El control, más allá de las leyes

Abel Ángel Albarracín, Director de Asuntos Administrativos

A los efectos de analizar el fundamento del control de convencionalidad, debemos partir inicialmente de verificar algunos conceptos básicos referidos a la supremacía constitucional y al control de constitucionalidad, respecto de los cuales, entiendo, se produce alguna crisis[1], al ser enfrentado con aquel, ya que ambos parten de justificaciones bien diferenciadas, mientras que el primero abreva principalmente en fundamentos de derecho internacional (tratados[2]), el segundo se sustenta en principios de derecho interno (supremacía constitucional).

El control de constitucionalidad tiene su fundamento en el principio de supremacía jurídica de la Constitución, conforme al cual la misma es la norma matriz del ordenamiento jurídico de un Estado, encontrándose en ella recogidos el reparto de competencias de los órganos estatales (parte orgánica) y el catálogo de derechos fundamentales de los ciudadanos (parte dogmática). En ese sentido, en tanto la Constitución es la norma de la cual emanan la validez, la vigencia y la exigibilidad del resto de normas que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado, los jueces se encuentran en la obligación de preferir la aplicación de la norma constitucional por encima de la norma legal y otras normas de inferior jerarquía[3].

---

[1] En contra: María A. Gelli, quien considera que, "Esto no se puede poner en escena como una crisis del control de constitucionalidad, y menos aun cuando los Derechos Humanos acceden a las leyes supremas; lo que cambia es 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 y dicciones que deben emitir cada una de las disposiciones de un orden jurídico determinado. Así como las normas individuales están en la plataforma de aquella pirámide imaginaria, la norma constitucional se encuentra en el vértice superior coronando el sistema, sólo que ahora no es una punta de un solo filo, sino varias agujas reunidas en lo que suele llamarse "bloque de constitucionalidad" ("Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad", Gelli, María Angélica; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Sagüés, Néstor P., Publicado en: LA LEY 16/03/2011, 3).

[2] Siempre es oportuno recordar que nuestro país se sometió a la Convención Americana –que data de 1969- en 1984 por medio de la ley 23054, reconociéndose –asimismo- la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas, bajo condiciones de reciprocidad. Pero el proceso de inserción fue largo y atravesó etapas signadas por una inicial reticencia al reconocimiento de la aplicabilidad directa y prevalencia normativa del derecho internacional (CSJN, *Martín & Cía. Ltda.*, 1963, *Fallos*, 257:99; *Esso S.A. Petrolera Argentina*, 1968, *Fallos*, 271:7, entre otros), una posterior flexibilización jurisprudencial de esa tendencia (CSJN, *Ekmekdjian*, 1992, *Fallos*, 315:1492; *Fibraca Constructora*, 1993, *Fallos*, 316:1669 y *Cafés La Virginia*, 1994, *Fallos*, 317:1282) seguida de una ulterior jerarquización constitucional de los pactos (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994), para encontrarnos hoy frente a un reconocimiento jurisprudencial del alto grado de penetración de los criterios internacionales en el ordenamiento nacional (*Priebke*, 1995, *Fallos*, 318:2148; *Urteaga*, 1998, *Fallos*, 321:2767; *Hagelin*, 2003, *Fallos*, 326:3268; *Verbitsky*, 2005, *Fallos*, 328:1146; *Simon*, 2005, *Fallos*, 328:2056; *Galli*, 2005, *Fallos*, 328:690; *Sánchez*, 2005, *Fallos*, 328:2833; *Llerena*, 2005, *Fallos*, 328:1491; *Casal*, 2005, *Fallos*, 328:3399; *Asociación de Trabajadores del Estado*, 2008, A. 201. XL).

[3] En términos generales, es dable decir que la supremacía constitucional es la particular relación de supra subordinación en que se encuentran las normas dentro de un ordenamiento jurídico determinado, principio de la estructura constitucional implica - entre otros aspectos trascendentes que no son objeto del presente trabajo-, la existencia de un sistema de control, pues de no existir un mecanismo para fiscalizar el cumplimiento de la relación de supra subordinación normativa, ésa podría convertirse en una mera declaración teórica. Así, en caso de conflicto de normas y actos infraconstitucionales con la Constitución, tiene que haber un órgano, un procedimiento y una vía

Así las cosas, el art. 31 de la CN –complementado por el art. 75 inc. 22 incorporado en 1994[4]- contiene dos principios sustantivos del ordenamiento jurídico de la República Argentina: el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho, estableciendo la supremacía de la Constitución Argentina por sobre todo el orden jurídico estatal[5].

