dejó habilitadas el tribunal regional, puso fin al diferendo. O, cuanto menos, así parece.

La polémica doctrinaria que siguió a la primera resolución fue de las más encendidas que se hayan visto en algún tiempo, y estuvo atravesada de consideraciones fatalistas en torno al futuro del sistema de protección de los derechos humanos. Ahora, visto que el tiempo terminó dando la razón a GARGARELLA (2017) —para quien la CSJN había querido dejar a salvo su propio poder, pero era poco probable que se involucrase en una estrategia de “choque de trenes” con la Corte IDH—, quizá podamos aprovechar la ventaja de una

perspectiva más serena para formularnos algunas preguntas acerca de qué es lo que últimamente está dando lugar a estos cortocircuitos y demostraciones de fuerza en el marco de las relaciones entre los tribunales internacionales y las cortes supremas o constitucionales de los Estados. Partimos del convencimiento de que lo que tienen para enseñarnos conflictos como los suscitados en torno a los casos *Gelman, Lundt, Apitz Barbera* y *Fontevicchia* va mucho más allá de los mejores o peores razonamientos jurídicos que se apilan a ambos lados de la discusión. Lo que nos interesa son los aspectos no resueltos en el reacomodamiento del tablero de poder que supuso la globalización judicial y que se están haciendo sentir tanto en el sistema interamericano como en el ámbito de la Unión Europea.

Por otro lado, este trabajo expresa un punto de vista crítico sobre determinadas prácticas de la Corte IDH, especialmente en lo que hace al empleo de la interpretación teleológica para impulsar un proyecto de constante ampliación de sus facultades. Elegimos acentuar este aspecto del problema no porque el desempeño de los jueces domésticos en estos episodios nos parezca irreprochable, sino porque creemos que la postura excesivamente complaciente asumida por un sector mayoritario de la doctrina ha comenzado a repercutir negativamente en el comportamiento del tribunal de San José.

II. Breve repaso del conflicto "Fontevicchia"

La decisión que motivó el enfrentamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con su par interamericano ha sido reseñada hasta el hartazgo durante el último año, por lo que no ofrecemos a continuación más que una revisión muy sucinta de los ejes de la controversia.

En el año 2001, la Corte Suprema confirmó -aunque rebajando el monto- una sentencia de cámara a través de la cual se condenó a los periodistas Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico a indemnizar a Carlos Saúl Menem por la violación a su intimidad que a criterio del tribunal supuso la publicación relativa a la existencia de un hijo no reconocido del ex presidente.

Los periodistas demandaron al Estado argentino ante el sistema interamericano y la Corte IDH, en lo que aquí interesa, resolvió que: "[e]l Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Hector D'Amico, así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia", imponiendo a su vez la carga de reintegrar los montos pagados con motivo de

la condena. Es así que la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación ofició a la Corte Suprema solicitando que arbitrarse los medios para dar cumplimiento, en lo que le correspondiese, con la sentencia. Sin embargo, la CSJN dictó una resolución declarando que se veía imposibilitado de acceder a lo requerido por la Corte IDH.¹

La mayoría, estuvo conformada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti —este último según su voto—, en tanto que el ministro Maqueda se pronunció en disidencia. La resolución comienza por remarcar que las sentencias dictadas en procesos contradictorios contra el Estado argentino son, *en principio*, de cumplimiento obligatorio, pero aclarando que esto es siempre y cuando lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se mantenga dentro de sus potestades remediales, pues es con ese alcance que el Estado se obligó a acatar sus decisiones. De seguido, se destaca el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción interamericana y el hecho de que la Corte IDH no constituye una cuarta instancia que revise o anule decisiones judiciales estatales. Se asienta además que esta comprensión del rol coadyudante de los tribunales internacionales ha sido abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mediante su doctrina del margen nacional de apreciación.

Por otro lado, los jueces recordaron que los principios de derecho público establecidos en la Constitución configuran una “esfera de reserva soberana” a la que deben ajustarse los tratados por los que se obligue al Estado Federal (art. 27, Constitución Nacional). Entre estos principios se cuenta el rol de la CSJN como cabeza del poder judicial y, en este sentido, revocar un pronunciamiento firme del tribunal importaría, a criterio de los magistrados, sustituirla por un órgano internacional, en transgresión a los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional. La resolución refuerza el argumento sobre la subordinación de los tratados al orden público constitucional aludiendo a la denominada “fórmula argentina”, con cita de lo sostenido por la delegación argentina en la Conferencia de Paz de la Haya de 1907 y de una exposición parlamentaria de Joaquín V. González en 1909.

El voto del ministro Rosatti coincidió en lo sustancial con la exposición de sus colegas, pero mencionó expresamente una serie de conceptos referidos a la doctrina del diálogo jurisprudencial —como el de convergencia decisional— y el postulado de que tanto

¹ “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe” sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 14.02.2017.

la Corte Suprema como la Corte IDH son intérpretes finales de sus respectivos instrumentos.

Finalmente, el juez Maqueda fundó su disidencia en lo prescripto sobre la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH en el artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, "CADH") e hizo pie en los precedentes *Espósito* (Fallos 327:5668), *Derecho* (Fallos 334:1504), *Carranza Latrubesse* (Fallos 336:1024) y *Mohamed* (res. nº 477/2015), y enfatizó tanto el deber de buena fe en la observancia de los tratados como el impedimento para las partes de alegar razones de derecho interno para liberarse de sus obligaciones internacionales, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El fallo fue bien recibido por un sector de la doctrina que vio en la decisión de la Corte una saludable reivindicación de sus atribuciones constitucionales (GARAY, 2017; GELLI, 2017; SANTIAGO, 2017) y duramente criticado por otro, claramente mayoritario, que lo tomó por un grave incumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas por la República Argentina y el preludio a una situación de aislamiento paragonable a la de Venezuela (PIZZOLO, 2017). Se habló en este sentido de una vuelta declarada a la teoría dualista, de "alzamiento", "retroceso", "desautorización del esquema integrativo" (ZUPPI y DELLUTRI 2017: 22; ABRAMOVICH, 2017; MIDÓN, 2017) y hasta se acusó irónicamente a la Corte Suprema de independizarse del Estado e inaugurar una república judicial propia (ZAFFARONI, 2017). También se hizo oír una suerte de "tercera posición" representada por GARGARELLA (2017) —que, confieso, es bastante cercana a nuestra manera de ver las cosas—, que no comulga con ninguno de los dos puntos de vista, por entender que tanto la Corte Suprema como la Corte IDH yerran en considerarse a sí mismas intérpretes "finales" o "últimas" de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

En apoyo a la decisión, SANTIAGO (2017) ha dicho que "[l]as normas internacionales en materia de derechos humanos tienen en la Argentina jerarquía constitucional complementaria y, por ende, rango supralegal, pero no son supraconstitucionales [...]. Se complementa algo ya existente y principal que no puede ser modificado ni alterado" (p. 16).

Entre las críticas que se han dirigido al fallo, aparece en primer plano la violación a la Convención de Viena de 1969, que establece que todo tratado debe ser cumplido de buena fe (art. 26), y prohíbe a las partes invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento (art. 27). También se denuncia la inobservancia de la Convención

Americana de Derechos Humanos, por el cual los estados se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte (art. 68.1) (FURFARO, 2017; MIDÓN, 2017). Varios autores han lamentado, a su vez, la discontinuación de la tendencia aperturista conformada por fallos como *Espósito* (2004), *Simón* (2005), *Mazzeo* (2007), *Videla* (2010), *Rodríguez Pereyra* (2012), *Carranza Latrubesse* (2013) y *Mohamed* (2015). También se razona que, si los otros poderes del Estado están obligados a dejar sin efectos actos que les son propios (decretos y leyes) cuando desconozcan garantías convencionales, no se comprende por qué la Corte Suprema sería la única inmune a las resoluciones del órgano interamericano (ABRAMOVICH, 2017).

Entre los cuestionamientos más extendidos, figura lo desacertado de buscar en las reflexiones de Joaquín V. González la respuesta a los dilemas asociados al constitucionalismo global de nuestros días (ONAINDIA, 2017). A ello se agrega la objeción vinculada al “Kompetenz-Kompetenz”, término oriundo del derecho constitucional alemán y que traduce el principio, generalmente reconocido, según el cual entre las facultades de un tribunal (en este caso, la Corte IDH) está la de decidir sobre los alcances de su propia competencia (BOVINO, 2017; ABRAMOVICH, 2017; FURFARO, 2017).

Finalmente, respecto al argumento del voto mayoritario —en el sentido de que dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada supondría emplazar al ente regional como una cuarta instancia o tribunal de alzada—, un número considerable de autores replica que, en verdad, la Corte IDH no “revoca la decisión” al modo en que lo haría un tribunal revisor que actúe como una prolongación del circuito judicial doméstico, sino que lo que hace es enjuiciar una medida —que puede tratarse de un acto administrativo, una ley del congreso o una sentencia— y, de encontrarla en oposición a la Convención Americana de Derechos Humanos, disponer que el Estado la prive de efectos a través de los mecanismos de derecho interno que entienda pertinentes (ZAFFARONI, 2017; ABRAMOVICH, 2017; BOVINO, 2017; ZUPPI y DELLUTRI, 2017).

La respuesta de la Corte IDH se dio a conocer mediante la resolución de supervisión de cumplimiento del 18 de octubre de 2017, en la que acomete los razonamientos de la CSJN apelando, en buena medida, a los argumentos que acabamos de reseñar. Por otro lado, expresa que si bien en la sentencia de fondo se había ordenado al Estado dejar sin efecto la condena civil, ello no implicaba necesariamente la revocación del fallo como había interpretado la CSJN. Asimismo, en cuanto al modo en que hubiera podido cumplirse con la orden de dejar sin efecto el fallo sin arbitrar lo que en derecho interno denominamos

"revocación", señaló a modo de ejemplo que hubiese bastado con quitar la sentencia del sitio oficial del Poder Judicial o bien adjuntarle una anotación aclaratoria de que la misma había sido considerada violatoria de la Convención Americana por la Corte IDH.

El tribunal argentino se decidió por esta última opción en el auto del 5 de diciembre de 2017, por entender que la aclaración formulada por la Corte IDH en cuanto a que para cumplir con su decisión no se requería la revocación de la sentencia, resultaba plenamente consistente con el pronunciamiento anterior de la CSJN y no afectaba los principios de Derecho Público del artículo 27 de la Constitución Nacional. Obviamente hay distintas maneras de leer este desenlace. Puede pensarse que la Corte IDH ofreció a la CSJN una salida fácil que ésta aceptó. Otra manera de verlo, teniendo cuenta que una anotación aclaratoria de que el fallo fue considerado violatorio de la CADH difícilmente encuadra en lo que cabía entender originalmente por "dejar sin efecto la sentencia", es que la Corte IDH ideó una forma de volver sobre sus pasos procurando dar la apariencia de mantenerse firme.

Ahora bien, hay dos cosas que son seguras. Primero, la CSJN salió de este conflicto con una nueva herramienta que le permite frenar injerencias no deseadas del sistema regional: la esfera de reserva soberana; y, segundo, cuando los juristas comenzamos a formular distinciones como aquella entre "dejar sin efecto" y "revocar" —o entre "dejar sin efecto" y "ordenarle al estado que por los medios que estime conducentes deje sin efecto"— podemos estar razonablemente seguros de que el verdadero problema no tiene nada (o solo muy indirectamente algo) que ver con razones normativas. Que el problema no es de lógica jurídica queda claro, a nuestro modo de ver, a partir de la "tautología de los 27". Con mucha razón se ha dicho que (SOLA, GONZÁLEZ TOCCI y CAMINOS, 20: 2017):

afirmar que la Constitución Nacional tiene mayor jerarquía que el derecho internacional porque así lo establece el art. 27 de la CN o, al contrario, que el derecho internacional convencional tiene mayor jerarquía que todo el derecho interno, incluyendo al constitucional, porque lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, constituye un argumento, dos argumentos en verdad, completamente circulares.

Veamos qué resulta de encarar la cuestión desde otro enfoque.

III. El auge de los tribunales internacionales

De entre todas las críticas que ha merecido la resolución de la CSJN, hay una que parece incontestable: la realidad del derecho público hoy es muy distinta a la que conoció Joaquín V. González. Se ha dicho que en el futuro, cuando los académicos miren hacia el final del siglo 20, reconocerán la expansión sin precedentes de la judicatura internacional como el fenómeno más significativo de la etapa post-guerra fría (KEOHANE, MORAVCSIK y SLAUGHTER, 2000).

Muy fecundas en este campo han sido las investigaciones de Anne-Marie Slaughter. La autora acuñó el concepto de “redes de gobernanza global” para describir la creciente interacción entre las agencias públicas con sus iguales de otras naciones. Tradicionalmente, los Estados se han caracterizado por actuar en el plano internacional como un todo monolítico, sin fisuras ni autonomía de sus respectivos departamentos. Pero lo que caracteriza al moderno transgubernamentalismo, según Slaughter, es la disgregación del sector público en sus componentes funcionales y especializados (agencias reguladoras, tribunales, organismos tributarios, incluso comités legislativos) que concurren a relacionarse con sus pares del extranjero desvinculados del resto del aparato gubernamental.

Si hasta ahora el Estado se presentaba frente al ciudadano como un complejo entramado de oficinas y dependencias y, de cara a otras naciones, a la manera de una estructura unitaria, lo que ha ocurrido es que la faz externa ha empezado a reflejar el perfil interno y las distintas burocracias han adquirido una suerte de personería internacional propia. Esto, a fuerza de lidiar con problemas de entidad también transnacional como el lavado de activos, el crimen organizado, el terrorismo, los peligros ambientales, los colapsos bancarios, etc. (SLAUGHTER y BURKE-WHITE, 2006: 334).

El componente psicológico de las redes de gobernanza consiste en que los sujetos comienzan a desarrollar un sentido de pertenencia diferencial. Para decirlo claro, perfectamente podríamos descubrir que el agente fiscal del país A siente que tiene más en común con el agente fiscal del país B que con los funcionarios de la Secretaría de Ganadería y Pesca que trabajan en el mismo edificio, residen en la misma ciudad, simpatizan con el mismo equipo de fútbol y frecuentan los mismos restaurantes. Slaughter lleva estos conceptos al análisis de la realidad judicial, y anuncia el nacimiento de lo que describe como una comunidad global de cortes (*community of courts*) o una comunidad legal (*community*

of law): una esfera de actores jurídicos animados por la conciencia de enfrentar problemas comunes, compartir valores e intereses profesionales, y consagrarse a una concepción global del estado de derecho y que, a partir del grado de cohesión interna que han logrado, configuran un espacio relativamente aislado y a resguardo de las presiones políticas, incluso de sus propios gobiernos. El fenómeno de las comunidades jurídicas no nos es extraños. De hecho, es la base de cualquier sistema legal, solo que fronteras adentro lo damos por sentado.

