

## Las nuevas fronteras del Derecho Constitucional

### Reflexiones en torno a los 25 años de la última Reforma Constitucional

Por Lautaro Ezequiel Pittier [1]

*“La constitución es el alma de los Estados”*  
(Isócrates)

#### I. Introducción

Desde un punto de vista histórico Enfoque histórico Juan Bautista Alberdi, el máximo ideólogo de nuestra constitución argentina de 1853, sostenía que ésta era un pacto político fundacional. Su influencia recorre el texto constitucional argentino. Sostenía que: “La democracia es la libertad constituida en gobierno, pues el verdadero gobierno no es más ni menos que la libertad organizada”[2].

Desde el punto de vista del derecho internacional público constitución -según Manili (2014)[3] - puede definirse como “el instrumento jurídico-político que da origen a un Estado”. La constitución es lo que diferencia al pueblo de un Estado y lo que otorga a aquel su partida de nacimiento como Estado ya que es la que lo organiza política y jurídicamente.

Claro que el concepto de Estado fue variando. El viejo concepto de Estado que comenzó a utilizarse en 1648 que dio nacimiento al derecho internacional público cuando se celebró el famoso tratado de paz de Westfalia que puso fin a la Guerra de los Treinta Años implicaba una simple delimitación territorial de poder.

Según el Derecho Internacional moderno se denomina Estado a todo ente que cuenta con tres elementos necesarios para que la comunidad internacional lo reconozca como tal: una comunidad que tiene asiento sobre una determinada porción de territorio y que se encuentra organizada políticamente. Territorio, población y gobierno. son pues los tres elementos que caracterizan el Estado; y dentro del gobierno se encuentra implícitamente la idea de Constitución.

El devenir de nuestra historia constitucional no fue signado por el respeto de las instituciones constituidas, sino más bien por gobiernos de facto que asaltaban el poder del cual un gobierno sólo es huésped. Así, recuperada la democracia y recobrado el estado de Derecho se hizo necesario actualizar y repensar este instrumento fundamental para fortalecer las instituciones.

En ese contexto, el proyecto de reforma constitucional logrado hace 25 años surgió a partir del consenso entre las dos fuerzas partidarias mayoritarias de ese momento: el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical. Lo cierto es que partió de la necesidad de moderar o atemperar las intenciones reeleccionistas.

Recordemos que hasta entonces la tradición de continuidad democrática no existía y cada gobierno democrático era sacudido por un golpe de estado que -de facto- concertaba el poder quebrando la continuidad democrática y la constitución.

No cabe duda, que en el caso del expresidente Carlos Menem su objetivo para la reforma era su reelección, mientras que en el caso de Raúl Alfonsín y el radicalismo había una suma de aspiraciones. Una era atenuar el presidencialismo que pasaba por dos innovaciones como eran la Jefatura de Gabinete y el Consejo de la Magistratura. Otra era la modificación del senado para que apareciera el tercer senador y que fueran elegidos directamente. Además, estaba la elección directa del Intendente de la Ciudad de Buenos Aires.

Así las cosas, posteriormente convertido en la Ley N° 24.309 incluyó un núcleo de coincidencias básicas, pero en el artículo 7 de la misma, una poco conocida e ignorada limitación, cuando se pronunció imperativamente: “La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional” (entonces vigente), concretamente sus primeros 35 artículos.

Cabe destacar que en el núcleo de coincidencias básicas se había determinado no modificar los primeros 35 artículos de la Constitución Nacional. Pero la reforma constitucional argentina de 1994 creó un capítulo nuevo en la primera parte, titulado “Nuevos derechos y garantías”, donde se introdujeron siete artículos nuevos (artículos 36 a 43).

Así, el artículo 36 se refiere a la defensa de la Constitución y la Democracia. Allí criminaliza los golpes de Estado, establece que sus actos son nulos como también asimila los delitos de corrupción en perjuicio del Estado.

El artículo 39 se refiere a la iniciativa legislativa popular. Así, se habla del derecho de grupos que reúnan a más del 3% del padrón a presentar proyectos de ley.

El artículo 41 se refiere a los derechos ambientales. Incluye la obligación de recomponer el daño ambiental, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, la información y educación ambientales y la prohibición del ingreso al territorio nacional de residuos peligrosos y radioactivos.

Del núcleo de coincidencias básicas, corresponden destacarse las siguientes: - Elección directa del Presidente y Vicepresidente e inclusión del ballottage (doble vuelta). - Elección directa de tres senadores, de los cuales uno debería representar a la minoría. - Elección directa del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. - Se redujo el mandato presidencial a cuatro años con única posibilidad de reelección presidencial. - Se estableció la creación del cargo de Jefe de Gabinete de Ministros y del Consejo de la Magistratura. - Se sancionó un acuerdo del Senado por mayoría absoluta para la designación de los jueces de la Corte Suprema.

Conforme su artículo 31, nuestra Constitución Nacional es ley suprema de la Nación la cual se propuso garantizar los derechos y deberes de todos los habitantes en la República Argentina. En su conjunto, la reforma no cambió los principales contenidos de la Constitución de 1853, aunque sí modificó parte de la estructura institucional y jerarquizó nuevos derechos.

Así las cosas, un rápido balance de las luces y sombras, es claro que hay un lado luminoso porque hubo 25 años sin interrupción del sistema constitucional por golpes militares o gobiernos de facto. La Constitución ha ayudado, de alguna manera por sus principios y normas, a estabilizar el tema político en buena medida. En cambio, hay un dudoso equilibrio entre los tres órganos clásicos de poderes del Estado en donde la idea de la supresión del presidencialismo para reemplazarlo por una atenuación ha tenido una suerte variable de acuerdo a los gobiernos posteriores.

Un acierto fue la simplificación del trámite legislativo. Con la Constitución histórica las Leyes podías tener 5 sesiones o tratamientos, 3 en la Cámara de origen y dos en la Cámara revisora. Con la reforma se redujo a 3 tratamientos, dos en la Cámara de origen y uno en la revisora. También se incluyó la extensión del período ordinario de sesiones.

