

*UNIVERSIDAD CATOLICA ARGENTINA
"SANTA MARIA DE LOS BUENOS AIRES"
TERESA DE AVILA*

*ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL*

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU EXTENSIÓN
A TODOS LOS ORGANOS DEL ESTADO

ADRIANA PAOLA FARINO

INTRODUCCION

Si bien entre la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hay una diferencia importante que radica en la técnica de elaboración de ambos ordenamientos; en donde las motivaciones y los tiempos son distintos, puede lograrse una vinculación en esencia y naturaleza.

Las constituciones fueron pensadas para un tiempo invariable, debiendo regir los destinos de la sociedad bajo premisas inmutables que se pretendieron resguardar con el principio de la Supremacía.

Sin embargo la aparición concreta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implicó el surgimiento de nuevos encuadres de superioridad, donde los tratados y convenciones de origen transnacional superaron a la Ley Constitucional, obligando a los Estados a dictar normas internas acordes con las necesidades del hombre en un destino universal.

De allí que estamos frente a una modificación en la fisonomía del encuadre, donde la diferencia establecida por Kelsen para distinguir entre normas fundamentales y normas secundarias, ha servido para imponer un criterio jerárquico en la selección de prioridades que debe tenerse en cuenta en un orden jurídico determinado.

La supremacía se exterioriza ahora en la clara existencia de un bloque de constitucionalidad federal integrado por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales que alcanzaron su misma jerarquía. Con lo que la protección encuentra una doble fuente: interna e internacional que se potencian recíprocamente y donde ninguna de ellas habilita a frustrar la que proporcione mayor y mejor protección en la aplicación de los principios del Derecho de los Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos integra expresamente nuestro bloque constitucional desde 1994, y la relevancia de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –creada por dicha convención en 1979- , han sido reforzadas jurisprudencialmente a partir de lo resuelto por la Corte en el año 2006, oportunidad en la que se hace referencia por primera vez a la idea del control de convencionalidad, que impone a los jueces de los Estados miembros verificar que los derechos y garantías en juego sean analizadas a través del baremo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El objetivo de este trabajo radica en desarrollar las principales bases de la doctrina del “control de convencionalidad”, los alcances que ha tenido la misma a lo largo del tiempo, sus implicancias a nivel doctrinal y jurisprudencial, y su conformación como derecho positivo vigente.

En el entendimiento de que el Control de Convencionalidad no es solo doctrina, es regla legal al haber establecido la Corte Interamericana su exigencia por parte de todos los órganos. Es una regla jurídica en vigor.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Entiendo que previamente a tratar el tema “Control de Convencionalidad” es necesario partir de algunas consideraciones en relación al Control de Constitucionalidad en nuestro Sistema Jurídico y como a través del mismo se llega a la actual idea de Control de Convencionalidad.-

Debemos partir diciendo que el Control de Constitucionalidad es una creación “pretoriana” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual lo tomó a partir del “leading case” **“William Marbury contra James Madison, Secretario de Estado de Estados Unidos”**, año 1803 de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica, recordando que los primeros jueces de la CSJN tomaron como válida la jurisprudencia de la CSJ Norteamericana, por diversos factores, fundamentalmente por la gran similitud de ambos textos constitucionales.-

En este señero fallo El Juez Marshall expresaba: *"Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza."*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tempranamente adhiere a esta postura cuando falla en **"Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación"**, CSJN. Fallos 3:131, sentencia del 5 de diciembre de 1865; diciendo: *"Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos"*.

En el caso: **“Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación”**, (CSJN) 1867-22-09: Fallos, 32:120; expresa *“... la misión que incumbe a la Suprema Corte de mantener a los diversos poderes, tanto nacionales como provinciales de la esfera de las facultades trazadas por la Constitución, la obliga a ella misma a absoluta estrictez para no extralimitar la suya, como la mayor garantía que puede ofrecer a los derechos individuales. En estos casos, (los de jurisdicción federal establecidos por el artículo anterior) dice el art. 101, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso, pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que alguna provincia fuere parte, la ejercerá originaria y exclusivamente. La garantía acordada por el recurso de habeas corpus, fundada en la igualdad ante la ley, no tiene otra excepción que cuando la persona ha sido objeto de un*

mandato indebido contra su libertad, pueda extraer un conflicto internacional. En los demás casos, el juez mas inmediato, mas expedito en sus resoluciones, es y debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal. No es posible reconocer en la H. Cámara de Diputados de la Nación, de cuyo mandamiento de prisión procede el recurso entablado de "habeas corpus", el carácter de tribunal en el caso, sujeto al recurso de apelación para ante esta Corte. Ello es repugnante a la independencia de los Poderes Legislativo y Judicial y a otros principios fundamentales del orden constitucional que nos rigen. Para tal consideración sería necesario que esta Corte hubiese sido investida de la facultad de revisar los actos de las Cámaras Legislativas en los casos en que ellas tienen peculiar y exclusiva jurisdicción, lo que no se puede sostener sin evidente error. No puede fundarse pues, el derecho de ocurrir en apelación a esta Corte, de un acto de una Cámara Legislativa, en que se recurre en los Estados Unidos de autos de los jueces o tribunales de justicia. Por las consideraciones expuestas, se declara que esta Corte no tiene jurisdicción originaria en la presente causa, debiendo el recurrente ocurrir donde corresponda".-

De esta manera nuestra historia constitucional adopto el sistema de control de constitucionalidad difuso propuesto por la jurisprudencia norteamericana que trabaja sobre un modelo de confianza judicial donde la división de poderes juega como equilibrio entre fuerzas y el rol de los jueces asume esa función como un deber de control. Por eso nunca se resuelve con generalidad y la sentencia del caso, para el common law, tiene valor de precedente y es un test a seguir cuando los hechos replican situaciones semejantes

Con lo cual el Control de Constitucionalidad comprende a todos los jueces sin distinción de categorías, sean nacionales o provinciales, aunque paradigmáticamente lo realice la CSJN en último ratio, aun cuando pueden hacerlo y es por otra parte su obligación llevarlo a cabo por parte de todos los tribunales inferiores, debiendo practicarlo aún de oficio.

La extensa polémica jurisprudencial sobre el control de oficio de la constitucionalidad encontró su punto final en el fallo "Mill de Pereyra, Rita A y otros C/provincia de Corrientes" (CS, 2001/09/27 fallos 324:3219) en donde por primera vez en un voto mayoritario de más Alto Cuerpo se resuelve aceptar las facultades que tienen los jueces para declarar de oficio la inconstitucionalidad de los actos estatales, cuando éstos por su contenido vulneran el orden de prelación establecido en el art. 31 de la C.N. Si bien esta regla se enuncia "obiter dictum" fue el puntapié inicial de una jurisprudencia actualmente consolidada.

Después de 1994 resulta crucial referirse al art. 43 incorporado por la reforma de dicho año, el que dispone "...en el caso [de la acción de amparo] el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

A su vez en materia de habeas corpus el art. 6 de la Ley 23.098 es preciso al disponer "los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obre en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional".

De esta manera el control de constitucionalidad difuso se apoya implícitamente en el art. 31 de la C.N, con una interpretación extensiva y eventual en el art. 43 de la Ley Suprema y de modo explícito en una ley del Congreso Nacional en materia de amparo y de habeas corpus.

Por su parte el control será válido para el caso concreto (efecto inter partes), lo cual difiere notoriamente con la doctrina del precedente propia del sistema anglosajón, aun cuando puede mencionarse la Constitución Provincial de la Provincia de La Rioja que lo hace obligatorio a los tribunales inferiores, disponiendo en su *Art. 143*: *“La interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto de esta Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores. La ley establecerá la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia”*¹

No obstante una excepción también la ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en el caso **“Halabi, Ernesto c/ P.E.N- Ley 25.873- dto. 1563/04 s / amparo ley 16.986”** de fecha 24/2/2009, con el cual se creó la acción de clase para proteger derechos homogéneos, en el marco de una causa en la que se analizó la inconstitucionalidad de las normas que autorizan la intervención de comunicaciones telefónicas y por Internet. La sentencia destaca que hubo una mora del legislador al no dictar una ley para facilitar el acceso a la justicia, y siendo estos derechos constitucionales de carácter operativos, es obligación de los jueces darles eficacia. Por su parte, se entendió que hay casos en que por una sola causa se afectan los derechos de numerosas personas y en los que resulta muy difícil para cada uno de los afectados promover una acción judicial. Encontrando en estos supuestos afectado el acceso a la justicia.

La llamada supremacía constitucional se constituye en un principio del derecho constitucional por el cual se coloca a la Constitución Nacional jerárquicamente por sobre el resto de las normas jurídicas sean estas internas o externas, de ahí su nombre de Ley Suprema y de la cual todo el sistema jurídico encuentra su razón de ser, incluyendo en este análisis a los Tratados Internacionales ratificado por el país, encontrando su justificación en el Art. 31 de la CN.

A partir de la reforma constitucional de 1994 con la modificación del Art. 75, inc. 22, se incorporó los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, dándoles la misma jerarquía que a la Constitución, lo que trajo aparejado que hoy en día se haga referencia al llamado *“bloque constitucional”* y se considere que el Control Constitucional no sea suficiente, debiendo efectuarse el llamado Control de Convencionalidad.-

Antes de hacer referencia a las distintas sentencias que han hecho referencia a la doctrina del Control de Convencionalidad, creo importante destacar el contexto en el que surgen estas ideas, y es en el marco de la reedición de un viejo debate sobre la última palabra constitucional.

¹ Estudios Constitucionales, Año 4 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2006 La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina Néstor Pedro Sagüés; páginas 17 a 32.

Ahora bien, ¿Existe una última palabra constitucional?

Un importante escritor constitucionalista, Pedro Salazar, explica que una de las discusiones más recurrentes en la teoría constitucional y en la teoría democrática contemporánea, tiene que ver con el sujeto al que se le debe reconocer el poder de decir la última palabra, en cuanto a saber quién puede resolver, de forma definitiva un asunto que tenga relevancia constitucional.²

¿Cuáles son los órganos que tienen la última palabra en este Estado?

