

Primer Encuentro Italo – Argentino – Brasileño de Derecho Constitucional

(5 al 8 de marzo de 2013 – Parma – Ravenna – Bologna)

Universita Degli Studi de Bologna – Universita Degli Studi di Parma

Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sezione Italiana)

Panel N° 3: “Diálogo Interjurisdiccional (vertical y horizontal) entre tribunales nacionales e internacionales)

Exposición del Relator argentino: Dr. Jorge Alejandro Amaya (Universidad de Buenos Aires).

“Del monólogo referencial del control de constitucionalidad al diálogo bidireccional del control de convencionalidad”

Sumario: I. Introducción; II. El monólogo referencial con la Corte Suprema de los Estados Unidos en el ejercicio del control de constitucionalidad; III. El principio de supremacía constitucional y sus cambios. Incorporación de la Republica Argentina al sistema interamericano. El reconocimiento de la competencia de la Corte IDH; IV. El diálogo interjurisdiccional con la Corte IDH. Sus distintas intensidades; V. La cuestión de la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH; VI. La obligatoriedad para todos los poderes públicos de los Estados: efectos erga omnes; VII. El control de convencionalidad. Actuación de oficio.

I. Introducción.

La lucha del constitucionalismo por la limitación del poder y el reconocimiento y vigencia de los derechos del ser humano aspira – en su largo derrotero desde el siglo XVII - a la integración de un Derecho Universal o “ius comune universalis” que se funda en los valores que emanan de la dignidad humana a través de su

denominación moderna de derechos humanos que recuerda al derecho natural, como magistralmente expusiera el gran profesor de esta Alta casa de Estudios Giuseppe de Vergottini¹.

Así, los derechos han sido el motor fundamental de las luchas de la humanidad por un orden más justo. El derecho Constitucional ha estado y sigue estando, con mayor o menor intensidad en distintos países del mundo, motivado por la idea de que solo el Estado de Derecho, es decir solo un estado organizado con sujeción a la ley y fundado en la soberanía popular, puede garantizar la libertad y los derechos.

Esta aspiración, que sufrió duros embates por los regímenes totalitarios en nombre de la soberanía estatal absoluta, generó - luego de la catástrofe de la Segunda Gran Guerra -un orden caracterizado por la internacionalización de los derechos en los ámbitos regionales (en América la Organización de Estados Americanos – OEA) y en el universal de las Naciones Unidas (UN), lo que provocó la apertura y universalización del derecho constitucional y su integración con el derecho internacional, para dar nacimiento a una nueva disciplina: el denominado derecho de los derechos humanos.

Esta nueva disciplina nos ha traído diversas técnicas normativas, ya sea de declaración, de interpretación e incluso de constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos, creando un espacio común de los derechos. Se ha configurado así lo que ha dado en llamarse —siguiendo a Cappelletti— la dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logre un nivel metanacional y uniforme².

Como consecuencia de esta situación, los tribunales nacionales argentinos - a partir de la ratificación legislativa de la Convención Americana de Derechos

¹ De Vergottini Giuseppe, “Mas allá del diálogo entre tribunales”, Cuadernos Civitas, Madrid, 2010.

² Cfr. Hitters – Fappiano, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Ediar 2006.

Humanos (CADH) acaecida en 1984 - poseen doble fuente normativa para realizar las interpretaciones judiciales de los derechos, generándose además la necesidad de adecuar la jurisprudencia nacional a la jurisprudencia internacional emanada de los órganos creados por la CADH para la protección de los derechos que ella enumera: La Corte IDH y la Comisión IDH.

Sin embargo, es dable aclarar de inicio, que el hecho de que un tribunal haga referencia o cite a la jurisprudencia de otro tribunal no constituye de por sí un diálogo interjurisdiccional, esto solamente ocurre cuando el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente y explica y aplica su significado y alcance en la decisión del caso.

La confrontación con sus propios antecedentes que debe hacer el tribunal que recibe la jurisprudencia a través de un proceso de argumentación, es la que va a permitir el verdadero diálogo jurisprudencial. De esta forma la jurisprudencia recibida produce una fertilización en la jurisprudencia receptora³.

