

Herramientas para optimizar el ejercicio del control de convencionalidad a cargo de los tres poderes del Estado

por MARCELO F. TRUCCO(*)

Sumario: I. DEDICATORIA ESPECIAL. – II. INTRODUCCIÓN: DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS “CONOCIDO” AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS “EFICIENTE” EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS. – III. LA NECESARIA ARMONÍA DE LOS PODERES ESTATALES PARA RESPETAR Y GARANTIZAR LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES. – IV. DIMENSIONES Y ALCANCES DEL EJERCICIO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD. – V. PAUTAS PARA EL CONTROL LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDAD. – VI. ASPECTOS DISTINTIVOS DEL CONTROL EJECUTIVO DE CONVENCIONALIDAD. – VII. REFLEXIONES FINALES: CÓMO MEJORAR LA INVOCACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH EN CASOS PARTICULARES.

I. Dedicatoria especial

Quiero dedicar las siguientes reflexiones y mi eterno agradecimiento al querido maestro Néstor P. Sagüés, quien ha inspirado en mí la pasión por profundizar los contornos y alcances del control de convencionalidad y, en general, la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos. Sin duda, sus enseñanzas, su inteligencia para poder identificar los problemas actuales del control de convencionalidad y su claridad para abrir nuevos debates y horizontes posibles quedarán para siempre presentes en quienes tuvimos el enorme honor de formarnos a su lado. Querido Néstor: que tu humildad, sabiduría y pasión por la docencia sean el faro que nos siga iluminando en el recorrido académico y en la búsqueda de la mejor promoción y defensa de los derechos y libertades de todas las personas.

II. Introducción: del derecho internacional de los derechos humanos “conocido” al derecho internacional de los derechos humanos “eficiente” en los ordenamientos internos

A mediados del siglo XX, el reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional tuvo un im-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Mendoza en punto al control de convencionalidad en el marco del control de constitucionalidad*, por VÍCTOR ENRIQUE IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2015-475; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACEGA, EDCO, 2010-580; *El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio*, por ISABEL GRILLO, EDCO, 2011-330; *La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2012-327; *Algunas inquietudes en torno al control de convencionalidad*, por MATÍAS SUCUNZA, EDCO, 2013-327; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*, por ALFREDO M. VITOLO, EDCO, 2013-637; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial*, por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2017-58; *El desenlace del conflicto entre la Corte Suprema argentina y la Corte interamericana*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 275-938; *La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por EDUARDO BUENADER, ED, 279-489; *El Poder Ejecutivo frente al sistema internacional de derechos humanos y la ejecución de sentencia internacional*, por MARÍA MACARENA ALURRAIDE URTUBEY, ED, 280-688; *La República Argentina ante la Corte IDH: año 2018*, por PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO, ED, 283-659; *El margen de apreciación nacional en la lectura de los tratados internacionales: ¿laberinto o techo del derecho internacional de los derechos humanos?*, por LAUTARO E. PITIER y RICARDO G. RINCÓN, ED, 283-795; *La revisión de la cosa juzgada nacional frente a las sentencias de la Corte IDH*, por SERGIO NICOLÁS JAILI, ED, 284-919. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Pontificia Universidad Católica Argentina). Docente de Derechos Humanos (Pontificia Universidad Católica Argentina) y de Derecho Internacional Público (UNR). Docente de Posgrado en temas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en diversas universidades nacionales y del extranjero. Autor de libros y artículos sobre la especialidad.

pacto significativo. Desde aquel momento, la comunidad internacional entendió que el mundo de la posguerra no podía reconstruirse sino a partir de repensar los valores y los principios que deben ser reconocidos por las normas, teniendo siempre en el horizonte el respeto por la dignidad humana. Fue entonces que, a partir de consensos mínimos plasmados en instrumentos universales y regionales de derechos humanos, se edificó el derecho internacional de los derechos humanos como espacio coadyuvante y complementario a la protección hasta ese momento solo prevista en los ordenamientos internos.