Con respecto a la atenuación presidencial, me parece que no se contribuyó a mejorar esa situación. El Jefe de Gabinete en la práctica es un ministro más. Asimismo, creo que el mecanismo de censura no podría funcionar en la Argentina porque nuestro presidencialismo es muy fuerte y un voto de censura respecto al Jefe de Gabinete podría generar, en la práctica, una crisis política de muy difícil resolución. Porque afectaría al presidente dada su estrecha relación con esta nueva figura de la reforma.

## II. Los tratados jerarquizados la Constitución ampliada

No se pensaba en 1994 que una interpretación de una Corte Internacional referida a un caso de otro país que no fuera Argentina podría prevalecer sobre el texto concreto de la Constitución Nacional.

Como señala Bidart Campos el constituyente optó por colocar una serie de instrumentos en un pie de igualdad con la constitución misma (la reforma incorporó el artículo 75 inc. 22 mediante el cual enumera 11 instrumentos 2 declaraciones y un protocolo).

Esos instrumentos no se han convertido en derecho interno, sino que siguen siendo derecho internacional, pero directamente aplicable en el ámbito interno y con la máxima jerarquía. El Bloque de constitucionalidad argentino, en su conjunto y sin deferencias jerárquicas dentro de él, es el nuevo parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad. Vale aclarar que en 1995 con el caso *Giroldi* la Corte ha aclarado que la expresión constitucional "en las condiciones de su vigencia" significaba que los tratados deben ser aplicados tal y como rigen en el orden internacional, es decir, tal y como son interpretados por los órganos internacionales encargados de su implementación y control.

En distintos países se ejerce "Control de Constitucionalidad", el cual se encarga de realizar una comparación entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico de jerarquía inferior, estableciendo que la primera debe prevalecer por sobre las demás. Las raíces del control de convencionalidad vienen desde el año 1994, por vía de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, apareciendo posteriormente en algunos casos contenciosos y consolidándose doctrinalmente en el año 2006, cuando dicha Corte resalta la obligación que tienen los jueces internos de ejercer tal control en los asuntos que sean de su competencia.

El Control de Convencionalidad es una concordancia que realizan los jueces de las normas de derecho interno vigentes de cada país subscriptos a la Convención Americana de Derechos Humanos y el mismo instrumento supranacional.

El Control de Convencionalidad lo que busca, es establecer si la norma que está siendo objeto de revisión se adecua a lo determinado por la Convención de Derechos Humanos, es decir, si la misma resulta convencional o no. En caso de ser tenida como inconvencional, el efecto que la misma trae aparejada es su invalidez y esto por ende determina que la misma no pueda ser aplicada, incluso si se trata de la propia Constitución Nacional, como lo deja ejemplificado el célebre fallo "La Última Tentación de Cristo"[4].

El control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la CADH, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas.

Según el maestro Sagüés[5] "el control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención americana sobre los derechos del hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, constructivo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación 'armonizante' o 'adaptativa' del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. 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 Interamericana".

La terminología utilizada, esto es "control de convencionalidad", fue mencionada por primera vez, en el caso *Myrna Mack Chang*, en el año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez[6] Esto no quiere decir que sólo a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, sino que desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que a partir de ese momento se comienza a utilizar el término.

Años después, la Corte IDH amplió el concepto del control de convencionalidad en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*[7], en el cual estableció que el objetivo del control de convencionalidad es determinar si la norma enjuiciada -por contraste con la CADH- es o no es "convencional". Si la norma es contraria a esta, es decir, si es "inconvencional", sobreviene el deber judicial de no aplicarla. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior, no se la efectiviza[8].

Como ya hemos mencionado, la Corte Suprema de la Nación y Tribunales inferiores, realizan este control de convencionalidad, incluso desde antes de la última reforma constitucional, por lo que a la fecha, existe una numerosa recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de la República Argentina. También la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido una directa y significativa influencia en la transformación del derecho interno, a través de célebres fallos como la causa "Eduardo Kimel"[9] que provocó en el año 2010, la reforma del Código Penal, en el capítulo que trata de injurias y calumnias. Además, en otros casos como por ejemplo, "Badaro", se cita el caso "Cinco Pensionistas vs. Perú", o en la causa "Mazzeo Lilio", se cita "Almonacid Arellano" y "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú".

Así podemos desarrollar la evolución jurisprudencial de la CSJN los siguientes fallos:

1. Año 1992, la CSJN en oportunidad de expedirse en el caso "Ekmekdjian c/ Sofovich"[10] falló "que la interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH". Aquí la corte, reconoce la supremacía legal de los tratados por sobre las leyes nacionales.
2. Con la Reforma Constitucional del año 1994, por la cual se incluyen a la Constitución Nacional los tratados internacionales de derechos humanos que pasan a tener igual jerarquía que la propia Carta Magna, conformando un "bloque constitucional", en el año 1998, en "Acosta"[11], la CSJN retrocede en el proceso de reconocimiento del carácter vinculante de los fallos de la Corte IDH, cuando sostiene que la jurisprudencia no podrá afectar la cosa juzgada a nivel interno.
3. Año 2004, una nueva composición de la CSJN inicia una etapa de reconocimiento de la jurisprudencia internacional con el caso "Espósito"[12], donde sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una imprescindible pauta de interpretación de todos los deberes y obligaciones que

derivan de la CADH.

4. Año 2007, en el caso “Mazzeo”[13] la CSJN confirmó la doctrina utilizada en Almonacid[14] cuando establece que el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad, teniendo en cuenta no solo la CADH, sino también la interpretación que la propia Corte IDH haya realizado.

5. En el año 2012 se dicta el fallo “Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”[15], por medio del cual, la CSJN, en posición mayoritaria expresó la importancia que exige la correspondiente y adecuada coordinación del sistema de control de constitucionalidad con el de convencionalidad (ambos difusos), fundamentando que: “la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH 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 (artículo 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 IDH- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”[16].

### III. Evolución en la jurisprudencia de la Corte IDH

El control de convencionalidad fue introducido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile del año 2006 en dicho caso la Corte Interamericana estableció específicamente en su considerando 124 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, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Coincidimos con Loianno[17] en señalar en esta primera aproximación se insinúan las reglas básicas que identifican el procedimiento de verificación de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos:

- a) La ratificación de un tratado internacional (no solo la CADH) obliga a los Estados a velar por su cumplimiento aún por encima del ordenamiento jurídico interno.
- b) Los jueces como parte del aparato del Estado están sometidos a lo que disponen los tratados (no solo la CADH).
- c) Los jueces deben velar por que los tratados (no solo la CADH) sean aplicados y a procurar su plena efectividad.
- d) Los jueces deben tener en cuenta no solo el tratado sino también la interpretación que ha hecho la Corte IDH[18].