A partir de lo anterior, HELFER y SLAUGHTER (1997), en su trabajo "Towards a Theory of Effective Supranational Adjudication", se dedican a estudiar qué técnicas emplean los tribunales internacionales para construir un grado tal de legitimidad que el costo para los gobiernos de no acatar sus sentencias sea lo suficientemente alto como para suplir la falta de recursos coactivos propios. Puntualmente, los autores contrastan la experiencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE") y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") con el registro menos exitoso de otros organismos supranacionales como el Comité Internacional de Derechos Humanos ("Comité IDH") y la Corte Internacional de Justicia ("CIJ").

Los antecedentes de la Corte Internacional de Justicia ilustran sobre las complicaciones de que estuvo cargada en sus inicios la tarea de los jueces internacionales: 90 casos en casi 50 años (Carter y Trimble, cit. en HELFER y SLAUGHTER, 1997: 285) y un promedio de dos o tres demandas por año durante los años cincuenta (POSNER y YOO, 2005), en la década de los sesenta cayó prácticamente en desuso y, si bien la estadística va en ascenso a partir de 1972, para el año 2000 solo había emitido 15 sentencias. A lo largo de su vida institucional, la CIJ pareció quedar frecuentemente atrapada entre la pérdida de credibilidad que le generaron los esfuerzos por evitar pronunciarse en asuntos sensibles a los países poderosos —por ejemplo, su jurisprudencia en el sentido de que carece de competencia para revisar las resoluciones del Consejo de Seguridad (BENVENISTI y DOWNS, 2011)—, y la desautorización que sufrió debido a los casos resonantes de incumplimiento a sus sentencias verificados en aquellas oportunidades en que sí se animó a presionar sobre determinados intereses. Puede mencionarse sobre el punto, el retiro parcial de Estados Unidos en 1984 de la aceptación de la jurisdicción de la CIJ luego de que ésta admitiera tratar la demanda de Nicaragua por la colocación de minas en sus puertos. El representante del gobierno norteamericano no compareció a las audiencias, el fallo hizo lugar a la demanda y, en 1986, Estados Unidos vetó una iniciativa del Consejo de Seguridad instándolo a cumplir con la sentencia. Finalmente, en 1990, el gobierno de Barrios de

Chamorro accedió a retirar el reclamo para evitar la discontinuación de la ayuda económica (KEOHANE, MORAVCSIK y SLAUGHTER, 473:2000).

A esto se fueron agregado otros retos a la autoridad de la Corte Internacional de Justicia, como los ocurridos en los casos *Breard* (1998), *La Grand* (2001) y *Medellin* (2008). En esos precedentes, los gobiernos de Paraguay, Alemania y México, respectivamente, habían demandado al Estado norteamericano para obtener la revisión de las sentencias y el aplazamiento de las ejecuciones de personas de su nacionalidad en *death row* (en el caso Medellín la acción comprendía la situación de 58 mexicanos), por no habérselos notificado durante el proceso de su derecho a la asistencia consular conforme a lo previsto en la Convención de Viena de 1963. En ninguno de los tres casos el Estado cumplió las medidas cautelares y los fallos que le ordenaban suspender las ejecuciones. Otros conocidos ejemplos de no acatamiento a las sentencias de la CIJ son el conflicto del Canal de Corfú (1949), en que Albania desobedeció la orden de indemnizar a Inglaterra a causa de los daños producidos a sus buques por las minas colocadas en el canal (a lo que Inglaterra respondió reteniendo lo que correspondía a Albania del oro nazi recuperado tras la Segunda Guerra). Fueron también desatendidas (POSNER y YOO, 2005): (a) las medidas provisionales dictadas contra Irán por la nacionalización de empresas petroleras británicas en “Anglo-Iranian Oil Co.” (1952), (b) el fallo de 1960 que conminaba a la India a permitir el libre paso a los enclaves portugueses en su territorio, (c) la intimación a Islandia por sobre extender su zona económica exclusiva (1972), y (d) las resoluciones con motivo de los ensayos nucleares de Francia en el pacífico sur (1974), la toma iraní de la embajada norteamericana (1980) y el genocidio serbio de 1993.

En consideración de este historial, es entendible el interés que despierta la posición alcanzada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al que se le reconoce haber transformado el Tratado de Roma de un pacto internacional en una suerte de constitución europea (HELPER y SLAUGHTER, 1997; COTTIER y HERTIG, 2003). La Corte de Luxemburgo es el ejemplo paradigmático de cómo un tribunal puede evolucionar rompiendo las ataduras del diseño que originalmente le imprimieron los Estados partes y trazar su propia agenda geopolítica. El canal sobre el cual el TJUE basó la construcción de su liderazgo fue la cuestión de prejudicialidad comunitaria del artículo 177 del Tratado de Roma. Mediante esta vía, que respondió a la sugerencia incidental de un funcionario de aduanas alemán de bajo rango (KEOHANE, MORAVCSIK y SLAUGHTER, 2000: 483), la Corte fue consolidando su jurisprudencia y afinando su relación con los tribunales superiores, que con el tiempo fueron superando la reticencia inicial a promover la consulta. En este sentido, el número de remisiones pasó de

9 en 1968, a 119 en 1978 y para 1990 ya eran más de 150 por año (HELPER y SLAUGHTER, 1997: 310).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también llegó a lograr una tasa de acatamiento comparable a la de cualquier tribunal supremo o constitucional doméstico. Además del prestigio que le valió el carácter didáctico de sus fallos durante las décadas de los 60s y 70s (HELPER y SLAUGHTER, 1997), supo afianzar su autoridad mediante la doctrina del "efecto directo" establecida en el caso *Vermeire* (29.11.1991), en el que dirigió una severa amonestación a la Corte de Casación belga por haber continuado aplicando una legislación sobre filiación y sucesiones que el TEDH ya había declarado contraria a la convención en *Marckx* (13.06.1979) (GAY MONTALVO, 251: 2013). Actualmente, se espera que el mecanismo de solicitud de opiniones consultivas, inaugurado por el Protocolo 16 (ALBANESE, 2014), contribuya a fortalecer aún más el diálogo del TEDH con sus pares nacionales.

El vínculo de solidaridad entre el TJUE y el TEDH contribuyó mucho a la eficacia de ambos. Les permitió afianzarse mediante citas cruzadas de jurisprudencia y, además, allanó el camino para que Estrasburgo pudiese aprovechar el *momentum* de acatamiento generado por el tribunal de la comunidad (HELPER y SLAUGHTER 1997: 323; BAUDENBACHER, 2003).

De la Corte Interamericana de Derechos Humanos tendremos ocasión de ocuparnos más adelante. Destaquemos por ahora que habiendo sido establecida en 1979, resolvió su primer caso contencioso diez años después (*Velázquez Rodríguez*), continuó con un promedio de tres o cuatro casos anuales hasta el 2000 y, desde entonces, vio elevarse notablemente el número de juicios (BINDER, 2010), llegando a desplegar en la última década, lo que en nuestra opinión es la campaña de consolidación más agresiva y eficaz que se ha visto hasta ahora en cabeza de un tribunal internacional. Claro está que al comparar el grado de efectividad de tribunales regionales que actúan en el marco de comunidades relativamente homogéneas con tribunales u organismos cuasi jurisdiccionales del sistema universal (como el Comité IDH, al que se ha acusado de ser excesivamente permisivo), debieran tomarse en consideración las mayores dificultades que implica establecer parámetros sostenibles para ordenamientos con historiales y comprensiones a veces muy variadas en lo que hace a la cultura de respeto a los derechos humanos.

Ahora bien, si a partir de estas experiencias tuviésemos que identificar las estrategias de las que con mejor resultado se han servido las cortes supranacionales a la

hora de imponer su jurisdicción a las instituciones de los Estados, parecería que el ABC consiste primero en jerarquizar el tratado constitutivo, asignándole un carácter cuasi constitucional —el TJUE declaró la preeminencia del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales en la sentencia de “Costa vs. Enel” de 1964— (HITTERS, 2014). La importancia de esto no ha pasado desapercibida a otras entidades supranacionales y no por nada se habla ya, por ejemplo, de la creciente “constitucionalización” del régimen de la Organización Mundial de Comercio (SERNA DE LA GARZA, 2010). El segundo escalón consistiría en que el tribunal se establezca a sí mismo como intérprete final o auténtico del pacto. Esto, que hoy puede parecer obvio o ya impuesto por la lógica del convenio, implicó balancear una delicada hoja de ruta para que el deber inicial de los jueces locales de “tener en cuenta” la interpretación efectuada por la Corte IDH (u otras fórmulas análogas) se transformase gradualmente en una obligación lisa y llana de acatar sus precedentes. Y de hacerlo incluso con mayor fidelidad de lo que están compelidos a seguir la jurisprudencia de sus propias cortes supremas, ya que mientras la doctrina del leal acatamiento reconoce una excepción cuando se invoquen argumentos que no hayan sido considerados en la decisión original, nada parecido existe en relación a los pronunciamientos de los jueces regionales.

Otra regla a la que a juicio de HELFER y SLAUGHTER (1997) debe atribuirse el éxito del TJUE y del TEDH es la de penetrar la falsa coraza de homogeneidad de los Estados, que los muestra en el plano internacional como un todo sin fisuras, e identificar los patrones de competencia institucional entre sus diversas agencias para hacerse de aliados frente a los sectores reticentes a obedecer sus decisiones (p. 334). También BENVENISTI y DOWNS (2011) mencionan la rivalidad entre distintas ramas del sector público como un factor que puede capitalizarse en provecho de los tribunales internacionales (p. 1073). Se trata de un recurso que, en caso de ponerse en práctica, debiera manejarse con extrema prudencia, pues implica profundizar frentes internos de conflicto para ganancia del tribunal, algo que además —si bien pudo haber traído buenos resultados en naciones con la estabilidad institucional de las europeas— perfectamente puede desencadenar una crisis política en otras regiones.

Tampoco es muy feliz la técnica que los autores han advertido en la práctica de algunos tribunales de quebrar la resistencia de los gobiernos hostiles privilegiando el tratamiento de asuntos sobre los que se sabe de antemano que ese único Estado es el que está en falta y apilar condenas para singularizarlo como infractor crónico frente a la comunidad internacional (BENVENISTI y DOWNS, 1073: 2011).

Profundizando en los estudios sobre *politics of compliance*, Helfer y Slaughter desarrollan una guía de buenas prácticas para erigir tribunales con un grado aceptable de efectividad. Algunas se resumen en variables que quedan en manos del tribunal y otras son a opción de los Estados partes. En este sentido, se destacan como factores a tener en cuenta:

- (a) el prestigio y respetabilidad de sus miembros;
- (b) mantener un nutrido portfolio de casos con sentencias de alto perfil, combinado con recursos suficientes y un procedimiento relativamente sencillo que no desaliente a potenciales litigantes;
- (c) la capacidad —propia o de la Comisión, si la hubiere— de conducir averiguaciones, independientemente de la colaboración de los Estados;
- (d) el estatus jurídico que en el derecho interno tenga el instrumento del que irradia la autoridad del tribunal;
- (e) la disposición a elaborar decisiones con suficiente nivel de generalidad para apelar a una audiencia más extensa que las partes del conflicto;
- (f) demostrar autonomía de las agendas e intereses políticos; y
- (g) granjearse la ayuda de grupos de interés locales que ejerzan presión desde adentro sobre los gobiernos rebeldes.

El adecuado manejo de estas y otras variantes es lo que ha permitido a las cortes internacionales —en algunos casos más y en otros menos— generar en torno a sí una comunidad legal de actores (funcionarios, académicos, profesionales, activistas, asociaciones, ONGs), cuya influencia sobre los gobiernos compensa la falta de vías compulsivas de ejecución. Así, los jueces de órganos trasnacionales precisan estar imbuidos de este *know-how* de la diplomacia judicial y manejarlo con tanta destreza como el derecho que aplican. Para ser justos de cara al desarrollo posterior, era preciso comenzar por reconocer las dificultades que debió afrontar la judicatura internacional hasta afianzarse en el lugar que le conocemos hoy y el hecho de que el expansionismo de competencias —que, en nuestra opinión, está adquiriendo dimensiones inquietantes— fue necesario en cierta dosis y hasta no hace muchos años, para que estos organismos pudiesen desempeñar eficazmente su mandato.

IV. Diálogo judicial

Las comunidades de cortes se constituyen y sostienen a fuerza un tipo muy específico de comunicación al que se denomina *diálogo jurisdiccional*. Sin él, la globalización judicial degeneraría en un amontonamiento de órganos resolviendo cosas contradictorias en relación con documentos y cartas de derechos que se parecen mucho las unas a las otras. Son muchas las definiciones que aspiran a capturar la esencia de esta novedosa modalidad de interacción entre órganos. Para Nogueira Alcalá (cit. en ACOSTA AVARADO, 88: 2015):

[d]icho diálogo entre jueces y tribunales implica una forma de intercambio directo de argumentos entre jueces y cortes en el ejercicio de su función jurisdiccional [...] constituye así el procedimiento a través del cual diversos tribunales intercambian razonamientos, interpretaciones y soluciones adoptadas [...].

AZUERO QUIJANO (2009) explica que el diálogo judicial transnacional es una forma de globalización del derecho que hace posible el viaje del conocimiento jurídico de un ordenamiento al otro. También suele hablarse de “migración de ideas constitucionales” (SERNA DE LA GARZA, 2010: 787; BUSTOS GISBERT, 2012: 19). Según ACOSTA ALVARADO (2015), se trata de “un fenómeno que responde a la creciente interdependencia entre ordenamientos jurídicos y a la necesidad de asegurar su convivencia, así como a la tarea de buscar respuestas comunes a problemas comunes” (p. 89). Resulta particularmente clara la definición de BUSTOS GISBERT (2012), que entiende el diálogo judicial como “la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho” (p. 21). Esta fórmula precisa ser completada con la siguiente explicación del autor sobre el tipo de mentalidad institucional que moldea el vínculo (p. 31):

[e]n el diálogo las razones esgrimidas por el resto de tribunales involucrados en él son determinantes para la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables. Por tanto, el diálogo requiere como paso previo que se reconozca al otro (u otros) sujeto dialogante como digno de participar en el mismo. Esto es, ambos tribunales han de aceptar que el otro tiene algo que decir en la cuestión objeto de controversia. No se trata de que se acepte la competencia del otro tribunal (pues ello lo que llevaría aparejado

necesariamente es la titularidad del derecho a decidir por sí mismo). Se trata de que acepte que hay argumentos suficientes para considerar que las razones esgrimidas por el otro tribunal son dignas de ser tenidas en consideración. En los términos sostenidos por Poiares (2007) debe existir una institucional awareness; una conciencia de la existencia de otras instituciones jurisdiccionales implicadas de modo que cada tribunal no tiene el monopolio de las normas y que a menudo compite con otras instituciones en su interpretación.