A lo largo de las siguientes décadas –y con mayor énfasis en nuestro país a partir de la reforma constitucional de 1994– las convenciones en materia de derechos humanos se ofrecen como herramientas que, respetando su fuente internacional, conviven con las normas de fuente doméstica en el propósito de adoptar la decisión que resulte más favorable a la persona humana. La creciente invocación de tratados internacionales de derechos humanos, de interpretaciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en casos contenciosos y en opiniones consultivas dan muestra del creciente desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y su aplicación de manera transversal en todas las ramas del derecho. Tal dinamismo implica que ya ningún operador pueda invocar el “desconocimiento” de las normas internacionales como justificación para su falta de aplicación.

Frente a esta realidad se imponen las siguientes preguntas: ¿Basta solo con el mero conocimiento de la “existencia” de la ratificación por parte de nuestro país de los instrumentos internacionales universales y regionales de derechos humanos? ¿Puede un estado “conformarse” con ese reconocimiento formal de los compromisos en sede internacional? Necesariamente, las respuestas nos llevan a advertir, por un lado, que estamos pasando de una etapa de conocimiento de las convenciones a una etapa en donde hay que insistir en su efectiva aplicación. Es decir, de nada sirve firmar todos los tratados internacionales si luego no se adoptan a nivel interno las medidas legislativas, las políticas públicas y las decisiones judiciales necesarias para satisfacer realmente los derechos y libertades reconocidos convencionalmente. El desafío es, sin duda, trabajar para dotar de eficacia y de efecto útil a las obligaciones internacionales.

De cara a ese objetivo, cobra relevancia la necesidad de practicar un adecuado control de convencionalidad en sede nacional, dado que la operatividad y cumplimiento de las obligaciones internacionales deben hacerse presentes en las políticas públicas y normas orientadas a tutelar en la realidad cotidiana, en el día a día, los derechos fundamentales de millones de personas que reclaman la protección de los Estados. La propia Corte IDH ha señalado que “[l]os Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos”⁽¹⁾.

III. La necesaria armonía de los poderes estatales para respetar y garantizar las obligaciones internacionales

Las obligaciones internacionales deben ser asumidas por el Estado en su conjunto. Un órgano o poder estatal no puede desligarse del compromiso bajo la excusa de que la tutela de un derecho determinado excede su competencia. En este sentido, conviene recordar las palabras del ex juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, quien, en ocasión de brindar su voto razonado en el caso “Myrna Mack Chang”, sostuvo: “[...] [p]ara los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale

(1) Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional vs. Perú”. Competencia, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 36. Se eliminó el resaltado del original.

el derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”⁽²⁾.

Primigeniamente, la Corte IDH puso en manos del Poder Judicial la obligación de dar efectividad a los derechos reconocidos convencionalmente. Así, sostuvo en “Almonacid Arellano” 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”⁽³⁾. Tiempo más tarde, el Tribunal regional concretó debidamente los alcances del control de convencionalidad al sostener con claridad que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”⁽⁴⁾.

Esta amplitud con que está concebida la obligación de verificar a nivel doméstico la garantía de derechos y libertades ratificados convencionalmente nos recuerda que el Estado es uno solo. Dicha comprensión implica que, si bien por el principio republicano de división de poderes las competencias son distribuidas y ejercidas por poderes distintos e independientes, ello no obsta que, al momento de asumir la responsabilidad internacional, la obligación sea ejercida por todos los que expresan la voluntad del Estado, ya sea en el ámbito ejecutivo, legislativo y judicial.

Tal obligación, compartida por los tres poderes del Estado, refuerza la necesidad del diálogo interinstitucional al momento de garantizar los derechos. La decisión que la justicia adopte sobre un caso determinado muchas veces depende, en su concreción y en su eficacia, de la participación de otros actores institucionales. Existe, en ciertas ocasiones, el temor a que entre los poderes se “invadan” esferas de competencias mutuas. En realidad, si bien la independencia y la separación de poderes están arraigadas en principios constitucionales, lo cierto es que, dentro del cuidado respetuoso de dichas competencias, debería articularse –en un sentido coadyuvante y complementario– las políticas necesarias a la debida satisfacción de los derechos de los habitantes. Recordemos que, desde sus primeras sentencias, la Corte IDH remarcó que la obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención (CADH) “implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁽⁵⁾.