En mi tarea de relator argentino me referiré sintéticamente a *¿cuál y cómo ha sido al diálogo interjurisdiccional que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia (CSJN) de mi país?*

En este breve repaso me referiré tanto al diálogo vertical, es decir al mantenido con los tribunales internos del país en su carácter de máximo tribunal del sistema jurídico interno; como al horizontal, o sea al sustentado con tribunales extranjeros, que pueden ser de igual jerarquía (Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales de otros países) o de diferente jerarquía, como el desarrollado entre la Corte Suprema Argentina y la Corte IDH.

II. El monólogo referencial con la Corte Suprema de los Estados Unidos en el ejercicio del control de constitucionalidad.

³ Cfr. Ayala Corao, Carlos, “Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Paraninfo del Palacio de las academias, Caracas, Venezuela, 8 de marzo de 2012.

Bueno es recordar previamente, dos características del sistema de gobierno argentino: su carácter Federal, donde cada estado parte o provincia dicta su propia Constitución que debe garantizar su administración de justicia, pero que la organiza en forma autónoma; y las particulares características de su sistema de control de constitucionalidad vigente desde los albores de la organización nacional, que es judicial y difuso, a similitud del modelo norteamericano nacido popularmente a partir del famoso leading case “Marbury v. Madison” fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en 1803⁴.

El control de constitucionalidad, mecanismo institucional que tiene por objeto garantizar el principio de supremacía de la Constitución frente al resto de las normas internas, se presenta en el mundo occidental a través de dos grandes modelos, que muchos países en América han combinado: el modelo concentrado y el difuso.

En el modelo concentrado, típicamente europeo, la revisión es hecha exclusivamente por un Tribunal Constitucional diseñado para tales fines y la declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes*, con la consiguiente anulación de la norma cuestionada. En el difuso, corresponde a todos los jueces sin distinción de categorías o jurisdicciones, llevar a cabo el control de constitucionalidad, sin perjuicio de llegar a la CSJN como tribunal último por vía de un recurso extraordinario, ya que es ella quien debe cumplir con el rol institucional de ser custodio de la supremacía de la Norma Fundamental. La sentencia de inconstitucionalidad sólo implica no aplicar la norma en el caso resuelto, el efecto es limitado, restringido o inter-partes, dejando subsistente la vigencia de la norma fuera de ese caso.

Por consiguiente, en Argentina, el igual que en los Estados Unidos, todos los jueces de cualquier jurisdicción y competencia son jueces constitucionales, es decir poseen la facultad de dejar sin validez pero con efecto para el caso

⁴ Amaya, Jorge Alejandro, “Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad”, La Ley Paraguay, Asunción, 2012.

concreto, cualquier norma de cualquier jerarquía, en la medida que la encuentren repugnante frente a la Constitución Nacional.

Otra característica interesante referida al control de constitucionalidad en el marco de análisis es que, al contrario del modelo norteamericano, en mi país no rige la doctrina del precedente obligatorio o *stare decisis*, ya que no existe norma legal ni costumbre pacífica que establezca la obligación de los tribunales inferiores de acatar los fallos de la Corte Suprema de Justicia, más allá que los mismos son seguidos habitualmente en razón del valor moral de los mismos, tratándose la Corte Suprema de Justicia del máximo intérprete de la Constitución Federal⁵.

En el caso de la CSJN Argentina – como anticipé - he denominado a su proceso de evolución en el intercambio dialogal con otros tribunales: *“Del monólogo referencial del control de constitucionalidad al diálogo bidireccional del control de convencionalidad”*. Trataré de fundamentar el contenido de este título.

Desde su instalación en el año 1863, del cual se cumplen en estos días 150 años, el Máximo Tribunal de mi país se sintió obligado - como forma de fundamentar sus fallos – a hacer referencia argumentativa directa a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en razón de la similitud de los modelos constitucionales, ya que, como bien dijo el principal redactor de la Constitución de 1853, el texto constitucional argentino había sido vaciado en el modelo norteamericano⁶.

