

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA PROBLEMÁTICA DE SUS TOPES (*)

Por Néstor Pedro Sagüés

Sumario: 1. Introducción. Control de convencionalidad internacional y nacional. 2. “Manifestaciones” del control e convencionalidad nacional, o “desde abajo”. Primera: caso de cosa juzgada internacional. 3. Segunda “manifestación” del control nacional de convencionalidad: situación de cosa interpretada. 4. Variantes de la segunda manifestación. Caso del control represivo. Inaplicación de normas nacionales. 5. El control nacional positivo o constructivo de convencionalidad. Selección de interpretaciones. 6. Construcción de interpretaciones. Interpretaciones mutativas por adición. 7. Interpretaciones mutativas por sustracción. 8. Interpretaciones mutativas por sustracción-adición (o mixtas). 9. Conclusiones. La constitución “convencionalizada”. Los topes de la convencionalización. 10. Voces de renuencia. 11. Reexamen del tema. La aplicación de la “fórmula de Radbruch”.

1. Introducción. Control de convencionalidad internacional y nacional.

El “control de convencionalidad” tiene por meta asegurar la eficacia funcional del sistema internacional de los derechos humanos, superando los obstáculos que pudieran presentarse en el orden interno de los Estados. Para el caso latinoamericano, el control de convencionalidad ha contado con un desarrollo específico, producto en buena medida de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción contenciosa han adherido la mayor parte de los países del área, aunque no todos. (1)

Anticipamos que el control de convencionalidad puede ser protagonizado (i) tanto por organismos jurisdiccionales internacionales, como (ii) por entes nacionales (jueces, legisladores, miembros del Poder Ejecutivo, Ministerio Público, Defensorías del Pueblo, incluso abogados, etc.), en el marco de sus competencias y conforme las reglamentaciones procesales vigentes. (2) El primer supuesto, llamado control de convencionalidad “internacional” o externo, está en nuestro caso a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando, por ejemplo invalida, por “inconvencionales” (contrarias al derecho internacional de los derechos humanos), reglas de derecho interno, constitucionales o subconstitucionales. El segundo está desempeñado por sujetos nacionales (control de convencionalidad “nacional”, “interno” o “desde abajo”). Y a él nos referiremos en los párrafos siguientes, conforme la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expedida en el caso coloquialmente denominado “Gelman 2” de supervisión de ejecución de sentencia, del 20 de marzo de 2013, fallo que redimensiona todo lo dicho por tal

tribunal en la materia, y que, como pauta muy significativa, *establece dos “manifestaciones” (así las llama) del control de convencionalidad* (párrafo 65 y sigts. de tal resolución).

Marginalmente, debe subrayarse que para la Corte Interamericana el control de constitucionalidad que practiquen los jueces nacionales debe ejercitarse simultáneamente con el control de convencionalidad (Caso “Gelman 2” cit, párrafo 88).

El siguiente cuadro sinóptico puede resumir la situación actual de la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el control de convencionalidad:

AGREGAR (Si es posible) Cuadro sinóptico (archivo 3037).

**2. “Manifestaciones” del control de convencionalidad “nacional”, o “desde abajo”.
Primera: caso de cosa juzgada internacional.**

En esta primera “manifestación” o variable del control de convencionalidad, , el operador se encuentra frente a una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra un Estado nacional, donde lo condena a practicar determinados actos reparativos ante la lesión que se le imputa a dicho Estado. El mismo, naturalmente, ha sido parte en un proceso donde ha podido ofrecer, producir y controlar pruebas, y formular sus alegaciones. Media contra él, por tanto, *cosa juzgada internacional*. El tema está reglado por el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), el que determina que los Estados partes en la Convención *se comprometen a cumplir la decisión de la Corte* (interamericana) *en todo caso en que sean parte*.

En el referido caso “Gelman 2”, párrafos 69 y 73, (en rigor, de supervisión de cumplimiento del primer caso Gelman, de 2011), la Corte Interamericana indica que el control de convencionalidad exige aquí, por parte de los operadores nacionales, el cumplimiento *íntegro* y de *buena fe* del fallo, y que las decisiones de la referida Corte no se vean mermadas por la aplicación de normas nacionales contrarias a su objeto y fin, o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio su cumplimiento. Es decir, por normas, interpretaciones o prácticas internas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte regional.

3. Segunda “manifestación” del control de convencionalidad nacional. Situación de “cosa interpretada”.

Vamos ahora a la segunda “manifestación” del control que nos ocupa. Aquí nos encontramos frente a criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya en sentencias y resoluciones, ya en opiniones consultivas, en las que un Estado no ha intervenido como parte. Para dicho Estado, por ende, no hay al respecto “cosa juzgada”, aunque sí “cosa interpretada”, feliz expresión que usa Eduardo Ferrer Mac Gregor, porque tales directrices le resultan, pese a todo lo indicado, obligatorias, según la jurisprudencia sentada por aquel tribunal regional a partir de “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006). Este fallo ha sido complementado por

una serie de pronunciamientos que han auspiciado un control de convencionalidad cada vez más exigente y nutrido, en cuanto a quiénes deben verificarlo, cómo practicarlo, y con qué resultados. (3)

El fundamento jurídico de esta doctrina de la Corte Interamericana se encuentra, a su decir, en los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda*, de la *bona fide* y del *effet utile* (efecto útil) de los tratados internacionales, como la Convención Americana sobre derechos humanos. Sin embargo, de la lectura de este último instrumento no surge que los Estados deban proyectar en la emisión y aplicación de su derecho interno, los criterios elaborados por la Corte Interamericana cuando dicta sus fallos contra un Estado diferente al propio, o expide opiniones consultivas. El mentado art. 68 de la Convención alude al deber de un Estado a cumplir un fallo en un caso en el que fue parte y resultó condenado, no a cumplir sentencias pronunciadas en causas en las que no ha intervenido, o a adoptar y aplicar las interpretaciones que en estos últimos veredictos hubiese hecho la Corte Interamericana.