Para comprender la evolución del concepto y la secuencia creciente de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno, se observa que pueden identificarse, hasta el momento, los siguientes eslabones:

- 1) Poder Judicial (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile); del año 2006.
- 2) Órganos del Poder Judicial y control de oficio (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú); del año 2008.
- 3) Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México) del año 2008; y
- 4) Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (Caso Gelman vs. Uruguay). del año 2011[19].

El “Control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en un juez interamericano y, por este expediente, en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta dicha normatividad.

Dentro de este esquema, tienen los jueces y órganos nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.

Estimamos como poco probable que al acuñarse el término control de convencionalidad el juez García Ramírez hubiera pensado en el “margen de apreciación nacional”[20].

Sin perjuicio de ello nuestra Corte Suprema decidió adentrarse en este laberinto cuando emitió su resolución en el Caso Fontevecchia[21].

### IV. Recepción en el ámbito interno argentino

Particularmente en la Argentina desde la resolución judicial en el caso “Mazzeo” en 2007[22] fue que en la Argentina comenzó en lo fáctico un lento proceso de asimilación normativa que ha costado incorporar y poner en marcha.

El caso reseñado, refiere a un tema jurídica y políticamente controvertido, como es el de la validez de indultos decretados por el Poder Ejecutivo, respecto de delitos de lesa humanidad. En efecto, en el considerando 21 del voto mayoritario de ese fallo, el tribunal adhiere expresamente al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostenido en el apartado 124 de la sentencia “Almonacid Arellano”, que ella dictó el 26 de septiembre de 2006.

La tesis es la siguiente, según la Corte argentina, repitiendo las palabras de dicha Corte Interamericana: “...Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana (de derechos humanos), sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Continúa después la Corte Suprema argentina, citando a la Interamericana: “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[23].

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.

De acuerdo entonces con este criterio, resulta en definitiva que:

- a) El tratado sobre derechos humanos debe primar sobre “las normas jurídicas internas” que estorben su aplicación (la Corte Suprema argentina no exceptúa de ellas a la Constitución);
- b) en el caso del Pacto de San José de Costa Rica, aparte del texto de la convención, vale igualmente la exégesis que de él haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos; todo ello obliga a los jueces locales, incluyendo a la Corte Suprema, a realizar un análisis de “convencionalidad” que dé primacía a la convención y a su interpretación por la Corte Interamericana, descartando por no válidas a las normas locales opuestas a ella. En definitiva, es factible incluso un “control de convencionalidad” sobre la misma Constitución;
- c) aunque la Corte Suprema argentina refiere puntualmente al Pacto de San José de Costa Rica, las palabras de la Corte Interamericana en “Almonacid Arellano” que repite literalmente la primera, hablan en general de “un tratado”, mencionando al Pacto de San José de Costa Rica a título de ejemplo;
- d) la Corte Suprema argentina no ha diferenciado en el considerando 21 de “Mazzeo”, a tratados con nivel constitucional (como es en tal país el Pacto de San José de Costa Rica, a tenor del citado artículo 75 inc. 22 de la constitución), o sin esa jerarquía. El caso “Mazzeo”, en resumen, importa una fuerte definición en pro de los tratados de derechos humanos, sobre la Constitución.

En efecto en el citado fallo se dijo 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 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, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. A partir de la doctrina reseñada nuestra CSJN ha inaugurado la Doctrina del Control de Convencionalidad emanada del caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Almonacid Arellano c/ Chile” de 2006.

En la citada Doctrina se sostiene que el principio de no regresión en materia debe su significado y alcance al principio de desarrollo progresivo consagrado en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos (artículo 26 de la CADH).

En ese sentido, entonces, su fundamentación a nivel interamericano obedece a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición a partir de la cual los Estados Partes asumen, junto al deber de “respetar los derechos y libertades reconocidos” en la Convención, el deber de “garantizar su libre y pleno ejercicio” artículo 1.1 convencional).

El objetivo del “control de convencionalidad” es determinar si la norma enjuiciada a través de la convención es o no “convencional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Boyce y otros vs. Barbados”, considerando 78). Si lo es, el juez la aplica. Caso contrario, no, por resultar “inconvencional”. Dicha “inconvencionalidad” importaría una causal de invalidez de la norma así descalificada, por “carecer de efectos jurídicos”. La inconvencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado. Aparentemente, el “control de convencionalidad” es asimilable en sus efectos al resultado del control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos inter-partes.

La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior (en este caso, la Convención Americana), no se la efectiviza.

Una duda emerge si el órgano que realiza el control de convencionalidad posee, según el derecho constitucional del país del caso, y en materia de control de constitucionalidad, competencia para abolir o derogar a la norma inconstitucional. ¿Podría en tal caso nulificar o derogar erga omnes a, por ejemplo, una ley “inconvencional”? La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha aclarado este subtema. Formalmente, a ella le basta con que, en el caso puntual, no se efectivice la norma local opuesta a la Convención Americana, reputada “inconvencional” por los jueces domésticos.

Sin embargo, si el órgano control de constitucionalidad, por semejanza a sus funciones en la materia, tiene en el país del caso autoridad para derogar a la regla inconstitucional, desde luego que el sistema interamericano no se ofendería si también elimina, por analogía y con resultados erga omnes, a la norma “inconvencional”.

El “Control difuso de convencionalidad”[24] convierte al juez nacional en un juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta dicha normatividad.[25] Tienen los jueces y órganos nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.

Aunque las partes no lo soliciten, los jueces lo deben declarar de oficio cuando califiquen a la norma como palmariamente contraria a la Constitución o las Convenciones, pues su superioridad sobre las restantes disposiciones es una cuestión de orden público que es extraño y va más allá del deseo de las partes.

## V. Avances y desarrollo del control de convencionalidad

La Corte Interamericana fue desarrollando y ampliando la conceptualización del control de convencionalidad a través de sus sentencias.