El diálogo puede adoptar múltiples formas. La más común es la remisión a los precedentes o argumentos de otros tribunales en casos análogos. A esto SLAUGHTER (2003) lo denomina "fertilización cruzada", y expresa que su aumento en los últimos tiempos va dando origen a una suerte de "jurisprudencia global o mundial". El intercambio puede plantearse entre "1) la jurisprudencia de los tribunales superiores de los Estados y de los tribunales internacionales, 2) entre la jurisprudencia de los tribunales nacionales entre sí, 3) entre la jurisprudencia de los propios tribunales internacionales" (GAY MONTALVO, 2013: 249).

La remisión al derecho comparado no es, desde luego, una práctica novedosa. Como dice DE VERGOTTINI (2013), "siempre han existido supuestos en los que un tribunal ha tomado como paradigma las sentencias de otros tribunales que le han servido de modelo" (p. 488). Quizá lo que caracteriza al intercambio actual es la atomización de los roles de exportador-destinatario, es decir, la ruptura de una dinámica que tradicionalmente reconocía como emisores de saberes constitucionales exclusivamente a Norte América y Europa, en tanto que las demás regiones ocupaban invariablemente el lugar de receptores (AZUERO QUIJANO, 2009). Por el contrario, la bandera del nuevo pluralismo constitucional consiste en "explorar el mundo en busca de buenas ideas" (SLAUGHTER, 2003: 201), donde quiera que se encuentren.

El segundo canal de diálogo sobre el que trabaja SLAUGHTER (2003) es las interacciones cara a cara entre jueces de distintos países y regiones. Estos funcionarios entablan relaciones e intercambian puntos de vista en el marco de seminarios, conferencias, asociaciones, programas de reforma, de entrenamiento o cooperación, etc., cada vez con más frecuencia (SLAUGHTER, 2003; HELFER y SLAUGHTER, 1997: 372; BAUDENBACHER, 2003). Buen ejemplo de ello son las convocatorias a cursos de perfeccionamiento, cenas,

invitaciones a Luxemburgo y ronda de visitas a los países que el TJUE implementó en sus primeros años para generar vínculos con las comunidades judiciales de los Estados (HELPER y SLAUGHTER, 1997: 302).

La socialización profesional que tiene lugar en estos ámbitos es clave para la formación de comunidades legales y se vuelca luego al trabajo de los operadores en sus respectivos espacios. Según ACOSTA ALVARADO (2015: 109-10),

cada vez con más frecuencia se adelantan encuentros entre los miembros de la judicatura; ello ha facilitado que jueces de uno y otro escenario intercambien los resultados de su trabajo, se actualicen y creen vínculos profesionales y personales que coadyuvan la circulación y uso de la jurisprudencia. Este proceso se facilita gracias a la cada vez más común creación de organizaciones que aglomeran a funcionarios judiciales.

Además de esta diferenciación entre canales formales e informales, se ha gestado toda una dogmática de clasificaciones en torno al concepto de diálogo jurisprudencial que lo divide según su forma (explícito e implícito), intensidad (*ad exemplum*, *ad fortiori*, *ad ostentationem*, *as autoritatis*, *ex lege*), estructura (verticales, semi-verticales, superpuestos, horizontales) y grado de reciprocidad (monólogos, diálogos intermedios, diálogos propiamente dichos) (ACOSTA ALVARADO, 2015: 87).

Nogueira Alcalá dice que podemos entender el diálogo horizontal como la comunicación entre cortes no vinculadas por un mismo ordenamiento jurídico; el vertical como aquella donde la autonomía de uno de los interlocutores se ve condicionada por la relación asimétrica hacia la otra jurisdicción; y al llamado diálogo vertical – horizontal, como un nexo en que si bien existe cierta disparidad, prevalece el espíritu de colaboración constructiva y el intercambio se plantea bajo una lógica de reciprocidad (cit. en ACOSTA ALVARADO, 2015, 89).

BUSTOS GISBERT (2012: 19) se expone sobre las diferencias entre comunicación (a) *ad exemplum*, en que la jurisprudencia extranjera es citada a modo de una referencia lejana; (b) comunicación *ad fortiori*, donde el precedente se trae como refuerzo de los propios argumentos; (c) *ad ostentationem*, si es que solo sirve como ejemplo de erudición; (d) *ad auctoritatis*, cuando la referencia se justifica mayormente por el prestigio del tribunal fuente; (e) *ex lege*, en caso de que el propio ordenamiento obligue a tener en cuenta la

opinión del órgano extranjero o internacional. En fin, queda claro que en la sociología del diálogo judicial la economía de etiquetas es todavía un valor a descubrir.

En cuanto a su desarrollo, el fenómeno de la fertilización cruzada recibió un fuerte impulso con la decisión de la Corte Suprema de Sud África en "The State vs. Makwanyane" (1995). Al declarar inconstitucional la pena de muerte, el tribunal dedicó un capítulo entero de la sentencia a efectuar uno de los repasos más completos de jurisprudencia comparada que se hubieran visto hasta entonces, con remisiones a precedentes del TEDH, el Comité IDH, la Corte IDH, y las cortes de Alemania, Estados Unidos, Canadá, India, Hungría y Tanzania, incluyendo los tribunales estatales de California y Massachusetts (HELPER y SLAUGHTER, 1997; NAVARRETE, 2008).

La Corte de Holanda y el Tribunal de Casación Belga —a partir de una temprana adopción de la tesis monista— fueron de los primeros en promover cuestiones prejudiciales a tenor del artículo 177 del Convenio de Roma y mostrarse permeables a la autoridad de los fallos internacionales (HELPER y SLAUGHTER, 1997; BENVENISTI y DOWNS, 2011). En el mismo sentido, se han destacado el papel de la Corte Constitucional austríaca y de los tribunales de las repúblicas del este —especialmente de Estonia, cuyo tribunal supremo abundaba en citas de derecho comunitario incluso antes del ingreso a la Unión Europea y reconoció la primacía de ese ordenamiento aún frente su ley fundamental— (RAGONE, 2013).

Menos entusiastas en la asimilación del derecho comunitario fueron los tribunales de las potencias con un cierto historial de liderazgo y autoridad interpretativa, como Francia, Alemania e Italia (BENVENISTI y DOWNS, 2011). La relación entre el TJUE y el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, "TCF") fue sin dudas el mayor foco de tensiones. La actitud del TCF —calificada directamente como "beligerante" en ocasiones—, sumada a la reticencia a plantear cuestiones de prejudicialidad, incluso ha llevado a sugerir reformas legales para obligarlo a promover la consulta del artículo 177 del Tratado de Roma cuando la interpretación de una norma, principio o institución comunitaria resulte determinante para la solución del caso (GONZÁLEZ PASCUAL, 2013).

Se reconoce que la situación no es hoy igual de problemática que en años anteriores. Para BUSTOS GISBERT (2012), el acercamiento de posiciones se alcanzó a costa de lo que denomina "la disuasión a través del riesgo de mutua destrucción" (p. 41) y que refiere al daño funcional que hubieran soportado ambos cuerpos (el TJUE ver disminuida su autoridad; y, para el TCF, la amenaza de posibles modificaciones a su estatuto) si no daban

con un equilibrio que garantice la convivencia. GONZÁLEZ PASCUAL (2013) hace notar —y en esto nos detendremos luego— que, si bien últimamente hay un clima de más diálogo, el TCF no depuso el rol que se había adjudicado de ser el guardián de los límites con que Alemania se incorporó al espacio jurídico europeo.

Finalmente, es ya bastante conocida la polémica en la jurisprudencia norteamericana en torno a la globalización constitucional. Al interior de la Corte Suprema se verificó un choque entre la vertiente aperturista, representada por jueces como O'Connor, Breyer y Ginsburg, y la postura calificada por algunos como “xenofobia jurídica”, expresada en las opiniones de Scalia, Thomas y Rehnquist (SLAUGHTER, 2003). El cambio de ser un foro puramente generador de estándares constitucionales a insertarse en un contexto de intercambios de doble vía derivó en una mentalidad aislacionista, poco dispuesta a la consideración del precedente extranjero, y que incluso ha llevado a hablar de la “anomalía americana” (BAUDENBACHER, 2003: 525). Varios autores hicieron notar que esta pretendida autosuficiencia le iba costando a la corte estadounidense su antiguo prestigio, crecientemente opacado por el protagonismo que ganaron tribunales con una perspectiva cosmopolita más desarrollada, como la Corte de Canadá (SLAUGHTER, 2003: 198; BAUDENBACHER, 2003: 522). La explicación para BAUDENBACHER (2003) es simple: si uno no escucha a los otros no puede esperar que lo escuchen (p. 526).

V. Cortocircuitos en el diálogo interamericano

Con lo dicho hasta aquí, queda claro que este nuevo paradigma no está exento de complicaciones. La idea que podía tenerse hace algunas décadas sobre el aspecto jurídico de la globalización, en el sentido de una corte universal sentada a la cabeza de todos los sistemas legales unificando criterios, fue remplazada por algo bastante más caótico: un conglomerado de órganos ligados por vínculos horizontales y verticales, competencias superpuestas (*overlapping*), y mecanismos que aspiran a coordinar una producción interpretativa que encontramos dispersa a lo largo de varios regímenes convencionales. Esto da lugar a la llamada “sectorización” o “fragmentación” del derecho internacional, también descrita, en clave más optimista, como “unidad en la diversidad” o “diversidad flexible” (SERNA DE LA GARZA, 2010).

En este sentido, el pluralismo constitucional es un modelo de estructuración del poder público que engloba a un conjunto de ordenamientos autónomos pero integrados; cuyas normas fundamentales no derivan su validez las unas de las otras, pero tampoco

prevén ya un esquema de regulación exhaustivo y totalizador por sí mismas; no están jerárquicamente subordinadas a otras fuentes, pero han perdido la autosuficiencia que caracterizó a las cartas decimonónicas. A esta nueva realidad constitucional le corresponde un cambio en la gráfica con que nos representamos el orden jurídico. La pirámide de Kelsen —símbolo de la estructuración jerárquica de fuentes en un escenario de unidad interpretativa— deja paso a otras figuras como la de los ordenamientos en *red*, que denota articulación y cooperación entre ámbitos normativos interconectados. También se ha hablado, en sintonía con esta nueva geometría jurídica, de “una especie de trapecio al aplanarse su vértice superior donde ahora se detecta un pluralismo de ordenamientos superiores” (PIZZOLO, 2011: 2). Entre las visualizaciones más osadas, figura la de Jean Paul Bacqué, quien nos invita a pensar en una galaxia constituida por planetas cuyos recorridos se cruzan de manera constante (PIZZOLO, 2017). Y podemos remontarnos a lo que fue la primera metáfora del constitucionalismo multinivel: la *casa de cinco pisos* de COTTIER y HERTIG (2003), que representaba la superposición de los niveles de gobernanza comunal, provincial, federal, regional y universal.

Trasladando esta simbología del acoplamiento de fuentes a la conexión entre el sistema interamericano y las legislaciones nacionales, SANTIAGO (2017) explica que (p. 15):

[a]mbos sistemas son diferentes, independientes y no hay entre ellos una estricta dependencia jerárquica. Se trata de un sistema multifocal, ya que cada uno de estos dos subsistemas tiene normas y órganos propios, cuya operación ha de articularse y armonizarse.

ACOSTA ALVARADO (2015), alude a la “articulación de una red judicial de protección en cuyo seno la Corte IDH, actuando como corte constitucional, funge como piedra angular del proceso de creación de un *ius commune* interamericano” (p. 21) y algunas páginas después aclara “ya no podemos hablar de una pirámide en estricto sentido; ahora estos ordenamientos se relacionan a través de un ejercicio de acoplamiento, que se desarrolla a través del dialogo, más que por medio de una relación de jerarquía” (p. 125).

Amén de la gráfica de las “no jerarquías”, alrededor del pluralismo constitucional también se ha gestado toda una nueva manera de hablar. Algunas de las expresiones que integran el léxico de la coordinación de fuentes son: “pluriverso jurídico” (PIZZOLO, 2017: 8), “modelo tuitivo multinivel”, “reciprocidad de influjos” (BAZÁN, 2011: 95), “relación

bidireccional”, “convergencia sustentable” (BAZÁN, 2013), “vasos comunicantes”, “red articulada en diversos niveles” (ACOSTA ALVARADO, 2017: 80/113), “acoplamiento entre ordenamientos” (BOGDANDY, 2010: 565), “transconstitucionalismo pluridimensional”, “entrelazamiento transversal de órdenes jurídicos”, “sistema multicéntrico con relaciones heterárquicas” (NEVES, 2010: 733/8), “metaconstitucionalismo”, “constitucionalismo en red” (GARCÍA ROCA, 2013: 226) y la utilizada por el Juez Rosatti en su voto de Fontevicchia, “convergencia interpretativa”.

Ahora, el desafío de la cultura del pluralismo convergente puede resumirse en el problema que PIZZOLO (2017) ilustra con la imagen de varios directores de orquesta que se presentan a interpretar la misma partitura pretendiendo imponer cada cual su ritmo. A las comunidades jurídicas aisladas que reconocían en la constitución el foco ordenador de la actividad interpretativa, a cargo de un tribunal que incuestionablemente detentaba la última palabra, les suceden ahora varios intérpretes pretendidamente finales abriendo juicio sobre el significado de documentos que, en esencia, contienen las mismas garantías. Quedamos entonces frente a: “[u]n campo en que diversos entes, con distintos textos de referencia y distintas formas de relacionarse entre sí, carecen, por definición, de una autoridad última de determinación del contenido de los mismos” (BUSTOS GISBERT, 2012: 27). Y el dilema —como nuevamente lo pone PIZZOLO (2015), ahora con cita de Cruz Villalón— es que las constituciones “no fueron pensadas para entenderse las unas con las otras” (p. 3) o con otros instrumentos de protección de los derechos humanos.

Bien visto, el problema no es de compatibilidad normativa sino de mentalidad jurisdiccional. Ya advertía SLAUGHTER (2003) que, si el fenómeno de la litigación transnacional iba a decantar en una auténtica comunidad de cortes, era preciso que los tribunales incorporasen en sus relaciones las nociones de pesos y contrapesos, conflicto positivo, diferencias legítimas y el valor de la autoridad persuasiva. Por eso, una de las principales ocupaciones de la filosofía constitucional contemporánea consiste en desarrollar técnicas de cohabitación pacífica entre operadores finales, lo que en esencia, implica promover una cultura de autocontención y deferencia jurisdiccional. Tenemos que nuevamente recurrir a PIZZOLO (2017) cuando dice (p. 9):

[e]l uso de una técnica de este tipo permite, en el contexto de un proceso deliberativo, que una parte *consienta* a la otra avanzar con su argumentación jurídica sin contradecirla, desconocerla o interferir en sus argumentos. Estas técnicas no se alejan de un

ejercicio de tolerancia, de deferencia, puesto de manifiesto en la aceptación —tácita o expresa— de interpretaciones sobre el contenido material de los derechos reconocidos formalmente y de modo concurrente por los distintos componentes normativos que forman la norma interconectada

En el manejo deficiente de estas herramientas es que nosotros vemos el lado flaco del sistema interamericano de protección.