El control de la cultura legal en un estado, y hasta dónde puede llegar su regulación de derechos, es lo que significa tener la última palabra, por ello es que la resolución de este debate tiene un poder enorme.

La doctrina constitucional en este punto puede dividirse entre: **CONSTITUCIONALISMO LEGAL VS CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO.**

El primero entiende que los jueces son los mejores defensores de la constitución, por lo que para lograr la preservación de la supremacía constitucional, la misma debe estar alejada de las pasiones democráticas permanentes, por eso el órgano encargado de tener la última palabra debe ser un

Órgano separado del poder político, y el único que puede cumplir esa función es el poder judicial.³

El segundo, por su parte, sostiene que el órgano que debe tener la última palabra es el deliberativo, porque cada sociedad es diversa, y lo único que legitima a la soberanía popular, es la deliberación del pueblo.⁴

El antecedente más lejano en relación a la resolución de este debate, es el caso “Marbury vs. Madison” que implicó el triunfo del modelo político frente al judicial.⁵

² Salazar, Pedro, “La democracia constitucional. Una radiografía teórica, México, FCE, UNAM,” 2006.

³ Rev. Investig. Const. vol.2 no.1 Curitiba Jan./Apr. 2015 Epub Apr 15, 2019.

⁴ Ibid; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (edic.): El canon neoconstitucional. Trotta, Madrid, 2010.

⁵ Alberto F. Garay La enseñanza del caso “Marbury vs. Madison”. Cinco principios nacen de este fallo: Primero, “Marbury” afirmó la competencia de los tribunales federales para revisar los actos de gobierno, más específicamente, los de un secretario de Estado que actuaba bajo órdenes directas del presidente. Para fundar esa atribución judicial, el tribunal expresó que “cuando el Congreso impone a ese funcionario otras obligaciones; cuando se le encomienda por ley llevar a cabo ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento perentorio de tales actos, él pasa a ser funcionario de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta y no puede despojar a otros discrecionalmente de sus derechos adquiridos”. Segundo, para deslindar qué casos podrían ser revisados por los tribunales y cuáles no, habló de la existencia de una categoría de cuestiones, llamadas cuestiones políticas. Estos asuntos versarían sobre atribuciones que la Constitución confía al Ejecutivo y que, por tanto, no eran cuestionables judicialmente. Concretamente, dijo: “Por la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente es investido de ciertos poderes políticos importantes, cuyo ejercicio depende de su exclusiva discreción, y sólo responde políticamente ante su país (...) las materias son políticas. Tercero, la

De esta forma surge la llamada Doctrina Americana versus la Doctrina Europea.

KELSEN quería un sistema judicial como el de EEUU, con el éxito del control difuso. Ahora bien, en el contexto de la Revolución Francesa, surge el modelo del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en donde toda Europa salvo Inglaterra, Holanda, y los países nórdicos tienen un tribunal constitucional, y se sienten atraídos por el modelo americano. Incluso la mitad de los latinoamericanos tiene el control de constitucionalidad en la corte.

La idea de KELSEN capturó el modelo que convenció a los estados europeos y americanos. Así el Constitucionalismo Popular, en contra del control del poder judicial, se transforma en una fuerte doctrina en EEUU. Kelsen sostiene que esta resolución deviene en el juego de reglas y principios, porque el Control de Constitucionalidad se estructura en reglas que lo condicionan, en las distintas barreras que se deben superar para declarar la inconstitucionalidad. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el control de constitucionalidad, el Control de Convencionalidad se estructura en principios.

Con lo cual, el punto de inflexión de este debate aparece con la llamada Revolución Constitucional, que se genera al finalizar la Segunda Guerra Mundial.

Para evitar los desastres que trajo la guerra en la fuerte afectación a los derechos humanos, los estados se organizan internacionalmente, creando los sectores regionales Europeos,

Constitución norteamericana (art. III, sección 2) dispone que la Corte Suprema ejerce competencia originaria en los casos de embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros y en aquellos en los que un vecino de un Estado demanda a otro Estado o se trata de un juicio entre Estados de la Unión. Sin embargo, el presente caso no tenía ninguna de esas características. En realidad, los actores invocaban la competencia originaria, no en base a ese artículo constitucional sino con sustento en el art. 13 de la Judiciary Act. Según la interpretación que ellos le otorgaban –interpretación que desarrolló la Corte– ese artículo confería al tribunal jurisdicción originaria para expedir writs of mandamus. Sin embargo, cuando se lee el mencionado precepto es difícil coincidir con la interpretación defendida por Marshall. Esa norma, luego de referirse a la competencia originaria de la Corte, disponía que “en los casos que seguidamente se consideran de modo especial, la Corte Suprema también tendrá competencia apelada de las cortes de circuito y de aquellas con asiento en los diferentes Estados; y tendrá poder para expedir writs of prohibition dirigidos a las cortes de distrito, cuando procede como tribunal de almirantazgo y jurisdicción marítima, y writs of mandamus en aquellos casos basados en los usos y principios de derecho, respecto de cualquier tribunal o funcionario que actúe bajo la autoridad del gobierno de los Estados Unidos”.

Cuarto. Si bien el holding del caso es bastante más estrecho, en el fallo se reflexiona en torno al poder de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales. Uno de los párrafos donde se anticipa la posición que adoptará dice: “La cuestión relativa a si una ley repugnante a la Constitución, puede transformarse en la ley vigente es una cuestión profundamente interesante para los Estados Unidos; pero, felizmente, no posee una complejidad proporcionada a su interés”. También se vincula ello, a la competencia limitada del Congreso. Tomando palabras del Federalista nro. 78, expresa: “Los poderes de la legislatura son definidos, y limitados, y para que esos límites no sean confundidos u olvidados, es que la Constitución es escrita”. Quinto. Muestra a la Corte como el intérprete decisivo de la Constitución. Dice Marshall: “Por cierto que es competencia y deber de los tribunales decir lo que es la ley (...) Si dos leyes entran en conflicto, los tribunales deben decidir cómo opera cada una de ellas. Así, si una ley estuviera en contradicción con la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, la Corte o debería decidir el caso de conformidad con la ley, desechando la Constitución; o de acuerdo a la Constitución, desechando la ley; la Corte debe resolver cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto hace a la esencia misma de la función judicial”. Este párrafo es interpretado no sólo como que se le reconoce a la Corte voz en un conflicto de esas características sino también como que esa voz es decisiva. Pero sus derivaciones no se limitan a ese punto. En estas cuestiones, como se dice textualmente, tendrán voz los demás tribunales del país, dado que interpretar la ley y resolver los conflictos normativos, inclusive el que se pudiera presentar entre una ley y la Constitución, “hace a la esencia misma de la función judicial.

Latinoamericanos, y Africanos, confeccionando sistemas independientes que comienzan a orbitar con distinta fortaleza en los países, e ingresan con las normas de supremacía.

En nuestro país a partir de la reforma constitucional del año 1994, se incorpora la cláusula del art. 75 inc.22, con el objetivo de lograr mayor participación del derecho humano internacional en el derecho interno.

Aparecen nuevos actores, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comienzan a reclamar para sí la última palabra constitucional. De ese modo la Corte Suprema Argentina ya no es tan suprema, sino que sus decisiones pueden ser revisadas por la Comisión y la Corte Interamericana, y es en ese marco que ésta última crea el Control de Convencionalidad en Latinoamérica.

El control de convencionalidad existió desde años atrás (aunque no se lo llamase así) y era realizado por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien reputaba inválidas a normas del Derecho Local opuestas al Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre.

Así por ejemplo en el caso “La última tentación de Cristo” reputó violatoria del Pacto a una cláusula de la Constitución de Chile en materia de censura televisiva, y exigió su reforma, cosa que finalmente ocurrió.

En “Boyce c. Barbados”, la Corte entendió que también infringía el Pacto una regla constitucional de este país, que impedía el control judicial de las normas anteriores a la constitución de 1996, aunque vulnerasen Derechos Fundamentales. A este control los autores lo llaman “*control inter (o supra) nacional de convencionalidad*”, o “*des de arriba*”.

A partir del caso “Almonacid Arellano” del año 2006 la Corte Interamericana va a reclamar a los jueces nacionales que no apliquen, ellos mismos, las normas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a su propia jurisprudencia. Éste es considerado por Néstor Sagüés el segundo nivel del control de convencionalidad y el que usualmente se denomina control “nacional” de convencionalidad, o “desde abajo”. En tanto otros autores lo denominan control “externo” (respecto del Estado Local).⁶

⁶ Néstor Pedro Sagüés: EL "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD" EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SUS ANTICIPOS EN EL AMBITO DE LOS DERECHOS ECONOMICO-SOCIALES. CONCORDANCIAS Y DIFERENCIAS CON EL SISTEMA EUROPEO.

CONCEPTO

Brindar un concepto del control de convencionalidad no es tarea fácil, en virtud de las numerosas polémicas que acarrea el instituto las que se materializan en diversos planos con discusiones varias que van desde su grado de aceptación o rechazo, pasando por el alcance de ese control, la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos en relación con la constitución, que preceptos conforman su corpus iuris, los efectos que acarrea la fiscalización, etc.

En rigor de verdad la discusión arranca en el enunciado del concepto mismo, al aceptar o rebatir que esa intervención judicial alcanza a todos o nada más que alguno de los tratados vigentes en nuestro derecho.

No obstante, no debemos perder de vista que la figura en examen no es otra cosa que la consecuencia inmediata de que nuestro Estado es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y aun cuando su conceptualización formal no es clara, sus orígenes materiales encuentran sustento en los inicios del funcionamiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derecho Humanos, respectivamente, órganos que fueron creados por el “Pacto San José de Costa Rica” al que nuestro país se incorporó desde 1984.