La Corte, por muchos años y aún hoy pero en forma muy atenuada, invocó la jurisprudencia de la Corte Norteamericana, aunque más que una situación dialogal en este caso podríamos hablar de una situación de monólogo referencial, ya que esta relación se daba exclusivamente en una sola dirección y sin efectuar – la mayoría de las veces - un proceso razonado y profundo de la jurisprudencia del tribunal emisor, sino más bien a través de la descripción breve del caso extranjero aplicable al caso argentino en razón de la similitud del modelo constitucional.

⁵ Amaya, Jorge Alejandro, “Control de Constitucionalidad”, Astrea, Buenos Aires, 2012.

⁶ El principal redactor de la Constitución Argentina de 1853 fue Benjamín Gorostiaga.

Desde esta situación de monólogo unilateral o referencial hasta la actualidad, Argentina ha recorrido un largo y fructífero camino en lo que hace a la incorporación de normas internacionales a su derecho interno y al consecuente diálogo interjurisdiccional con tribunales extranjeros.

III. El principio de supremacía constitucional y sus cambios. Incorporación de la Republica Argentina al sistema interamericano: El reconocimiento de la competencia de la Corte IDH.

Resulta necesario para poder analizar cómo el derecho internacional comenzó a insertarse dentro de nuestro derecho interno, realizar un análisis jurisprudencial de las distintas posturas que a lo largo del tiempo nuestra CSJN fue adoptando.

El principio de supremacía constitucional en mi país hasta la reforma constitucional de 1994 estaba definido, principalmente, por los artículos 31 y 27 de la Constitución, que establecían la prioridad del derecho federal, constituido por la Constitución, las leyes federales y los tratados con potencias extranjeras, sobre el derecho local. Este contexto del derecho federal era considerado como “la ley Suprema de la Nación”. Aplicando una teoría dualista, la CSJN tenía establecido desde 1947 en el caso “Merck Química” que el derecho interno se priorizaba sobre el derecho internacional en épocas de guerra y viceversa en épocas de paz.

La CADH conocida popularmente como Pacto de San José de Costa Rica junto con los órganos que ella impetra como protectores del sistema interamericano: la Comisión y la Corte, fue ratificada legislativamente por Argentina en marzo de 1984⁷ pasando a integrar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la Constitución Federal la Ley Suprema de la Nación junto con la Constitución y las leyes federales y quedando sujeta a la interpretación que el Máximo Tribunal interno del país tenía establecido en torno a la jerarquía del derecho internacional. La Argentina reconoció –por el art. 2 de la ley ratificatoria– la

⁷ Ley N° 23.054.

competencia de la Comisión IDH por tiempo indefinido y de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.

El primer indicio en la priorización definitiva del derecho internacional sobre el interno, se da en 1992, cuando la CSJN en oportunidad de expedirse en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*⁸ falló: *“Que la interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. En este fallo, además, reconoció la supremacía legal de los tratados por sobre las leyes nacionales.

Dos años más tarde, en 1994, al reformarse la Constitución Federal, es cuando la CADH obtiene su certificado de mayoría o un salto cualitativo en su normatividad constitucional y en la de los órganos que ella impetra como protectores del sistema interamericano: la Comisión y la Corte.

Por dicha reforma, y conforme al art. 75 inciso 22 de la Constitución Federal, la CADH y por consiguiente todo el sistema interamericano que ella organiza, adquiere – junto con otros diez tratados de Derechos Humanos - jerarquía constitucional.

Es decir que hoy, el principio de supremacía constitucional en Argentina, se integra en su cúspide por una doble fuente (interna e internacional): la Constitución Federal y los Tratados de Derechos Humanos que recibieron jerarquía constitucional con la reforma constitucional; o aquellos que el Poder Legislativo le otorgó u otorgue en el futuro dicha jerarquía a través del procedimiento legislativo de ratificación con mayoría calificada. Esta doble fuente que integra la supremacía constitucional argentina: se denomina bloque de constitucionalidad federal⁹.

⁸ CSJN en *Ekmekdjian c. Sofovich*, sentencia del 7 de julio de 1992, considerando N° 21.

⁹ Cfr. Bidart Campos, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, tomo I-A, capítulo V, p. 398/473.

Por debajo del bloque todo es derecho infra constitucional, dejando aclarado que el derecho internacional se prioriza sobre el derecho interno en atención a lo dispuesto por la propia Constitución¹⁰.