Esta necesaria articulación entre los poderes ratifica lo sostenido anteriormente en orden a que, en la mayoría de los casos, la violación a las obligaciones convencionales queda configurada por la inacción de uno de los órganos estatales, por “no hacer lo debido” en el marco de sus competencias. Bien sostiene Sagüés que “si un Estado firma una convención, que según la Constitución debe cumplirse, la inacción del Estado para dictar las normas locales consecuentes para cumplir con aquella convención, o de instrumentar las políticas públicas de ejecución de la convención o tratado, importa un acto de omisión inconventional”⁽⁶⁾, y que “[e]stas inconventionalidades pueden detectarse también en el diseño (o en la falta de diseño) de ciertas políticas públicas. Por ejemplo, en ‘Campo Algodonero’ [...] la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado por no implementar políticas que hubieran permitido impedir violaciones a

derechos humanos. Como anticipamos, ha dicho igualmente que los estados no pueden alegar dificultades económicas o previsiones presupuestarias insuficientes, para justificar situaciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente al ser humano (‘Montero Aranguren’ [...] y ‘Vélez Loor’ [...])”⁽⁷⁾.

IV. Dimensiones y alcances del ejercicio del control judicial de convencionalidad

En el objetivo de hacer efectiva la compatibilidad de las normas internas con las convenciones adoptadas por el Estado, los jueces tienen un rol determinante. Son ellos quienes expresan la voluntad del Estado plasmada en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, si bien no se duda del ámbito de libertad y sana crítica que tiene el operador judicial al momento de interpretar y hacer cumplir las normas, desde que el Estado, ratificó los tratados y aceptó la competencia de los órganos internacionales, el margen de discrecionalidad judicial encuentra límites. El apartamiento injustificado de las obligaciones internacionales al momento de decidir un asunto determinado puede comprometer gravemente la responsabilidad internacional del Estado⁽⁸⁾.

Como se anticipó, la Corte IDH pone no solo en los jueces, sino de manera más amplia en “todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”⁽⁹⁾ la garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales. Esto implica que los jueces, además de ser jueces nacionales –es decir, de hacer cumplir en los casos que se le presentan a su competencia la Constitución y demás normas del país– se convierten también en “jueces del sistema interamericano y universal de derechos humanos”, dado que descansa en ellos el efectivo acatamiento a nivel interno de los mandatos y estándares convencionales. El control primario de convencionalidad a cargo de los jueces asume una importancia fundamental, especialmente porque los fallos y decisiones judiciales que firman quedan incluidos entre “las otras medidas” que los Estados se obligan a adoptar para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en las convenciones⁽¹⁰⁾.

La obligación que tienen los jueces de realizar de oficio el control implica, por un lado, no poder excusar su práctica bajo el argumento de la falta de invocación convencional dada por las partes, pero además significa la tarea del magistrado local para buscar y (eventualmente encontrar) el instrumento o la interpretación internacional que resulte más pertinente para tutelar los derechos denunciados en un caso determinado. Muchas veces suele ocurrir que las partes invocan tratados internacionales que no se vinculan concretamente con lo discutido en un asunto concreto o bien que pretendan convencer al magistrado sobre la base de cláusulas o jurisprudencia internacional “recortada” o “sacada de contexto”, lo que claramente obsta a una correcta aplicación del derecho convencional en ese asunto doméstico.

Asimismo, los operadores judiciales deben hacer el test de convencionalidad de manera completa. Es decir, deben analizar la adecuación de las reglas jurídicas internas con los tratados internacionales, pero también tener en cuenta la compatibilidad con la interpretación o alcance que de esos derechos realizó la Corte IDH. Así lo señaló expresamente el Tribunal regional al decir que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben 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”⁽¹¹⁾.

(7) Sagüés, Néstor P., “La inconventionalidad por omisión...”, op. cit.

(8) Téngase presente que numerosos casos que llegan a la competencia contenciosa de la Corte IDH se originan en decisiones judiciales inconventionales.

(9) Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 22.

(10) En el caso de la CADH, véase al respecto el artículo 2.

(11) Además del citado caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, la Corte IDH mantuvo dicha interpretación en numerosos casos, por ejemplo, Corte IDH, caso “Liakat Ali Alibux vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Corte IDH, caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311 y Corte IDH, caso “Colindres Schonenberg vs. El Salvador”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de febrero de 2019, Serie C No. 373, párr. 75.