Como ya se señalara, posteriormente al caso Almonacid Arellano, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso, la Corte IDH retomó su criterio de control de convencionalidad y además enfatizó la necesidad de que la CADH y los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos tengan un efecto útil, procediendo consecuentemente a determinar 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, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”[26]. Así, este segundo precedente pone en cabeza de las autoridades judiciales la garantía del efecto útil de los tratados internacionales, relacionando de manera inescindible el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad[27].

Señala la Corte que si bien el control de convencionalidad no es irrestricto, pues está sujeto a presupuestos formales y materiales, sí debe ejercerse sin hacerlo depender de las manifestaciones o actos de las personas accionantes en cada caso concreto (naturaleza oficiosa).

En el caso *Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011[28] se produce un avance que plantea un control más allá de los jueces, al señalar que “cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo 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” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, 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.

La Corte en el caso *Gelman* señaló “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, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.

Asimismo, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’[29].

La Corte IDH ha precisado que el control de convencionalidad puede implicar la expulsión de normas contrarias a la CADH, o bien, su interpretación conforme a la misma.

En efecto, tanto en *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*[30] como en *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*[31] la Corte IDH dejó establecido que la inconvencionalidad trae como consecuencia la inaplicabilidad en el caso concreto.

Recordemos que en *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* la Corte dijo: “El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley N° 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente”. (N del E: Destacado no está en el texto original)

Asimismo, en el caso *Mendoza y otros Vs. Argentina* “...cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. 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’ entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”.

Asimismo, según lo hemos reseñado precedentemente, la Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada.

Todo ello significa que -en la práctica- se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí.

Así las cosas, la Corte IDH no puede realizar de manera exclusiva el control de convencional porque el alcance de su competencia contenciosa no cubre más que una exigua proporción de los diferentes casos en los que día a día en nuestro hemisferio diferentes autoridades públicas se enfrentan a normas internas que violan los derechos humanos reconocidos en las constituciones o en el DIDH. Por ello el estándar de control de convencionalidad hace que las autoridades internas tengan la obligación de garantizar que el objeto y fin de los tratados se cumpla, enviando además con la adopción de este estándar el mensaje de que cualquier materia judicial o de otra índole puede estar relacionada con el ejercicio de sendos derechos humanos.

En tal sentido, a la luz de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación podemos identificar las siguientes características del control difuso de la convencionalidad de las normas:

(A) El juez nacional como juez interamericano. Los jueces de los Estados parte se convierten en guardianes de la convencionalidad de las leyes - federales y locales- y demás actos nacionales, al permitirles realizar un ejercicio o test de compatibilidad entre éstos y la Convención Americana.

Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el corpus iuris interamericano a través de este nuevo “control”.

(B) Carácter difuso. Se encomienda dicho control a todos los jueces nacionales, sin importar la materia, jerarquía o si son jueces ordinarios o constitucionales, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una internalización del derecho constitucional, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías

convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacía convencional".

(C) Ex officio. Este control lo deben realizar los jueces nacionales con independencia de petición o solicitud de parte, en el caso que estén conociendo. En esa inteligencia, la obligación de los jueces es el de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una interpretación convencional de la norma nacional, sin estar condicionada a las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto.

El control de convencionalidad que deben realizar los jueces nacionales es la consecuencia de la aplicación del derecho internacional en general y de los derechos humanos en particular, concretando así la regla del derecho consuetudinario reflejada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que impide a los Estados hacer prevalecer su derecho interno por sobre el derecho internacional. Esa obligación de procurar la compatibilidad del derecho interno e internacional responde al deber de los Estados de hacer "los mayores esfuerzos" para que las normas internacionales tengan "efecto útil"[32].

El artículo 2.2. CADH dispone la obligación de "adoptar disposiciones de derecho interno" tanto legislativas como "de otro carácter" para hacer efectivas los compromisos asumidos al ratificar la CADH. Esas medidas de otro carácter incluyen seguramente la actuación de los poderes judicial y administrador quienes también deben proceder de modo que la armonía y congruencia de las normas internas e internacionales sea la guía de su actuación en lo que corresponde a sus competencias[33].

En tal sentido entonces, los jueces deben realizar "interpretaciones constitucionales" que sean compatibles con los estándares internacionales[34] llegando incluso a la aplicación directa de la jurisprudencia de la Corte IDH. La necesaria compatibilidad entre la interpretación constitucional y convencional obliga también a desalojar del sistema interno no solo las normas contradictorias, sino la jurisprudencia local provoque el mismo conflicto.

Este -quizás- sea, el mayor desafío para los jueces nacionales de todas las instancias porque la CADH marca un deber genérico para todos ellos que los coloca muchas veces en una situación incómoda frente a sus propias obligaciones constitucionales y a la vez, si las hacen prevalecer por sobre los estándares internacionales que elabora la Corte IDH; dejan expuesto al Estado a la responsabilidad internacional.

## VI. El margen de apreciación nacional

Una de las doctrinas que ha servido para matizar el impacto que puede generar la adopción sin obstáculos del control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales es la llamada doctrina del "margen de apreciación nacional", principio que si bien fue reconocido por la CIDH, cuenta con más desarrollo y recepción por parte de la jurisprudencia de los Tribunales europeos de Derechos Humanos.

En concreto, dicha doctrina fue considerada por la CIDH en la opinión consultiva nro. 4/84, solicitada por el Gobierno de Costa Rica. En dicha oportunidad el Tribunal interamericano tuvo que manifestarse respecto a si ciertos proyectos de reforma a la Constitución Política de Costa Rica violentaban las garantías de igualdad y no discriminación contempladas en la CADH al estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros. Indicó el Tribunal que: "la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados"[35].

Consecuentemente, brota que este "margen de apreciación nacional" consiste en la posibilidad de interpretar o valorar un derecho o garantía contemplado en un tratado de derechos humanos de acuerdo a las particularidades propias del país donde dicho derecho sea invocado, otorgando en definitiva, una especie de privilegio a los tribunales nacionales en la apreciación de derechos conforme las realidades que se presenten en ese país, conservando así la última palabra para "moldear" o "adaptar" al contexto social, económico o jurídico nacional, el derecho emanado de un tratado o convenio internacional.

Loianno señala también que: "El margen de la discrecionalidad admitido a favor del Estado en este tipo de acciones es amplio. Se deduce de la propia voluntad de la Corte al no definir los rumbos de acción, limitándose a indicar que el cumplimiento de la sentencia conlleva la realización de actos concretos de prevención"[36].