Hasta hace poco, como antecedentes de incumplimientos que supusiesen un verdadero cuestionamiento a la autoridad de los órganos interamericanos contábamos, por un lado, el de Perú, cuyo Consejo Supremo de Justicia Militar había declarado inejecutable la sentencia de la Corte IDH en *Castillo Petruzzy* y que bajo el gobierno de Fujimori intentó en 1999 retirar su aceptación de la jurisdicción contenciosa del tribunal (SALGADO PESANTES, 2010: 480); se suma la denuncia de la Convención por Trinidad y Tobago en 1998, tras impugnar lo que consideró una actuación *ultra vires* de la Comisión; y desde luego, el más resonante, la ruptura con el proceso de integración por Venezuela —que, sin embargo, había sido uno de los primeros países en dar lugar a soluciones amistosas mediante el allanamiento a la demanda ("Montero Aranguren y otros -Retén de Catia- c. Venezuela", 05.07.2006)— (MORALES ANTONIAZZI, 2013). Estos antecedentes no despertaban por sí solos preocupaciones sobre la salud del sistema, especialmente cuando se los balanceaba con casos emblemáticos de acatamiento, como es que un país acceda a reformar su constitución política tras una sentencia de la Corte IDH (*La última tentación de Cristo*).

Sin embargo, a los de Perú y Venezuela les fueron sucediendo nuevos incumplimientos que restan al clima de obediencia que imperaba en años anteriores. Tenemos el ejemplo de Brasil que, pese a haber sido condenado en "Gómez Lundt" (24.11.2010) por la ley de amnistía 6683/79, no ha puesto en marcha los procesos contra los militares responsables de las violaciones a los derechos humanos cometidas contra los integrantes de la guerrilla de Araguaia. Viene a cuento, asimismo, el enfrentamiento con la Corte Constitucional de República Dominicana en el año 2014. Tras la condena internacional por la deportación de personas de nacionalidad haitiana, la corte local respondió declarando inválido el acto de aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH sobre la base de que dicho instrumento no había sido ratificado por el Congreso. Y se destaca, desde luego, el caso uruguayo. Recordemos que Uruguay había sido condenado en 2010 por la violación a los derechos convencionales de María Claudia García

Iruretagoyena Casinelli, María Macarena Gelman García Iruretagoyena y Juan Gelman. Con motivo del fallo, el parlamento dictó la ley 18.831, que restablecía la vigencia de la pretensión punitiva por los delitos del terrorismo de Estado, pero ésta fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema (22.02.2013), por considerarla contraria al principio de irretroactividad de la ley penal.

En este contexto, el planteo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los límites a la jurisdicción de la Corte IDH tiene un impacto singular. A lo que antes podía descartarse como el desafío de gobiernos autoritarios (p.ej., Perú bajo la administración de Fujimori y Venezuela), le siguieron frentes de resistencia que se abren con las instituciones republicanas operando regularmente (Brasil, Uruguay, Republica Dominicana), y se suman los cuestionamientos del que hasta ahora había sido uno de los tribunales supremos con mejor registro de acatamiento en la región (Argentina). La posibilidad de un efecto dominó ha llevado a algunos autores a expresar preocupación por el futuro del sistema. Como dice ACOSTA ALVARADO (2015: 157),

pese a que, como vimos, se pueden matizar los alcances de algunos problemas, hemos de reconocer que nos preocupa la reciente actitud hostil contra el Sistema Interamericano por parte de algunos de los Estados miembros pues ella resulta ser la mayor amenaza para el proceso de armonización, para la protección de los derechos humanos en sí misma. Resulta realmente alarmante que hoy en día más que preocuparnos por convencer a los Estados por dar pasos hacia la consolidación del sistema regional, debamos ocuparnos por invertir esfuerzos en convencerlos para que no lo desmantelen. Por fortuna, son más los Estados amigos del Sistema; esto ha evitado que el andamiaje de protección haya sido desmontado y que el proceso de armonización continúe su marcha. Sin embargo, no podemos ignorar lo peligrosa que resulta esta situación y lo importante que es pensar en estrategias que eviten sus consecuencias nefastas.

BUSTOS GISBERT (2012) habla de cuatro grandes momentos en el desenvolvimiento de los diálogos judiciales: (a) *estabilidad*, el punto de partida en el que el *status quo* no genera fricciones; (b) *desafío*, un evento que implica la ruptura de la armonía; (c) *diálogo en sentido estricto*, es el conjunto de operaciones argumentales que dan cuerpo al diferendo; y

(d) la *síntesis*, que supone el arribo a una construcción mutuamente aceptable que deja a salvo la incompatibilidad inicial. Explica que cuando se verifica la imposibilidad de arribar a una solución de síntesis, inevitablemente debe procederse a la modificación de uno de los regímenes, lo cual puede expresarse en la enmienda del ordenamiento local (p. ej., Chile) o el abandono del proceso de integración (p.ej., Venezuela).

CHAYES y HANDLER CHAYES (1993) dicen que es pensable una masa crítica de incumplimiento que amenace la sustentabilidad del régimen impuesto por el tratado, sea por su reiteración o la significancia geopolítica de la parte incumplidora (p. 201). Es claro que todavía estamos lejos de ver comprometida la vigencia del régimen convencional. Lo descrito en párrafos anteriores son procesos de diálogo en curso, algunos de los cuales parecen haber encontrado una solución transitoria y otros se encuentran evidentemente estancados. La pregunta es si estas reivindicaciones judiciales de soberanía con las que convivimos cada vez más a menudo constituyen fricciones pasajeras, esperables en cualquier reacomodamiento a gran escala del tablero de poder —al estilo del que supone el constitucionalismo global— o deben tomarse como señales de algo más serio.

VI. Las doctrinas escudo

Decíamos que el entredicho *Fontevicchia* parece haber encontrado un principio de solución cuando la Corte IDH dejó expedita la salida del "sin efecto sin revocatoria" y el tribunal argentino accedió. Sin embargo, es importante remarcar que la CSJN emergió de conflicto con una herramienta de la que antes carecía: aquello que algunos han llamado el *exequatur* o pasavante de constitucionalidad.

Técnicamente, institutos como la "esfera de reserva soberana" hacen las veces de filtro al efecto directo de los tratados para salvaguardar los pilares del ordenamiento receptor. No obstante, funcionan en la práctica como dispositivos de réplica de los que se han venido proveyendo varios tribunales constitucionales o supremos a medida que la globalización judicial los fuerza a convivir con los órganos regionales o universales.

Como dice PIZZOLO (2017), fue el Tribunal Constitucional Federal alemán el "pionero en la delimitación de un área de reserva constitucional, inmune a las interpretaciones supranacionales" (p. 10). En los precedentes *Solange I* (1974), *Pakelli-Beschluß* (1985), *Solange II* (1986), *Maastricht* (1993), *Görgülü* (2004), *Lisboa* (2009) y *Honeywell* (2010), el tribunal constitucional se embarcó en una línea de jurisprudencia que condiciona la eficacia

del derecho comunitario al respeto de los postulados fundamentales de la ley de Bonn, estándar al que se denominó *test de identidad constitucional* y cuya aplicación, lógicamente, está reservada al TCF. Es cierto que en la sentencia “Solange II” (1986) introdujo un factor de conciliación al declararse satisfecho con el control de compatibilidad entre la legislación comunitaria y los derechos fundamentales que había practicado el TJUE (de aquí surge el llamado “método solange”, al que se caracteriza como una técnica de solución de disputas interjudiciales según la cual un tribunal resigna el control que podría corresponderle en razón del practicado por otro que maneja parámetros similares). Sin embargo, el TCF no desarmó su espacio de reserva constitucional, sino que lo dejó a mano como un instrumento de bloqueo a ser utilizado cuando las circunstancias lo ameriten.

RAGONE (2013), en su categoría de tribunales “tendencial o potencialmente dialogantes”, incluye a los que suelen plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE pero que se han reservado una esfera de “identidad constitucional intangible”, y menciona entre ellos a los de España, Lituania, Italia, Irlanda, Chipre, el Reino Unido y los países nórdicos. El TCF junto con las Cortes de Hungría y Rumania, el Consejo Constitucional Francés y los tribunales griegos, son calificados por la autora directamente como “reticente al diálogo”. Como ejemplo entre las naciones americanas, la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de Venezuela consagró el tan polémico *exequatur* en su sentencia 1939 (18.12.2008), mediante la cual declaró inaplicable el fallo dictado por la Corte IDH en *Apitz Barbera* y solicitó al Poder Ejecutivo que procediese a denunciar la Convención.

Incluso los propios tribunales regionales han sentido la necesidad de reservarse una esfera soberana —a la manera de un *exequatur* comunitario— en sus relaciones con el sistema universal. Así se desprende del caso *Yassin Abdullah Kadi* (3.09.2008) y el control que el TJUE ejerció en relación a la decisión del Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU de incluir al demandante en la lista de colaboradores de Al-Qaeda. Sostuvo en esa oportunidad el Tribunal de la Unión que un acuerdo internacional no puede menoscabar la autonomía del sistema jurídico europeo (LÓPEZ – JACOISTE, 2013).

En favor del instituto se ha dicho que: “[s]iempre debería existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de limitar dentro del ordenamiento interno el efecto de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisione de forma grave con principios constitucionales” (BOGDANDY, 2010: 581). BURGORGUE-LARSEN (2013) lo describe del siguiente modo (pp. 158-9, el resaltado es del original):

cada juez constitucional proclama formalmente la primacía del ordenamiento constitucional, confirmando la existencia de un núcleo inalterable de derechos fundamentales que forman parte de la "identidad constitucional" de cada Estado, proclamando al mismo tiempo la necesidad de interpretar el texto constitucional de manera conforme al Derecho de la Unión. Es el equilibrio conceptual propio del diálogo *constitucionalizante*.

En efecto, el filtro constitucional no es un valladar al diálogo; es el factor de presión que han encontrado los tribunales nacionales para incidir en las condiciones del diálogo y reformularlo en términos de una verticalidad atenuada. En realidad, las convenciones internacionales tributan a lo que justamente tienen en común "las identidades constitucionales" de los Estados miembros, por lo que es improbable que, las más de las veces, lo que realmente se halle en juego sea la *identidad* del ordenamiento local (CARBONELL, 2013: 613). La función del pasavante es eminentemente política y consiste en servir como un recurso estratégico que, en el escenario europeo, ha permitido balancear las relaciones entre Luxemburgo y Karlsruhe, desembocando en lo que GONZÁLEZ PASCUAL (2013) describe como un "tenso equilibrio", apoyado en la suposición de que el Tribunal Constitucional no hará uso de su esfera de reserva, aunque con mantenerla a disposición ya incide en las condiciones de intercambio.

Esta clase de dispositivo escudo es lo que la CSJN pretendió tallar para sí en Fontevecchia: un instrumento de reacción al que no va necesariamente a recurrir frecuentemente pero que desea exhibir para alterar la estructura del diálogo con la Corte IDH. Lo añejo de las citas de Joaquín V. González y la Delegación Argentina de la Conferencia de la Haya de 1909 evidentemente apuntan a generar la idea de una "tradicción constitucional" comparable a la "identidad" que enarbola el TCF. Se trata de un mecanismo riesgoso. Puede compartirse lo que dice PIZZOLO (2017) en el sentido de que la tensión entre el TCF y el tribunal de Luxemburgo estuvo mejor llevada y se encaró de forma más madura que en Fontevecchia; y, de seguro, el caso argentino exhibe a su vez mayor prudencia en comparación con el manejo que de su propio exequatur hizo el Tribunal Supremo Venezolano. No obstante, a la vez de criticar lo desafortunado en el uso de estos resortes, interesa preguntarse si la inclinación de las cortes internas armarse de doctrinas que llegado el caso les permitan contrabalancear la injerencia de los órganos internacionales, no encuentra aunque sea una explicación parcial en el desempeño de estos últimos.

VII. El déficit de reciprocidad

La globalización judicial se promocionó bajo lo que hemos descripto como la gráfica multinivel y el lenguaje de las no jerarquías. Ahora, consignas al estilo de “la pirámide es un concepto vinculado al monismo kelseniano que ha perdido su utilidad” (BOGDANDY, 2010: 560) o la permanente alusión a un sistema de *checks and balances* —en el que las diversas instituciones concurren a la creación del derecho sin que ninguna pueda reclamar una autoridad última o suprema— (TORRES PÉREZ, 2013: 474), lógicamente generan expectativas en los actores del sistema.

Cuando el Juez Rosatti consigna en su voto que la CSJN y la Corte IDH son cada cual interpretes finales de sus propios ordenamientos, el subtexto del argumento es la pretensión de hacer valer todo ese cúmulo de definiciones de “acoplamiento horizontal” y comprometer a la Corte Interamericana para que respete los postulados del constitucionalismo global sobre los que se construyó su protagonismo en el derecho americano.

Sin embargo, la réplica doctrinaria que siguió al fallo —con el abuso de términos como “desacato”, “alzamiento”, “desafío”, etc.— puso en evidencia las fisuras en la cultura de la integración de fuentes, y dejó la sensación de que el espíritu judicial de verticalidad es un elefante al que en vano queremos ocultar bajo etiquetas de pluralismo y convergencia. Es que, en algún punto, pareciera que le estamos pidiendo al lenguaje más de lo que puede darnos. Por un lado, todos reconocemos lo que a esta altura solo cabe describir como una indudable “vocación casatoria de la Corte IDH” (JIMÉNEZ, 2016; HITTERS, 2014) pero, al mismo tiempo, pretendemos un modelo teórico que nos permita seguir hablando válidamente en términos de “convergencia horizontal”, “acoplamiento en red”, etc. SANTIAGO (2016) pone de manifiesto este contraste cuando dice (p. 4, el resaltado es añadido):

[]a 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 clara y rígida, las normas y tribunales nacionales e internacionales, *aunque progresivamente éstos últimos pretenden establecer una supremacía sobre los primeros.*

Si esto es así, entonces tenemos que lidiar con la posibilidad de que las racionalizaciones no jerárquicas fuesen tan solo una doctrina promocional que sirvió mientras los tribunales internacionales ganaban ascendente, tras lo cual seguiremos conviviendo con el afán jerárquico de siempre, nada más que habiendo agregado un nuevo escalón a la pirámide.