(2) Corte IDH, caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

(3) Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; párr. 124.

(4) Corte IDH, caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.1.

(5) Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

(6) Sagüés, Néstor P., “La inconventionalidad por omisión: Niveles y perspectivas”, *Revista Jurídica del Noroeste Argentino*, número 1, diciembre de 2019, Cita IJ-CMVIII-874.

En la práctica, se advierten numerosas decisiones judiciales donde se analizan los alcances de un determinado derecho convencional, pero en “sintonía nacional”, es decir, conforme la interpretación (o “modulación”, al decir de Sagüés) dada por intérpretes locales. Este error parte de no reconocer que las convenciones tienen una naturaleza internacional propia e intérpretes internacionales propios que señalan las condiciones de vigencia con que dichos instrumentos deben aplicarse a nivel interno. En esta obligación de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH no debe olvidarse que quedan incluidas las opiniones consultivas brindadas por el Tribunal. La Corte IDH ha despejado toda duda sobre el valor vinculante, obligatorio de sus opiniones consultivas, haciendo a estas también parte del control de convencionalidad.

Así lo afirmó al decir que “estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’”⁽¹²⁾.

En relación con los efectos del control, en la actualidad debe preferirse agotar los recaudos a los fines de poder generar un control constructivo de convencionalidad, es decir, aplicar e interpretar las normas y prácticas internas conforme las obligaciones convencionales y no contra ellas, de manera de rescatar o salvar la normativa doméstica antes de declarar su invalidez o declararlas inaplicables para el caso concreto (control destructivo de convencionalidad). La construcción de “interpretaciones conformes” puede asumir distintas variables o modalidades cuya eficacia dependerá de la sagacidad y oficio del operador local para dotar de mayor concreción a la tutela de derechos y libertades comprometidos. Es la exigencia actual de un activismo judicial, que requiere de jueces que intervengan con dinamismo en el proceso, buscando, interpelando e incluso comprometiendo en el abordaje de complejos asuntos jurídicos a otros actores institucionales. Compartimos la reflexión de Sagüés cuando sostiene que “[n]aturalmente, todo este manejo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales”⁽¹³⁾.

Por otra parte, debe reconocerse que aún persiste cierta resistencia en ámbitos judiciales en torno a seguir las interpretaciones formuladas por la Corte IDH o bien las decisiones adoptadas por la CIDH u otros comités del sistema universal de protección. Pienso que, para alejar estas tensiones, debe recordarse que en ningún momento el derecho internacional exige la aplicación “robótica”, automática o descontextualizada de sus interpretaciones. Si bien, en principio, es obligación convencional el acatamiento y cumplimiento de las convenciones y de las decisiones de la Corte IDH, debe siempre analizarse su aplicación en el caso concreto. Deben tenerse en claro las vías legítimas de evasión de las obligaciones internacionales asumidas como, por ejemplo, la posibilidad de aplicar la norma o interpretación más favorable contenida en una norma o interpretación doméstica (principio *pro persona*) o bien fundamentar la “evasión legítima” de un precepto o interpretación internacional alegando un margen de apreciación local.

El conocimiento por parte de las autoridades judiciales de todo lo vinculado a la aplicación y efectos del derecho internacional de los derechos humanos resulta absolutamente necesario para adaptar la aplicación del ordenamiento interno a los nuevos paradigmas constitucionales y convencionales, y así fortalecer la correcta administración de justicia. En este sentido, cobra trascendencia la necesidad de evaluar debidamente en los concursos de magis-

trados el conocimiento de derecho internacional de los derechos humanos⁽¹⁴⁾.