IV. El diálogo interjurisdiccional con la Corte IDH. Sus distintas intensidades.

¿Cuál ha sido la evolución de la CSJN Argentina en el diálogo interjurisdiccional luego de la relación histórica con la Corte Suprema Norteamericana considerando que desde 1994 posee jerarquía constitucional la CADH y por consiguiente las decisiones de la Corte IDH en su carácter de máximo intérprete de los derechos enumerados en la Convención?

El dialogo entre la Corte IDH y la CSJN comenzó progresivamente desde los años noventa¹¹ y, si bien hoy sus fallos y jurisprudencia tienen efecto vinculante para los tribunales Argentinos teniendo estos la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre el derecho interno y los derechos consagrados en la Convención Americana a la luz de la interpretación que de estos ha hecho la Corte, incluso de oficio es decir sin necesidad de que exista petición de parte, el proceso de reconocimiento y aceptación no ha sido fácil ya que la justicia doméstica muchas veces se ha resistido a la internacional debido a una diversidad

¹⁰ Artículo 75, inciso 22 Constitución Nacional Argentina.

¹¹ En el ámbito de la jurisdicción contenciosa ejercida por la Corte desde su instalación en 1979 hasta 2011 ha dictado un total de 238 sentencias de fondo, excepciones preliminares, reparaciones, costas e interpretación. El 73,5% (175) de esas sentencias han sido dictadas entre el año 2000 y el 2011. Salvo pocas excepciones, en prácticamente todas las sentencias de fondo la CIDH ha encontrado la violación de, al menos, uno de los derechos reconocidos en la Convención Americana. La jurisprudencia de la Corte sobre la interpretación de la Convención se complementa con las resoluciones sobre Medidas Provisionales dictadas hasta el 2011 en más de 110 asuntos (cada asunto cuenta normalmente con varias resoluciones) y con 296 resoluciones sobre cumplimiento de las sentencias dictadas entre 2001 y 2011, así como las 20 Opiniones Consultivas dictadas desde 1982.

de factores, vinculados con la falta de información, incomprensión, factores psicológicos y habitualmente ideológicos, etc¹².

V. La cuestión de la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH.

La Corte IDH ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia, por lo cual ella no configura una cuarta instancia de apelación.

Por ello ha establecido en el caso *Acevedo Jaramillo y otros v. Perú* que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos "...tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada"¹³ y que solo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional "...deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos"¹⁴.

Como vemos, esta doctrina legal tolera indirectamente la fiscalización de la actividad jurisdiccional doméstica y ha sido recibida por la Corte Suprema de la Nación Argentina con cierta cautela y con algunas idas y vueltas, aunque en los últimos tiempos ha sido acatada totalmente.

Una vez sancionada la reforma de 1994, la CSJN sostuvo en el caso "Giroldi" que: *"la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para*

¹² Cfr. Sagües Néstor P., "Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 247 y ss.

¹³ Corte IDH, Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, Párr.167.

¹⁴ Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán *vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005., Serie C No. 13, párr. 198; Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 121.

*la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*¹⁵.

Llegado el año 1998, en oportunidad de pronunciarse en el caso “Acosta”¹⁶, la CSJN denota un franco retroceso en el proceso de reconocimiento del carácter vinculante de los fallos de la Corte IDH, cuando sostiene que la jurisprudencia internacional no podrá afectar la cosa juzgada a nivel interno.

Argentina fue condenada por primera vez por la Corte IDH en el año 2002 en el Caso “Cantos”, por violentar los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al perjudicar el acceso a la justicia del reclamante¹⁷. Ese tribunal mandó a la Argentina a fijar nuevamente *de manera razonable* los gastos de un pleito por considerar que los determinados con anterioridad implicaban limitaciones económicas para el acceso a la justicia.

En dicho asunto la CSJN no dio total acatamiento al decisorio referido invocando razones de “derecho interno”. Dijo por ejemplo que la reducción de los emolumentos de los peritos oficiales que no habían participado en el juicio internacional afectaba el derecho de defensa. Sin embargo la minoría entendió que el fallo debía respetarse en su totalidad por ser el mismo vinculante.