Así ambos órganos han sido concebidos para “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” (art. 41 CIDH) y “*conocer sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH*” (art. 62, 1, Corte IDH).

De esta manera siguiendo la semántica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el control de convencionalidad se puede definir como el procedimiento mediante el cual un tribunal verifica si determinado acto legislativo, o en su caso, la omisión de dictarlo, es compatible con los tratados de derechos humanos vigentes en un determinado Estado parte del sistema.

Si el acto en cuestión no supera ese test de fiscalización, el tribunal deberá declararlo anti convencional o no convencional, es decir contrario a alguno o algunos de los artículos que establecen los tratados de derechos humanos que ese país suscribió y en el caso se negó a cumplirlo.

Un concepto más comprensivo dice que: a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el estado sea parte; b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública y su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. ⁷

⁷ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD MARIO A. R. MIDON. ASTREA BUENOS AIRES 2016.

ORIGENES

A partir del año 2006, la Corte IDH inició el desarrollo explícito de lo que hoy conocemos como la doctrina del control de convencionalidad, si bien parte de la argumentación de fondo se encontraba ya presente –implícitamente– en su jurisprudencia.

La misma, de modo análogo a la doctrina del control de constitucionalidad que busca establecer la supremacía de la Constitución al interior de cada Estado, tiene por meta afianzar la hegemonía de las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos en todos aquellos países que han ratificado este tipo de instrumentos.⁸

Así, podríamos diferenciar dos momentos en su uso: un primer período, donde la doctrina – implícita aún– hacía referencia netamente a las disposiciones de la CADH⁹ y un segundo período, donde la Corte IDH ha venido abordándola explícitamente¹⁰ y ampliándola, generando una interesante y crítica discusión académica sobre los alcances e implicancias de dichas modificaciones.

Si consideramos únicamente el desarrollo explícito de la doctrina del control de convencionalidad por parte de la forma colegiada de la Corte, esto es, sin tener en cuenta aquellos fallos donde solo es abordada por el voto de un determinado juez, tenemos que desde el año 2006 hasta la fecha se han emitido por lo menos 32 sentencias que, en menor o mayor grado, la plantean.

En el presente análisis desarrollaré cronológicamente solo aquellas que realizan un aporte conceptual a la doctrina del control de convencionalidad, dejando de lado las que se limitan a mencionarla.

La primera sentencia que desarrolló explícitamente la doctrina fue la del **Caso “Almonacid Arellano vs. Chile”**, en septiembre de 2006. En ella la Corte IDH designó a los jueces nacionales como responsables de la aplicación del control de convencionalidad. Dicha tarea debía ser ejercida en torno a las normas jurídicas internas (entiéndase “ley” para aquella ocasión), teniéndose como parámetro no solo el tratado, sino también las interpretaciones o jurisprudencia de la propia Corte IDH.

A los pocos meses, en noviembre del mismo año la sentencia del Caso **“Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”** abordó la materia, refiriendo por “normas internas” ya no exclusivamente a las “leyes”, sino a todo tipo de norma. Adicionalmente, señaló que el control de convencionalidad: (i) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus

⁸ Cf. Sagüés, P. (2011). “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia peruana”. Ponencia presentada durante la VII sesión de la Cátedra de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Lima

⁹ Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú.

¹⁰ Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile

respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Mediante la sentencia del Caso “**Heliodoro Portugal vs. Panamá**”, de agosto de 2008, la Corte IDH destacó un papel diferente para el juez nacional frente al mero rol de inaplicador de normas internas contrarias a la CADH que antes había señalado. Precisó que todo juzgador debía “*velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales*”, tarea que se enmarcaría al interior de las dos vertientes de medidas que derivan del art. 2º de la CADH, a decir: i) la supresión de normas y prácticas que contravengan la Convención, y ii) la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

En noviembre de 2010, la sentencia del Caso “**Vélez Loor vs. Panamá**” delegó la responsabilidad de ejercer el control de convencionalidad a “*los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales*”. Con ello, no restringió la tarea a los jueces nacionales, sino que la extendió a toda instancia administrativa que ejerza funciones jurisdiccionales.

A los pocos días en la sentencia recaída en el Caso “**Cabrera García y Montiel Flores vs. México**” además de reiterarse que la obligación de ejercer la doctrina es para todos “*los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia*”, se agregó que ello debe realizarse “*en todos los niveles*”. En dicha sentencia el juez Ferrer McGregor, en su voto destacó su vital importancia y auguró que probablemente el futuro del sistema interamericano descansa en ella, en tanto es el generador de un punto de convergencia en materia de Derechos Humanos para establecer un verdadero “*ius constitutionale commune*” en las Américas. Señaló también como parte de sus conclusiones finales: “*Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena conciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el ‘margen de apreciación nacional’ que deben contar los Estados nacionales para interpretar el corpus juris interamericano*” (fundamento 87).

En febrero de 2011, mediante la sentencia del Caso “**Gelman vs. Uruguay**”, la Corte IDH estableció que la doctrina era también aplicable a leyes aprobadas en plebiscito y debía ser ejercida no solo por los jueces, sino también por todos los poderes del Estado (en particular por los vinculados a la administración de justicia). En el mismo se señaló que: “[...] *la protección de los Derechos Humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*” (fundamento 239).

La sentencia del Caso “**Masacres de Río Negro vs. Guatemala**”, de septiembre de 2012, agregó que la doctrina no solo debía ser aplicada entre las normas internas, por un lado, y la CADH e interpretación que de ella haga la Corte IDH, por otro; sino que también debían considerarse otros tratados de Derechos Humanos de los que era parte el Estado, así como la

interpretación que de los mismos haya hecho el mencionado tribunal. Del mismo modo, agregó expresamente como responsable de la aplicación del control de convencionalidad al Ministerio Público de cada país.

En marzo de 2013, la Corte IDH emitió la que hasta el momento es quizás la resolución que más ahonda en la doctrina del control de convencionalidad, en la ***Supervisión de Cumplimiento de sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay***. En ella, la Corte IDH empleó cuantiosos párrafos en orden a fundamentar esta doctrina, sustentando a su vez el carácter vinculante de sus sentencias tanto para los Estados parte de los procesos de las que emanaron como para los que no fueron parte.

Mediante el Caso **“Gutiérrez y Familia vs. Argentina”**, de noviembre de 2013, se incluyó por primera vez, en los Puntos Resolutivos, la tarea estatal de instruir a autoridades públicas (Policía Federal Argentina, Policía de la Provincia de Buenos Aires y Policía Judicial de dicha Provincia), entre otras cosas, en la doctrina del control de convencionalidad. Tal medida fue reiterada en posteriores sentencias, como la del Caso “Osorio Rivera y Familiares vs. Perú” y la del Caso “Rochac Hernández y otros vs. El Salvador”.

Por último, en mayo de 2014, el fallo del Caso **“Norín Catrimán y otros vs. Chile”** la Corte reiteró en más de una oportunidad que, en ejercicio del control de convencionalidad, las autoridades judiciales tienen el deber de *“aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte”*.

El control de convencionalidad "nacional", o "de abajo", es además reafirmado por la Corte Interamericana en una serie de casos como “La Cantuta” (29 de noviembre de 2006, considerando 173), “Boyce vs. Barbados” (20 de noviembre de 2007, considerando 78), “Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes” (9 de mayo de 2008, considerando 63), “Comunidad Indígena Xakmok Kusek” (24 de agosto de 2010, considerando 311), entre otros, sentencias que han permitido hablar de la existencia de un Derecho Procesal Transnacional Consuetudinario, afirmativo del control de convencionalidad.-

De esta manera la CIDH no parece reconocer más límites que su propia interpretación amplia, dinámica y evolutiva de la CADH y de su competencia con poco espacio para incorporar pautas de autolimitación y para el reconocimiento del parecer y los criterios de los actores nacionales.

Esto genera una resistencia en varios países latinoamericanos, por lo que luego del fallo **“Mohamed”** del año 2015, donde se deja asentado que las sentencias de la CIDH en causas contra el Estado Argentino deben ser cumplidas y son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en nuestro país pasamos de una etapa de aceptación plena a una etapa de aceptación condicionada.

Esto ocurre específicamente con el fallo de la Corte Suprema “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.¹¹

Con este fallo se retoma la “*Teoría del Margen de Apreciación nacional*” desde la perspectiva del tribunal interno nacional, para la decisión y aplicación de las sentencias internacionales y con base en los arts. 75 inc. 22 y 27 de la Constitución Nacional.

En ese contexto la Corte Suprema Argentina cambia su criterio, reservándose para sí -ante la falta de regla interna reglamentaria-, la modulación de en qué casos puede esbozar la identidad soberana. El juez Rosatti sostiene que, en un contexto de “*diálogo jurisprudencial*” que maximice la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada Pacto de San José de Costa Rica) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la máxima intérprete de la Constitución Nacional, por lo que hay que lograr que sus criterios –en cada caso concreto- se complementen y no colisionan.

Asimismo, el voto conjunto de la Corte consideró que no correspondía transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales. Entendió que el texto de la Convención no atribuía facultades a la Corte Interamericana para ordenar la revocación de sentencias nacionales y consideró que revocar su propia sentencia firme implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional.

En esta evolución podemos ver que los cambios progresivos que ha realizado la Corte IDH no solo involucran a los jueces locales sino también a los órganos vinculados con la administración de justicia y autoridades públicas en todos los niveles, quienes deberán ejercer ex officio el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH; extendiendo dicho control a las interpretaciones que sobre este tratado haya hecho la propia Corte IDH en sus sentencias.

Tal deber, desenvuelto en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, implica la adopción de medidas en dos vertientes: ‘i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes –la realización de una

¹¹ SENTENCIA 14 de Febrero de 2017 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Magistrados: Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz. Voto: Rosatti. Disidencia: Maqueda. Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este. Sin embargo, dicha obligatoriedad alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales y es precisamente con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana.

debida interpretación conforme, por ejemplo, a la efectiva observancia de dichas garantías—”.