Ahora bien, sin dudas que la CSJN hará bien en recordar que “se trata de escribir las sentencias de manera dialogística [...] y no con un pernicioso repliegue o aislamiento de cada tribunal sobre sí mismo” (PIZZOLO, 2011: 7) pero, francamente, no puede decirse que la Corte IDH haya asumido en esto una posición de liderazgo. Por el contrario, es forzoso admitir que en muchos aspectos, este “faro articulador de la red multinivel de protección fundada en la cooperación y el diálogo”, como se ha calificado al tribunal de San José, es bastante tradicionalista en lo que refiere a pautas de escalafón y obediencia. Incluso los autores más entusiastas con su labor han hecho notar que “modestia, autocrítica, reconocimiento, deferencia, buena argumentación y respeto están en el orden de día y son el marco de los ‘pequeños grandes pasos’ que debe dar el juez interamericano con miras a perfeccionar el diálogo interjudicial” (ACOSTA ALVARADO, 2015: 162). En igual sentido, SABA (2017) —que ciertamente no ahorra durezas en relación a la CSJN al comentar la resolución de “Fontevicchia”— cuando le llega el turno de referirse a la Corte IDH expresa (p. 152):

[e]ste tribunal internacional parece concebir su propia labor de interpretación y aplicación del derecho expresado en la convención como si fuera una tarea desconectada de la actividad interpretativa de los tribunales nacionales [...]. La Corte Interamericana aspira a indicarle a los estados cuál es el alcance de los derechos reconocidos en la Convención —que son generalmente los mismos derechos que reconocen las constituciones— como si no hubiera nada rescatable en el trabajo interpretativo que los tribunales nacionales hacen del alcance de esos mismos derechos [...]. En términos dworkinianos o nineanos, la Corte Interamericana suele hacer su aporte a la novela encadenada como si no se hubiera escrito nada antes de su intervención, agrega un ladrillo en la construcción de la catedral como si ésta empezara a edificarse con esa decisión, y ese accionar no solo no contribuye al buen desarrollo de la práctica interpretativa que da contenido a los derechos humanos,

sino que socaba su propia autoridad en la comunidad de intérpretes de la que forma parte junto con los tribunales nacionales...

GARGARELLA (2017), también lejos de quitarle responsabilidad a la CSJN, sostiene que (p. 4)

[]a pretensión correcta es, como dijera ya, la de repensar los alcances del poder de la Corte Interamericana, a la luz de lo que parece ser la auto-percepción de esta última, alimentada por numerosos académicos locales y extranjeros, y que han llevado a que el tribunal internacional se asuma como máxima, suprema e indiscutible instancia del derecho interamericano.

Francamente, nada expresa con más claridad nuestro pensamiento que la siguiente cita de Fernando Basch (cit. en BAZÁN, 2013: 591):

[]a meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

A lo anterior se agrega la debilidad de los ejemplos que suelen citarse para demostrar que en ocasiones la Corte IDH sí habría tenido en cuenta el criterio de los tribunales locales. GÓNGORA MERA (2010) rescata la sentencia de la Corte Interamericana en "Valle Jaramillo c. Colombia" (27.11.2008). Se demandaba al Estado por no brindar protección especial a las personas comprometidas con la defensa de los derechos humanos, debido a la particular situación de vulnerabilidad en que se encontraban por denunciar los abusos de los grupos paramilitares y de la fuerza pública. La Corte IDH trajo a colación una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia acción de tutela T-590/98) en

que se reconocía que para la época de los hechos los activistas de derechos humanos en el país efectivamente estaban expuestos a un grave riesgo de sufrir violencias.

Ahora bien, citar la jurisprudencia interna del Estado, no como argumento persuasivo para una toma de postura en sede regional, sino como admisión de parte a efectos de tener por demostrado mediante las sentencias de sus propios tribunales el componente fáctico de la demanda, es perfectamente válido, pero no es a lo que nos referimos cuando hablamos de diálogo judicial.

De la misma manera, BAZÁN (2011: 98), ACOSTA ALVARADO (2015: 102) y GARCÍA RAMÍREZ (2013: 782) destacan la actitud de deferencia hacia las jurisdicciones domésticas que se habría volcado a la sentencia de "Cabrera García y Montiel Flores c. México" en que la Corte IDH invocó precedentes de las cortes supremas o constitucionales de Costa Rica, Bolivia, República Dominicana, Perú, Argentina y Colombia. Sin embargo, esas citas servían al propósito de ilustrar que los tribunales supremos de la región han llevado adelante el control de convencionalidad otorgando fuerza vinculante a los fallos de la Corte IDH. En otras palabras, la remisión al precedente local no era con miras a incorporar un razonamiento de otro órgano como parámetro de decisión, sino para resaltar el grado de acatamiento de la propia jurisprudencia de la Corte. El mismo cuadro, en relación al caso "Gelman c. Uruguay" ha llevado a afirmar (NOGUEIRA ALCALÁ. 2013: 931, el resaltado es añadido):

[s]e trata de una comunicación interjurisdiccional de sentido único, de la CIDH a los tribunales domésticos, donde hasta ahora hay poca recepción de aportes locales de parte de la CIDH. *El uso que la CIDH hace de la jurisprudencia de los tribunales domésticos en sus sentencias es la de destacar los fallos nacionales que cumplen con los estándares definidos por ella*, como se explicita por la CIDH en el caso "Gelman vs. Uruguay".

Estamos de acuerdo con BURGORGUE-LARSEN (2013) en que, bajo el paradigma del pluralismo constitucional, las sentencias nacionales que antes hubieran debido encuadrarse sin más como un "desacato" o "alzamiento" admiten ser vistas como las tensiones iniciales de un diálogo que culmine con una síntesis mejorada. Este autor sostiene que fue a partir del desafío lanzado por el Tribunal Federal Constitucional alemán en *Maastricht* (1993) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea empezó a exhibir cierta

auto contención, así como un mayor respeto por las jurisdicciones nacionales, y se fortaleció un formato de verticalidad donde los contrapesos fluyen también de abajo hacia arriba.

Como adelantamos al tratar del *exequatur*, creemos que la CSJN anduvo tras los pasos del TFC y, con ánimo de emularlo, apostó a una movida radical —quizá brusca y más parecida a una amenaza de portazo que a una queja bien razonada— para quebrar la dinámica extremadamente verticalista que viene adoptado el diálogo interamericano en los últimos años y llevarla hacia un modelo que se parezca más a la revisión dialéctica de Ahdie (cit. en SERNA DE LA GARZA, 2013). De acuerdo con este esquema, las jurisdicciones nacionales e internacionales avanzan hacia una síntesis de derecho compartido mediante un proceso que no es ni de pura revisión jerárquica ni mero diálogo horizontal, sino un híbrido entre ambos. Esto es consistente con la referencia del voto de la mayoría a cómo el TEDH ha abrazado enfáticamente el rol subsidiario de los tribunales internacionales. La expresión pretende hacer foco sobre un contraste, que ya es manifiesto desde hace algún tiempo, entre el grado de deferencia que la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo exhiben para con los tribunales supremos o constitucionales de sus respectivos sistemas.

Concretamente, el TEDH ha sido calificado como de una injerencia media entre la postura muy intrusiva de la Corte IDH y la demasiado tolerante del sistema universal (AMBOS y BÖHM, 2013). Por ejemplo, a uno le costaría imaginar al Tribunal Europeo mandando a estudiar sus fallos en cursos obligatorios a los jueces alemanes que se han apartado de su jurisprudencia, como sucedió en “Radilla Pacheco c. México” (23.11.2009), u ordenándole al primer ministro del Reino Unido que atienda personalmente a la ceremonia de desagravio de la víctima, como se resolvió en relación a las más altas autoridades del Estado guatemalteco en *Myrna Mack Chang* (25.11.2003).

Cierto es que al hacer comparaciones de esta clase no podemos soslayar las diferencias de contexto. El estilo más terminante y unilateral de la Corte IDH se formó al calor de un continente embargado por dictaduras atroces, mientras que la disposición más conciliadora del TEDH es compatible con una experiencia democrática sostenida, donde las violaciones a la convención tienen más que ver con diferendos sobre el alcance de algún derecho que con la perpetración de crímenes contra la población. Pero justamente. A medida que se fortalece la cultura democrática en las comunidades americanas, y la cartera del tribunal pasa a nutrirse de casos menos parecidos a *Espósito* y más cercanos *Mohamed*, no estará demás preguntarnos si el estilo de gobierno judicial puede seguir siendo igual.

Es decir, si somos optimistas en cuanto a que marchamos hacia un escenario en que el grueso de las violaciones a la Convención ya no consista en prácticas aberrantes que merecen repudio automático, sino en "infracciones debatibles", que dependen para su constatación del punto de vista que se asuma sobre problemas constitucionales complejos, entonces pareciera que forzosamente esto debe impactar en el grado de autorestricción que cabe exigir a la magistratura internacional frente a los procesos internos de toma de decisiones. De esto nos ocupamos en los acápite siguientes.

VIII. ¿Hacia una juristocracia internacional?

Tomuschat, en referencia al constitucionalismo global, habla de una obra en la que los principales actores siguen siendo los Estados, pero que está escrita y dirigida por la comunidad internacional, y escrita sin (o contra) la voluntad de aquellos (cit. en SERNA DE LA GARZA, 2010: 778). El problema, como siempre, son los títulos del que escribe, o como lo pone GONZÁLEZ PASCUAL (2013), "¿quién es el guardián del guardián?" (p. 290). La vieja cuestión contramayoritaria de Alexander Bickel adquiere aquí nuevos ribetes. Como dice SANTIAGO (2017), si ya el control de constitucionalidad a cargo de los jueces locales suscita polémica a causa del déficit de legitimidad democrática, la complejidad es aun mayor cuando hablamos de una judicatura internacional en cuya integración los órganos de base electoral tienen una intervención mínima, sus miembros son incluso menos responsables por las decisiones que adopten (todavía no existe nada parecido a una opinión pública mundial), la mayoría de la ciudadanía no los conoce ni a sus antecedentes y, por lo general, no los une ningún vínculo estable con la comunidad.

Junto a la consolidación del panconstitucionalismo aparecen las primeras denuncias sobre el movimiento hacia una juristocracia internacional reñida con los imperativos democráticos tradicionales y que bajo el paraguas del *rule of law* impone sus propias preferencias ideológicas a los gobiernos. Ran Hirschl alerta sobre la sustracción de la formulación de políticas públicas al proceso democrático para ponerla en cabeza de una coalición internacional de elites políticas, económicas y judiciales (SERNA DE LA GARZA, 2010: 786).

KERSCH (2005) dice que el *know how* que los científicos sociales han desarrollado acerca de cómo las agencias administrativas ganan terreno en el plano político, y que incluye estrategias tales como entablar coaliciones, fomentar vínculos con grupos de interés, basar su autoridad en apelaciones excluyentes a un conocimiento experto que solo

ellas manejan, abrir un frente de presión interno para vencer la resistencia de las autoridades locales, etc., están siendo crecientemente puestas al servicio de la construcción judicial de influencias en el plano internacional y van dando luz a una poderosa casta gobernante. Por su parte, GARGARELLA (2017) trabaja desde los ejemplos de Uruguay y Colombia, y argumenta que esas comunidades deberían poder arribar a una decisión acerca de cómo tratar los delitos aberrantes que se cometieron en sus territorios apelando a mecanismos de deliberación democrática y sin estar expuestos al poder de veto de una mayoría circunstancial en el seno de la Corte IDH.

No nos parece que estas preocupaciones sean infundadas. Si verdaderamente la humanidad está embarcada en un proceso hacia la erosión de fronteras que terminará reformulando las bases mismas del Estado-Nación y nos obligará a buscar nuevas síntesis entre las tendencias localistas y el espíritu cosmopolita, de seguro no deberían ser los tribunales internacionales la cara visible de este fenómeno revolucionario, pues dar el debate desde el enfoque de los derechos humanos lo remueve del ámbito de discusión político-ideológica que legítimamente le corresponde.

En sintonía con lo anterior, y nuevamente tengo que mencionar aquí la influencia de los trabajos de GARGARELLA (2017), está lo que algunos percibimos como un progresivo drenaje del ámbito de las decisiones políticas factibles hacia la esfera de lo “no decidible” por las legislaturas y que coincide, a su vez, con la esfera de lo internacionalizable. Visto que es muy difícil encontrar un debate de interés sobre el que no pueda argumentarse que está de alguna manera comprometida una garantía fundamental —a lo que se suma que el carácter expansivo de los derechos humanos irá reduciendo paulatinamente ese margen—, cabe concluir que, en realidad, no existe una demarcación lógica entre competencias nacionales e internacionales y que, entonces, la jurisdicción supranacional no conoce otro límite que su capacidad material para procesar casos y la voluntad política de corregir tal o cual criterio. Es que, si para usar la metáfora de Cristina BRITOS (2015), las cartas de derechos son como la luna de la noche estrellada de Van Gogh resplandeciendo sobre la totalidad del orden jurídico, entonces no pueden menos que conferir a sus intérpretes una jurisdicción potencialmente comprensiva de todos los conflictos de la vida jurídica de un Estado. Este carácter omnicomprendivo de los derechos humanos conlleva el riesgo de que doctrinas pretensamente limitativas como el margen nacional de apreciación, el principio de subsidiariedad o la doctrina de la cuarta instancia terminen funcionando en la práctica como un *certiorari* regional, más orientado a filtrar discrecionalmente cuestiones que el

tribunal considera insustanciales o que desbordan sus capacidad operativa, que a marcarle un límite reconocible en función de la materia.

En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que no es una cuarta instancia ("Cabrera García y Montiel Flores c. México", 26.11.2010; *Genie Lacayo*, 29.01.1997) y que no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en el marco de su competencia, *a menos que exista la posibilidad de que se haya cometido una violación a la Convención*. Pero esto es tan determinado y preciso como la CSJN cuando afirma que las sentencias de la Corte IDH son vinculantes *en tanto se mantenga dentro de sus potestades remediales*. Incluso autores que de ninguna manera suscribirían las consideraciones que estamos formulando reconocen que el límite entre "disconformidad con lo resuelto en sede interna" y "violación de un derecho convencional" muchas veces es difuso y dependerá de las ganas que tengan los órganos de protección internacional de ingresar al análisis de la denuncia (REY, 2017: 8).

Se dirá que no tenemos otra salida que confiar en la vocación de auto restricción de los jueces, tal como hacemos en el plano interno. Sin embargo, aclaremos que el panorama doméstico no es precisamente digno de imitarse. De hecho, lo último a lo que debiéramos aspirar es a reproducir a nivel regional el federalismo judicial débil que caracteriza la relación entre la CSJN y sus pares de provincia, donde la primera, a partir de la doctrina de arbitrariedad de sentencias, se reserva una llave maestra que le permite conocer sobre prácticamente cualquier asunto en disputa y que emplea de acuerdo con criterios para nada auditables. Por otro lado, tampoco podemos decir que los tribunales internacionales se hayan caracterizado en los últimos años por su tendencia a la autorestricción.