El control de convencionalidad en cambio, es el producto de una corriente doctrinaria desarrollada y consolidada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[6], que penetra en nuestro sistema jurídico interno en sentencias de la CSJN[7], y está fundada esencialmente en principios de derecho internacional[8],

para resolverlo en provecho de la norma suprema (conf. QUIROGA LAVIE, Humberto, "Derecho Constitucional", Ad Hoc, pp. 523/24).

[4] La inclusión del texto referenciado terminó con una antigua discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre que instrumento ostentaba mayor jerarquía: si las leyes nacionales o los tratados internacionales. Así la CSJN, influenciada principalmente por precedentes de derecho de los EUA, había sostenido la tesis tradicional que afirmaba la prevalencia del derecho interno sobre el derecho internacional –conf. caso "Cía. Azucarera c/Pcia. De Tucumán", CSJN, Fallos: 150:57-. Conforme criterio citado, había solucionado este conflicto derivado de la laguna constitucional del art. 31 del texto original, aplicando normas de interpretación jurídica para normas que consideraba en igual peldaño de jerarquía; en consecuencia, entendía que el artículo 31 y el ex 100 (actual 116) no le asignaban prioridad a ninguno de ellos, ambos eran "Ley Suprema de la Nación" y si había colisión entre ellos prevalecía según la máxima "lex posteriori derogat priori" (ver Caso "Martín y Cía. Ltda.. c/Administración General de Puertos" de 1963, Fallos: 257:99, ratificada en 1988 en los casos "Ekmekdjian M. C/Neudstad, Bernardo y ot", CSJN, Fallos; 311:2497 y "Sánchez Abelenda, R. c/Ediciones de la Urraca SA y ot.", CSJN, ver su texto en LL Tomo 1989-B, p. 548). Esta postura jurisprudencial fue abandonada en el año 1992, en el leading case "Ekmekdjian c/Sofovich" –Fallos: 315:1492- (anticipa la solución adoptada por la Constitución Nacional en la reforma de 1994) y ratificada en fallos posteriores ; en 1993 en "Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta del Salto Grande" –Fallos: 316:1669-(de importancia ya que aclaró, respecto de su fallo antecedente "Ekmekdjian c/Sofovich", que los tratados deben ajustarse a la CN, pero con primacía sobre las leyes nacionales; y que esa supremacía abarca todos los tratados internacionales, no solo los de Derechos Humanos, con fundamento en fundamento en el art. 27 de la Convención de Viena),a los pocos meses, lo vuelve a ratificar en el caso "Hagelin" (22/12/93, CSJN, publicada en ED, Bs. AS., T -158, pags. 134 y ssgtes.) y en 1994 (luego de producida la reforma constitucional) en el caso "Café La Virigina s/apelación " –Fallos 317-1282- esta vez sobre un conflicto producido en el Mercosur (el reclamo fue dirigido al a Administración Nacional de Aduanas por repetición de un impuesto abonado como consecuencia de la importación de café de Brasil, en grano, el cual según el acuerdo Bilateral Nº 1 firmado entre Brasil y Argentina, tenía arancel 0%).

[5] Sin realizar un exhaustivo análisis del tema, entiendo que texto constitucional actualizado, establece como cúspide en un diagrama piramidal, a la Constitución Nacional (arts. 27, 28 y 31 de la CN) y al bloque de constitucionalidad[5] (Tratados Internacionales de Derechos Humanos expresamente consignados en el texto constitucional o los que se incorporen –o hayan incorporado[5]- conforme mecanismo previsto al efecto –arts. 75 inc. 22 párrafos segundo y tercero– de la CN), ubica luego los restantes Tratados Internacionales (arts. 27 y 75 inc. 22 párr. primero in fine[5], 27 párr. primero in fine de la CN); seguidamente coloca a las Leyes Federales y Nacionales del Congreso.