V. Pautas para el control legislativo de convencionalidad

La tutela de los derechos y libertades consagradas en las convenciones de derechos humanos debe ser acompañada, a nivel interno, por normas que logren concretar de manera efectiva aquella protección. En este sentido, el art. 2 de la CADH recuerda el compromiso que asumen los Estados partes de “[...] adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas [...] que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La obligación de realizar control legislativo de convencionalidad es resaltada por la Corte IDH en varios antecedentes. Entre otros, el Tribunal sostuvo que los efectos de las disposiciones de la CADH no pueden verse mermados “por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”⁽¹⁵⁾. En otro caso⁽¹⁶⁾, como se ha explicado, la Corte IDH remarcó que “el control de convencionalidad que deben hacer los operadores nacionales, jueces incluidos, versa tanto sobre la aplicación como respecto de la emisión de normas”⁽¹⁷⁾, y agregó, en su labor consultiva, que “un tratado internacional, por ejemplo, la CADH, obliga a todos los órganos del Estado parte, incluyendo al Poder Judicial y al Legislativo (Corte IDH, OC 21/14)”. A su vez, y en relación con el contenido de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, la Corte IDH indicó que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”⁽¹⁸⁾.

Cabe aclarar que hablamos del Poder Legislativo en sentido amplio, incluyendo los ámbitos legislativos nacionales, provinciales y también los municipales (concejos deliberantes). Asimismo, vale también para las convenciones constituyentes que deben analizar proyectos de reforma constitucionales. A ellos también les cabe la obligación de realizar el control de convencionalidad para que esa reforma constitucional resulte conforme a las convenciones internacionales ratificadas por el país.

Si se sigue a Sagüés, el “control legislativo” de convencionalidad supone el deber del Estado a “modificar, adaptar y en su caso abolir”⁽¹⁹⁾ las normas opuestas al bloque de convencionalidad o a la jurisprudencia de la Corte IDH (en ocasiones dicha obligación ha sido ordenada por la Corte IDH a modo de reparación y como garantía de no repetición ante violaciones de derechos consagrados en la CADH⁽²⁰⁾). A su vez, dice Sagüés, puede implicar “sancionar las normas que por compromisos internacionales debe emitir”, como así también abarca la obligación de “no dictar normas contrarias al bloque de convencionalidad de ese Estado o la jurisprudencia de la Corte Interamericana”⁽²¹⁾. Esta última obligación revela que hay límites a lo “debatible” legislativamente. Muchas veces hay proyectos de normas que se discuten en los ámbitos legislativos existiendo obstáculos conven-

(14) Incluso, el apartamiento manifiesto y reiterado de los preceptos e interpretaciones convencionales ha generado el pedido de *jury* de enjuiciamiento y de destitución de magistrados porque compromete gravemente la responsabilidad del Estado que representan.

(15) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011.

(16) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de resolución del 20 de marzo de 2013.

(17) Sagüés, Néstor P., “La inconvencionalidad por omisión...”, op. cit.

(18) Corte IDH, “Cinco Pensionistas vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 164, con cita de varios casos anteriores.

(19) Sagüés, Néstor P., “La inconvencionalidad por omisión...”, op. cit.

(20) Pueden mencionarse algunos ejemplos de casos contra Argentina. Así, en el caso “Kimel vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C 177) se ordenó adecuar la figura de calumnias e injurias de la legislación penal de manera que la regulación no afecte la libertad de expresión. En el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260) la Corte IDH obligó al país a ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados en la sentencia en materia de justicia penal juvenil.

(21) Sagüés, Néstor P., “La inconvencionalidad por omisión...”, op. cit.

(12) Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21, párr. 31. Se omitieron las citas al pie de página.

(13) Sagüés, Néstor P., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, Bogotá, 2015, págs. 141-149.

cionales para avanzar en su tratamiento y eventual aprobación⁽²²⁾.

Una nota distintiva del control legislativo con perspectiva de derechos humanos es la necesidad de su práctica con carácter preventivo, pues procura evitar que una ley sea declarada inconstitucional o inconvencional por el órgano judicial y así evitar la posible responsabilidad internacional del Estado. Una posibilidad poco utilizada por los estados es consultar a la Corte IDH sobre la convencionalidad de ciertos proyectos legislativos, más cuando estos abordan temas de gran sensibilidad en la opinión pública. Dicha posibilidad se encuentra habilitada expresamente por la CADH, en el artículo 64.2: “La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

A los fines de pensar cómo puede optimizarse el ejercicio del control de convencionalidad en los ámbitos legislativos resultaría práctico, por un lado, revisar adecuadamente el contenido de los proyectos legislativos a los fines de realizar los “ajustes convencionales” necesarios que permitan eliminar las cláusulas que se muestren incompatibles con los parámetros internacionales; y, por otro lado, recordar que las convenciones internacionales de derechos humanos siempre constituyen bases de consenso “mínimas” que los estados asumen cumplir, son pisos pero nunca techos, lo que implica que las leyes internas están llamadas a ampliar, enriquecer y mejorar los alcances y protecciones plasmados en los tratados internacionales.