12

¹²Juan Alonso Tello Mendoza. “LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DIFICULTADES INHERENTES Y CRITERIOS RAZONABLES PARA SU APLICABILIDAD”. 2015.-

FUNDAMENTO JURÍDICO

Tres son los argumentos en los cuales la Corte Interamericana funda el control de convencionalidad:

- a. el principio de la *buena fe* en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por parte de los Estados (quienes se han comprometido a cumplir el Pacta de San José y a obedecer las sentencias de la Corte).
- b. el principio del “*efecto útil de los convenios*”, cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados.-
- c. el principio *internacionalista* que impide alegar el Derecho Interno para eximirse de aquellos deberes, a tenor del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En rigor de verdad debe señalarse que dentro de la normativa del Pacto no hay artículo alguno que imponga a los jueces locales la obligación de inaplicar el derecho local que sea opuesto al mismo o a la jurisprudencia de la Corte interamericana; sino que conforme a lo que surge del art. 69 los Estados se comprometieron a cumplir las sentencias que dictase la Corte en procesos en los que fueron parte. De allí que se entienda que en tal caso estamos frente a una interpretación mutativa por “adición” que ha hecho la Corte del Pacto, explicable para fortalecer el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, incluyendo a la autoridad de la propia Corte.¹³

Debe destacarse que la doctrina jurisdiccional del control de convencionalidad "desde abajo" es *decidida e impuesta* por la Corte Interamericana, y de modo *directo*, a los jueces nacionales, por ser solamente una Nación adherida al Pacto de San José de Costa Rica, lo que hace que perfile a la misma como órgano supranacional.

¹³ “La interpretación judicial de la constitución” Néstor Pedro Sagüés. 2a. ed. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006, p. 42 y ss.

TIPOS DE CONTROL

Siguiendo a Néstor Sagüés, por el resultado podemos distinguir al control de convencionalidad en represivo o constructivo.

El primero, también llamado destructivo se da cuando la norma doméstica opuesta al Pacto o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es inconvencional o anticonvencional; en donde no se aplica al caso bajo examen, descartándose o declarándose inválida para el mismo. Así fue resuelto por la Corte Interamericana en el caso “Almonacid Arellano” en donde en el considerando 123 establece que si un Estado mantiene normas internas opuestas a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, el Poder Judicial local “*debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella*”. A partir de tal precedente la Corte se tornó más severa cuando la norma local resulta cuestionada, al entender que la misma carece “desde el inicio” de efectos jurídicos.-

A partir del caso “**Rosendo Radilla Pacheco**” la Corte Interamericana le otorga otra función al control de convencionalidad, el que tendrá un efecto positivo o constructivo. En tanto los jueces deben aplicar y hacer funcionar el Derecho Local de acuerdo con las reglas del Pacto de San José de Costa Rica, y según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello implica que los magistrados deberán armonizar el derecho Nacional con lo establecido en el Pacto y la jurisprudencia. De esta manera se distingue entre *interpretaciones “convencionales” e interpretaciones “inconvencionales”* del Derecho Doméstico (las primeras, acordes con el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Las segundas, opuestas uno de ellos, o a ambos).

Así fue resuelto por la Corte también en “**Comunidad indígena Xakmok Kasek**” y en “**Cabrera García-Montiel Flores**”.-

En tal caso los jueces no declaran inconvencional la norma, es decir, no la invalidan, sino que solamente van a hacer funcionar e interpretar a un precepto del Derecho Interno según el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, circunstancia que está suponiendo que la norma nacional del caso puede ser compatible con estos parámetros, y que se la adapta a ellos.

De allí que se considera que en estos casos el juez está actuando como agente u operador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos contemplado por el Pacto de San José de Costa Rica, antes que ejerciendo competencias domésticas como juez nacional.-

Así de un análisis de los casos resueltos a partir del año 2010 puede advertirse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alude genéricamente a los jueces nacionales como sujetos compelidos a realizar el control de convencionalidad; incluso a partir de los precedentes “Fernández Ortega” y “Cabrera García-Montiel Flores” se desprende como directriz la inclusión entre los sujetos obligados a practicar el control de convencionalidad, a todos los organismos oficiales.

ALCANCE DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN NUESTRO DERECHO

Del análisis de la doctrina nacional podemos distinguir la postura de quienes sostienen la primacía de las convenciones internacionales y aquellos que son partidarios de velar por la supremacía constitucional.

Así dentro del primer grupo de doctrinarios hallamos a Néstor Sagüés para quien en caso de oposición entre una cláusula de la Constitución y a Convención Americana (Pacto San José de Costa Rica) nuestro Estado debe cumplir con la Convención a toda costa, no pudiendo alegar la Constitución, por cuanto el Pacto esta jurídicamente por encima de la misma. De esta manera entiende que el efecto del control de convencionalidad es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada o “paralizada”.

De allí que el autor citado sostiene que dicho control es realizado a través de un trabajo de comparación normativa, hay una "norma de referencia", que es el Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, más la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Pacto, vertida en sentencias contenciosas definitivas o de reparaciones, resoluciones interpretativas de sus fallos, medidas provisionales u opiniones consultivas.¹⁴

En igual línea se ubican Hites y Apiano quienes son partidarios en que si los preceptos domésticos –sean legislativos o de cualquier otro carácter- y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes no protegen los derechos fundamentales enunciados por el derecho internacional, la Nación debe adecuarlas y en su caso suprimir aquellas que desbordan el esquema o crear las que correspondan. Cuando la Corte IDH dispone que en el caso concreto se violó la Convención, tal pronunciamiento es vinculante, y el estado tiene la obligación de adaptar y en su caso de modificar el derecho interno, incluyendo la propia Constitución como ocurrió en el caso de “La última Tentación de Cristo”.¹⁵

En igual sentido se ha expedido Bazán al referirse que necesariamente debemos acudir al art. 27 de la Convención de Viena, en cuanto proscribiera que un Estado alegue su derecho interno para dejar de cumplir una obligación internacional; entendiendo que en la expresión “derecho interno” queda naturalmente comprendida la Constitución Política de un Estado.¹⁶

¹⁴ Sagüés Néstor Pedro. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, EN PARTICULAR SOBRE LAS CONSTITUCIONES NACIONALES, LL, 2009.

¹⁵ HITTERS-FAPPIANO. Derecho Internacional de los derechos humanos, T.II, vol. 1

¹⁶ BAZAN, Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión, LL, 2009

Siguiendo el mismo razonamiento Gil Domínguez refiere que cuando una regla de reconocimiento constitucional desde la supremacía de su Constitución “invita” a una fuente externa –conformada por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos- el espacio normativo que sirve como parámetro de validez de las normas inferiores es habitado por el control de constitucionalidad (proveniente de la fuente interna) y el control de convencionalidad (proveniente de la fuente externa).¹⁷

En contraposición de tales posturas se encuentran Bianchi y Rosatti, en tanto el primero de los nombrados considera que si bien el art. 75 inc. 22 le otorgó jerarquía constitucional a la CADH no se ha modificado el sistema judicial argentino, con lo cual sostiene que resulta muy peligroso dar primacía a las sentencias de la Corte por sobre nuestro derecho interno al implicar un abandono de nuestra soberanía del orden judicial.¹⁸

A su turno, Rosatti sostiene, con expresa referencia a lo que cree de buena fe que era la intención de la Convención reformadora de 1994, que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional, es inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75 inc. 22 y 118 de la Constitución Nacional.¹⁹

Por último recurriendo a un análisis más sociológico que jurídico, Badeni ha cuestionado que en un sector de nuestra doctrina se afirme con énfasis que la existencia de una comunidad internacional avala la aplicabilidad de la costumbre internacional o del *ius cogens*, llegando al extremo de otorgar a las normas que emanan de ellas una jerarquía superior al texto de la Ley fundamental.²⁰

Habiendo analizado tales posturas y teniendo en cuenta nuestra historia constitucional entiendo que hay varias cuestiones a tener en cuenta a la hora de determinar y afirmar la supremacía convencional frente a todo el derecho interno.

Así en primer lugar no debemos olvidar que nuestro Estado es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del cual surge que el estado argentino no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

En segundo lugar nuestro país al incorporar en el art. 75 inc. 22 a la Convención Americana sobre derechos humanos dentro de los tratados con jerarquía constitucional voluntariamente reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano creado por aquel. Este documento contiene distintas previsiones en el preámbulo²¹ y en sus

¹⁷ GIL DOMINGUEZ, Escritos sobre neoconstitucionalismo, p. 116.

¹⁸ BIANCHI, Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad, LL, 2010.

¹⁹ ROSATTI, El llamado “control de convencionalidad” y el “control de constitucionalidad” en la Argentina, LL, 2012.

²⁰ BADENI, Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia, LL, 2009.

²¹ Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una

artículos primero²² y segundo²³, que no se agotan en el reconocimiento, protección y goce efectivo de los derechos esenciales del hombre, sino que impactan de lleno en el derecho doméstico, y que demandan de parte de los jueces nacionales una tarea de compatibilización, entre éstas últimas y las contenidas en la Convención.

Es decir, ante la comunidad internacional asumimos la obligación de que no antepondríamos nuestro derecho interno para cumplir los compromisos asumidos con otros Estados, derecho interno dentro del cual se encuentra nuestra Constitución.

Todo lo cual implicó que voluntariamente ingresáramos a un sistema de protección de los derechos humanos y reconociéramos la competencia del órgano judicial llamado a dirimir los conflictos que se susciten en la materia.

De allí que la Corte IDH en el Caso “**Boyce y otros vs. Barbados**” ha expresado que es la intérprete última de la Convención, respecto de cualquier violación de los derechos en ella reconocidos, o de cualquier consulta que le fuera sometida por algún estado parte respecto del contenido y alcance de una disposición de la Convención.