Ahora bien, con fecha 14/02/2017, nuestra Corte Suprema de Justicia resolvió los obrados "Fontevicchia" [37]. En el caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sin efecto una indemnización dispuesta en una sentencia de nuestro más alto tribunal de justicia, a raíz de publicaciones periodísticas, pasada en autoridad de "cosa juzgada". Frente a ello, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación remite a la Corte Suprema un oficio, en el que se le hace saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que se cumpla con la sentencia dictada por el Organismo Internacional. -

El máximo Tribunal de la nación, finalmente -y por mayoría- determinó que no correspondía hacer lugar a lo solicitado.

La composición del controversial fallo fue la siguiente[38]: un voto mayoritario, emitido por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, que desestima la presentación. El Magistrado Rosatti, comparte la solución mayoritaria, aunque por su voto. El pronunciamiento cuenta además con la disidencia del Magistrado Maqueda.

Respecto de la decisión mayoritaria, sobre la cual prevalece en nuestro entender la pluma del Magistrado Rosenkrantz[39], y luego de enunciar enfáticamente la que hasta esa fecha se constituía en doctrina consolidada del Tribunal, en el sentido de que "(...) las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino, son -en principio- de cumplimiento obligatorio" [40], destaca seguido que "(...) dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus competencias remediales" enfatizando finalmente que en efecto, "(...) es con ése alcance que el Estado Argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana"[41].

Resaltando el marco de naturaleza coadyuvante o complementaria de la ofrecida por el derecho interno de los Estados Americanos, que determina la CADH, resalta que la Corte Interamericana no actúa como una instancia más, sin constituir una "cuarta instancia", con potestad de revisar o anular decisiones jurisdiccionales estatales.

Por ello, este voto interpreta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede "dejar sin efecto" una sentencia dictada por ése tribunal, asimilando la idea de "dejar sin efecto" a la de "revocar", señalando que en el punto, se ha recurrido a un mecanismo "restitutivo" impropio, y no previsto por el texto convencional, que no puede - en el caso - integrar las modalidades de "reparación" previstas y articuladas por el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos[42].

Ello por interpretar que "(...) revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal, implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial Argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los Artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional"[43].

Aun así, enfatiza ese voto del Tribunal sobre el final, que lo resuelto en el caso “(...) no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del Artículo 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (Artículo 63 CADH; artículos 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional)”[44].

Resulta interesante el voto del Ministro Rosatti, y siempre teniendo presente lo dispuesto por la Corte Interamericana en el Considerando 2º, Inciso b) del fallo traído a consulta por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones y Culto de la Nación, inquiriendo el modo en que se efectuaría su cumplimiento, en tanto en la sede internacional se disponía “dejar sin efecto” la condena civil impuesta a los Sres. Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias. El Dr. Rosatti concuerda con los Jueces de la mayoría en tanto interpretaron que esa orden del Tribunal Internacional no solo pareciera ir más allá de sus atribuciones específicas y propias, sino que pareciera pretender imponer al Tribunal, la revocación de una de sus sentencias, ya pasadas en autoridad de “Cosa Juzgada”.

Expone Rosatti que no es posible a partir de esa cláusula “(...) hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional - sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional”[45], resaltando en tal contexto, el carácter “supremo” de las decisiones del Alto Tribunal.

Destaca con ello que de no rechazar el planteo en cuestión, se erigiría a la Corte Interamericana de derechos humanos en una instancia “revisora” o “casatoria” de decisiones judiciales estatales, ya que ello excedería en el sentir del magistrado, “(...) el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional”[46].

Sin perjuicio del sentido final de su voto, es de resaltar que el mismo se dicta -a diferencia del mayoritario del Tribunal- en un marco interpretativo de “diálogo jurisprudencial” que en su sentir, se produce entre dos órganos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, en el que “(...) reconoce a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como último intérprete de la CADH (Artículo 62, puntos 1 y 3 CADH), y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (artículos 116 y 117 de la CN)”[47].

Por ello, entiende finalmente Rosatti que no es posible concretar la revocación formal pretendida respecto del decisorio nacional en cuestión, sin violentar con ello lo dispuesto por los Artículos 27 y 75 Inc. 22 del texto fundamental argentino.

Para terminar, el fallo exhibe la fundada disidencia del ministro Maqueda, quien siguiendo lo dictaminado por la Procuradora general de la Nación, resuelve rechazar la demanda deducida por el Sr. Carlos Saúl Menem en contra de Jorge Fontevecchia, Héctor D’Amico y Editorial Perfil SA., basado en la convicción de que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciadas en causas en que el Estado Argentino sea parte, “(...) deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación”[48], con lo que entiende que la Corte debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento, teniendo en consideración el principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado.

Se ha señalado acertadamente que la “cosa juzgada” no puede constituirse en “(...) excusa o forma de garantizar, inversamente, la impunidad en nombre de la estabilidad, la seguridad jurídica o la certeza” agregándose a ello que “(...) el paradigma de los derechos humanos (en tensión, muchas veces, con las necesidades de previsión del mercado, del comercio, de la economía), con su discurso en prédica en contra de la impunidad”[49].

Dividiendo claramente Gozáini la “cosa juzgada irrita” (que pretendemos involucrar en este acto), de aquella “fraudulenta” expresa que la primera se consolida cuando se ha generado un error judicial que provocó notoria injusticia. En el caso, se acreditó claramente en el orden interamericano el error judicial que motivó una sentencia claramente contraria a la libertad de expresión, base necesaria de la génesis y sostenimiento de una república democrática.

La aplicación del margen de apreciación nacional debe hacerse de modo reflexivo y validante de la necesidad de establecer un expresivo marco de diálogo jurisprudencial entre los actores principales del sistema interamericano, pero sin olvidar que ambos han asumido la circunstancia de haber alcanzado a la persona humana, la calidad y rango de sujeto de derecho internacional, ya que el Estado que se hace parte en un sistema de derechos humanos -y más aún, el que jerarquiza éste sistema hasta alcanzar el nivel de su texto fundamental- conserva su jurisdicción doméstica, en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino en modo concurrente con la internacional, que también asume respetar y hacer respetar.