En rigor de verdad, el control de convencionalidad en los supuestos de “cosa interpretada” deriva de una *interpretación mutativa por adición* realizada por la Corte Interamericana, que a sumado a sus competencias, tal como se explicitaron en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a las obligaciones de los estados que aceptaron la jurisdicción contenciosa de la Corte, *algo* (muy importante) *más*. Esas mutaciones se fundan en un argumento de autoridad: la condición de la Corte Interamericana de intérprete final de la Convención Americana (arg. arts. 62-3, 64, 67 y 68 de tal Pacto; caso “Gelman2”, párrafo 66 *in fine*) y no son tan infrecuentes en el derecho comparado. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos dibujó en 1803, en *Marbury vs. Madison*, el control judicial de constitucionalidad, no previsto por la constitución estadounidense; y un siglo y medio más tarde lo amplió, también por su voluntad, al requerir en *Cooper vs. Aaron* que los tribunales y demás agencias gubernativas, incluso las estatales, siguieran los lineamientos sentados en sus fallos, dándole a estos, por ende, fuerza expansiva, más allá del mero efecto *inter partes*. (4) El éxito de tales operaciones mutativistas depende básicamente de dos factores: a) la legitimidad del contenido de la mutación (mutaciones de contenido justo provocan seguimiento, no así las opuestas); b) la aceptación de los demás operadores. Cuando se conjugan ambos factores, la mutación se consolida como derecho consuetudinario constitucional, o en su caso internacional.

Es interesante destacar que para la Corte Interamericana, este control se efectiviza también en lo que hace a la *emisión* y a la *aplicación* de normas (v. gr., caso “Gelman2”, párrafo 69), motivo por el cual involucra a todos los órganos legisferantes y administrativos del Estado, por lo que puede hablarse, sin dudas, y aparte del judicial, de un control legislativo y administrativo de convencionalidad. (5)

4. Variantes de la segunda manifestación (“cosa interpretada”). Control represivo. Caso de inaplicación de las normas nacionales.

En “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006), la Corte Interamericana sentó los lineamientos iniciales del control de convencionalidad, de tipo “represivo”, puntualizando que los jueces nacionales debían inaplicar las leyes de su Estado contrarias a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hubiere ratificado tal país, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tanto como las opuestas a la interpretación que a esta última hubiese hecho la propia Corte Interamericana. Tres meses después (caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, extendió tal trabajo respecto de todas las “normas” internas (motivo por el cual, las cláusulas constitucionales eran también captadas por el control de convencionalidad), y entendió que esa función debía ejercerse *ex officio*, sin necesidad de petición de partes. Con posterioridad, v. gr. en “Gelman vs. Uruguay”), proclamó que tal función correspondía a todos los órganos del Estado, incluyendo a los más vinculados con la administración de justicia, dentro del marco de sus competencias, y que ello se refería tanto a la *aplicación* como a la *emisión* de normas (párrafo 69).

Las normas descalificadas como inconvenientes deben desde luego inaplicarse por los operadores locales, y reputarse, desde su inicio, carentes de eficacia jurídica, según se puntualizó el tribunal regional en “Almonacid Arellano”, párrafo 123. Tal directriz es dura, y roza con la calificación de inexistencia de la norma así objetada.

Este rol *represivo* del control de convencionalidad es, desde luego, el más traumático, ya que supone la inutilización (por desaplicación, o en su caso, derogación, según el orden jurídico de cada Estado) de normas domésticas por los propios operadores nacionales. Veremos que actualmente es el último remedio al que estos deben recurrir, ya que antes del mismo, debe ensayarse el control *constructivo* o positivo de convencionalidad, al que nos referiremos de inmediato.

Un supuesto claro de control represivo de convencionalidad para el derecho constitucional argentino, sería respecto del sector del art. 55 de la constitución nacional que demanda, para ser senador, presidente de la Nación, vicepresidente o juez de la Corte Suprema, contar con una renta de dos mil pesos fuertes o una entrada equivalente (cosa que equivaldría a un ingreso mensual de varios miles de dólares), recaudo económico de índole oligárquica incompatible con las reglas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre el acceso a cargos públicos, según el art. 23.2 de la misma.

5. El control nacional constructivo o positivo de convencionalidad. Selección de interpretaciones.

A partir del caso “Radilla Pacheco vs. México” (2009), párrafos 338 a 340, en correspondencia por ejemplo con “Comunidad indígena Xákmok Kásek, párrafo 311, “Fernández Ortega”, párrafos 236 y 237, “Cabrera García-Montiel Flores”, párrafo 233, y otros más, el control de convencionalidad consiste no solamente en no aplicar las reglas de derecho interno opuestas a las convenciones sobre derechos humanos ratificadas por

un país, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (control “represivo”), sino también, y de modo previo, en interpretar y hacer funcionar dicho derecho doméstico en consonancia, esto es, de conformidad, con esas pautas internacionalistas (control “constructivo” o “positivo” de convencionalidad, como lo llamamos). (6) El control de convencionalidad pasa a ocuparse, entonces, también de interpretaciones legales y constitucionales.

La primera vía para consumir tal control positivo de convencionalidad, o de la “interpretación conforme”, es seleccionar, entre las diferentes interpretaciones que pueda tener una regla jurídica local (constitucional o subconstitucional), aquellas que sean compatibles con los instrumentos del derecho internacional ratificados por el Estado del caso, y con la doctrina de la corte Interamericana de Derechos Humanos. El operador local tendría que manejarse con esas interpretaciones, y desechar las opuestas a tal compatibilización.