En correspondencia con lo señalado, hay quienes juzgan que la CADH se ha convertido en la Constitución latinoamericana en materia de derechos humanos, con el tribunal regional como su guardián. Es decir, el rol proactivo que ha tenido al Corte Interamericana la ubica de facto en la posición de una “Corte Constitucional Latinoamericana de Derechos Humanos” y esto es facilitado por la jerarquía acordada a la Convención en las Constituciones de muchos Estados de la región.²⁴

protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

²² Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, religión, color, sexo, idioma, opiniones políticas...

²³ “...los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”

²⁴ BINDER, ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina?

TRATADOS CUYA PRIMACIA SE DEBE PRESERVAR

En relación a lo señalado resulta importante referirnos a cual o cuales son los tratados cuya primacía debe preservarse, y en relación a ello debemos acudir a lo resuelto por la Corte IDH en los fallos fundadores.

En este sentido la respuesta brindada por la Corte en sus precedentes “Almonacid Arellano vs. Chile” y “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú” resulta lógica, en cuanto la Convención Americana de derechos humanos es el instrumento normativo del que emanan la Corte y la Comisión, con competencia para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte.

Recordemos que en “Almonacid Arellano vs. Chile” se sostuvo que *“cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*

Y en “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú”. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, el órgano afirmó que:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”

Ahora bien, a la pregunta de si podría la Corte IDH defender en sus sentencias la prevalencia de otras convenciones de derechos humanos, siguiendo a Mario Midón²⁵ debemos responder afirmativamente, sobre la base de las siguientes consideraciones:

- a) Del Preámbulo de la CADH surge que los Estados parte declararon que los principios que motivaron la suscripción del documento han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los

²⁵ MARIO MIDON Control de convencionalidad, bs. 2016

Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto en el ámbito universal como regional. De allí que de la comunidad de tales principios podría colegirse que el control de convencionalidad alcanzaría a esos documentos afines.

- b) De la expresa estipulación del art. 13 de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas surge que el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en que se alegue la desaparición forzada de personas, estará sujeto a los procedimientos establecidos en la CADH y en los estatutos y reglamentos de la Comisión y de la Corte IDH, incluso las normas relativas a las medidas cautelares. Con lo cual tal documento está expresamente incluido en el proceso de contralor que nos ocupa.

En sentido concordante se ha expedido Néstor Sagüés al señalar que las sentencias de la Corte Internacional se expresan en términos más generales y refieren a la hipótesis de que un Estado haya ratificado un tratado como la Convención Americana. De manera que la doctrina se aplicaría con relación a cualquier tratado, siendo el Pacto San José de Costa Rica solamente una muestra o ejemplo de material normativo controlante.

Dentro de los partidarios de la tesis amplia, podemos mencionar a Hitters quien sostiene que tanto los jueces domésticos como los de la Corte IDH deben buscar la compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales. Y cuando se habla de éstas últimas no solo se hace referencia al Pacto de San José, sino a otros tratados internacionales, ratificados por la Argentina, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así, dentro de las normas internacionales podemos mencionar el Protocolo de San Salvador, el protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belem do Pará, la Convención sobre Desaparición Forzada de Persona, entre otros, que integran el ***corpus iuris convencional de los Derechos Humanos***.²⁶

En similares términos se ha expedido el profesor sanjuanino Bazán, quien sostiene que el material de cotejo para desarrollar el control de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que también involucra a los restantes instrumentos internacionales que conforman el corpus iuris básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH.²⁷

En el Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” del 7/9/2004 la Corte IDH se refirió genéricamente a esos instrumentos afirmando que “*el corpus iuris de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenciones, declaraciones y resoluciones) de ahí que su evolución dinámica haya ejercido tan importante impacto positivo en el derecho*

²⁶ HITTERS, Control de constitucionalidad y control de convencionalidad, Comparación, LL, 2009.

²⁷ BAZAN, El control de convencionalidad y la necesidad de identificar un adecuado diálogo jurisprudencial

internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de éste último para regular las relaciones entre los estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.”

Por último en el Caso “Cabrera García-Montiel Flores” Eduardo Ferrer Mac-Gregor habla de un *bloque de convencionalidad* compuesto por el Pacto de San José, pero asimismo por los protocolos de San Salvador de Bahía, el de Abolición de pena de muerte, la Convención de Belem do Para y la Desaparición forzada de personas, que configurarían un corpus iuris interamericano.

SUJETOS QUE EJERCEN EL CONTROL

Como lo hemos esbozado en los párrafos anteriores, la labor de vigilancia convencional es cometido que dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se asigna a los jueces, a todos los funcionarios que componen órganos vinculados con la administración de justicia, a toda autoridad pública e incluso a la misma ciudadanía.

Este ha sido el temperamento ratificado por la Corte en la sentencia dictada para supervisar el cumplimiento de lo decidido en el caso “Gelman vs. Uruguay” en donde se reiteró: *“es obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado parte de la Convención, los cuales deben en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”*.

De esta manera el “control de convencionalidad” es realizado por cualquier juez o tribunal que materialmente realiza funciones jurisdiccionales, incluyendo a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscripto y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y más aún los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco que conforman la OEA. De allí que se hable de que se configura un *“control difuso de la convencionalidad”*²⁸

En este sentido Néstor Sagüés sostiene que hay un mensaje en lo señalado por la Corte en “Gelman” para todos los operadores nacionales que emiten normas, como lo hace el legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales; el legislador común ya sea al dictar leyes, o cada Cámara Legislativa cuando adopta su reglamento; el Poder Ejecutivo cuando emite decretos de necesidad y urgencia, delegados, reglamentarios o autónomos, o ministros cuando expiden resoluciones en el ámbito de sus carteras u organismos con funciones legisferantes, al estilo de los bancos centrales, agencias de recaudación de impuestos y tribunales habilitados a generar materialmente normas (caso argentino, en el que la Corte Suprema de Justicia sanciona su reglamento interior –art. 113 CN) o las universidades autónomas si aprueban sus propios estatutos.²⁹

Es decir, el autor de normas debe ser cuidadoso en su elaboración, a fin de no incurrir en la vulneración de los derechos y garantías de los derechos humanos asumidos como obligación por el Estado; pero a la vez en ese proceso de formación legislativa su productor deberá ser lo más diligente posible para que en ocasión de emitir el precepto satisfaga el compromiso de adaptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y garantías (art. 2, CADH).

²⁸ Corte IDH 26/11/10 “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”

²⁹ Sagüés Néstor, Nuevas fronteras del Control de Convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad.

Por su parte la comprobación de la convencionalidad se realiza en el ámbito provincial, en el nacional y en el plano supraestatal a través de los órganos supranacionales establecidos para ese objeto.

Conforme a ello el Poder Judicial adicionó a la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, la aptitud de revisar la convencionalidad de esas mismas leyes, con la consiguiente competencia para decidir su inconvencionalidad, negándose a aplicar los preceptos que exhiban ese vicio de validez.

Es así que se ha dicho que el “control difuso de convencionalidad” convierte al Juez nacional en juez interamericano, en un auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad.

Ello ha sido expresado por la Corte en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” en donde se señaló: *“tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió...”*.

Podemos ver que en éste párrafo la Corte ha dejado en claro de que el cometido de fiscalización de los tratados de derechos humanos es incumbencia coadyuvante o complementaria de la que debe realizar cada Estado en su espacio territorial y por sus propios jueces.

Incluso del mismo preámbulo de la CADH surge ello, al establecer que sus órganos sólo podrán actuar subsidiariamente, es decir, luego de que los Tribunales domésticos hayan cumplido su cometido, de acuerdo con las pautas establecidas en el orden interno de cada Estado.

Así ha sido expresado en el caso “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” del 30/11/2012 en donde se señaló que: *“la Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el principio de complementariedad, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado de subsidiaridad) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, como lo informa el mismo Preámbulo de la Convención Americana ‘coadyuvante o complementario’ de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”*.

Con lo cual, una vez que ha fenecido el pleito en la jurisdicción interna, siempre que se hayan cumplimentado los recaudos establecidos en el art. 46 de CADH, el justiciable estará en condiciones de que la Comisión y eventualmente la Corte IDH examinen su pretensión.

NIVELES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

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

La doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana han diferenciado dos niveles de control de convencionalidad.³⁰

En primer lugar, un control concentrado de convencionalidad que estaría a cargo de la Corte Interamericana (órgano controlador), quien es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (parámetro principal de control).

En ese marco, el objeto de control es el comportamiento –por acción y/o por omisión– de un Estado parte que haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte, de acuerdo al artículo 62.3 CADH (norma jurídica de habilitación). Dicho control de convencionalidad se justifica además en los principios del derecho internacional general de buena fe y pacta sunt servanda (art. 26), así como en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

La Corte Interamericana puede declarar la incompatibilidad de cualquier norma jurídica interna, incluso de disposiciones constitucionales, siempre que se constate un incumplimiento de los estándares convencionales.

En segundo lugar, un control difuso de convencionalidad tendría lugar en el ámbito interno de cada Estado Parte a la CADH. Este mecanismo ha sido definido por la doctrina *“como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional”*.

³⁰ De Felipe, Efectos de la jurisprudencia internacional en el derecho argentino: el control de convencionalidad, LL, 2012

INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH EN NUESTRO DERECHO

En la República Argentina no hay unanimidad de criterio doctrinario de cuan vinculante resulta lo que se ha llamado “jurisprudencia internacional” si se distinguen los diferentes instrumentos con los que se expresan los organismos internacionales y los casos informativos o consultivos en los que se emitan. A lo que debe sumarse que la cuestión no está suficientemente definida en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Entiendo que la cuestión debe ser analizada a la luz de la normativa de la CADH así como de lo resuelto por la Corte en sus precedentes más importantes.

Así el art. 68 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe que los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean parte.

El inc. 2 del citado artículo estatuye que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Por su parte conforme el art. 66 la sentencia que se dicte, que debe ser motivada, es definitiva e inapelable, cabiendo respecto de ella, únicamente un recurso de interpretación (aclaratoria) a solicitud de las partes, para el caso que existiera desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo (art. 67 CADH).