¿Qué sucede cuando una sentencia judicial firme y que ha pasado a autoridad de cosa juzgada en el derecho interno resulta violatoria de un tratado con jerarquía constitucional?

La cuestión por lo pronto aunque compleja no resulta un problema para el derecho internacional de los Derechos Humanos, sino un problema del derecho interno de cada Estado. En efecto, de acuerdo a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados ningún Estado puede alegar disposiciones de derecho interno para incumplir un tratado internacional[50].

Por lo pronto, el argumento señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución del 14/02/2017 acerca por el cual el sistema de protección internacional tiene un carácter subsidiario y no constituye una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales debe ser al menos cuestionado. Dado que la Corte parece cometer un error de interpretación de la Doctrina de la Corte IDH.

En efecto, vale aclarar que el carácter subsidiario del sistema de control interamericano se vincula con la necesidad de darle primero una oportunidad a los órganos estatales para que cesen y reparen en sede interna las violaciones a los derechos humanos, pero si esto no sucede, entonces comienza a funcionar el sistema de protección transnacional cuya función es la de procurar que los Estados cumplan con sus compromisos internacionales fundamentalmente la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Suprema sostiene que “la comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos “Lawless v. Ireland”, sentencia del 10 de julio de 1961, y “Handyside v. The United Kingdom”, sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso “Lautsi and Others v. Italy”, sentencia del 18 de marzo de 2011)...”. Un breve repaso de las cuestiones en estos tres fallos indica que el margen de apreciación se refiere a la disputa sobre el alcance y la intensidad con que se controlarán las razones justificatorias de la limitación al derecho.

En Lawless contra Irlanda, el afectado sostenía la ilegalidad de su detención en un campo de detención militar en la República de Irlanda. En el caso se trataba de la aplicación del artículo 15 del CEDH que establece que “en caso de guerra o de otra emergencia pública amenazando la vida de la nación cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas de derogación de las obligaciones previstas por el (...) Convenio, en la estricta medida en que lo exija la situación y siempre y cuando dichas medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones que establece el derecho internacional”. El TEDH reconoció que los Estados gozan de cierto margen en la apreciación de las circunstancias que aconsejan la llamada “derogación” temporal. Sin embargo, advirtió que esa apreciación debe estar justificada, ya que esto permite luego evaluar si existe una situación

real de peligro relacionada con las medidas estatales adoptadas. Se trata de la discusión sobre el alcance de los derechos y qué margen o no reconocer a los Estados en la aplicación del artículo 15 del CEDH (por supuesto, en los derechos que pueden ser limitados, no en aquellos que la CEDH protege en forma absoluta y excluye de cualquier ponderación en tiempos normales o de emergencia).

En *Handyside c. Reino Unido* se trataba sobre limitaciones a la libertad de expresión por la prohibición de la venta del llamado “Pequeño Libro Rojo”. El artículo 10.2 del CEDH reconoce la libertad de expresión; a su vez, admite que puede ser limitada siempre y cuando esté prevista en una ley y que sea necesaria en una sociedad democrática. El TEDH advierte que “los Estados Contratantes [no tienen] un poder ilimitado de apreciación ... va íntimamente ligado a una supervisión europea. Esta afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su “necesidad”[51].

Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente... Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una “sociedad democrática”. [52] De nuevo, en este caso se trata de evaluar restricciones a los derechos y la intensidad con que el TEDH controlará las razones alegadas por el Estado.

Por último, en *Lautsi c. Italia* los afectados consideraban que la presencia de crucifijos en las aulas de centros de enseñanza pública violaba la libertad religiosa y el derecho a la educación de sus hijos. La Gran Sala del TEDH decidió que no había violación de los derechos alegados. Sostuvo que correspondía al Estado, como parte de sus funciones en relación con la educación y la enseñanza, decidir si debía o no haber crucifijos en las escuelas. Agregó que, en principio, esta decisión forma parte del margen de apreciación del Estado y que no hay un “consenso europeo” sobre símbolos religiosos en las escuelas públicas. [53] Por todo ello el TEDH realiza un escrutinio leve del accionar estatal. Una vez más, el margen de apreciación del Estado aparece relacionado con el alcance de la intensidad con que el tribunal controlará las razones justificatorias.

En tal sentido el Estado y sobre todo la CSJN tiene mucho que explicar del porque debería dejar de cumplir con la sentencia de la Corte IDH en el caso *Fontevecchia*. El Estado fue parte directa en el expediente, tuvo la posibilidad de alegar y discutir ampliamente las cuestiones debatidas. En el proceso de ejecución de sentencia, no cabe entonces, “margen de interpretación” para dejar de cumplirla.

Como se ha establecido el TEDH utiliza esa doctrina para discutir el alcance del margen que tienen los Estados para evaluar la necesidad y proporcionalidad de las restricciones a los derechos limitables.

Se trata de disputas sobre la intensidad del control del TEDH sobre la medida estatal. Entonces, el uso es descontextualizado porque la Corte Suprema en *Fontevecchia 2017* enuncia la doctrina para sostener la competencia que la Corte tendría para interpretar las competencias de la Corte IDH y para, en concreto, no cumplir con la sentencia de la Corte IDH. Este corrimiento no está justificado en la sentencia.

Por otra parte, es dable señalar que el sistema no sea una “cuarta instancia” implica que los órganos de interpretación y aplicación de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no revisan sentencias a la luz del ordenamiento jurídico nacional, sino que su labor, se realiza evaluando la compatibilidad o incompatibilidad de la conducta estatal denunciada conforme el ordenamiento convencional internacional vigente.

La “fórmula” de que no es una cuarta instancia” procura resguardar el ámbito específico de competencia de los órganos internacionales de derechos humanos. Su función es analizar si los casos que llegan a su conocimiento involucran violaciones de derechos consagrados en los tratados de derechos humanos. Su premisa básica consiste en que no pueden revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que consideren que se ha cometido una violación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Vale decir, no pueden actuar como un tribunal de alzada para examinar supuestos “errores de derecho” o “de hecho” que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia. Su misión proteger, controlar el cumplimiento y la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención.

Los mismos precedentes en los que la CJSN se ampara para sustentar su errada posición comprueban que los conceptos de “subsidiariedad” y “cuarta instancia” no discuten la competencia de la Corte IDH de dictar medidas reparatorias ni su alcance (facultad remedial artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos) sino, únicamente, las condiciones y vías de acceso al Sistema.