[6] También han desarrollado doctrinas relativas a este tema el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (bajo anterior denominación de T.de Justicia de las Comunidades Europeas) en casos trascendentes como "Van Gend en Loos" (1963); "Costa v. ENEL" (1964) y "Simmenthal" (1978) y el T. Europeo de Derechos Humanos, en casos como "Partie communiste unifié de Turquie" (20/11/98); "Zielinsky et Pradal et González et outres" (28/10/99) y "Open doors y Dublin Well Woman" (29/10/1992).

[7] Ver en este sentido los fallos de la CSJN "*Mazzeo" (* 2007, *Fallos* 330:3248), " *Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación" (* 08/05/2012) y "*Rodríguez, Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios" (* 27/11/2012). Se lee en el considerando 12 del voto de la mayoría del último precedente citado: "…no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales

erigiéndose en cierta forma, como un tribunal supranacional, centrando el fundamento de esta institución en los artículos 1° y 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos[9], conforme a los cuales los Estados parte de dicho tratado se hallan en la obligación de respetar y garantizar los derechos en él reconocidos y de adecuar su derecho interno en aras de lograr tal objetivo (a pesar de que la misma norma precisa los alcances de su aplicación , en su art. 69, entendiendo que es aplicable a los estados y siempre que ellos hayan sido parte).

Son antecedentes relevantes de esta doctrina, en tanto demuestran el progresivo desarrollo de la misma, la sentada en los casos "Myrna Mack Chang c. Guatemala[10]" (25/11/2003); "Tibi c. Ecuador[11]" (07/09/2004); "Vargas Areco c. Paraguay[12]" (26/09/2006); "Almonacid Arellano y otros c. Chile[13]" (26/09/06), "Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/Perú[14]" (24/11/2006); "Cabrera García Montiel Flores c. México[15]" (26/11/2010) y "Gelman vs.

---

nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, e impide, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango." Ver también *"Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" (CSJN, Fallos: 334:1387-2011-, donde extendió* "las condiciones de su vigencia" a informes, observaciones y sentencias de diferentes organismos de aplicación de los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, reconociendo expresamente la legitimidad interpretativa más allá de la Corte Interamericana y de aquéllos supuestos en los que el Estado argentino estuviera directamente involucrado.

[8] De acuerdo con la teoría del desdoblamiento funcional de Scelle, los Estados son creadores y destinatarios del derecho internacional. Al no existir en el ordenamiento internacional órganos centralizados y superiores a los Estados que controlen la aplicación de sus normas, queda a estos ser los principales responsables de la aplicación del derecho internacional (citado en Salmón, E."Introducción al Derecho Internacional Humanitario", Lima, Fondo Editorial PUCP, 2004, p. 35)

[9] Convención Interamericana de Derechos del hombre, 1969, ratificada por la Argentina en 1989 (Ley Nº23054).

[10] El término "control de convencionalidad" se utiliza por primera vez en el caso "Myrna Mack Chang c/Guatemala". En el mismo, el juez García Ramírez expresa que los estados tienen responsabilidad global en la aplicación de los TI (Tratados Internacionales), que no es posible incluso, que la Corte obligue solo a algunos de sus órganos sustrayendo a otros el mencionado control.

[11] El Juez mencionado, utiliza el mismo término para precisar que, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos.

[12] El mismo magistrado sostuvo que la CIDH no pretende generar una nueva y ultima instancia" para resolver controversias sobre el orden interno, sino que tiene a su cargo el control de "convencionalidad" fundado en la confrontación del hecho y las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[13] La CIDH hace suyo el voto del Dr. García Ramírez, en el caso "Almonacid Arellano y otros v. Chile", admitiendo que lo dispuesto por el art. 2 de dicho tiene por objeto facilitar la actuación del Poder Judicial otorgándole una opción clara para resolver un caso concreto, cuando el legislativo falla en su tarea de adoptar las medidas señaladas. El poder Judicial debe aplicar el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana, tarea en la cual no cuenta solo el texto del TI sino también la interpretación que del mismo hace la CIDH, aclarando que el derecho internacional impone que los estados cumplan de buena fe los tratados, no siendo oponibles las normas de derecho interno.