En la esfera del control de convencionalidad, una muestra del procedimiento de selección de interpretaciones puede hallarse respecto del art. 14 de la constitución nacional argentina, que entre otros derechos, enuncia el de “publicar las ideas por medio de la prensa, sin censura previa”. Es una regla que admite al menos dos interpretaciones: (i) una, restrictiva, de tipo arcaico, “originalista” (ceñida al momento en que se sancionó la constitución, en 1853), podría entender que la tutela constitucional ampara solamente a las “ideas”, o sea, a las opiniones y criterios, pero no necesariamente a las “informaciones” ni a las “imágenes” (sobre las cuales podría haber, según ese entendimiento, censura); y además, que la “prensa” constitucionalmente protegida, sería la así existente en aquel momento histórico decimonónico, o sea, la escrita, y no la prensa oral ni a la audiovisual (en particular, radios y TV), de origen muy posterior, y que por ende, también resultarían eventualmente censurables. Otra versión interpretativa (ii), en cambio, de tipo dinámico-evolutiva, puede entender que el concepto de “ideas” se extiende por analogía a las informaciones y a las imágenes de cualquier tipo, como a los programas satíricos, conciertos, o eventos similares, y que la expresión “prensa” refiere a la tradicional (escrita) pero también a los nuevos medios de difusión, como radioemisoras y canales de televisión.

El control de convencionalidad, demanda que los jueces nacionales, y todos los órganos del Estado, en particular los más vinculados con la administración de justicia, efectivicen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por un Estado, en particular del Pacto de San José de Costa Rica (o Convención Americana sobre derechos Humanos), y que apliquen también la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Respecto de libertad de expresión, en “Herrera Ulloa” (entre otros muchos casos), la Corte Interamericana manejó un concepto amplio del art. 13 del Pacto referido a dicho derecho. (7) En concreto, señaló que abarcaba “informaciones e ideas de toda índole”, a más de los relatos y las noticias, y que autorizaba a “utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento, y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios” (párrafos 108 a 110).

A su turno, la Corte Suprema de Justicia Argentina, por mayoría de votos, realizó en “Servini de Cubría”, (8) una interpretación del art. 14 de la Constitución nacional argentina bastante compatible con el art. 13 del referido Pacto en materia de libertad de expresión, y con lo que después diría la Corte Interamericana en “Herrera Ulloa”. No obstante, dejó entrever que la televisión no siempre gozaría de una tutela similar a la de otros medios de difusión, hipótesis que quizá no empalme completamente con el criterio señalado en “Herrera Ulloa”. Pero en términos generales, optó por una interpretación del texto constitucional no arcaica, sino más bien dinámico- evolutiva, conciliatoria con el art. 13 del Pacto de San José.

6. Construcción de interpretaciones. Interpretaciones mutativas por adición.

Hasta el momento, el intérprete-operador está realizando un arqueo o cómputo de un material que anida en la regla jurídica que está analizando, para consumir, poco después, un ejercicio de opciones, destinado a deslindar la paja del trigo, lo inconventional de lo convencional.

El trabajo de “selección de interpretaciones” es generalmente aceptado por los tribunales y la doctrina especializada. En principio –y hasta cierto punto- no es demasiado

creativo, sino recopilativo y dirimente, pero exige una significativa dosis de ingenio y acierto.

En un paso más adelante, la doctrina de la “interpretación conforme”, base del control *positivo* o *constructivo* de convencionalidad, puede demandar al operador un esfuerzo más, tendiente a adaptar, adecuar o reciclar a la norma del derecho interno, con el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En materia de control de convencionalidad, la necesidad de conformar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos y con la interpretación dada al Pacto de San José de Costa Rica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, producirá las alternativas de las interpretaciones mutativas por adición, sustracción y mixtas, en aras de compatibilizar los textos constitucionales y el derecho nacional con esos parámetros internacionalistas. Se trata aquí, por ende, de construir interpretaciones.

Veamos una muestra de interpretación mutativa por adición. El art. 54 de la Constitución de Panamá, que alude al amparo, puntualiza lo siguiente:

Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier autoridad pública, una orden de hacer o de no hacer, que viole derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada, a petición suya o de cualquier persona. El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será competencia de los tribunales judiciales.

La norma en cuestión resulta insuficiente, para satisfacer plenamente el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, el que, en lo que nos interesa, dice:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente

Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...

De la lectura de ambas cláusulas surge que el texto constitucional panameño no incluye estos ingredientes que en cambio sí figuran en el art. 25 del Pacto: a) lo ciñe respecto de actos de autoridad pública, sin habilitarlo contra actos u omisiones de particulares; c) restringe el cupo de derechos tutelados a los de fuente constitucional, sin incluir a los emergentes de la ley o del Pacto de San José.

Una exégesis mutativa por adición obliga entonces a leer el mentado art. 54 de la Constitución de este modo: *Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier autoridad pública o **por un particular**, una orden de hacer o de no hacer, que viole derechos y garantías que esta Constitución, **la ley o un tratado** consagren, tendrá derecho a que la orden sea revocada, a petición suya o de cualquier persona. El recurso de amparo... etc.*

El texto en negrita es, en concreto, el que cabe añadir en el operativo interpretativo de adición, en tren de lograr la correspondencia entre las reglas constitucional y convencional mencionadas, y a fin de concluir con una posible confrontación normativa entre ellas. En el ejemplo que damos, y sin necesidad de la actuación del poder constituyente, o del legislativo, el operador judicial realiza el trabajo conciliatorio aplicando las tesis de la “interpretación conforme”, y de las sentencias modulatorias. Parte del supuesto de que las disimilitudes entre la cláusula constitucional y la del Pacto no son insalvables, y que los agregados generados por la interpretación conforme y la sentencia modulatoria arbitran una solución armónica y funcional a la vez.