A ello debemos adicionar que desde sus comienzos, una de las premisas del control de convencionalidad ha sido el hecho de que *“el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*.³¹

En el resonante caso “Gelman vs. Uruguay” el Tribunal Interamericano afirmó que *“en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles, están obligados por el Tratado, por lo cual deben ejercer en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado, y según corresponda los precedentes y lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”*.

³¹ caso Almonacid Arellano Corte IDH 26/11/2006.

Éste considerando resulta de interés porque fue la respuesta que la Corte IDH efectuó a la Corte Suprema del Uruguay, en virtud de que ante una sentencia primigenia del órgano supranacional, el más alto tribunal oriental, por decisión mayoritaria juzgó que el fallo del organismo internacional recaído en la causa “Gelman” no era vinculante para quienes no habían sido parte en ese proceso judicial.

No obstante del análisis de lo expresado por la Corte, puede advertirse que la obligación que incumbe a un Estado que fue parte material del juicio y a aquel que solo forma parte de la Convención, no es la misma.

En un caso, el deber del Estado condenado es el de cumplir los términos del fallo; obligación que naturalmente no alcanza a quienes no fueron parte del litigio. Sin embargo, si tienen la obligación de seguir la jurisprudencia allí sentada, bajo apercibimiento de infringir las pautas de funcionamiento del sistema. En caso de evadir ese deber, el comportamiento del Estado que desconoce o se rehúsa a la aplicación de los dictados jurisprudenciales de la Corte IDH podría incurrir en responsabilidad internacional.

Ésta diferencia en las obligaciones de los Estados partes de la Convención y aquellos que son partes en un litigio fue apuntada por la Corte IDH en el caso “Gelman” al sostener que *“es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no del proceso internacional”*.

En conclusión, tal como señala Hitters los decisorios de la Corte Interamericana producen efectos no solamente para el país condenado –vinculación directa inter partes- sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional –vinculación relativa erga omnes- pero solo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo, a menos que exista una interpretación más favorable al ser humano, en cuyo caso deberá ser aplicada la más ventajosa.³²

Con el ello, si un determinado Estado amparado en la idea de que no fue parte en el pleito, se negara a aceptar la doctrina legal emergente de la jurisprudencia del Tribunal interamericano y así lesiona derechos de una persona, el afectado estará habilitado a concurrir a los órganos del Pacto –luego de agotar las vías internas- para efectivizar el contenido de la regla jurisprudencial que le fuera negada en el orden nacional.

Lo señalado sin desconocer que la Convención en ninguno de sus artículos establece el seguimiento obligatorio de las sentencias de la Corte IDH por los Estados que no fueron parte en el proceso. Lo cual es explicado por Sagüés al afirmar que se ha producido una interpretación mutativa por adición, en cuanto le hace decir a la Convención lo que ella no dice. Como consecuencia, el tribunal le ha agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal no ha variado, razón por la cual un estado puede verse obligado por la

³² Hitters Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana LL, 2013.

doctrina sentada por la Corte IDH en una causa en la que él no ha sido parte. De ahí que infiere que la interpretación formulada por la Corte va a tener de hecho el mismo valor que la letra del Pacto, e incluso será superior a la redacción de éste, porque como intérprete final, fija la superficie y alcances de las cláusulas escritas.³³

Emilio Ibarlucía sugiere que en nuestro derecho los tribunales domésticos sigan al respecto la doctrina establecida por la Corte IDH, a menos que, al fallar agreguen nuevos argumentos que no hayan sido tenidos en cuenta por ella en su oportunidad. Ello en consonancia con lo resuelto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la nación en el caso “**Cerámica San Lorenzo**” en donde se dijo que a pesar de que su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas.

Por último, en “Trabajadores Cesados vs. Perú” la Corte ha vuelto a ratificar la necesidad de que sus fallos sean acatados, señalando que *“la única posibilidad de tutela razonable implica que, una vez fijado el criterio de interpretación y aplicación, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a las decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y en sus compromisos internacionales”*.

Esa práctica de cumplir la obligación asumida por nuestro estado, realizada por los jueces y órganos judiciales teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana ha sido denominada *“control de convencionalidad preventivo”*.³⁴

Todo lo cual es congruente con lo que ha sido ratificado por el órgano supranacional en el sentido de que los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. En tanto los derechos no solo deben estar garantizados con la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que además se deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana.

A su vez un sector doctrinario dentro de los que se encuentra Tello Mendoza, sostiene que una revisión de la CADH lleva necesariamente a concluir que si bien puede encontrarse sustento para un control de convencionalidad referido únicamente a la letra del pacto, no existe disposición en el tratado que haga alusión al carácter vinculante que la Corte IDH otorga a sus propias sentencias. A lo que entiende debe sumarse los escasos fundamentos jurídicos que se desprenden de la propia jurisprudencia de la Corte, los que sostiene resultan equívocos o insuficientes para sostener tal pretensión.

No obstante afirma que ello no implica desconocer la utilidad de sus sentencias, las que representan un vital componente para la convalidación y fortalecimiento del sistema de

³³ Sagüés Néstor, Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica.

³⁴ Bazan, Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial.

protección de los Derechos Humanos en la región. Por tanto concluye que, la Jurisprudencia de la Corte IDH no es vinculante *per se* para los estados que no fueron parte del proceso de la que emanó, se trata de una decisión particular de un determinado Estado.

Ello sobre la base de que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado en diversas oportunidades que la CADH goza de jerarquía constitucional por voluntad expresa del constituyente (art. 75 inc. 22 párrafo 2 de la Constitución Nacional), no ha dicho lo mismo en torno a la jurisprudencia de la Corte IDH señalando que la misma constituye una "*insoslayable*" o "*imprescindible*" pauta o guía de interpretación.

De esta manera considera el autor mencionado que si bien los aportes interpretativos de la CIDH resultan valiosos para la consolidación de la protección de los Derechos Humanos y deben ser adecuadamente considerados, ello no los hace automáticamente vinculantes, por cuanto al ser a criterio de la Corte una guía o pauta de interpretación los jueces y autoridades locales podrían apartarse si existen debidas razones, por ejemplo en aplicación del principio "*pro homine*".

- De allí que afirma que los estados deben realizar un examen acrítico de lo dicho por la Corte, analizándose los argumentos y el contexto en los cuales se adoptó una concreta decisión, teniendo en cuenta las singularidades que lo diferencian de otros estados. Se trataría de un tamiz interno que pondere criterios más favorables para la persona y establezca como límite los principios, garantías y derechos reconocidos en cada Constitución Política interna. Por ello, entiende, que a pesar de que la anhelada seguridad jurídica busque siempre una autoridad última en la cual pueda descansar una determinada decisión, tratándose de un tema tan sensible e importante como son los Derechos Humanos, resulta más adecuada una estructura de contrapesos que vele por su protección. Esto implica una relación complementaria entre el estado y el sistema Interamericano según el principio de subsidiariedad, en el que en un constante diálogo prevalezca el principio *pro homine*, ya que el fin último es el resguardo de la dignidad humana. Es decir, los determinados aportes de la jurisprudencia interamericana que se quieran introducir deben ser más favorables para la protección de los Derechos Humanos de las personas. En base a los reseñado Mendoza esboza una serie de criterios de aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte IDH al realizar el tamiz analítico interno: Aplicación del principio *pro homine* que es reconocido en el art. 29 de la CADH conforme al cual si el ordenamiento interno prevé una mayor protección en un determinado derecho, debe preferirse el mismo antes que lo señalado por la Corte IDH; lo contrario significaría una vulneración al principio de no regresividad o irreversibilidad. Este principio, que surge del reconocimiento de los Derechos Humanos como atributos inherentes a toda persona, implica que una vez que fue reconocido un derecho, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de inviolabilidad, ya que la "dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible de lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental. Así por ejemplo sobre

la base de tal criterio un Juez perteneciente a un Estado que prevea una protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción debería apartarse del caso "Artavia Murillo" pues en el mismo se relativiza su resguardo y establece uno más bien de corte "gradual".

- aplicación de la doctrina del "Margen de apreciación", la cual ha sido reconocida por la Corte IDH y desarrollada extensamente por la Corte Europea de Derechos Humanos, señalándose que en asuntos como la determinación de una "emergencia pública", un "interés público", la presencia de crucifijos en las escuelas públicas, el inicio de la vida humana, la regulación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo, entre otros, la CEDH prefiere dejar a discreción de las autoridades domésticas la decisión final, sea porque generan marcada polémica o porque son éstos últimos los llamados a adecuar las disposiciones de la CEDH en la cultura a la que pertenecen. Caso contrario, salvo que el tratado prevea expresamente algo concreto sobre tales materias, no solo se transgrediría tal discrecionalidad de actuación, sino que también se cercenaría un democrático debate a nivel interno, siendo impuesta la visión de la mayoría de los jueces internacionales de turno.
- la sentencia no debe ser arbitraria ni su proceso presentar irregularidades para encontrar amparo en el derecho interno; a pesar de que ello parece ser una verdad de perogrullo hay procesos o sentencias que adolecen de determinados vicios y que ameritan que no deban ser seguidas ni consideradas por el juez o la autoridad local. En este sentido la ONU por el principio de rule of law o Estado de Derecho que contiene a los estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos, se exige la prohibición de la arbitrariedad en la aplicación del derecho; garantía de las libertades esenciales de todo ciudadano que resulta inherente también a los textos internacionales, entre ellos la propia CADH.

EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Del análisis de los precedentes en los cuales se ha pronunciado la Corte Suprema desde Ekmejian hasta Mazzeo se advierte una notable evolución operada en términos de cuan vinculada se considera la Corte argentina por la jurisprudencia internacional emanada de la Corte IDH.

Pinto, señala que las relaciones de la Corte Suprema nacional con el sistema internacional de derechos humanos son peculiares.