Luego, en el que fuera conocido como Caso “Bulacio”¹⁸ en el año 2003 la Corte IDH condenó nuevamente a la Argentina por violar los artículos 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención, en esta oportunidad por la muerte de un joven por parte de la policía. Dispuso allí que se investigue y se sancione a los responsables y que sean indemnizados los familiares¹⁹.

¹⁵ CSJN sentencia del 7 de abril de 1995.

¹⁶ CSJN sentencia del 28 de diciembre de 1998

¹⁷ Corte IDH, Caso Cantos, pronunciamiento del 28 de noviembre de 2002.

¹⁸ Corte Suprema de la Nación Argentina, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003.

¹⁹ Finalmente y a fin de dar cumplimiento con la sentencia interamericana, el Poder Ejecutivo dispuso por un decreto que por intermedio de la Secretaría de Derechos

La CSJN —en un interesantísimo decisorio y por entonces con una nueva integración— cambió de criterio y acató totalmente la sentencia²⁰, a tal punto que dejó sin efecto un fallo local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado (Comisario Espósito), disponiendo que se juzgue nuevamente al mismo²¹.

Vemos en “Espósito” (“Bulacio”) un avance en la jurisprudencia interna. En efecto, la CSJN sostuvo por mayoría que “...la decisión de la Corte IDH ... *resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)*, por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional ...”. Sosteniendo que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una *imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

Nótese el cambio de lenguaje utilizado por la CSJN cuando en un primer momento se refería a una "guía", y ahora a una —imprescindible- pauta de interpretación.

Dicho criterio fue ampliamente confirmado y ampliado en el Caso “Simón”²², vinculado con delitos de lesa humanidad, donde el más alto Tribunal interno decidió la inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad como las llamadas de “obediencia de vida” (Ley 23.521) y “punto final” (Ley 23.492), flexibilizando

Humanos del Ministerio de Justicia, se llevarían a cabo las actuaciones pertinentes para dar cumplimiento a las sentencias. Decreto 1313 del 11 de agosto de 2008.

²⁰ Corte Suprema de la Nación Argentina, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción, E.224 39 del 23 de diciembre del 2004.

²¹Todos los integrantes de la Corte Nacional (con algunas variantes argumentales) acataron el pronunciamiento aludido partiendo de la base de que ella como parte del Estado debe cumplir los fallos de la Corte Interamericana, aunque —en este caso— tal actitud perjudique el derecho de defensa en el derecho interno, que tiene raigambre constitucional.

²² Corte Suprema Nacional; Simón, Julio H. y otros, sent. 14-junio-2005.

principios constitucionales como la irretroactividad de la ley penal (en este caso en perjuicio del reo), cosa juzgada y prescriptibilidad de las acciones²³.

VI. La obligatoriedad para todos los poderes públicos de los Estados: efectos erga omnes.

La Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano en los casos: “Barrios Altos”, “Tribunal Constitucional de Perú” y “La Cantuta”, puso énfasis en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos para todo el derecho interno de un país, en este caso, Perú²⁴, comportándose como un Tribunal Constitucional anulando las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes* y amplificando su doctrina legal, sosteniendo que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive (que vale para el caso particular) sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia) a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

Este temperamento ha sido receptado también por nuestra CSJN, en los temas vinculados con delitos de lesa humanidad, casos “Arancibia Clavel; “Simón”; “René Derecho” y Mazzeo” donde se han aplicado a rajatabla dichas pautas jurisdiccionales.

La duda aparece cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de “doctrina legal” de aplicación digamos obligatoria no sólo para los delitos de lesa humanidad sino para todos los casos similares, en cualquiera de los países signatarios.

Cuando la CSJN sostiene que los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión IDH “deben servir de guía” o que “constituyen una imprescindible

²³ Ver Pizzolo, Calógero, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque constitucional federal”, *La Ley*, Buenos Aires, 2006-D, p. 1022).

²⁴ Corte IDH, Casos: Barrios Altos *vs.* Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75); La Cantuta *vs.* Perú (cit.) y Tribunal Constitucional *vs.* Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71).

pauta de interpretación”, está diciendo —desde la perspectiva del derecho interno—, que los mismos tienen valor de doctrina legal. Esto ha sido reconocido en el caso “Verbitsky” donde la CSJN siguiendo los pronunciamientos de la Corte IDH ordenó a un Poder Judicial Estadual adaptar las condiciones carcelarias a los conceptos modernos y a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a llevar a cabo acciones en tal sentido²⁵.