Está fuera de discusión que un convenio internacional de derechos humanos es un instrumento vivo cuyo sentido no puede quedar petrificado en la intención original de los signatarios, sino que muta de acuerdo a las circunstancias imperantes al momento de su aplicación. Estas relecturas elevan gradualmente el estándar de lo permisible a medida que la sensibilidad media evoluciona en el sentido de una menor tolerancia a determinadas prácticas, de modo que aquellas restricciones a las libertades individuales que no generaban responsabilidad para los Estados en un primer momento pueden devenir prohibidas en una instancia posterior. Esto es lo que se conoce como el carácter evolutivo de los derechos humanos, interpretación teleológica, y también *nomopoiesis* (cambio de la norma desde la norma misma), y es, como se ve, lo contrario a una visión "creacionista" de los tratados, que al asignar una excesiva importancia al texto y los trabajos preparatorios,

termina sacralizando el acto de voluntad originario (PIZZOLO, 2017). Ahora, lo preocupante, a nuestro modo de ver, es el grado de entusiasmo con el que los tribunales internacionales parecen estar aplicando este carácter evolutivo de los derechos humanos, no ya a la extensión epistemológica de los derechos, sino a sus propios poderes y competencias.

Para explicar la manera en que estos órganos se independizan radicalmente del formato de tribunal que tuvieron en miras las partes del convenio, se ha dicho que a diferencia de los tribunales interestatales —que resuelven disputas exclusivamente entre Estados— a los tribunales transnacionales creados por pactos multilaterales de derechos humanos les es inherente una cierta cualidad expansiva que desemboca a menudo en resultados no anticipados por sus creadores (KEOHANE, MORAVCSIK y SLAUGHTER, 2000).

Por su parte, COGAN (2007) habla de una tendencia “inherentemente expansionista”, y de un sistema que, como está diagramado hoy, les confiere la autoridad necesaria a los jueces para dar rienda suelta al impulso de multiplicar sus atribuciones (p. 437). Llama a no olvidar que los jueces internacionales, tanto como sus pares domésticos, son sujetos con intereses, ambiciones y aspiraciones de reconocimiento, las cuales en ocasiones pueden entrar en conflicto con los límites impuestos a su mandato.

Como adelantamos, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenemos el ejemplo clásico de un tribunal internacional reinventándose a sí mismo, cuestión que por cierto no estuvo exenta de críticas. Llegó a decirse que “la interpretación expansiva de las competencias comunitarias fue muy útil para los avances y el reforzamiento de las Comunidades Europeas pero, con el tiempo, se había convertido en una bomba de relojería” (Weiler, cit. en GONZÁLEZ PASCUAL, 2013: 291).

La Corte IDH —que en palabras de Cristina BINDER (2010): “extiende considerablemente las competencias que le son atribuidas por la CADH” (p. 161)— marca hoy tendencia en este rubro. Como dice la autora, puede ocurrir que un Estado, en violación al artículo 27 de la Convención de Viena, privilegie su derecho interno por sobre el cumplimiento de sus obligaciones convencionales. Si lo hace, seguramente estará sujeto a responsabilidad internacional y le corresponderá afrontar el costo. Ahora, esto es muy distinto a que el tribunal, además de declarar esa responsabilidad y sus consecuencias, ejerza la facultad de invalidar la norma de derecho interno que se invocó para incumplir la obligación, y con efecto *erga omnes* para los demás Estados que no tomaron parte en el procedimiento y puedan contar entre sus legislaciones con una disposición similar (p. 173).

En adición a invalidar regulaciones que estima contrarias a la CADH, la Corte IDH también se ha considerado facultada a instruir a los parlamentos para que sancionen leyes en determinado sentido. Más allá de las críticas que merezca la actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, recordemos que en el centro de la controversia que sobrevino al fallo *Apitz Barbera* estuvo la protesta del Estado por que se le mandase aprobar el Código de Ética del juez o jueza venezolano. Otro ejemplo de la tendencia a considerar "laguna del sistema interamericano" a lo que en realidad son atribuciones que no le fueron transferidas es el procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias inaugurado a partir del caso "Blake c. Guatemala" en 1999 y que Panamá impugnó sin éxito cuatro años después en "Baena Ricardo c. Panamá" (28.11.2003) (CASSEL, 2010: 222). A esto habría que agregar otras tantas propuestas doctrinarias en circulación bregando por una todavía mayor ampliación de facultades, como la tesis de que también las opiniones consultivas tienen efecto vinculante por constituir una modalidad de ejercicio de la función jurisdiccional, en tanto "dicen lo que es el derecho" (GARRO VARGAS, 2013).

Kai AMBOS y María Laura BÖHM (2013) nos recuerdan que ya se han escuchado voces advirtiendo acerca de las tendencias antidemocráticas del tribunal —por ejemplo, al imponer la obligación de sancionar una nueva ley independientemente de la voluntad parlamentaria—. A la vez, sugieren que la explicación de la baja cuota de cumplimiento de sus sentencias puede residir en que frecuentemente excede los parámetros de una interpretación admisible de la CADH. No puede pasar inadvertida la referencia de la CSJN en *Fontevicchia* al valor que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados le asigna al texto como fuente de interpretación (considerando 12). Es que, así como la Corte IDH recuerda permanentemente a los Estados que en función de su artículo 27 no pueden invocar razones de derecho interno para eximirse de sus obligaciones internacionales, es lógico que los Estados, en contrapartida, requieran a la Corte IDH que se mantenga dentro de los lineamientos del artículo 31 del mismo instrumento a la hora de interpretar las cláusulas de la CADH referidas a lo que puede y no puede disponer.

Hay otra arista problemática con la autogestión judicial de facultades *extra legem*. La clase de argumento que normalmente encabeza la réplica de la Corte IDH frente a resoluciones como la dictada por la CSJN en *Fontevicchia* o la corte uruguaya en *Gelman*, puede resumirse en las siguientes palabras de BOVINO (2017):

[...]a decisión de un Estado de someterse a las exigencias de un tratado internacional y, también, a las decisiones de un tribunal

internacional es una decisión política soberana [...] una vez que tal decisión se ha tomado libre y voluntariamente, el Estado queda obligado por las reglas del juego.

Pero razonamientos del tipo “el estado se obligó voluntariamente” pierden fuerza a medida que el tribunal va corriendo el límite de sus facultades en relación a lo pautado en el acuerdo original. En otras palabras, la legitimidad con que puede oponerse a las partes el consentimiento prestado es inversamente proporcional al grado de novación que vía interpretación evolutiva los jueces hagan de la parte del convenio que regula sus potestades.

Puede contestarse que si los gobiernos están disconformes con la interpretación del tribunal, siempre pueden enmendar el acuerdo. Pero como han señalado BRADLEY (2007), y KEOHANE, MORAVCSIK y SLAUGHTER (2000), la necesidad de consenso unánime muchas veces torna impracticable la revisión de convenios multilaterales. Queda entonces la alternativa que marca Sagüés, en el sentido de que el “Estado que no esté dispuesto a pagar ese precio para sumarse al proceso integrativo en el ámbito de los derechos humanos, le quedará la salida honrosa (si decide afrontar el costo jurídico y político que ella también tiene) de denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, e irse de él según el trámite de retiro” (cit. en NOGUEIRA ALCALÁ, 2013: 920).

Ahora, por un lado, esta dicotomía de hierro según la cual el Estado debe aceptar que el tribunal puede lo que el tribunal dice que puede o marcharse no parece lo más apropiado para un régimen que aspira a ser inclusivo y que además se pretende fundado sobre valores de pluralismo y tolerancia. Además, que la extralimitación de los jueces represente un mal soportable para los gobiernos en comparación con los perjuicios geopolíticos, reputacionales y hasta económicos del aislacionismo —efecto candado que resulta de lo que BOGDANDY y VENZKE (2013) denominan “costos de salida del tratado prohibitivamente altos” (p. 102)— no significa que debamos desentendernos de él.

IX. El problema del legislador ausente

Una disposición jurídica es fruto de la colaboración entre el legislador y el intérprete, no solo en lo que ambos materialmente le aportan sino además por la influencia que la simple noción *del otro* ejerce sobre la actividad de cada uno. La conciencia acerca de un interlocutor que puede dar al texto un significado distinto que el anticipado condiciona la actividad legislativa, y saber que hay cuerpos legislativos que pueden reaccionar contra

determinadas interpretaciones reformulando la norma o haciendo declaraciones interpretativas propias (p.ej., ley 27.362) tampoco les resulta indiferente a los operadores judiciales.

En el plano internacional, las dificultades de concertar enmiendas a los instrumentos multilaterales torna ilusoria la posibilidad de una reacción legislativa frente a una interpretación desproporcionada o errónea. Este vacío se traduce en lo que Bogdandy ha llamado el "problema del legislador ausente" (cit. en COGAN, 2007: 428). Luego del acto convencional-legislativo, la relación dialéctica se rompe, el aplicador del derecho se independiza de su interlocutor político y las normas pasan a ser consecuencia de un diálogo cerrado entre el intérprete judicial y el intérprete académico.

Es curioso cómo en este aspecto las cosas resultaron exactamente al revés de lo que anticipaban POSNER y YOO (2005). La tesis de estos autores era que solo los tribunales dependientes de los Estados que los crearon pueden ser realmente efectivos. De otro modo, si el tribunal comienza a resolver por fuera de los intereses de las partes, los gobiernos perderían el incentivo para someterse a sus decisiones y los condenarían al desuso. Uno de los argumentos era el siguiente. Supongamos, decían, que en los Estados Unidos solo existiesen tribunales, sin rama ejecutiva o parlamentaria. Los magistrados únicamente podrían establecer como norma los contratos que les llevasen los particulares, pues no hay mas ley que los acuerdos. Tampoco se puede acudir a un ejecutivo que haga observar las decisiones de los jueces, por lo tanto el acatamiento queda a discreción del obligado. Concluían los autores que la falta de un contexto político circundante resultaría en cortes sin demasiado poder o legitimidad, e igualmente presagiaban para el sistema internacional. Trece años después podemos afirmar que la ausencia de un contexto político circundante desemboca precisamente en lo opuesto: cortes que suplen al legislador y que bastante bien se las han arreglado sin un ejecutivo que haga obedecer sus fallos.

Por supuesto que no se trata de repudiar la necesaria cuota de creación que conlleva la interpretación de las normas, ni de resucitar consignas perimidas sobre el rol del juez como boca de la ley; pero, así como la democracia nos parecería intolerable si no hubiesen tribunales dispuestos a contener los desbordes de las mayorías, también consideraríamos ilegítima la creación judicial del derecho si los jueces no tuviesen alrededor instituciones representativas prestas a reaccionar frente al equívoco o abuso de interpretación.

Ahora, cuando los organismos judiciales actúan en un marco vaciado de contrapesos políticos, el sistema desarrolla su propia lógica de evolución. Quienes se dedican a estudiar el fenómeno han puesto especial atención en cómo muchas facultades que hoy reconocemos a las cortes internacionales resultaron de ciertas frases cuidadosamente articuladas que iba deslizándose el tribunal en sus sentencias, preñadas de un potencial expansivo que muy pocos hubiesen advertido en ese momento (HELPER y SLAUGHTER, 1997: 315). Un ejemplo es la expresión “efecto útil” (“Soering v. United Kingdom”, 1989) del TEDH, pero también puede mencionarse la consigna del Comité IDH en el sentido de que “vería con agrado que se le remitiese información sobre las medidas relevantes adoptadas por el estado en relación a sus observaciones” (“Torres v. Finland”, n.º. 291/1988), que inaugura una suerte de procedimiento de ejecución de recomendaciones.

En nuestro medio destaca la fórmula “una especie de control de convencionalidad” empleada en “Almonacid Arellano c. Chile” (26.09.2006), que poco después, en “Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú” (24.11.2006), se transformó en un control de convencionalidad liso y llano (SAGÜÉS, 2017) y continúa desplegando sus efectos al día de hoy. Igual de sorprendente, aunque tomado de la jurisprudencia nacional, fue el recorrido de lo que inicialmente era una obligación de “tener en cuenta” no solamente el tratado sino también la inteligencia que a este asigna la Corte IDH y que, al poco tiempo, desembocó en que, como dice PIZZOLO (2011), “la interpretación formulada por la Corte Interamericana va a tener de hecho el mismo valor que la letra de la CADH, e incluso será superior a la redacción de este, porque como intérprete final de la misma fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas” (p. 3).

Estas definiciones de la jurisprudencia son acompañadas y sus efectos maximizados por la comunidad doctrinaria que se forma en torno a la actividad del tribunal, mediante institutos y articulaciones que capitalizan el potencial expansivo de la frase original y lo extienden otro tanto —como la “cosa juzgada internacional”, la “res interpretata”, el “amparo interamericano”, el título de “corte constitucional interamericana” o “guardiana del *ius commune* americano”, la recalificación del tratado como “carta magna del Continente”, etc.— y que, a medida que ganan aceptación, le van imprimiendo características al sistema que, de otra manera, hubieran demandado una reforma del instrumento convencional-legislativo. Esa relación dialéctica entre intérpretes (judicial y doctrinario) compartiendo el espacio con un legislador inmóvil, evoluciona gestionándole al tribunal nuevas atribuciones en sintonía con la percepción institucional que tiene de sí mismo. El último norte de estas innovaciones parece ser, aunque todavía no se lo declare

abiertamente, la idea de que la Convención —y, por añadidura, las sentencias de la Corte IDH— reviste estatus "supraconstitucional" (SAGÜÉS, 2017: 457).

Ahora bien. Frente a los cuestionamientos al activismo judicial internacional se han ensayado encendidas defensas sobre el rol y desempeño de estos entes. Por un lado, se resalta que la labor del tribunal es mucho más pluralista de lo que sugiere la imagen que se tiene comúnmente, de un panel de sabios deliberando a puertas cerradas. Contribuyendo a sus reflexiones, hay toda una gama de actores de la sociedad civil, como asociaciones de defensa de los derechos humanos, académicos, litigantes y activistas, que también dejan su impronta en el *corpus iuris* interamericano. La razón por la que esto no acaba de convencer es que, a lo sumo, habla de una cierta legitimidad democrática al interior de la comunidad legal; y la legitimidad democrática al interior de una comunidad especializada no deja de ser, de cara a la sociedad en general, una forma (acaso la mejor versión) de legitimidad corporativa.

También se ha sostenido que las cortes en realidad no están usurpando funciones legislativas, sino que es la dinámica del constitucionalismo global la que va reconfigurando el oficio del juez (ACOSTA ALVARADO, 2015). Sin dudas que esto tiene mucho de cierto, pero merece ir acompañado de la siguiente aclaración: la transformación del rol del juez en el plano internacional (en una figura que ya deja enano al Hércules de Dworkin) no fue una imposición externa, sino un fenómeno gestionado en buena medida desde los propios tribunales, a partir de técnicas de construcción de poder muy específicas, y que se sostiene día a día en función de las decisiones que adoptan estos agentes.