Dicho proceso comienza con el caso "Ekmejdjian c/Sodovich", oportunidad en la que el alto tribunal juzgó que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁵

³⁵ El criterio surgido de los casos "Ekmejdjian", "Giroldi" y "Bramajo" fue conocido como la doctrina del "seguimiento nacional. Conforme a ella los jueces debían tomar como guía, en la interpretación que hagan de los derechos enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego en “Bramajo” en alusión a una recomendación de la Comisión, se reiteró la doctrina legal de seguimiento sentada en “Gioldi”.

Si bien en tales decisorios no se establecía de manera explícita la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH, ninguno de ellos tuvo el sentido restrictivo que alumbró con “Acosta”, en el cual se estableció que “si bien por el principio de buena fe que rige las actuación el Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquel debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuestas favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial...” Esta tesis del no cumplimiento de una recomendación fue extendida al caso “Felicetti” lo que importó un franco retroceso que halló límite con la irrupción de una nueva Corte Suprema de Justicia en lo tocante a la conformación del Tribunal.

Un fallo de relevancia fue el caso “Cantos” en tanto fue la primera condena que por violación al Pacto recibió nuestro país. Los acontecimientos que suscitaron el caso tuvieron su origen en la demanda que en instancia originaria de la Corte, el ciudadano José María Cantos dedujo contra la provincia de Santiago del Estero y el Estado nacional.

Recién en “Espósito” la Corte revierte esa tendencia, al afirmar que *“la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68 inc. 1 CADH), por lo cual también esta Corte en principio debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”*.

Esa línea de pensamiento mantendría su vigor en “Mazzeo”, sentencia en la que se reprodujeron varios párrafos del caso “Almonacid Arellano”; señalándose que *“el Poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”*.

En “Videla” se volvió sobre el tema al expresarse que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que deben tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana

La misma expresión se utilizó en los casos “Simón” y “Arancibia Clavel” para identificar a los pronunciamientos de la Comisión y la Corte IDH.

Desde entonces se considera implícito, el deber de controlar la convencionalidad, lo que significa adecuar la decisión judicial a tres niveles:

- a) El normativo que surge de Tratados y Convenciones jerarquizados en virtud del art. 75 inc. 22 CN.
- b) El interpretativo, que pondera el peso específico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana, así como las decisiones adoptadas en opiniones consultivas.
- c) El de ejecución y cumplimiento en el derecho interno.

Con lo cual la tarea de los operadores jurídicos consiste en verificar que las normas internas no sean contrarias al Pacto, y en su caso se dé preferencia y aplicación a éstas, no sólo en su declaración, sino además en su alcance y ejecución. Aquí la Corte Interamericana suele referir a un “efecto útil” y a un “diálogo jurisprudencial”, que por supuesto todos los jueces argentinos y órganos encargados de la administración de justicia deberán seguir.

Se trata de un deber funcional, como se ha expresado, que no necesita petición de parte.

INCIDENCIA DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH

La competencia consultiva del órgano supranacional, es una importante labor a los fines de contralor previsto en el art. 64 de la CADH, en estos términos:

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

2) La Corte, a solicitud de un estado miembro de la organización, podrá darle opiniones cerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

De esta manera en los planos internacional y supranacional las opiniones consultivas para los Estados signatarios de un tratado tienen por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones asumidas. Todo ello con el fin de colaborar en la aplicación armónica del derecho vigente, difundir aquellas interpretaciones que recogen trazos sustanciales de las cláusulas convencionales, fijar estándares como guía indicativa, evitando la dispersión jurídica”.³⁶

En interpretación del artículo 64 la Corte ha señalado que conforme al mismo se le ha conferido la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente.

Por su parte están legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el capítulo X de la Carta, e igualmente todo estado miembro de la misma, sea o no parte de la Convención.

El objeto de la consulta no se limita a la Convención, sino que se extiende a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, sin que ninguna parte o aspectos de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora.

Asimismo se concede a todos los miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

En cuanto a las materias sobre las que puede recaer, se agrupan las vinculadas a la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, requerimientos

³⁶ Albanese, Opiniones consultivas y observaciones generales.

conectados a la interpretación de otros tratados relativos a derechos humanos y solicitudes de compatibilidad de leyes internas con la Convención.

Teniendo en cuenta que la palabra Ley tiene diversas connotaciones de acuerdo al Estado donde se la emplea, la Corte IDH ha precisado dicho concepto y al respecto sostuvo *“siempre que un convenio internacional se refiera a leyes internas sin calificar en forma alguna es expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales”*.³⁷

Ese concepto abarcativo de los que se considera “Ley”, a los fines del artículo 64, reconoce mayor amplitud pues la Corte IDH habilitó como objeto de consulta la consideración de proyectos de ley. En lo que hace al valor vinculante o no de los dictámenes emanados de la Corte IDH al amparo de lo establecido en el art. 64 inc. 1 del Pacto, conforme a los criterios de la Corte se han registrado dos etapas.

En una primera etapa el tribunal consideró que *“aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene en cambio, efectos jurídicos innegables”*.

En tal sentido Salvioli ha señalado que cuando se trata de las opiniones a tenor del art. 64 inc. 1, la Corte emitirá un dictamen de carácter vinculante por emanar del órgano judicial al que se le ha encomendado la interpretación autorizada de la Convención, y que solo cuando la consulta radique acerca de la compatibilidad de la legislación interna de una Estado con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, la Corte emitirá propiamente una “opinión consultiva”, que de todas maneras sería vinculante si quien la solicita es un Estado parte en la Convención.

En una segunda etapa, el tribunal supranacional al expedirse en 2014, revisó su criterio de la no vinculatoriedad de las opiniones consultivas, y afirmó que *“la Corte estima necesario recordar que, conforme al derechos internacional, cuando un estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél”*.

De allí que la interpretación que en el ejercicio de su competencia consultiva haga la Corte IDH, constituye una fuente que contribuye a garantizar los derechos humanos, incluso para los Estados de la OEA que no son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La primera vez que nuestra Corte Suprema se ocupó específicamente del valor de las recomendaciones de la Comisión, fue en oportunidad de sentenciar en “Bramajo”, oportunidad en la que reprodujo el criterio del seguimiento inaugurado en “Giroldi”.

³⁷ Corte IDH, OC 4/84 del 19/1/1984

Así en el considerando 8 de esa sentencia, el alto tribunal sostuvo que *“la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2 de la ley 23.054”*

DERECHO COMPARADO

Si bien el control de convencionalidad ha sido aceptado por Cortes Supremas de los estados como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Tribunal Constitucional de Bolivia, Suprema Corte de Justicia de la Republica Dominicana, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Suprema de Justicia de Argentina y Corte Constitucional de Colombia; fue recién en el caso “Almonacid Arellano”, cuando la Corte Interamericana enuncia el control de convencionalidad como tarea obligatoria para los jueces nacionales.

En el caso de Argentina podemos decir que la aceptación del control de convencionalidad ha sido expresa porque la Corte Suprema, en los casos “Mazzeo y Videla y Massera”, ha receptado explícitamente la tesis fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad, que fuera detallada en los casos Almonacid Arellano y Trabajadores cesados del Congreso. Sobre la base de dicha doctrina se a inaplicado normas nacionales, algunas de ellas muy importantes que eran opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por su parte los jueces inferiores, parten de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos para la interpretación constructiva o positiva del Derecho Interno, conforme a ellos. También en su versión de control destructivo o represivo de leyes y normas inferiores, en tanto el Pacto de San José de Costa Rica tiene rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución).

En el caso de Costa Rica los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos tienen rango cuasi supraconstitucional, lo que hace operar sin problemas, el control de convencionalidad. Los jueces inferiores generalmente no practican tal control, aunque elevan el caso, vía consulta de constitucionalidad, a la Sala Constitucional.

En Perú, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos tienen rango constitucional, aunque están sometidos, en el fondo y forma, al control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional, *caso Colegio de Abogados de Arequipa*). Por ende, puede haber control de convencionalidad destructivo o represivo sobre las leyes, aunque (aparentemente), no sobre la Constitución, sin perjuicio de intentarse, en todo caso, la interpretación "conforme" (o control de convencionalidad "constructivo", como lo llamamos), entre el Derecho Interno, incluida la Constitución, y los aludidos Tratados. Así en el caso “Vera Navarrete” (9/12/2004), el Tribunal Constitucional expresó que hay un mandato imperativo para todas las autoridades, en la aplicación directa de las normas consagradas en los Tratados Internacionales, como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que Perú se encuentra suscripto. Otra sentencia importante del Tribunal Constitucional es “Castillo Chirinos” (21/7/2006), donde infiere, del art. 62.3 del Pacto de San José de Costa Rica, que las sentencias de la Corte Interamericana que interpretan al Pacto, son vinculantes *"para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal"*, y aunque el Estado peruano no haya sido parte en el proceso respectivo.

En Chile existe una aceptación tacita simple del control de convencionalidad en su versión destructiva o represiva, sobre leyes (no sobre la Constitución); en donde el Tribunal

Constitucional aplica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la de otros Tribunales Internacionales, y la hace jugar en concordancia con el art. 5° de la Constitución de Chile, que enuncia el deber de respetar los derechos esenciales reconocidos por los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por tal país.

En el Salvador, a partir del año 2009, se observa también una intensa aceptación tácita del control represivo y constructivo de constitucionalidad en varios pronunciamientos. Así en el caso “Roberto Bukele”, se encuentran reiteradas citas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto por infringir la Constitución como el Pacto de San José de Costa Rica. En dicho país el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana son utilizados tanto para entender y guiar la interpretación del Derecho Nacional, como para descalificar las reglas de éste que se opongan a los dos primeros. En el caso “Herrera Ulloa”, la Sala Constitucional realizó una interpretación "conforme" de una cláusula de la Constitución con el Pacto de San José de Costa Rica, a fin de no colisionar con este, y priorizó la aplicación del Pacto sobre la legislación interna.