VII. El control de convencionalidad. Actuación de oficio.

El término control de convencionalidad fue por primera vez acuñado expresamente por la Corte IDH en su sentencia en el caso “Almonacid Arellano v. Chile”²⁶. La Corte IDH consagró que los jueces y tribunales internos no solo están obligados a aplicar las normas vigentes de su ordenamiento jurídico, sino también están sometidos a las disposiciones consagradas en la CADH y a las interpretaciones que haya hecho la Corte IDH de estas disposiciones.

Dos meses después, en la sentencia dictada en *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*²⁷ la Corte IDH formuló algunas especificaciones y adiciones diciendo que *“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”*²⁸.

El mensaje de *Trabajadores Cesados del Congreso* nos indica que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad debe asimismo practicar el de convencionalidad. El fallo le reclama, por cierto, tal doble control que debe aplicar incluso de oficio.

²⁵ CSJN, “Verbitsky, Horacio”, sentencia del 3 de mayo de 2005.

²⁶ Corte IDH, caso *Almonacid Arellano v. Chile*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

²⁷ Corte IDH en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia del 24 de Noviembre de 2006.

²⁸ Véase Loiano, Adelina, *El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina*, “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”, en Albanese, Susana, Coordinadora, *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 114 a 117 .

Su aplicación en el derecho interno argentino ha dado lugar a un interesante diálogo bidireccional con la Corte IDH en el caso “Mazzeo”²⁹, exponiéndose con claridad el deber de los jueces del Poder judicial de los Estados de ejercer el “control de convencionalidad” teniendo en cuenta no solamente la CADH sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH.

Tiempo después, el Máximo Tribunal Argentino retomó la cuestión en el fallo Videla³⁰. En esta sentencia sostuvo que —esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH 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 CADH, tarea en la que 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”.

Así, puede leerse que nuestra CSJN ha convalidado el deber de efectuar - para evitar la responsabilidad internacional del Estado - el control de convencionalidad por parte de los jueces locales, atribuyéndose por consiguiente la facultad institucional de custodio de esta responsabilidad internacional³¹.

El control de convencionalidad desempeñaría un doble papel. Por un lado, un rol represivo que obligaría a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José (CADH) y a la interpretación que de dicho Pacto ha realizado la Corte IDH. Por el otro, un rol constructivo, que obliga a los jueces a interpretar el derecho doméstico de

²⁹ CSJN sentencia del 13 de julio de 2007.

³⁰ CSJN en Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación" C.S. V.281. XLV en sentencia del 31 de agosto de 2010.

³¹ Amaya Jorge Alejandro, Control de Constitucionalidad, Op. Cit. p. 239.

conformidad al Pacto y a su interpretación hecha por la Corte IDH. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte IDH. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte IDH³².

De lo antedicho se interpreta que la misión fundamental de la Corte IDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad, la cual consiste en 'comparar' la norma del derecho interno en relación a la CADH y desentrañar si aquella violenta a ésta o no. En el caso de que advierta la violencia, se lo hará saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes. Ello a fin de evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 del Pacto aludido).

De todas maneras, resulta necesario remarcar la pauta sobre la importancia que los jueces locales ejerzan esta tarea para evitar que el pleito llegue a la instancia internacional y la consecuente responsabilidad del Estado, ya que la intervención de la Corte IDH es subsidiaria.

En el ordenamiento jurídico argentino el control de convencionalidad es asimilable en sus efectos al control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos inter-partes. Estos controles tienen en común manejar un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior.

En el caso de confrontación entre una ley y la Constitución, es evidente la superioridad de la Constitución.

En el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la CADH, el asunto – no es tan pacífico – y dependerá de la estructura del principio de supremacía.