7. Interpretaciones mutativas por sustracción.

En este supuesto, el operador va a extraer del contenido normativo de un precepto (constitucional, llegado el caso), un trozo incompatible con la preceptiva controlante (en nuestro ejemplo, v. gr., la Convención americana sobre derechos humanos, o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Un supuesto muy frecuente ha sido el de las reglas constitucionales nacionales que posibilitan el dictado, a veces en términos muy amplios, de amnistías o indultos. Por ejemplo, el art. 63 inc. 16 de la Constitución de Chile determina que es materia de ley las normas “que concedan indultos generales y amnistías”, aunque requiere un quórum calificado especial si se trata de delitos de terrorismo. A su turno, la ley fundamental de la República Dominicana, en su art. 93 inc. p, autoriza al Congreso Nacional a “conceder amnistía por causas políticas”. Y el art. 187 inc. 5 de Venezuela, entre las competencias de la Asamblea Nacional, señala la de “decretar amnistías”.

Tal facultad de amnistiar se encuentra recortada, no obstante, por la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (v. gr., casos *Barrios Altos*, *Velázquez Rodríguez*, *Loayza Tamayo*, *Almonacid Arellano*), (9) en materia de delitos de lesa humanidad, de tal modo que la preceptiva constitucional citada, deberá entenderse con este agregado: **“no proceden indultos o amnistías respecto de delitos de fuente internacional”**.

Ocasionalmente, dicho añadido restrictivo figura, total o parcialmente, de modo explícito, en alguna constitución de nuevo cuño. (10)

8. Interpretaciones mutativas por sustracción-adición, o mixtas (“sustitutivas”).

Aquí el operador va a tomar el precepto normativo y le va a quitar un segmento de su contenido material, al par que le agrega otro. Desde luego, es el operativo más complejo, completo y controvertido, admisible solamente en posiciones muy activistas. Su mérito estriba en lograr una adecuación de la norma inferior con la superior, incluso a machetazos, pero justificado por las referidas razones de economía constitucional y convencional, eficacia, prontitud y predominio de la norma más relevante. No es una receta apta para mentalidades tradicionalistas y poco vanguardistas.

Un caso emblemático ha sido el del art. 115 de la Constitución nacional argentina, que programa un Jurado de Enjuiciamiento para la remoción de magistrados federales inferiores a la Corte Suprema de Justicia. El órgano en cuestión, mencionado en el título

constitucional relativo al Poder Judicial, no es sin embargo un “tribunal” en sentido preciso. Se trata de un ente conformado por jueces, abogados y legisladores, de naturaleza político-administrativa o, si se prefiere, *sui generis*, sin resultar un tribunal “imparcial e independiente”, en los términos, v. gr., del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica.

El problema es que la Constitución declara explícitamente en su art. 115 que el fallo de aquel Jurado, “será irrecurrible”. Sobre el sentido terminante de tal irrecurribilidad no hay dudas. Además, no se trata de una norma arcaica, sino novedosa, introducida por la reforma constitucional de 1994. Naturalmente, la compatibilidad de la “irrecurribilidad” de dicho veredicto con el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica es, por lo menos, dudosa, dado que esta Convención diseña un recurso ante “los jueces o tribunales competentes”, si se violaren los derechos fundamentales de una persona.

En el caso “Brusa”, (11) la Corte Suprema argentina asume ese conflicto y da una respuesta mutativa-sustitutiva. Por un lado, “comprime” el contenido de la regla constitucional de la irrecurribilidad (art. 115), al ámbito administrativo y político. Por otro, lo amplía, para cumplir con el Pacto, y habilita el recurso extraordinario federal, para que el juez removido pueda discutir sus derechos ante un organismo judicial, la propia Corte Suprema. Tal armonización, que algunos calificarán como forzosa, permite compatibilizar la Constitución con el Pacto y evitar, de tal modo, la declaración de inconvencionalidad del aludido art. 115 de la Constitución, pronunciamiento que hubiera sido muy duro y traumático. El operativo de rescate convencional de la cláusula constitucional termina así exitosamente.

9. Conclusiones. Hacia la “constitución convencionalizada”. Los topes de la convencionalización.

La doctrina del control de convencionalidad va a impactar en el concepto mismo del término “constitución”. La constitución *nacional*, en verdad, pasa a transformarse en una constitución *convencionalizada*, (12) esto es, adaptada, adecuada, reinterpretada, reciclada, conforme a las pautas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, algunas de sus cláusulas concluyen inaplicables. Otras, resultan

amoldadas en su interpretación a dicho derecho internacional, desechándose determinadas exégesis otrora posibles pero que actualmente son descartables. Ciertos tramos son objeto de una interpretación extensiva, otros de una restrictiva, y algunos con un sentido normativo distinto al original, todo en aras de conciliarlos con los convenios internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Axiológicamente, esta mutación se justifica en tanto y en cuanto sirva al bien común internacional, valor o meta superior al bien común nacional. (13) El bien común internacional, décadas atrás, aludía principalmente a temas de paz, guerra, relaciones diplomáticas y coordinación de servicios públicos internacionales, pero en nuestros días suma, y de modo cada vez más preponderante, la tutela de los derechos humanos. La experiencia nazi, sumada a los genocidios en general y los terrorismos de Estado (o de grupos con un *modus operandi* parecido) habidos en tantas regiones del globo, han sido los hechos que explican la necesidad de una atención de la comunidad internacional sobre temas que, como los derechos personales, antes se visualizaban sola y suficientemente con el derecho interno, comenzando por el constitucional.

Todo ello hace nacer una pregunta decisiva: el control de convencionalidad, en sus dos manifestaciones de “cosa juzgada” y de “cosa interpretada”, ¿tiene topes de cumplimiento? Toda sentencia, de la Corte Interamericana, por ejemplo, consolidada como cosa juzgada internacional, ¿debe ser ejecutada por el Estado condenado? Toda directriz sentada por el mismo tribunal, a título de “cosa interpretada”, ¿debe ser seguida y efectivizada por los operadores nacionales, en sus dos proyecciones de control represivo y constructivo?