Así, cuando un Estado se vincula por medio de un tratado y se obliga a respetar su contenido lo hace todo el Estado y no una parte del él. Vale decir, que tanto el poder ejecutivo, el poder legislativo como el poder judicial.

Así las cosas, es dable recordar que, la Corte Suprema de Justicia hizo referencia -por ejemplo- en el caso “*Miguel Ángel Espósito*” a que la decisión de la Corte IDH en el caso ‘*Bulacio vs. Argentina*’ sobre el concepto de ‘secuela de juicio’ en los términos del artículo 67, párr. 4, del Código Penal, resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (artículo 68.1, CADH), por lo cual también la Corte Suprema Argentina, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional[54]. Se sostuvo así la tesis de la prevalencia de la fuente externa sobre la interna[55].

## VII. Conclusión

Celebrar la continuidad en la vigencia de un texto constitucional es un hito al igual que la continuidad democrática. Sin perjuicio de haber reseñado luces y sombras el texto constitucional argentino tiene muchas de ellas.

Actualmente, resulta impensado hablar de un gobierno civilizado sin respeto a los derechos humanos, ni interrelación de las funciones y competencias de los órganos que ejercen la autoridad en representación del Estado. Y esto no ha sido siempre así. El trabajo de muchos doctrinarios fue la cuna del constitucionalismo.

Pero independientemente de la letra de la Constitución, el sistema requiere, de manera esencial, que no exista desajuste entre la teoría y la realidad políticas. No alcanza con la consagración constitucional. Cualquier gobierno constitucional contemporáneo necesita de partidos políticos orgánicos, un electorado activo y plenamente conciente de sus derechos y obligaciones, requiere de una oposición garantizada y no conspirativa.

La legislación argentina comenzó a transitar un nuevo camino a partir de la reforma de 1994. Los avatares de la vida política argentina han repercutido no sólo en su pueblo sino también en su norma fundamental.

## VIII. Bibliografía consultada

Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

*Derechos humanos*, Buenos Aires, Belgrano, 1997.

Buenader, Eduardo, *La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ED, 279-489.



Capaldo, Griselda - Sieckmann, Jan - Clérico.

Laura, Internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional, Buenos

Aires, Eudeba - Fundación Alexander von Humboldt, 2012.

Falcón, Enrique M. (dir.), Tratado de derecho procesal constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.

Gargarella, Roberto, La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Buenos Aires, Katz, 2014.

Gialdino, Rolando E., Derecho internacional de los derechos humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013.

Gordillo, Agustín - Flax, Gregorio, Derechos humanos, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

Gozaini, Osvaldo A., Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno, Estudios Constitucionales, año 4, N° 2.

Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2006.

El control de constitucionalidad en la democracia, Buenos Aires, Ediar, 2015.

Hitters, Juan C., Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación, LL, 2009-D-1205.

Loianno, Adelina, El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad, UCES, [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2502/Control\\_Loianno.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2502/Control_Loianno.pdf?sequence=1).

Larsen, Pablo, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

Midón, Mario A. R., Manual de derecho constitucional, Buenos Aires, La Ley, 2013.

Pastor, Daniel R. (dir.) - Guzmán, Nicolás (coord.), El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

Pizarro, Ramón D., Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agravantes, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Pittier, Lautaro E., El control de convencionalidad en la argentina ED Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos Volumen 64 ISSN1015-5074.

Control de convencionalidad: ¿un cambio de rumbo?, Suplemento de Derecho Constitucional del 3-7-17, elDial.com.

Sagüés, Néstor P., Manual de derecho constitucional, Buenos Aires, Astrea, 2017.

## Notas

[1] Abogado y Profesor Universitario en ciencias Jurídicas, Director de Asuntos Jurídicos, Facultad de Derecho, UNLZ; Docente adjunto de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional Argentino, Facultad de Derecho, UNLZ; Director del Instituto de Derechos Humanos del CALZ; Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional.

[2] Juan Bautista Alberdi. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. Valparaíso, 1852. Citado en: Tulio Halperin Donghi. Proyecto y construcción de una nación (Argentina, 1846-1880). Caracas, Ayacucho. 1980.

[3] Manili. Pablo Teoría Constitucional ED Hammurabi 2014 pág. 19

[4] Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", La Ley 2009-D, 1205.

[5] SAGÜÉS, Néstor P., Dificultades operativas del "Control de Convencionalidad" en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2009-B, pág. 1.

[6] Corte IDH en "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

[7] Corte IDH en Boyce y otros vs. Barbados, sentencia del 20 de noviembre de 2007, considerando N° 78.

[8] SAGÜÉS, Néstor P. Dificultades operativas del "Control de... ob. Cit.

[9] "Caso Kimel Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia." Resolución de la Corte de 15 de noviembre de 2010.

[10] CSJN en "Ekmekdjian c. Sofovich", sentencia del 7 de julio de 1992, considerando N° 21, Fallos 315.1492.

[11] CSJN en "Acosta", sentencia del 28 de diciembre de 1998, considerando N° 6, Fallos 321.3564.

[12] CSJN en "Espósito Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", sentencia del 23 de diciembre de 2004, E. 224. XXXIX.

[13] CSJN en "Mazzeo, Julio Lilio s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330.3248.

[14] Corte IDH en Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

[15] CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

[16] CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012. Posición mayoritaria, considerando 12, en SAGÜÉS, María Sofía, "Concordancia procesal entre el control de convencionalidad y control de constitucionalidad. aplicación en el recurso extraordinario federal argentino". Disponible en: <http://www.iberonstitucional.com.ar/wp-content/uploads/2013/09/2B-014.pdf> [consulta 15/11/2013].

[17] Loianno, Adelina El control de convencionalidad y la justicia constitucional Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad ED UCES consultado online el 18/01/2016: [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2502/Control\\_Loianno.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2502/Control_Loianno.pdf?sequence=1).

[18] Loianno, Adelina Op. Cit.

[19] Gelli, María Angélica; Gozaini, Osvaldo Alfredo y Sagüés, Néstor P. "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad". En: Revista jurídica argentina La Ley (t. 2011 B, pág. 779-794), Buenos Aires, 2010, pág. 782.