Tenemos que mencionar también la propuesta de ALEGRE (2017), que invita a mirar las cosas desde una concepción a la que denomina "monismo profundo", afianzada en la consigna "democracia + derechos", y que, según el autor, habría alcanzado su auge en nuestro país durante la época de *la primavera alfonsinista* (1984). Enfatiza que se trata de un modelo de democracia alejado de la "distorsión mayoritarista y nacionalista", y tributario a la creencia de que no hay pueblo sin derechos humanos.

En un planteo similar, FURFARO (2017) apela a la metáfora de Ulises que toma de Roberto Saba. Explica que el pueblo argentino, al comienzo de su vida política, erigió el pacto constitucional para precaverse del canto de sirenas que conduce al desenfreno de las mayorías; pero, visto que a lo largo de su historia el mástil constitucional al que decidió atarse en un principio, probó no ser lo bastante firme para evitar las calamidades que todos

conocemos, en 1994 se ligó a un mástil más robusto, que viene a ser el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Concluye que de nuestro pasado surgen buenos motivos para mantenernos aferrados a este límite. Este punto de vista, empero, no deja mucho margen para quienes creemos que las tragedias de la historia argentina a las que refiere el autor —pienso especialmente en las interrupciones del orden constitucional y la barbarie de la última dictadura— no tuvieron tanto que ver con la omnipotencia de las mayorías sino con lo opuesto: un déficit de interés ciudadano en los negocios públicos. Limitar el espectro de la deliberación democrática debido al autoritarismo del pasado, significa —a nuestro modo de ver— restringir precisamente aquello cuya escasez o discontinuación ocasionó los males que estamos invocando para restringirlo.

Se me podría preguntar: “¿pero qué sentencia de la Corte IDH le parece, en definitiva, escandalosa o gravemente errada?”. Ninguna. El ensanchamiento de jurisdicción no hubiera sido factible de no ir acompañado por el prestigio que al tribunal le valieron sus soluciones de fondo. Especialmente, por la lucidez de la caracterización temática que imprimió a su portfolio de casos, situando las garantías patrimoniales en la periferia del sistema tutelar y anteponiendo la protección de los sectores vulnerables, como lo demuestra su jurisprudencia sobre derechos de los pueblos originarios (p.ej., “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, 17.06.2005; “López Álvarez c. Honduras”, 01.02.2006; “Chitay Nech c. Guatemala”, 25.05.2010). Pero, así como no querríamos ver a un congreso que hace buenas leyes decidiendo sobre materias reservadas a las provincias, tampoco interesa cuán virtuosas sean las determinaciones de la Corte al discutir los límites de su competencia. Se trata de mirar sobre lo andado, contemplar el enorme trecho institucional que va desde la erección de un tribunal con autoridad para dirimir conflictos entre los individuos y los gobiernos hasta la realidad presente de un tribunal con atribuciones para ordenar enmiendas a la constitución de los países, y preguntarse si ese recorrido —bueno o malo, feliz o no el destino— correspondía hacerlo exclusivamente a base del espíritu emprendedor de los jueces y el visto bueno de la doctrina.

X. Bien, ¿y entonces?

Como primera medida, tenemos que dar algunos pasos hacia un sinceramiento de la cuestión. Aquí conviene retomar a GARGARELLA (2017) cuando habla de una Corte Suprema demasiado ansiosa por reafirmar un poder que siente menoscabado y una Corte IDH cuya autopercepción como instancia absoluta e indiscutible del derecho continental, alimentada por académicos locales y extranjeros, tampoco ayuda las cosas.

Comencemos entonces por reafirmar lo obvio. Las disputas al estilo Fontevicchia no representan un conflicto de fuentes (como muchas veces se lo describe), sino de intérpretes. Y lo interesante es que, ni bien dejamos de preocuparnos por la compatibilidad entre ordenamientos y nos centramos en la psicología del aplicador, empiezan a ponerse en juego algunos conceptos usualmente excluidos del análisis normativo, como el de la excesiva "autoestima institucional" (CASSEL, 2010: 244) o la "convicción de autosuficiencia" (PEGORARO, 2013: 70), que remiten a la noción más amplia de elitismo de jurisdicción y que son los que permiten identificar los verdaderos cortocircuitos en el tan mentado diálogo.

El segundo beneficio es que el cambio de perspectiva permite destrabar el choque de dogmas en que suelen quedar atascados los protagonistas de la controversia cuando el tribunal internacional (o el sector de la doctrina que comulga con su postura) invoca en favor de las atribuciones que se arroga imperativos como el respeto a la dignidad de la persona humana, y el tribunal doméstico (o los autores que ven las cosas a su modo) traen en su defensa a la soberanía nacional. Ambos lados se repliegan en valores absolutos y, mediante la sobreactuación argumental de lo que en verdad es un conflicto de competencias, asumen posiciones irreductibles que enervan *a priori* toda posibilidad de entendimiento.

Entonces, a la muy cierta observación de SABA (2017), en el sentido de que la soberanía estatal no es un principio con peso moral intrínseco (p. 120), se le debe contestar que tampoco lo es la obediencia a un tribunal regional. En el reparto de facultades entre la Corte IDH y los tribunales superiores no van comprometidas, más que de un modo muy indirecto, la dignidad del ser humano y la autodeterminación de los pueblos. El mayor o menor poder que se reconozca a cada órgano puede estar fundado en mejores o peores razones, impactar positiva o negativamente, pero hemos visto que, demasiado a menudo, la descripción excesivamente grandilocuente y autolaudatoria de la propia función conduce a que todo límite a sus facultades sea percibido por los jueces como una afrenta a los principios sustantivos de los que el tribunal se considera "guardián".

En tercer lugar, debiera revisarse la idea de que todo lo que denote una sumisión más estricta al orden regional ha de catalogarse sin más como progreso, y todo lo que suponga algún reparo o llamado a la reflexión en sentido opuesto debe tildarse inmediatamente de regresivo o de "chauvinismo constitucional". No podemos decirlo mejor que Martti Koskenniemi cuando expresa que ya es hora de que la jurisdicción internacional

empiece a ser objeto de análisis crítico y no de fe religiosa (cit. en BOGDANDY y VENZKE, 2013: 86).

En tiempos en que los tribunales internacionales todavía eran percibidos como frágiles por depender de la buena voluntad de los Estados, resultaba entendible la inclinación a aprobar todo lo que condujese a allanarles el camino y considerar peligroso aquello que les sirviera de contrapeso. Sin embargo, hoy parece más sensato estar a la advertencia de BOGDANDY y VENZKE (2013, 129) y tratar de evitar que a la larga, debido a la falta de límites, los organismos regionales terminen convirtiéndose en víctimas de su propio éxito.

Bien. En relación al uso de la interpretación evolutiva para la autogestión de facultades, lo cierto que el sistema solo puede funcionar si a la Corte IDH se la reconoce como —en palabras de CACADO TRINDADE (2013)— “maestra de su jurisdicción”. Parece que entonces la única alternativa es la que señala SANTIAGO (2017) cuando sugiere reconocerle un poder efectivo pero limitado, fomentando cierto espíritu de auto contención por parte de sus integrantes.

Respecto al reclamo de mayor apertura al diálogo y deferencia hacia los jueces nacionales —especialmente en relación con lo que hemos descrito como violaciones de base epistemológica discutible por oposición a infracciones groseras a los derechos fundamentales— existen diversos institutos que, en principio, servirían para canalizar este cambio de actitud. Así, se ha sugerido que el principio *pro homine o favor persona*, permite remediar eventuales desacuerdos haciendo prevalecer la interpretación más favorable a la vigencia del derecho (PIZZOLO, 2017; BAZÁN, 2011; ACOSTA ALVARADO, 2015; NOGUEIRA ALCALÁ, 2013; HITTERS, 2014; GÓNGORA MERA, 2010). Que el estándar nacional se imponga sobre la jurisprudencia interamericana si deja en mejor situación al individuo demostraría que la relación no es estrictamente jerárquica sino colaborativa, resolviendo las tensiones en función de un baremo objetivo que, además, fortalece el sistema de protección.

El problema es que la regla *pro libertatis* está pensada para abordar conflictos que adscriban a la estructura binaria “estado vs individuo”, “poder vs libertad”; pero, en casos constitucionales complejos, a menudo tendremos derechos individuales que reclaman la preferencia en ambos platillos de la balanza. Por ejemplo, en “Fontevicchia”, la jurisdicción nacional privilegió el derecho a la intimidad por sobre la libertad de prensa, mientras que el sistema interamericano hizo prevalecer la segunda sobre el primero. En “Caroline”

ocurrió exactamente al revés, el tribunal doméstico (TCF alemán) consideró que las fotografías tomadas a Carolina de Mónaco estaban amparadas por la libertad de imprenta, mientras que en sede internacional (TEDH) se dio preferencia al derecho a la intimidad (AMBOS y BÖHM, 2013). Entonces, ¿cuándo estuvo bien aplicado el *pro homine*? En los dos casos: por eso su utilidad es limitada.

Otra alternativa es aquella que pareció reclamar tácitamente la CSJN en su fallo: la traslación al ámbito americano de la doctrina del margen nacional de apreciación. El voto de Rosatti fue algo más explícito, ya que consignó "margen nacional de apreciación" entre paréntesis (considerando 5º) al referirse a la *esfera de reserva soberana* del artículo 27 de la Constitución Nacional, sugiriendo una equivalencia entre ambos. Si bien este estándar, consagrado en los precedentes del TEDH, ya hizo alguna aparición en la jurisprudencia de la Corte IDH (p.ej., Opinión Consultiva n° 4/84 del 19.01.1984), no ha calado hondo en el sistema interamericano. Consiste en una cuota de tolerancia dispensada a la discrecionalidad de las autoridades nacionales en la interpretación y aplicación de los derechos humanos, respecto de materias sobre las que no existe consenso entre los Estados, y siempre y cuando se trate de criterios originados en el seno de una sociedad democrática (BARBOSA DELGADO, 2013). Sagüés (cit. en VILLANUEVA, 2012) lo explica diciendo que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe un núcleo duro de preceptos intangibles e innegociables y otros más flexibles, que admiten ser adaptados a la idiosincrasia y posibilidades de cada comunidad. También para Mahoney el instituto se justifica porque autoriza a considerar las particularidades del medio social (cit. en BARBOSA DELGADO, 2013). Otros autores, al referirse al margen de apreciación, ponen el acento en que "[s]u existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada" (BARBOSA DELGADO, 2011: 109/10).

La cuestión de si conviene replicarlo en el sistema americano es hartamente polémica. Hay quienes —como SPESOT (2017)— entienden que el instituto podría contribuir a revitalizar las líneas de diálogo y mejorarían la calidad democrática de las decisiones, en tanto se asienta en una "actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas al estar posicionadas en un mejor asiento a la hora de juzgar ciertos conflictos de intereses y responder de modo democrático ante la sociedad civil". SAGÜÉS (2017) considera que evita autismos normativos y aumentaría la solidez y eficacia del Pacto de San José de Costa Rica. BAZÁN (2011; 2013) también está a favor de un empleo más intenso de este concepto en el

régimen interamericano. Sin embargo, los tres autores llaman a proceder con cautela y adoptar provisiones para que el margen de apreciación no se vuelva un margen de arbitrariedad.

En cambio, otros doctrinarios como SANTOLAYA (2013), SERNA DE LA GARZA (2013) y GARCÍA ROCA (2013) miran el principio con desconfianza y desaconsejan enfáticamente recrearlo en nuestro medio. GARCÍA ROCA (*id.*), formula el siguiente planteo: en Europa debe concederse cierto margen de discrecionalidad a los Estados atento a la diversidad lingüística y cultural de las comunidades, y la desarmonía que resultaría de un intento homogeneizador más agresivo; en cambio, en América Latina, una región más cohesionada y constituida por pueblos con una lengua e historia en común, su utilización resulta superflua.

Para explicar nuestra posición, supongamos que mañana se solicita a la Corte IDH que declare anticonvencional al impedimento para los argentinos naturalizados de acceder al cargo de Presidente de la Nación, contenido en el artículo 89 de la Constitución Nacional. Si se comparte que este tipo de decisiones deben quedar en el seno de la comunidad afectada, debe admitirse que eso no tiene que ver con el grado de consenso que exista entre los países de la región acerca de qué prerrogativas conceder a los naturalizados, y menos con el respeto a la diversidad cultural o identidades locales (puede haber diferencias de opinión incluso al interior de una misma familia, al igual que ocurre con muchos otros problemas constitucionales complejos como el aborto, la pena de muerte, etc.). El respeto que buscamos del tribunal internacional no es para la idiosincrasia, costumbres, tradiciones, etc., sino para la *decisión en sí* o, mejor dicho, para el complejo sistema de toma de decisiones interno que las sociedades democráticas se han tomado el trabajo de poner en marcha a fin de encontrar lo que consideran un equilibrio justo entre la libertad individual y las restricciones a la facultad de obrar que se establecen en beneficio del conjunto. Ese equilibrio precisa ser la última palabra en toda controversia donde la afectación a la dignidad humana no sea manifiesta, y no por una razón distinta al axioma de que el mejor gobierno es aquél que se encuentra más cercano al ciudadano. El valor que nos interesa asegurar es la deferencia al proceso de deliberación local por el proceso mismo.

¿Por qué entonces no acudir al principio de subsidiariedad y a la doctrina de la cuarta instancia que ya tenemos consagrados en la jurisprudencia interamericana y a los que también la CSJN alude en *Fontevicchia*? La dificultad reside en que ambas teorías están mucho más orientadas a cuidar la operatividad del sistema que a preservar un espacio de

autonomía a los ordenamientos nacionales. El fundamento del principio de subsidiariedad —no se discute— consiste en brindar a los gobiernos la oportunidad de encausar la problemática con sus propias instituciones antes de verse comprometidos en un litigio internacional; pero esto no significa que la Corte IDH vaya a inhibirse de emitir opinión sobre determinado asunto por deferencia a las instituciones locales. Significa que, una vez que se haya pronunciado sobre ese asunto, serán los aparatos judiciales domésticos los encargados de trasladar dicho criterio a supuestos análogos, evitándole al tribunal el tener que expedirse en varios procesos similares. Es en este sentido que la Corte IDH no se considera una cuarta instancia, sino que se constituye bajo el formato de un tribunal constitucional para las Américas que selecciona casos de alto impacto para sentar precedente y delega luego en los órganos de tutela primaria el seguir esa línea de razonamiento para los demás juicios. Como explica Sergio GARCÍA RAMÍREZ (2013), "resulta evidente que la Corte Interamericana no podría ni debería asumir el conocimiento de un gran número de casos; sería impracticable y perturbador; su "oficio" es el conocimiento de grandes temas..." (p. 775). Y antes, como juez, en su voto en "Tibi c. Ecuador" (7.11.2004) sostenía que:

[d]el mismo modo que un tribunal constitucional no podría —ni lo pretende— traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira —mucho menos todavía que el órgano nacional— a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar [...].