A la luz del mero derecho positivo, la respuesta tiende a ser afirmativa: los artículos 63, 67 y 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos son concluyentes en el punto. Como intérprete final de ella, las sentencias de la Corte Interamericana concluyen definitivas, inapelables y ejecutables, más allá de su acierto o error. La vía jurídica de escape (pero para el futuro) por parte de un Estado agraviado por los fallos del tribunal

regional, o por la doctrina sentada en procesos en los que no fue parte, es la denuncia del Pacto (art. 78 del mismo), tal como lo ha hecho, por ejemplo, Venezuela.

10. Voces de renuencia.

Sin embargo, no siempre los Estados han cumplido con la ahora llamada “primera manifestación” del control de convencionalidad, vale decir, mediando cosa juzgada internacional (v. *supra*, parágrafo 2). Esto es, en diversas oportunidades han reputado ineficaces, total o parcialmente, sentencias de la Corte Interamericana, alegando motivos varios.

a) En un listado meramente a título de muestra, puede recordarse la resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú, del 11 de junio de 1999, en el caso “Castillo Petrucci y otros”, argumentando que la Corte regional tipificó en una sentencia suya, en forma indebida a determinados delitos, incurrió en exceso de su competencia funcional, se extralimitó en sus atribuciones, al pronunciarse sobre el control de legalidad y de constitucionalidad del derecho interno, excediéndose también en su competencia, por indicarle a los legisladores locales cómo debían votar las leyes, a más de invocar falsamente preceptos del Pacto de San José de Costa Rica que el mismo no contiene, incurrir en “clamoroso desconocimiento” de la legislación penal y militar peruana, desconocer a la Constitución del Perú e intentar someterla al Pacto de San José de Costa Rica en la tarea de interpretación y aplicación propia de los jueces peruanos, violentar la cosa juzgada, valorar arbitrariamente las circunstancias histórico-sociales, resolver sobre puntos no sometidos a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incurrir en autocontradicción y en prejuzgamiento, mediar peligro en el cumplimiento de lo decidido por la Corte Interamericana, al disponerse la libertad de terroristas, en perjuicio de la seguridad del Estado, actuar parcialmente y pronunciar un veredicto contrario a la Constitución del Perú, etc. (14)

Pocos días después, el 14 de junio, la Corte Suprema de Justicia peruana, en el caso “Loayza Tamayo” proclamó ineficaz otra sentencia de la Corte Regional, atento no haberse agotado las instancias internas previas al conocimiento del caso en el sistema interamericano, y subrayó que al momento de dictarse aquel fallo, el Pacto de San José se encontraba debajo de la Constitución peruana, por lo que “el sistema interamericano de protección de los derechos humanos debe sujetarse al ordenamiento constitucional de los estados signatarios”. Acto seguido acotó que el veredicto de la Corte Interamericana desconocía el contenido y las consecuencias de una sentencia que fue dictada por la justicia peruana, y alertó que la “supervisión de cumplimiento” dispuesta por la Corte Regional, no le era una facultad conferida por los instrumentos suscriptos por el Perú. En conclusión, reputó ineficaz lo decidido por la Corte Interamericana. (15)

Los dos pronunciamientos de rechazo fueron vertidos durante la presidencia de Alberto Fujimori, pero quedaron finalmente sin efecto por el siguiente Presidente del Perú, Valentín Paniagua Corza.

b) Venezuela tiene cierta afición en materia de declaraciones de inejecutabilidad de fallos de la Corte Interamericana, siendo uno de los más célebres el pronunciado en la causa “Apitz Barbera y otros”, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de la república bolivariana declaró inejecutable la sentencia del tribunal regional del 5 de agosto de 2008. En tal país la referida Sala ha instrumentado una acción popular de inconstitucionalidad contra veredictos de la Corte Interamericana, a fines de declararlos inejecutables por no someterse a la Constitución nacional, interpretada según los criterios autónomos de la Sala, conforme apunta Carlos Ayala Corao. (16)

En concreto, y partiendo de un precedente de la propia Sala Constitucional que le autorizaba a revisar los fallos de la Corte Interamericana para determinar si coincidían o no con la Constitución nacional, tesis que el autor que citamos denomina del “nacionalismo constitucional absoluto”, y del “pasavante” o *exequatúr* (en el sentido que el tribunal nacional se convierte en juez de la Corte Interamericana, para determinar si lo resuelto por ésta se adapta o no a la Constitución lugareña), la Sala detecta que en “Apitz Barbera” la Corte regional ha invadido competencias propias del Poder Judicial y del Poder Legislativo venezolanos. Por ello, declaró inejecutable tal fallo y en base al principio de “colaboración de los poderes”, instó al Poder Ejecutivo a denunciar al Pacto de San José de Costa Rica. Tal exhortación fue finalmente seguida, años más tarde.

c) Argentina, fiel seguidora de la doctrina del control de convencionalidad implantado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que incluso la transcribió entre comillas copiando, v. gr., frases de “Almonacid Arellano vs. Chile” (caso “Mazzeo”, y su continuación en “Videla y Massera”, “Rodríguez Pereyra”, entre otros, otros), el 14 de febrero de 2017, decidió, pese a todos esos antecedentes, no cumplir con un sector de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciada en “Fontevéchia y D’Amico c. Argentina”, que le ordenaba “dejar sin efecto” una sentencia suya, pronunciada en 2001, en el caso “Menem, Carlos Saúl”. (17)

Los argumentos de la Corte Suprema de Justicia argentina se centraron, principalmente, en alegar que la Corte Interamericana no tenía competencias para exigir tal (entendió) *revocatoria* de un fallo de una Corte Suprema, a realizar por esta misma. Argumentó al respecto que tal competencia no surgía del Pacto de San José de Costa Rica; que dicho instrumento, por lo demás, y pese a tener rango constitucional en el país (art. 75 inc. 22 de la Constitución), estaba sometido a los principios de derecho público de la misma carta magna, según su art. 27, de los que se desprendía su condición de Corte Suprema, enunciado en el art. 118; que como ente supremo, no podía ser conminado a que revocara un pronunciamiento suyo; que la Corte Interamericana no diligenciaba una cuarta instancia apta para revisar sentencias de la Corte Suprema nacional, y que su actuación era solamente subsidiaria o supletoria. De todos modos, conviene advertir que la Corte argentina no discutió el fondo de lo decidido por la Corte Interamericana, que en la especie era un debate sobre la libertad de expresión, sino, únicamente, si se la podía obligar a dejar sin efecto, por ella misma, una sentencia suya.