En Bolivia, en su anterior composición, el Tribunal Constitucional aceptó expresamente el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El nuevo Tribunal Constitucional no se ha expedido al respecto. Los jueces ordinarios, por su parte, no acostumbran inaplicar el Derecho Interno inconvencional, aunque de ser necesario, el expediente era elevado al Tribunal Constitucional, para dirimir el punto.

En Uruguay, en virtud de la ley 18.515 del año 2009, se ha propiciado un control constructivo de constitucionalidad al disponer que *"constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"*. Además se establece que se tomarán especialmente en cuenta los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, salvo que los estándares nacionales fueren más favorables para las personas.- Asimismo la Corte Suprema realizó un verdadero control implícito de convencionalidad, al declarar inconstitucional algunos artículos de la ley 15.848, o de caducidad de la pretensión punitiva del Estado por infringir el Pacto de San José de Costa Rica, recurriendo a lo establecido en el art. 72 de la Constitución, por el cual las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos pueden considerarse integradas a la ley suprema.

En Colombia, puede hablarse que existe una aceptación tácita del control constructivo de constitucionalidad por cuanto su Corte Constitucional ha hecho uso del Pacto de San José de Costa Rica y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fundar sus veredictos. Los jueces ordinarios, en acciones de tutela (que habitualmente se equipara al juicio de amparo) han ejercitado en varios casos control de convencionalidad para inaplicar reglas internas colisionantes con aquellos parámetros.

En Brasil no existen pronunciamientos explícitos sobre la aceptación o rechazo de la doctrina del control de convencionalidad en sentencias del Tribunal Supremo Federal, aunque si votos aislados que pueden fundamentarlo, y aportes doctrinarios muy terminantes al respecto, como los de VALERIO DE Mazzou, que lo propicia de modo difuso.

También hay silencio al respecto en la Suprema Corte de Justicia de México, que todavía sostiene la primacía de la Constitución sobre las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, sin perjuicio de que el control de convencionalidad, fuertemente entendido, sea auspiciado por autores como EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y García Morelos, y que algún órgano judicial haya aceptado en buena medida tal propuesta, como el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo del décimo primer circuito de México, que en el caso “Negrete”, en 2009, indico que el Derecho Convencional estaba al nivel de la Constitución, y que los tribunales domésticos, nacionales y estatales, deben realizar un control de convencionalidad sobre las disposiciones jurídicas internas.

En Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sostuvo en 2009 que como la Constitución de dicho Estado no decía nada acerca de que el Pacto de San José de Costa Rica se encontraba por encima de la Constitución, esta tenía superioridad sobre aquel. En tal caso se invocó el art. 7 de la Constitución Venezolana, que establece que la Constitución *"es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución..."*. A ello se sumaba que la Sala Constitucional aludida, en cuanto interprete final de la Constitución, se había arrogado ejercer sobre las sentencias de la Corte Interamericana, una suerte de exequatur, o "pasavante", a fin de determinar si son compatibles o no con la Constitución venezolana, declarando inejecutables a algunas de ellas (sentencia 1936, del 12 de diciembre de 2008). De esta manera se subordinaba el control de convencionalidad al control de constitucionalidad. Recien el 15 de mayo de 2019, la Asamblea Nacional en sesión ordinaria aprobó el reingreso de Venezuela a la Convención Americana de los Derechos Humanos a través del *"Acuerdo Para Restablecer la Vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y la Protección Internacional que ofrecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"*. Con lo cual se reafirmó el pleno derecho y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.-

CONCLUSIÓN

Luego de haber realizado el desarrollo del tema que me propuse abarcar tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial entiendo que hoy no hay duda, a la luz de lo que fue expuesto, que el control de convencionalidad es obligatorio y que por tanto los operadores jurídicos deben conocer a fondo y con detalle la jurisprudencia de la Corte IDH.

La salvaguarda de los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, así como también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales, es una misión que recae tanto en los jueces como en los órganos nacionales, quienes deberán realizar una comparación entre el derecho local y supranacional, a fin de velar por el *efecto útil* de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así los organismos judiciales internos deben ante todo cumplir con una inspección de constitucionalidad, para evitar que se infrinja la Carta Suprema del país y en paralelo ver si tales decisivos son acordes a las convenciones internacionales ratificadas por la Argentina.

Este es el desafío que enfrenta el Derecho para construir un verdadero Estado Constitucional.

Las nuevas fronteras entre derecho nacional, tras la recepción del derecho internacional son hoy más borrosas que nunca y por ello resulta de vital importancia desarrollar una mentalidad más afín a los pronunciamientos e interpretaciones que realice la jurisdicción interamericana sobre los derechos humanos, y ese será el mayor reto para los operadores jurídicos.

Esto es, velar porque el respeto por la persona humana se materialice en la realidad y con cada una de las resoluciones que se tomen en el marco de la propia competencia.

Este control debe desplegarse sobre las normas y sobre los actos jurídicos que, de modo eventual, violen derechos y garantías avalados por los tratados a los que se comprometió Argentina.

Todo ello reclama un nuevo rol en la judicatura, en los operadores principales de la justicia y del derecho, y de todos los órganos del Estado, lo que lleva necesariamente a que al momento de adoptar una resolución -sea de la índole que fuere- ya no se está atado a la literalidad de la norma, sino que se debe acudir a una pluralidad de fuentes y concretar una interpretación contextual y armónica del ordenamiento jurídico.

Nuestro Estado ha aceptado voluntariamente formar parte de un tratado internacional como la Convención Americana, de allí que todos sus órganos, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a tutelar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

De allí que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles tienen la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas

internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

El desarrollo progresivo de los derechos humanos, tal como ha sido expresado por la Corte IDH, el carácter dinámico de las “condiciones de vigencia de los tratados de derechos humanos”, exige el esfuerzo de complementación y coordinación del derecho nacional e internacional en lo que hace a la interpretación conforme a la protección de los derechos humanos, porque la finalidad del sistema es lograr que las decisiones se tomen conforme a los estándares internacionales.

En este sentido se ha expedido el profesor Néstor Sagüés al señalar que *“en rigor de verdad, el juez local tendría que comenzar su análisis de la norma nacional a partir del Pacto de San José y de la aludida jurisprudencia, antes que iniciar el entendimiento de ella con los insumos jurídicos nacionales. Eso se explica por el realmente muy importante proceso de adaptación y de conformación de la regla interna con los parámetros externos ya perfilados, que deben iluminar y guiar la comprensión y la efectivización de las normas locales”*.

Es así que debemos bregar por una judicatura y por órganos del estado en su totalidad que sean guardianes de la convencionalidad de las leyes –federales y locales–, y demás actos nacionales, en donde en su tarea diaria se realice un test de compatibilidad entre éstos y la Convención Americana en pos de un mayor respeto por los derechos humanos

BIBLIOGRAFIA

1. SAGÜÉS, Néstor Pedro; Estudios Constitucionales, Año 4 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2006, “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”; páginas 17 a 32.-
2. FERREYRA, Raúl Gustavo; “La Corte Suprema de Justicia Argentina y el Control de Constitucionalidad: vicisitudes y retos al papel institucional del Tribunal” (Universidad de Buenos Aires) ponencia presentada en el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Tema II 1. “Derecho Constitucional”. 2. “Control de Constitucionalidad” organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México DF del 9 al 14 de Febrero de 2001.-
3. ROSATTI, Horacio; “El llamado “Control de Convencionalidad” y el “Control de Constitucionalidad” en la Argentina”. (Publicado en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, lunes 13 de febrero de 2012, pág. 1 y ss.).-
4. GUADAGNOLI, Romina Soledad; “Análisis del sistema de control constitucional argentino” – 15 de noviembre de 2013 – (www.infojus.gov.ar) Id SAIJ: DACF 130342.-
5. JARA, Ariadna Elizabeth; “Control de Convencionalidad en Argentina” en www.derecho.unc.edu.ar/njrj/revista-no-1/derecho-publico (Universidad Nacional de Córdoba – Facultad de Derecho).-
6. GOMARA, Juan Pablo; LAVALLE, Agustín Matías y ZURITA, Raúl Vicente; www.defensapublica.org.ar – “Del Control de Constitucionalidad al Control de Convencionalidad”.-
7. SAGÜÉS, Néstor P.; “El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales”; en La Ley; Año LXXIII, Nro. 35, jueves 19 de Febrero de 2009; Pág. 2.
8. HITTERS, Juan Carlos; “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.-
9. SAGÜÉS, Néstor P., Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2009-B, p1.
10. VILLANUEVA, Marcos Agustín; “El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales” en su ponencia en el Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados – Democracia y Derechos – del 31 de mayo y 1° de junio de 2013 – Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.-
11. TRUCCO, Marcelo F.; “El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales”.
12. Control de Convencionalidad – Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Nro. 7
13. BIANCHI, A. (2010). “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”. En La Ley -E, 1090. Buenos Aires, 23 de septiembre de 2010.
14. FERRER, E. y PELAYO, C. (2012). “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. En Estudios Constitucionales.
15. GELLI, M. (2012). “El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso ‘Acosta’)”.
16. HITTERS, J. (2012). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”.

En El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales. México. FUNDAp.

17. BAZAN, El control de convencionalidad y la necesidad de identificar un adecuado diálogo jurisprudencial
18. BINDER, ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina?
19. 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.

A

ALCANCE DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN NUESTRO DERECHO, 16

B

BIBLIOGRAFIA, 41

C

CONCEPTO, 8

CONCLUSIÓN, 39

CONSIDERACIONES PREVIAS, 3

D

DERECHO COMPARADO, 36

F

FUNDAMENTO JURÍDICO, 14

I

INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH EN NUESTRO DERECHO, 26

INCIDENCIA DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH, 33

INTRODUCCION, 2

N

NIVELES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, 25

O

ORIGENES, 9

S

SUJETOS QUE EJERCEN EL CONTROL, 22

T

TIPOS DE CONTROL, 15

TRATADOS CUYA PRIMACIA SE DEBE PRESERVAR, 19

eIn