Lo que precisamos entonces es un parámetro que, además de ahorrarle a la Corte IDH tener que casar cada infracción convencional expediente por expediente, la ayude a hacer aquello que antiguamente era sido definido como lo más delicado de la tarea del juez: saber cuándo no juzgar.

Nuestra preferencia se inclina hacia el test de razonabilidad, que no solamente está más arraigado en la tradición jurídica de la región, sino que además tiene mayor desarrollo teórico en el *sub* examen de fin legítimo, necesidad, idoneidad y proporcionalidad que el margen de apreciación europeo. Bien visto, el examen de razonabilidad convencional no es

distinto de lo que la Corte IDH actualmente practica cuando tiene que decidir si una restricción al ejercicio de las garantías fundamentales está justificada por el respeto a los derechos de los demás, la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática a la luz del artículo 32.2 de la CADH. Por supuesto que el instituto en sí mismo nada resuelve. Es sencillamente una vía para dar cuerpo a la voluntad político-judicial de autocontención y diálogo en el escenario interamericano; pero es la voluntad — y no el instituto que la exprese— lo que está escaseando.

XI. Conclusión

Los tribunales internacionales fueron pensados con la idea de llevar a la práctica aquella máxima de Alexis de Tocqueville según la cual la soberanía del pueblo es apelable ante la soberanía del género humano. No obstante, lo vertiginoso de su desarrollo en las últimas décadas hizo que en poco tiempo pasásemos de preocuparnos por garantizar su supervivencia a velar hoy por que ese crecimiento no asfixie a las instituciones preexistentes. Esto, en un contexto en que, por un lado, los órganos de adjudicación internacional no dan ninguna señal de estar dispuestos a desacelerar la expansión fenomenal de atribuciones que se han procurado so pretexto de una interpretación evolutiva de las cartas de derechos; y, por el otro, las cúpulas de los poderes judiciales internos están empezando a reaccionar con señales espasmódicas de descontento, que se traducen en “doctrinas escudo”, forzadas y asistemáticas, cuando no directamente peligrosas para la estabilidad de los sistemas regionales.

Todo el lenguaje y las representaciones de la cultura del diálogo con que el pluralismo convergente vino anunciando un cambio de mentalidad en la pasada década están siendo puestos a prueba y hasta aquí el resultado no ha sido feliz. De hecho, estas disputas dejan una estela de vanidades institucionales y percepciones autoglorificantes que ponen en evidencia lo que decíamos al inicio: podemos hartarnos de argumentar en torno al “conflicto de los 27” pero estos problemas nada que ver tienen con argumentos de lógica normativa.

A lo anterior se agregan las preocupaciones por el drenaje de la esfera de lo políticamente decidible en beneficio de la esfera de lo no disponible, y de ahí al ámbito de lo internacionalizable. Los derechos humanos no pueden ser una carta de triunfo que permita a una de las posiciones llevarse el asunto a un ámbito menos complejo de discusión como el judicial para ver si allí logra imponer su visión de las cosas. Surge entonces la

necesidad de establecer límites a la jurisdicción regional; límites que no estén exclusivamente fundados en la disponibilidad de recursos o en la voluntad discrecional del órgano.

En nuestra opinión, esa dosis extra de respeto a los sistemas locales de toma de decisión puede canalizarse perfectamente mediante el examen de razonabilidad convencional, pero para eso es necesario que la comunidad jurídica deje de percibir cualquier restricción al poder del tribunal como si en sí mismo se tratase de una afrenta a la dignidad humana.

Referencias

ABRAMOVICH, V. (2017) "Comentarios sobre "Fontevicchia", la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino", en *Pensar en Derecho*, número 10, pp. 9-25. Buenos Aires, EUDEBA – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

ACOSTA ALVARADO, P. (2015), *Más allá de la Utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*. Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

ALBANESE, S. (2014) "Diálogo entre Cortes. El Protocolo 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)", en *La Ley Online*, cita online AR/DOC/1700/2014.

ALEGRE, M (2017) "Monismo en serio: "Fontevicchia" y el argumento democrático", en *Pensar en Derecho*, número 10, pp. 27-35. Buenos Aires, EUDEBA – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

AMBOS, K. y BÖHM, M. (2013) "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal Audaz?", en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (coords.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 1057-88.

AZUERO QUIJANO, A. (2009) "Redes de Diálogo Judicial Transnacional: una aproximación empírica al caso de la Corte Constitucional", en *Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*, número 22, pp. 1-23.

BARBOSA DELGADO, F. (2011) “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de derechos humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, en *Revista Derecho del Estado*, número 26, pp. 107-35.

— (2013) “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”, en FERRER MAC-GREGOR E. y HERRERA GARCÍA, A. (coords.) *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 1089-117.

BAUDENBACHER, C. (2003) “Judicial Globalization: New Developments or Old Wine in New Bottles?”, en *Texas International Law Journal*, volumen 38, pp. 505-26.

BAZÁN, V. (2011a) “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, número 18, pp. 63-104.

— (2011b) “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, en *L.L.*, cita Online AR/DOC/7901/2010.

— (2013) “Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (coords.) *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 569-98.

BENVENISTI, E. y DOWNS, G. (2011) “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers. Prospects for the Increased Independence of International Tribunals”, en *German Law Journal*, volumen 12, número 5, pp. 1057-81.

BINDER, C. (2010) “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, tomo II, pp. 159-88.

BOGDANDY, A. (2010) “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius*

constitucionale commune en América Latina? Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, México, tomo II, pp. 559-82.

BOGDANDY, A. y VENZKE, I. (2013) "¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática" en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 83-129.

BOVINO, A. (2017) "Caso Fontevecchia: la incompetencia de un tribunal", en *No hay derecho*, consultado en [nohuboderecho.blogspot.com.ar] el 07.02.2018.

BRADLEY, C. (2007) "The Federal Judicial Power and the International Legal Order", en *International Legal Order. The Supreme Court Review*, Universidad de Chicago, pp. 59-113.

BRITOS, C. (2015) "El rol de la constitucionalización en el derecho internacional privado actual, desde la mirada del nuevo Código Civil y Comercial, y el resplandor del control de convencionalidad", en *L.L.*, cit online AR/DOC/3256/2015.

BURGORGUE-LARSEN, L. (2013) "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial", en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 131-167.

BUSTOS GISBERT, R. (2012) "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 95, pp. 13-63.

CANCADO TRINDADE, A. (2013) "La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los tribunales internacionales" en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 1351-412.

CARBONELL, M. (2013) "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial", en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 599-616.

CASSEL, D. (2010) "El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, tomo II, pp. 215-47.

CHAYES, A. y HANDLER CHAYES, A. (1993) "On Compliance", en *International Organization*, volumen 47, número 02, pp. 175-205.

COGAN, J. (2006) "Non Compliance and International Rule of Law", en *Yale Journal of International Law*, volumen 31, pp. 189-210.

— (2007) "Competition and Control in International Adjudication", en *Virginia Journal Of International Law*, volumen 48, pp. 411-49.

COTTIER, T. y HERTIG, M. (2003) "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, volumen 7, pp. 261-328.

DE ANTONI, R. (2017) "¿Corte Suprema vs. Corte Interamericana de DDHH? Comentarios al fallo "Fontevecchia"", en *Palabras del Derecho*, consultado en [palabrasdelderecho.blogspot.com.ar] el 07.02.2018.

DEFELIPPE, O. (2012) "Efectos de la jurisprudencia internacional en el Derecho argentino: El control de convencionalidad", en *La Ley Online*, cita online AR/DOC/4725/2012.

DE VERGOTTINI, G. (2013) "El diálogo entre tribunales", en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 481-500.

DONZELLI, B. (2017) "A propósito del caso "Fontevecchia", ¿un mal día para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?", *La Ley Online*, cit. online AR/DOC/1117/2017.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2013) "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*)", en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 617-71.

FURFARO, L. (2017) "Las ataduras de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso "Fontevecchia" de la Corte IDH", en *Pensar en Derecho*, número 10, pp. 37-79. Buenos Aires, EUDEBA – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

GARAY, A. (2017) "En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio", en *La Ley* del 23.02.2017, edición especial, p. 2.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2013) "El control judicial interno de convencionalidad", en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 767-804.

GARCÍA ROCA, J. (2013) "El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo", en

Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 219-241.

GARGARELLA, R. (2017) "La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana", en *La Ley Online* del 23.02.2017, edición especial, pp. 3-5.

— (2017a) "La Corte Suprema y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana", en *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, consultado en [seminariogargarella.blogspot.com.ar] el 07.02.2018.

GARRO VARGAS, A. (2013) "La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 1147-1181.

GAY MONTALVO, E. (2013) "El diálogo del Tribunal Constitucional Español con la doctrina de otros Tribunales", en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 243-76.

GELLI, M. (2017) "Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina", en *La Ley* del 23.02.2017, edición especial, pp. 5-7.

GÓNGORA MERA, M. (2010) "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia. Una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, tomo II, pp. 403-30.

GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2013) "El TCF ante la integración europea. Últimas aportaciones", en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 277-98.

HELPER, L. y SLAUGHTER A. (1997), "Towards a Theory of Effective Supranational Adjudication", en *Yale Law Journal*, volumen 107, pp. 273-392.

— (2005) "Why States Create International Tribunals: a Response to Professors Posner and Yoo", en *California Law Review*, volumen 93, pp. 1-58.

HITTERS, J. (2014) "Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)", en *Revista Peruana de Derecho Público*, número 29, IJ-CCLII-924.

JIMÉNEZ, E. (2016) “Acerca de las “normas interconectadas”, en *L.L.*, cita online: AR/DOC/3533/2015.

LÓPEZ GUERRA, L. (2013) “El carácter dinámico del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos”, en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 331-48.

JUSTO, J. (2017) “El fin de la promesa constitucional”, en *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, número 4, IJ-CDLXIX-399.

KEOHANE, R., MORAVCSIK, A. y SLAUGHTER, A. (2000) “Legalized dispute resolution: Interstate and transnational”, en *International Organization*, volumen 54, pp. 457-88.

KERSCH, K. I., (2005) “The New Legal Transnationalism, the Globalized Judiciary, and the Rule of Law”, en *Washington University Global Studies Law Review*, volumen 4, número 2 pp. 345-87.

LÓPEZ – JACOISTE, E. (2013) “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi”, en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 1183-216.

MIDÓN, M. (2017) “El alzamiento de la Corte Argentina ante una sentencia de la CIDH”, en *Revista de Derecho Constitucional*, número 10, IJ-CDLXXXIV-151.

MORALES ANTONIAZZI, M. (2013) “Protección de las personas privadas de libertad: construcción de un *ius constitutionale commune* en clave de diálogo”, en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 349-95.

NAVARRETE, V. (2008) “Judicial Globalization. A New Model for North-South Relations for the 21st Century?”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen VIII, pp. 361-97.

NEVES, M. (2010) “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, tomo II, pp. 717-58.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2013) “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 907-71.

ONAINDIA, J. (2017) "Un fallo que atrasa", en *Pensar en Derecho*, número 10, p. 81-8. Buenos Aires, EUDEBA – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

PALACIO DE CAEIRO, S. (2017) "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Ley Online*, cit. online AR/DOC/498/2017.

PEGORARO, L. (2013) "Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado" (estudio introductorio), en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 33-80.

PIZZOLO, C. (2013) "El problema de las normas interconectadas: Una visión desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos", en *L.L.*, cit. online AR/DOC/3502/2013.

— (2015) "Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos", en *L.L.*, cit. online AR/DOC/2156/2015.

— (2017) "¿Ser "intérprete supremo" en una comunidad de intérpretes finales? Devuelta sobre una interpretación creacionista de los derechos humanos", en *La Ley* del 23.02.2017, edición especial, pp. 7-13.

POSNER, E. y YOO, J. (2005) "Judicial Independence in International Tribunals", en *California Law Review*, volumen 93, pp. 1-74.

RAGONE, S. (2013) "Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una propuesta de clasificación", en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 415-45.

REY, S. (2017) "Luces de alerta en materia de derechos humanos: reflexiones sobre el incumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fontevicchia y D'Amico"", en *La Ley Online*, cit. online: AP/DOC/188/2017.

SABA, R. (2017) "No huir de los tratados", en *Pensar en Derecho*, número 10, pp. 111-61.

SANTOLAYA, P. (2013) "La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales" en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 447-56.

SAGÜÉS, P. (2010) “El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, tomo II, pp. 449-68.

— (2013) “El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico – sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 993-1030.

SALGADO PESANTES, H. (2010) “Justicia Constitucional Transnacional: El modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, tomo II, pp. 469-95.

SANTIAGO, A. (2016) “La progresiva apertura e incorporación del Derecho Internacional de los derechos humanos por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina” en *L.L., AR/DOC/2008/2016*.

— (2017) “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?”, en *La Ley* del 23.02.2017, edición especial, pp. 13-20.

SLAUGHTER, A. (2003) “A Global Community of Courts”, en *Harvard International Law Journal*, volumen 44, número 1, pp. 191-219.

SLAUGHTER, A. y BURKE – WHITE, W. (2006) “The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law)”, en *Harvard International Law Journal*, volumen 47, número 2, pp. 327-352.

SERNA DE LA GARZA, J. (2010) “Globalización y Derecho Constitucional Comparado”, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, tomo II, pp. 759-89.

— (2013) “¿Hacia un modelo dialógico en las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales de América Latina?”, en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pp. 1031-57.

SOLA, J., GONZÁLEZ TOCCI, L. y CAMINOS, P. (2017) "La Corte Suprema y la Corte Interamericana", en *L.L.*, Edición Especial, pp. 20-2.

SPESSOT, A. (2017) "El rol del juez argentino a la luz del diálogo jurisdiccional interamericano", en *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, número 3. IJ Editores, cit. IJ-CCLXIV-305.

SPIRO, P. (2013) "Sovereignism's Twilight", en *Berkeley Journal of International Law*, volumen 9, pp. 1-21.

TORRES PÉREZ, A. (2013) "En defensa del pluralismo constitucional" en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ed. Tirant Lo Blanch, México, pgs 457-80.

VILLANUEVA, M. (2012) "El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales", disertación brindada en el Congreso de Derecho Público para Estudiantes y Jóvenes Graduados "Democracia y Derechos", celebrado entre los días 31 de mayo y 1 de junio de 2012, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, consultado en [<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derechos-humanos-marcos-villanueva.pdf>], el 16.04.2018

ZAFFARONI, R. (2017) "La Corte Suprema declara su independencia del Estado", en *Agencia Paco Urondo*, consultado en [www.agenciapacourondo.com.ar] el 07.02.2018.

ZUPPI, A. y DELLUTRI, R. (2017) "Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico c. República Argentina", en *La Ley* del 23.02.2017, edición especial, pp. 22-4.