En su respuesta del 18 de octubre del mismo 2017, la Corte Interamericana descartó toda alegación de derecho interno para que la Corte Suprema argentina pudiese eximirse de sus compromisos internacionales. Añadió que la autoridad para determinar la competencia de la Corte Interamericana era esta misma Corte, conforme las reglas internacionales en vigor, y no la Corte Suprema argentina. Afirmó que para garantizar un derecho vulnerado, el Pacto de San José de Costa Rica le confería autoridad para disponer que se dejara sin efecto la sentencia que lesionaba al derecho. Entendió que no asumía una cuarta instancia, y que su actuación subsidiaria no le impedía disponer el restablecimiento de un derecho humano, del modo que lo hizo. No obstante, y dando un paso significativo, entendió que cuando exigió a la Corte Suprema argentina que “dejara sin efecto” una sentencia suya, ello no significaba, necesariamente, forzar a que la revocase, porque bastaba al efecto, por ejemplo, que se dejara una nota marginal al protocolo de fallos de la Corte argentina, en el sentido que la sentencia “Menem” que había sido reputada violatoria del Pacto de San José de Costa Rica, por la Corte Interamericana. Esta última actitud moderadora de la Corte regional permitió resolver en parte el conflicto, situación que felizmente ocurre con la resolución de la Corte Suprema de Justicia argentina del 5/12/17. (18)

Es del caso comentar que en algunos de los ejemplos dados, ciertos tribunales nacionales realizaron un control formal de competencia y otro de mérito sobre el fondo de lo resuelto por la Corte Interamericana, discutiendo su acierto en la valoración de pruebas o en el hecho de haberse dado por infringido un derecho humano, mientras que en otras situaciones solamente se discutió la competencia del órgano regional para decidir como lo hizo (tal fue el caso de Argentina).

11. Reexamen del tema. La aplicación de la “fórmula de Radbruch”.

Corresponde alertar que el debate acerca de los límites del control de convencionalidad se encuentra en mucho enrarecido, ya que cuestionar –aunque fuere solamente en algún aspecto- el seguimiento a las directrices de la Corte Interamericana, es entevisto por algunos internacionalistas entusiastas como un retroceso inadmisibile en el desarrollo progresivo de la tutela de los derechos humanos. A su vez, la tesis de la obediencia irrestricta a los veredictos del tribunal regional, se mira por algunas tendencias apegadas a lo nacional como una claudicación de conceptos muy vivenciales como los de patria. soberanía y supremacía constitucional. (19) En síntesis, con frecuencia la polémica pasa del debate estrictamente jurídico al emocional, y allí no cabe el retorno.

En términos de derecho internacional formal positivo, cabe reiterar que frente al escenario de definitividad, inapelabilidad y de compromiso de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que describen, para los estados, los arts. 67 y 68 de la Convención respectiva, sumado a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (arts. 27 y 46) que, como regla (hay alguna excepción), (20) impiden alegar normas de derecho interno para eximirse del cumplimiento de obligaciones internacionales, resultaría jurídicamente inválido para los referidos estados sustraerse de la doctrina del control de convencionalidad, en cualquiera de las dos “manifestaciones” que la Corte regional enuncia (v.

parágrafo 2). Solamente le quedaría al Estado agraviado, si entendiere insostenible la situación, denunciar a la Convención americana sobre derechos humanos, pero en los términos, plazos y efectos de su art. 78.

Naturalmente, el debate no termina ahí. Pueden existir normas de derecho internacional gravemente injustas, cuya no obediencia anticipó Jean Bodin ya en 1576, en sus *Six Livres sur la République*, refiriéndose, v. gr., a la esclavitud, mal consentida entonces por el derecho de gentes. (21) Para quienes comparten la “fórmula de Radbruch”, a la que nos sumamos, acogida en diferencias instancias jurisdiccionales, en el sentido de que “la injusticia extrema no es derecho”, (22) la respuesta, en términos metapositivos y de raigambre iusnaturalista, tendría en todo caso que atender, también, al contenido de la sentencia con valor de cosa juzgada internacional que se debería ejecutar (primera “manifestación” del control de convencionalidad), o de la doctrina interpretativa de la Corte Interamericana a seguir (segunda manifestación, de control constructivo o en su caso represivo).

En tal quehacer, si el fallo o la doctrina del caso fueran extremadamente injustos, portadores por ende de una injusticia intolerable e inadmisibles, resultarían “no derecho”, o si se prefiere, derecho intrínsecamente inválido, o mera cáscara de derecho aparente. Tal circunstancia se produciría si la sentencia, por supuesto, más que “discutible”, o “arbitraria”, o “derrotable”, fuese de modo franco y sin remedio alguno un fallo *aberrante*, repulsivo sin hesitación, y gravemente, a la dignidad de la persona humana. (23) En síntesis, en una “no sentencia”.