- [20] Cf. Amos, Kai. Op. Cit. Pág. 121 y especialmente la nota al pie 20.
- [21] Resulta de singular importancia comprender que la CSJN recibió una “comunicación” del Ministerio de Relaciones Exteriores y no una petición en el marco de un expediente judicial, con lo que muy bien podría haberse limitado a tomar vista de lo comunicado sin formular ningún tipo de pronunciamiento.
- [22] M. 2333. XLII. y otros. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad.
- [23] Pittier, Lautaro Ezequiel, “El control de convencionalidad en la Argentina y algunas experiencias de evasión de compromisos internacionales Conventionality control in Argentina and experiences of evasion of international commitments” Revista CES DERECHO ISSN 2145-7719 Volumen 3 Número 2 Julio-Diciembre 2012. Págs.: 122-127 Disponible on line en <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/articulo/view/2535/1795>.
- [24] Fajardo Morales, Zamir Andrés, El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica disponible [http://www.sitios.sjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/materia\\_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf](http://www.sitios.sjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/materia_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf).
- [25] Ver además fallos Girolodi (CSJN- 07/04/1995 - Sentencia “Girolodi, Horacio y otro”) que en su considerando 11 expresamente dice: “Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, párr. 2°, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. artículos 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2°, Ley N° 23.054). “y Bramajo (CSJN, 1996 Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación -causa n° 44.891)-. que expresamente dice en su considerando 8: Que la “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, artículo 2° de la Ley N° 23.054 (confr. doctrina de la causa G.342.XXVI. “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995)”.
- [26] Corte IDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C No. 158, párr. 128.
- [27] En idéntico sentido ver, Corte IDH, caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, párr. 78.
- [28] Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- [29] Cfr. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142, y Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) Vs. Chile, párr. 436
- [30] Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- [31] Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.
- [32] Alcalá Zamora, Niceto, Boletín de derecho comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2012, n° 135, pág. 1185.
- [33] Ferrer Mac Gregor, Panorámica del Derecho Procesal Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 2013, pág. 959.
- [34] Corte IDH Caso Radiilla Pacheco vs. México, Serie C, n° 209, 26 de noviembre de 2009, párr. 340.
- [35] Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. Apartado Nro. 62.
- [36] Loiano, Adelina en “Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones” disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24335.pdf> (Consultado el 28/02/2019).
- [37] “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe Sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (La Ley 20/02/2017, pág. 9; Cita Online: AR/JUR/66/2017).
- [38] Precedido por el dictamen de la Procuradora General de la nación, Alejandra Gils Garbó, con quien coincide solo el voto disidente del Magistrado Maqueda.
- [39] Es conocida la posición de Rosenkrantz, que no compartimos, en el sentido de considerar al derecho internacional como derecho “extranjero”, caracterizando de “préstamos” al cúmulo normativo que surge de los instrumentos internacionales a los que la Constitución Nacional Argentina le ha dado por imperio de lo dispuesto en su Artículo 75 inc. 22, jerarquía constitucional, al derivarse de ellos en su entender, la “cristalización de una decisión colectiva tomada por otro” (Cfr. Rosenkrantz, Carlos “Against borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 International Journal of Constitutional Law, 2003, págs. 269/95).
- [40] Considerando 6° del voto mayoritario.
- [41] Considerando 6° del voto mayoritario.
- [42] Voto mayoritario, considerando 15.
- [43] Voto mayoritario, considerando 18.
- [44] Voto mayoritario, considerando 20.
- [45] Voto del Dr. Rosatti, Considerando 5°. Funda esta posición el Ministro del Alto Tribunal, en la práctica tradicional fundacional argentina, con cita a la obra de Joaquín V. González.
- [46] Voto del Dr. Rosatti, Considerando 7°.
- [47] Voto del Dr. Rosatti, Considerando 8°.
- [48] Voto disidente del Ministro Maqueda, Considerando 3°. En función de tal argumentación, propone luego expresamente y “(...) dado que dicho pronunciamiento debe ser cumplido por los poderes constituidos del Estado argentino en el ámbito de su competencia, corresponde a esta Corte Suprema, según lo establecido en el párrafo 105 del citado fallo, dejar sin efecto la sentencia dictada por éste Tribunal -con otra composición - en los Autos ‘Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil SA’ (Fallos 324:2895) y, en consecuencia, también la de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que es su antecedente, así como todas sus consecuencias, inclusive los alcances que hubieran tenido respecto de terceros” (textual del Considerando 5°).
- [49] Cfr. Gozáini, Osvaldo “Revisión de la cosa juzgada (irrita y fraudulenta) en “DP y C, junio del 2016, 03/06/16, 249 - DJ30/11/2016,85). Cita Online AR/DOC/1470/2016.
- [50] De La Guardia y Delpech, “La Convención de Viena sobre el régimen de los Tratados”, Ed. la Ley, Bs. As. varias ediciones (artículo 27).
- [51] TEDH, Lawless c. Irlanda, 1961.
- [52] TEDH, Handsyde (1976), párrs. 48-49. Handsyde es uno de los primeros fallos en el que el TEDH se refiere a la doctrina. riverS (2006) , págs. 177-182, advierte que el margen es aún objeto de disputa; FolleSdAl (2017), pág. 367.
- [53] TEDH, Lautsi c. Italia, 2011, párr. 70. dzehtSiArou (2015); CLERICO (2017).
- [54] Fallos 327:5668 (2004), 23 de diciembre de 2014, La Ley, 2005-C, 1.
- [55] Cabe destacar siguiendo a Gil Domínguez que el estándar establecido por la CIDH en el caso Bulacio consistió en que no es posible oponer normas de carácter interno -como las referidas a la prescripción- que impidan u obstaculicen el desarrollo de un proceso penal en su totalidad, frente a una violación a los derechos humanos consagrados en la CADH por parte de un agente estatal, aunque dicha transgresión se consume en un período democrático y no consista en una práctica generalizada y sistemática por parte del Estado sometido al proceso transnacional, así la CIDH delimita una nueva categoría de delitos cometidos por agentes estatales, a lo cual no le es oponible la prescripción de la acción penal. (Ver el análisis de este caso en Andrés Gil Domínguez; “Control de convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”; en El control de convencionalidad Buenos Aires, Ediar, 2008.; pág. 77.