[14] Los tribunales deben ejercer este control "ex oficio", aunque en el mismo fallo se deja claro que ha que debe tenerse en cuenta el régimen interno de cada Estado, incluidos los presupuestos materiales y formales de admisibilidad y procedencia. Es decir, ha quedado librado al derecho interno de cada jurisdicción nacional el método de implementación del control, y cada Estado podrá optar por la solución que mejor les permita cumplir con sus obligaciones internacionales. Para el caso argentino, y siguiendo las directrices de la Corte Suprema de Justicia de la Nación contenidas en los precedentes "Mil de Pereyra"(CSJN: Fallos: 324:3219) y "Banco Comercial de Finanzas"(CSJN: Fallos: 327:3117) y con la definitiva ampliación reciente en "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", del 27/11/2012) , no deberían encontrarse mayores inconvenientes.

[15] Se sostuvo que cuando un Estado es parte de la Convención, "todos sus órganos, incluidos sus jueces" se encuentran vinculados. Así, extiende la competencia que hasta el momento se encontraba limitada a los jueces,

Uruguay[16]"(24/02/2011)[17].

Se diseña así un sistema de control de convencionalidad que, en base a lo expresado en los antecedentes citados, tiene sustento en: 1. El Principio de Efecto Útil de los Tratados Internacionales que impide ver mermada la vigencia por normas de derecho interno, y que lleva a extender la responsabilidad hacia los diferentes órganos del Estado, ya sea al poder legislativo (en oportunidad de tener que suprimir y/o no sancionar leyes contrarias a la Convención) o al poder judicial (en su deber de abstenerse de aplicar esas leyes si fueran sancionadas o no derogadas). Es así que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha concluido considerando que *"todo convenio que implica una obligación implica también una restricción del ejercicio de los derechos soberanos del estado, pues imprime a este ejercicio una determinada dirección, Pero la facultad de contraer compromisos internacionales en precisamente un atributo de la soberanía del estado[18]"*; 2. El Principio de Buena Fe: teniendo en cuenta que el Estado adhirió voluntariamente al tratado, éste debe interpretarse "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (Primera regla sobre interpretación de Tratados establecida por la convención de Viena), y 3.El principio Internacionalista que impide alegar el derecho interno para eximirse de los compromisos internacionales (art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados). En este sentido, debe tenerse presente que, en virtud de la expresión "normas jurídicas internas" (conforme CIDH en "Almonacid") utilizada por la Corte, el deber de control se extiende más allá de las leyes, incluyéndose así decretos, reglamentos, resoluciones, ordenanzas, etc.[19], entendiendo que no puede alegarse el derecho interno como justificativo del incumplimiento de obligaciones consciente, libre y voluntariamente asumidas.

En este marco se ha desarrollado el concepto de que los jueces nacionales, en su calidad de representantes del Estado, se encuentran en la obligación de preferir las

---

estableciendo que "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad"

[16] Trasciende las fronteras de las funciones materialmente jurisdiccionales (que hasta el momento constituían el marco del control de convencionalidad), ampliando los sujetos obligados más allá del Poder Judicial, hacia cualquier autoridad pública, sosteniendo que aún frente a las decisiones democráticas de un parlamento debe tenerse en cuenta la conformidad convencional interamericana, que en el caso concreto impide la aplicación de leyes de amnistía en casos de delitos de lesa humanidad. Los estándares sobre "control de convencionalidad" establecidos en este caso fueron citados en otros tres fallos más: "Chocrón Chocrón c. Venezuela (01/07/2011); "López Mendoza c. Venezuela" (01/09/2011) y "Fontevecchia y D'ámico c. Argentina" (29/11/2011).

[17] Pueden también consultarse los fallos donde se reitera la doctrina del control de convencionalidad: "La Cantuta vs Perú" (26/11/2006); "Boyce vs Barbados" (20/11/ 2007); "Fermín Ramírez y Raxcaco Reyes vs Guatemala" (09/05/2008); "Heliodoro Portugal vs Panamá" (12/08/ 2008), "Manuel Cepeda Vargas vs Colombia" (26/05/2010); "Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay" (24/08/2010); "Fernández Ortega vs México" (30/08/2010); "Rosendo Cantu vs México" (31/08/2010);"Ibnsen Cárdenas y otros vs Bolivia" (01/09/2010); "Vélez Loor vs Panamá" (23/11/2010); "Gómez Lund vs Brasil" (24/11/2010).