No es difícil imaginar un supuesto como el que tratamos. Por ejemplo, si la Corte Interamericana aceptase concluyentemente alguna vez la penosa resolución (del voto en mayoría) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baby Boy*, (1981) que permite a los estados disponer -a su total arbitrio, aborto mediante- los supuestos de excepción al derecho a la vida de las personas por nacer (invirtiendo así la genuina interpretación del art. 4-1 de la Convención americana sobre derechos humanos). (24) Tal tesis legitimaría la posibilidad de que el Estado autorice legalmente al homicidio voluntario prenatal dispuesto libre y discrecionalmente por la madre, por ejemplo durante los primeros meses del embarazo, al estilo de la tan polémica como poco feliz sentencia *Roe vs. Wade*, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, (25) bastando al respecto su simple voluntad y por el motivo que a ella le plazca, que puede llegar a ser el simple deseo de no dar a luz al feto. Una sentencia así involucraría, por cierto, un supuesto de fallo (o en su caso, opinión consultiva) aberrante, en cuanto la tesis de la Comisión fuere convalidada por la Corte Interamericana. Su aberración estribaría básicamente en que permite violentar sin causa el derecho natural a la vida del *nasciturus*, a más de corromper el mensaje preservacionista del citado art. 4-1 del Pacto de San José de Costa Rica. En síntesis, conforme a la posición de la Comisión Interamericana en *Baby Boy*, el derecho a la vida de la persona por nacer existe pero frágilmente, esto es, se encuentra bajo condición resolutoria, en tanto y en cuanto el Estado no establezca soberanamente el derecho a abortar, incluso por una decisión libérrima e inmotivada de la progenitora supuesto en el que especialmente nos detenemos.

Es del caso añadir que en “Artavia Murillo c. Costa Rica” (2013). La mayoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque no adoptó explícitamente la doctrina de “Baby Boy”, de todos modos la “constató” y describió con cierto detalle (párrafo 220), sin cuestionarla, decidiéndose además, en definitiva, por una tesis bastante próxima a ella (párrafo 264).

La doctrina de las sentencias aberrantes como no pasibles de seguimiento no autoriza, desde luego, a que cada Estado pueda realizar sin más, ligera y desaprensivamente, como un trámite mecánico de todos los días, una suerte de “control de justicialidad” de los fallos de la Corte Interamericana que deba cumplir (mediando “cosa juzgada”), o de la doctrina sentada por el tribunal regional (“cosa interpretada”) que deba proyectar en el control constructivo y represivo de convencionalidad. Eso sería admitir oblicuamente la teoría del “pasavante” o del “exequatur” que, como recuerda Carlos Ayala Corao, permitía a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela filtrar los fallos de la Corte Interamericana para determinar cuáles cumplía y cuáles no. Alude, en cambio, como subrayamos, a situaciones límite y por ende extremas, groseras y excepcionadísimas, donde el derecho positivo internacional (encarnado, v. gr., en una sentencia), es nítidamente detectado como no derecho, frontalmente lesivo de la justicia y del derecho natural.

Notas

(*) El presente estudio se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

(1) Solamente 25 países de la región han adherido a la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y únicamente 21 de ellos aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Groppi Tania y Anna María Lecis Cocco-Ortu, *Retos y perspectivas futuras de diálogo entre Europa y América: una investigación empírica sobre las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987-2015)*, versión digital remitida por Tania Groppi al autor. Venezuela se ha retirado últimamente del sistema.

(2) En tal sentido, por ejemplo, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gelman2”, párrafo 69., y sus citas.

(3) Sobre el origen y desenvolvimiento de la doctrina del control de convencionalidad, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *el “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un jus commune interamericano*, en von Bogdandy Armin, Ferrer Mac Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Jus Constitutionale Commune en América Latina?* Instituto de Investigaciones jurídicas-Max Planck Institut, UNAM, México 2010, t. II p. 449 y sigts.; Sagüés Néstor Pedro, *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 Saiz Arnaiz Alejandro y

Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México 2012, Porrúa-UNAM, p.435 y sigts.

(4) Cfr. Sagüés María Sofía, *Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, México 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, ed. Porrúa, Nº 2 p. 224-5, y *Dinámica política del control de constitucionalidad por la Suprema Corte de Estados Unidos de América*, en *Foro, Nueva época*, Madrid, 2007, Universidad Complutense, Nº 5 ps. 125-195.

(5) Ver, por ejemplo, Sagüés Néstor Pedro, *Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad*, en Bazán Víctor, Castro Rivera Edwin y Cuarezma Terán Sergio J., *Estado constitucional y convencional*, Managua 2017, INEJ, p. 51 y sigts.; Sagüés Néstor Pedro, *Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2014-IV-966.

(6) Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2ª ed., primera reimpression, México 2017, Porrúa, p. 348.

(7) El art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica señala, en lo pertinente, que *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recitar y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección... El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley...*

(8) Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 315:1943. Para un análisis más detallado, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Censura judicial y derecho de réplica*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 44 y ss.

(9) Un resumen de estos fallos puede encontrarse en *Gomez Lund vs. Brasil*, párrafos 147 y sigts., de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(10) Así, el 120 inc. 13 de la Constitución de Ecuador de 2008, que dispone lo siguiente: La Asamblea Nacional puede “conceder amnistías por delitos políticos e indultos

por motivos humanitarios... *No se concederán* por delitos cometidos contra la administración pública ni *por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia*". La letra cursiva es nuestra.

(11) Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 326:4816.

(12) Sobre el origen de esta denominación, que ensayamos en su momento, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: a propósito de la constitución convencionalizada", *Parlamento y Constitución*, Toledo, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, 2011, N° 14, p.144 y ss.

(13) La doctrina del bien común universal o internacional ya había sido anticipada por autores de la escuela española a partir del siglo XVI: Cfr. Pereña Vicente, Luciano, *La tesis de la coexistencia pacífica en los teólogos clásicos españoles*, Madrid 1963, Instituto Social León XIII, p. 62; *Comunidad y autoridad supranacional*, en Varios, *Comentarios a la Pacem in Terris*, Madrid, 1963, Instituto Social León XIII, Biblioteca de Autores Cristianos, p. 559; Sagüés Néstor Pedro, *Jean Bodin y la escuela española*, Rosario, 1978, Instituto de Derecho Público y Ciencia Política, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UCA, ps. 99-100. En las primeras décadas del siglo XX Jean Dabin asignaba como metas del bien común internacional la paz y el orden internacionales, la justicia internacional y la coordinación de las políticas y de los servicios públicos interestatales. Cfr. Dabin Jean, *Doctrina General del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. por Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno. México 1946, Editorial Jus, p. 271 y sigts. Este listado se amplía sensiblemente después, incluyendo de manera relevante al tema derechos humanos.