Como podemos apreciar, la relevancia que asume el control de convencionalidad en cabeza del Poder Legislativo debe llevar a redoblar el esfuerzo en la adecuada capacitación de nuestros legisladores y legisladoras y de sus cuerpos de asesoría para un ejercicio responsable de tan importante función⁽²³⁾.

VI. Aspectos distintivos del control ejecutivo de convencionalidad

La realización del control “ejecutivo” de convencionalidad ofrece alcances particulares. Por un lado, encuentra su fundamento en que su realización “es función y tarea de cualquier autoridad pública”⁽²⁴⁾, y debe ser practicado por “todas las autoridades de un Estado parte en la Convención”⁽²⁵⁾. Comprende, entonces, al presidente de la Nación (como máxima autoridad) y alcanza de manera amplia a gobernadores, intendentes, ministros, secretarios, directores y demás funcionarios del Estado a nivel nacional, provincial, municipal, comunal. El Tribunal regional, con claridad, sostuvo que “[e]l respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención”⁽²⁶⁾.

El control se orienta especialmente a que las normas que los órganos ejecutivos emitan (decretos, resoluciones, ordenanzas, protocolos de actuación y cualquier otra regla jurídica) resulten compatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos, con la jurisprudencia de la Corte IDH y con las recomendaciones dictadas por los comités universales y regionales de protección. Pienso que, aquí también, el control ejecutivo de convencionalidad debe manifestarse de manera preventiva, es decir, de modo que se evite la adopción de disposiciones contrarias al bloque de convencionalidad⁽²⁷⁾. En esta manifestación preventiva, Sagüés incluye la opción del “veto u objeción presidencial a un proyecto de ley, que bien puede fun-

darse, llegado el caso, en el hecho de que esa iniciativa legislativa vulnere alguna disposición del derecho internacional de los derechos humanos”⁽²⁸⁾.

En relación con los efectos que puede generar el control ejecutivo de convencionalidad, podría pensarse en la posibilidad de que, como consecuencia del control, un decreto del Poder Ejecutivo deje sin efecto, inaplique, un decreto precedente al cual se reputa inconvencional⁽²⁹⁾.

El control ejecutivo de convencionalidad no solo debe verificarse en relación con la emisión de normas, sino que también abarca la necesidad de que las políticas públicas y prácticas estatales también resulten conformes a los tratados internacionales y a la jurisprudencia de la Corte IDH. El artículo 2 de la CADH resulta claro al exigir, por parte de los estados, la adopción de “cualquier otra medida” que sea necesaria para satisfacer los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Precisamente, esas “otras medidas” aluden a las políticas públicas que se decidan desde los órganos ejecutivos y que deben acompañar la protección brindada por las normas jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en políticas públicas de niñez, en materia de discapacidad, políticas orientadas a eliminar toda forma de violencia contra las mujeres, o en prácticas dirigidas a respetar especialmente la libertad y la seguridad.

Por otra parte, hay otra dimensión del control ejecutivo. En este caso, vinculado a los actos de la administración pública y demás entes descentralizados. La obligación que pesa sobre la administración de velar por la aplicación efectiva de los derechos consagrados convencionalmente representa un desafío actual que debe ser tomado con seriedad y responsabilidad. No debe olvidarse que la Corte IDH obliga a interpretar, con un alcance amplio, las garantías contempladas en el artículo 8 de la CADH. Así, en el caso “Baena vs. Panamá”, remarcó que “[...] la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso [...]”⁽³⁰⁾.