[18] "Caso del Vapor Wimbledon", Sentencia del 23/06/1923, Serie A, Nº1, p.22. <

[19] Cconf. "Sagües Néstor en "El control de Convencionalidad", LL 2009-B-761.

normas convencionales a las normas provenientes de su derecho interno[20], pudiendo diferenciarse los alcances de los controles represivos (donde se inaplica la norma interna contraria a los tratados internacionales[21]) frente a los considerados constructivos (en los cuales la interpretación del derecho local debe efectivizarse según reglas del Pacto de San José de Costa Rica y sentencias y oros instrumentos de la CIDH[22]).

Este lineamiento doctrinario de la CIDH, asumido por la CSJN[23], torna, a mi entender en un tribunal supranacional a la citada Corte, y obviamente puede importar, en casos concretos, la postergación o inaplicación de normas de derecho interno (aun constitucionales) frente a las previsiones de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, e incluso condicionar interpretaciones a la luz de las decisiones que la misma tome, lo que sin duda impone cierto grado de tensión con el germen del constitucionalismo clásico.

Ello en tanto y en *cuanto "…entre Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos hay una diferencia importante que se releva con la técnica de elaboración de ambos ordenamientos. Las motivaciones y los tiempos son distintos,*

[20] En palabras de la propia Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, fundamento 124. 4). "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero 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 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 esa 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".

[21] Vg.: "Almonacid de Arellano v. Chile".

[22] Vg.: "Rosendo Rodillo Pacheco" del 23/11/2009; "Comunidad indígena Xákmak Kásek", del 24/08/2010, "Cabrera García- Montiel Flores", del 26/11/2010.

[23] Con distinta intensidad, han aceptado esta postura la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica; el anterior Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte Dominicana y la Corte Suprema Argentina. En cambio, en Uruguay, la Suprema Corte de Justicia optó en su razonamiento mayoritario por brindarle efecto relativo a los fallos de la Corte IDH en el resonado precedente *M.L., J.F., O. –Denuncia excepción de inconstitucionalidad arts. 1,2 y 3 de la ley nro. 18.831, expresando que* "…nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales… de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos …si bien esta fuera de toda discusión que la CIDH es la interprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos – naturalmente en el ámbito de sus competencias – tampoco puede desconocerse que la interprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia". Para desde tal razonamiento resolver el caso sometido a estudio en base a principios y garantías constitucionales internas que en parte interdictarían los efectos del fallo de la CIDH dictado en el caso *Gelman vs. Uruguay,* justamente por principios fundamentales que informan la protección de la dignidad del hombre – irretroactividad de la ley penal, seguridad jurídica, entre otros. También México ha mostrado una postura diversa intentando construir un esquema de interconexión de los sistemas internos e internacionales en la materia de derechos humanos de mayor fluidez. Por Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fechado al 14.07.2011, se sentó una interesante doctrina en la materia. La decisión tuvo por objeto resolver en el sistema interno los mecanismos procesales e institucionales que viabilicen el control de convencionalidad. El acuerdo tuvo su origen en la decisión de la CIDH emitida en el caso "*Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos".* Venezuela ha resistido las órdenes emitidas por la C*IDH en sus sentencias, bajo la técnica de quitarle sus efectos por conducto del control de constitucionalidad interno de dichas sentencias, declarándolas inejecutables en el orden interno (vg. "Aspitz Barbera y otros versus Venezuela" -05/08/2008-).*

aunque puedan vincularse en esencia y naturaleza. Las Constituciones fueron pensadas para un tiempo invariable, regirían los destinos de la sociedad bajo premisas inmutables que se quisieron resguardar con el principio de la supremacía. Sin embargo, con la aparición concreta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, surgieron 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[24]...".

[24] Gelli, M. A., en ob. cit., destacando que como se adelantó, concluye entendiendo que no existe colisión entre ambos ordenamientos.