³² Cfr. Sagües, Néstor P., Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, p1

En el caso argentino se han presentado sintéticamente dos posiciones en torno a la interpretación del artículo 75 inciso 22 de la Constitución que consagró la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, sosteniendo que “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Por un lado, la tesis de los planos intra-jerárquicos sostenida por la disidencia de la CSJN en el caso “Petric” relacionado al derecho a réplica la cual entiende que ante una oposición de normas Constitucionales y de la CADH existe una situación jerárquica que privilegia la Constitución; y por otro, la tesis de la complementariedad adoptada como doctrina por la CSJN a partir de los fallos “Chocobar”³³ y “Monjes”³⁴ la cual sostiene que no se hace viable en ninguna hipótesis el descarte e inaplicación de una norma contenida en uno y mas instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, porque lo que es “complementario” de algo nunca puede dejar se surtir sus efectos “complementarios”

Un tema destacado en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales internos se ciñe a la llamada doctrina del “margen de apreciación”³⁵ que distingue entre un núcleo duro o esencial común para todos, y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias. Esta doctrina fue avalada por la Corte IDH en la opinión consultiva 4/84, referente al trato desigual (más favorable) que dio la Constitución de Costa Rica a los nativos de ciertas naciones de Centroamérica para adquirir la nacionalidad costarricense, cosa que se justificó por los antecedentes históricos y sociológicos comunes que vinculaban a los países del área.

³³ CSJN sentencia del 27 de diciembre de 1996.

³⁴ CSJN sentencia del 26 de diciembre de 1996.

³⁵ Sagües, Néstor Pedro, La interpretación judicial de la Constitución, 2^a ed. (Buenos Aires, 2006), Lexis Nexis, p. 222 y ss.

El interrogante se ciñe a si ¿la doctrina de la Corte IDH debe ser efectivizada por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable, o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno en virtud de la noción del margen de apreciación?

Considero que la Corte IDH, al sentar las bases del control de convencionalidad, interpretó el instituto con un margen de flexibilidad suficiente para que los Estados apliquen su doctrina con una libertad interpretativa y aplicativa sustentada en el principio de proporcionalidad o razonabilidad. Los extremos de esta razonabilidad forman parte del diálogo interjurisdiccional entre la Corte IDH y los Máximos Tribunales de cada país.

Por último, un tema esencial en el ejercicio del control internacional de la convencionalidad tiene que ver con la cuestión de si una ley incompatible con los derechos humanos reconocidos en la CADH puede justificarse en virtud del principio de las mayorías en una democracia, validando esta ley mediante una decisión soberana.

La Corte IDH en el caso “Gelman v. Uruguay”³⁶ abordó el tema, afirmando que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza *per se* el permanente respeto del derecho internacional, incluyendo al Derecho internacional de los Derechos Humanos; y además que, en todo caso, la aprobación popular en una democracia de una ley incompatible con la CADH no le concede legitimidad ante el derecho internacional.

De aquí resulta claro, un concepto fundamental que hemos trabajado profundamente: en la configuración del Estado democrático de derecho, es decir, el Estado constitucional, la regla de la mayoría en la democracia es un principio dual de protección de mayoría y minoría, en la medida en que tanto la actividad de los más como la de los menos, se encuentra sometida al respeto y garantía de

³⁶ Corte IDH caso “Gelman v. Uruguay”, sentencia del 24 de febrero de 2011.

los derechos humanos consagrados en la Constitución de cada Estado y en el sistema internacional³⁷.

Evidentemente en el mundo globalizado del siglo XXI que transitamos los tribunales internacionales y los tribunales nacionales forman parte de una “red” jurídica de interpretación de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales y el derecho interno. De allí la responsabilidad de todos de contribuir a ese sistema mediante el diálogo entre ellos y el razonamiento responsable de sus decisiones.

Esta responsabilidad en la argumentación de las decisiones judiciales, no solo se debe a que en la misma se basa la legitimidad de sus decisiones, sino también porque cada tribunal tiene una responsabilidad - local y mundial - de hacer sus aportes a la construcción de un Derecho judicial Universal al que todos los países democráticos aspiramos.

³⁷ Amaya, Jorge Alejandro, Ver, entre otros, “De Mayorías y Minorías en la Democracia”, Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXI, N° 197, Julio/diciembre de 2006.- “Minorías Políticas y Procesos Mayoritarios” (Artículo Premiado) Revista de Doctrina, Fascículo N° 4, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.