(14) *El Peruano*, Lima, 12/6/1999.

(15) Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional: logros y obstáculos*. Buenos Aires, 2006, Ad-Hoc, ps. 254/6.

(16) Ayala Corao, Carlos, *La doctrina de la "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, en von

Bogdandy Armin, Ferrer Mac Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, ob. cit., t. II p.106 y sigts. el argumento básico de la Sala Constitucional gira sobre lo siguiente: todo el derecho está al servicio del proyecto político que anida en la Constitución, cuyo intérprete máximo es la Sala constitucional. Si hubiere un conflicto entre cualquier norma (aun internacional) y la Constitución, debe prevalecer la última (*interpretatio favor Constitutione*). La Sala Constitucional determina el sentido de las reglas constitucionales, incluso de aquellas que confieren rango constitucional, o preeminencia en ciertos casos, a convenciones internacionales. Ver también, sobre la inejecutabilidad de sentencias de la Corte Interamericana en Venezuela, en el caso “López Mendoza”, Zuñiga Urbina Francisco, *Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica*, en Nogueira Alcalá Humberto (Coord.), *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes internacionales de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, 2012, Librotecnia, p. 417 y sigts.

(17) Nos remitimos, *in extenso*, a Sagüés Néstor Pedro, *¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?*”, *El Derecho*, Buenos Aires, 4/4/2017.

(18) Derivamos al lector a Sagüés Néstor Pedro, *Un conflicto trascendente: la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. Entre el diálogo y el “choque de trenes”*, La Ley, Buenos Aires, 22/11/17, tomo 2017-F. La resolución de la Corte Suprema argentina dispuso el 5/12/17 dejar constancia, en la sentencia “Menem”, que había sido declarada por la Corte Interamericana como incompatible con la Convención americana sobre Derechos Humanos, ya que tal anotación no infringía el orden público emergente del art. 27 de la Constitución nacional.

(19) En estas controversias cabe tener presente que en la misma fundación de la teoría de la soberanía (Jean Bodin, 1576), tal concepto es perfectamente compatible con el respeto al cumplimiento de los tratados internacionales libremente pactados por el soberano, y con las ideas de justicia y la existencia de un derecho de gentes: Sagüés Néstor Pedro, *El rescate histórico del concepto de soberanía y su compatibilidad con el derecho internacional*, *El Derecho*, Buenos Aires, 14/11/17, tomo 275.

(20) De tal modo, el art. 46 de la Convención de Viena permite alegar al Estado violaciones manifiestas de reglas fundamentales del derecho interno respecto de la competencia para celebrar, por tal Estado, un tratado.

(21) Cfr. Sagüés Néstor Pedro, *El rescate histórico del concepto de soberanía*, ob. y p. cit., párrafo 3, d).

(22) Sobre el tema, cfr. Vigo Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, reimpresión, Buenos Aires, 2008, La Ley, ps. 19, 84, 94, 167, 170, 204.

(23) En el derecho comparado existen diferentes denominaciones para rotular a las sentencias viciosas. Las “arbitrarias” no serían una derivación del derecho vigente, y portan defectos graves o muy graves (estas últimas dejarían de ser actos judicialmente válidos, configurándose como “no sentencias”: ver Gardella Lorenzo, *Sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional*, en “Papiro”, Rosario, 1977, Facultad de Derecho y Ciencias sociales, UCA, Nº 7 p. 3). Utilizando conceptos provenientes de Herbert. L. A. Hart, otros hablan de las “sentencias derrotables”, como aquellas cuya validez concluye si se acreditan determinadas circunstancias que ocasionan su derrumbe (supóngase la hipótesis de cosa juzgada írrita o fraudulenta). Por nuestra parte, hemos propuesto el concepto de “sentencia aberrante”, como aquella que padece una lacra más fuerte que la arbitraria o la derrotable, y que no resulta ya impugnable según el orden vigente, nacional o internacional, pero que cabe inaplicarla, si se encuentra infiltrada de una injusticia clara, extrema e intolerable, lesiva sin duda del derecho natural y causante de un perjuicio actual. Asumiría de tal modo la condición de “no derecho”, en su versión de “no sentencia”. Ver Sagüés Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, 2016, Instituto de Estudios Constitucionales, ps. 229, 232 y 240

(24) En *Baby Boy* (caso 2141, resolución 23, del 6/3/81), la mayoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que la frase de la Convención Americana sobre Derechos Humanos enunciada en su art. 4º, en cuanto que el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, *en general*, a partir del momento de la concepción” (la cursiva es nuestra), significa que cualquier Estado puede establecer cuantas excepciones quiera para autorizar el aborto de la persona por nacer. De hecho, el derecho a la vida del feto queda así vaciado de contenido, a merced de lo que cada país disponga discrecionalmente al respecto, por ejemplo mediante el aborto llamado libre, discrecional, inmotivado e incausado, decidido por la sola voluntad de la madre, con o sin consentimiento del padre, hipótesis a la cual puntualmente nos referimos en este trabajo. Nos hemos referido con más detalle el asunto en Sagüés Néstor Pedro, *El derecho a la vida prenatal en el Pacto de San José de Costa Rica. Interpretaciones y manipulaciones*, en *El Derecho*, Buenos Aires, 4/4/18.

(25) *Roe vs. Wade* (410. U.S. 113, año 1973), autoriza, en virtud del derecho a la intimidad, a que la madre practique libremente el aborto inducido, durante los primeros meses del embarazo. Hoy día, para ciertas corrientes, y so pretexto de tutelar los “derechos reproductivos” de la mujer, los mismos incluyen el derecho a abortar discrecionalmente, también en los primeros meses de la gestación. En tal posición, cfr. Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Querétaro, 2017, Instituto de Estudios Constitucionales, p. 193.