VII. Reflexiones finales: cómo mejorar la invocación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte IDH en casos particulares

Si bien hemos reflexionado sobre la obligación que recae en los tres poderes del Estado de realizar control de convencionalidad, los abogados particulares también tienen una gran responsabilidad en adquirir las herramientas necesarias para invocar correctamente el derecho internacional de los derechos humanos y así contribuir a su mayor efectividad a nivel interno. En ese sentido, la primera recomendación apunta a evitar la invocación de los instrumentos internacionales de derechos humanos con la creencia de que, cuantos más tratados se mencionan, más probabilidades tengo de que mis pretensiones sean aceptadas. No es un problema de cantidad, sino de seleccionar el instrumento internacional y luego la cláusula más específica en la que pueda justificar la obligación de su cumplimiento. Se advierte, en muchos escritos, que solo se menciona la normativa o la jurisprudencia, pero no se la “trabaja” en el marco del caso concreto en la que se la está invocando. En otras palabras, se requiere que dicha enunciación sea acompañada doctrinariamente, ubicándola en una determinada estrategia de litigio en clave convencional.

A su vez, hay que “animarse” a invocar la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos administrativos, de modo de generar la real conciencia de que la administración pública debe dar res-

(22) Por ejemplo, no podría pensarse una ley que reestableciera amnistías para casos de graves violaciones a derechos humanos o una normativa en nuestro país que intentara reestablecer la pena de muerte para ciertos delitos.

(23) Trucco, Marcelo, *Control de convencionalidad (en pocas palabras)*, Buenos Aires, Editorial Dunken, 2021, pág. 71.

(24) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

(25) Corte IDH, caso “Gorogoiita vs. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de septiembre de 2019, párr. 55.

(26) Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 68.

(27) Resulta importante en este caso el adecuado asesoramiento previo de órganos técnico-legales que puedan realizar este análisis de convencionalidad.

(28) Sagüés, Néstor P., *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad*, Colombia, Tirant Lo Blanch, Konrad Adenauer, 2020, pág. 76.

(29) Sería un típico supuesto de control “destructivo o negativo” de convencionalidad. Por ejemplo, la decisión del entonces presidente Alberto Fernández de derogar, en el año 2021, el decreto 70/2017 (BO: 30/01/2017) sancionado por el expresidente Macri, por entender que este decreto violaba obligaciones convencionales relativas al debido proceso vinculado a extranjeros y personas migrantes.

(30) Corte IDH, caso “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párr. 126.

puestas de manera efectiva y así evitar la judicialización de casos cuya respuesta debería venir de instancias no judiciales, que garanticen sin demora la tutela efectiva de derechos y libertades reconocidas convencionalmente.

Otro aspecto para tener en cuenta radica en exigir el cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos con la fuerza que nos otorga la propia Constitución Nacional. Proponer de manera enfática ante las autoridades judiciales y administrativas la obligación que tienen de realizar el control de convencionalidad al momento de aplicar una regla jurídica interna. Tratar de alegar la jurisprudencia de la Corte IDH, pero en un contexto determinado. No forzar o recortar interpretaciones sacadas de contexto o queriendo hacer decir a la Corte IDH cosas que el Tribunal no dijo. Para ello habrá que mantenerse actualizado en las novedades de jurisprudencia de la Corte IDH, tanto en materia contenciosa como consultiva, revisar sus cuadernillos de sistematización, identificar los nuevos alcances que el Tribunal va otorgando a ciertos derechos y notar cuando la Corte IDH abandona un determinado estándar interpretativo que venía sosteniendo en anteriores fallos. Estar actualizado permitirá aportar visiones novedosas que pueden plantearse ante autoridades judiciales o administrativas.

En definitiva, y como se puede apreciar a lo largo de este breve recorrido, el control de convencionalidad –a casi veinte años de sus primeras formulaciones por la Corte IDH– nos interpela e invita a redoblar el esfuerzo, a cada uno en el ámbito profesional donde le toque actuar, para dar plena vigencia a nivel local a los derechos humanos ratificados en sede internacional. En esa tarea, la labor comprometida y orientada a alejar las tensiones que históricamente existieron al concebir las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos internos nos recordará que la mirada siempre debe dirigirse hacia la dignidad de la persona humana, auténtica y final destinataria de toda protección.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER JUDICIAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - PROCESO JUDICIAL - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - TRATADOS Y CONVENIOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO COMPARADO - DERECHOS HUMANOS - PODER EJECUTIVO - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - PODER LEGISLATIVO