

# Control de convencionalidad en Argentina

*Lautaro Pittier\**

## 1. El control de convencionalidad

Como ya sabemos, en distintos países se ejerce el llamado “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. Es así que encontramos un sistema *difuso* de control de constitucionalidad, en donde dicho control es llevado a cabo por todos los jueces, ya sean provinciales o nacionales, sistema adoptado, entre otros, por Estados Unidos (por medio del célebre caso *Marbury vs. Madison*<sup>1</sup>) y Argentina (receptado por los fallos *Sojo*<sup>2</sup> y *Elortondo*<sup>3</sup>); y un sistema *concentrado*, donde un cuerpo único es el encargado de llevar a cabo la revisión, el cual es creado para ese fin exclusivamente, sistema que ha sido adoptado en algunas constituciones europeas, y también latinoamericanas.

---

\* Abogado, Director de Asuntos Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; Director del Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora; Docente Adjunto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho UNLZ; integrante del Centro de Estudios Judiciales de la UNLZ; ex coordinador del programa Empoderar de la Universidad de Buenos Aires.

1 “Supreme Court of the United States in *Marbury, William vs. Madison, James*. 1 Cranch 137; 2 L. Ed. 60; 1803”. En Villanueva, Marcos Agustín. “El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales”.

2 CSJN, “*Sojo, Eduardo*”, Fallos 32:120.

3 CSJN, “*Municipalidad de la Capital c/Elortondo*”, Fallos, 33:162.

El control de convencionalidad puede ser entendido como 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, busca, 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”<sup>4</sup>.

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.

Coincidimos con Sagüés<sup>5</sup>:

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, también los obliga a interpretar al derecho

---

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, P. 1.

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.

El término “*control de convencionalidad*” fue mencionado por primera vez, en el caso *Myrna Mack Chang*, en el año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez<sup>6</sup>. 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*<sup>7</sup>, 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 “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<sup>8</sup>.

---

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 Convencionalidad’ en el sistema interamericano”.

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”, 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 en “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”.

## 1.1 Evolución

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

1. Año 1992, la CSJN en oportunidad de expedirse en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”<sup>10</sup> 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

---

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.

igual jerarquía que la propia Carta Magna, conformando un “bloque constitucional”; en el año 1998, en “Acosta”<sup>11</sup>, 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”<sup>12</sup>, 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”<sup>13</sup>, la CSJN confirmó la doctrina utilizada en *Almonacid*<sup>14</sup> 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”<sup>15</sup>, por medio del cual la CSJN, en posición mayoritaria, expresó la importancia que exige la correspondiente y adecuada coordinación del sistema de

---

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.

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 CorteIDH– 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”<sup>16</sup>.

Así, podemos observar una breve evolución de nuestra Corte Suprema, a través de distintos fallos previamente seleccionados, con el fin de plasmar, en forma meramente ejemplificativa, cómo se fue implementando y consolidando el control de convencionalidad en nuestro país.

---

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.iberconstitucional.com.ar/wp-content/uploads/2013/09/2B-014.pdf> [consulta 15/11/2013].

## 1.2 Primer planteo en el ámbito interamericano

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 mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Coincidimos con Loiano<sup>17</sup> 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:

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.

---

17 Loiano, Adelina. *El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad*. Ed. UCES. Consultado en línea, el 18/01/2016: [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2502/Control\\_Loiano.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2502/Control_Loiano.pdf?sequence=1).

- a) Los jueces como parte del aparato del Estado están sometidos a lo que disponen los tratados (no solo la CADH).
- b) Los jueces deben velar por que los tratados (no solo la CADH) sean aplicados y a procurar su plena efectividad.
- c) Los jueces deben tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que ha hecho la Corte IDH<sup>18</sup>.

## 2. Incorporación en el ámbito interno argentino

Particularmente en Argentina, desde la sanción del fallo Mazzeo en 2007<sup>19</sup>, fue que comenzó en lo fáctico un lento proceso de asimilación normativa que ha costado incorporar y poner en marcha.

El caso reseñado se 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 se dictó el 26 de septiembre de 2006.

La tesis, según la Corte argentina, repitiendo las palabras de la Corte Interamericana, es la siguiente: “...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

---

18 Loianno, Adelina. *Ibid.*

19 M. 2333. XLII. y otros. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad.



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”<sup>20</sup>.

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

---

20 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. Pág: 122-127. Disponible en línea en: <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/2535/1795>.

opuestas a ella. En definitiva, es factible incluso un “control de convencionalidad” sobre la misma Constitución;

- c) aunque la Corte Suprema argentina se 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 art. 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 (art. 26 de la CADH).

En ese sentido, 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” (art.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 “inconvenicional”? 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 “inconvenicional” 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 “inconvenicional”.

El “Control difuso de convencionalidad”<sup>21</sup> 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<sup>22</sup>.

---

21 Fajardo Morales, Zamir Andrés. “El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica”. Disponible en el siguiente enlace: [http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material\\_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf)

22 Ver además: fallos Giroidi (CSJN- 07/04/1995 - Sentencia “Giroidi, 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’ (art. 75, inc. 22, párr. 2°, esto es, tal como la

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.

---

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. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2°, ley 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” (art. 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, art. 2° de la ley 23.054 (confr. doctrina de la causa G.342.XXVI. “Giroldi, Horacio David y otros/recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995).

## 2.2 Avances y desarrollo del control de convencionalidad

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

Posterior 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 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”<sup>23</sup>. 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<sup>24</sup>.

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

---

23 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.

24 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.

manifestaciones o actos de las personas accionantes en cada caso concreto (naturaleza oficiosa).

En el Caso Gelman vs. Uruguay<sup>25</sup> 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

---

25 Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

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’”<sup>26</sup>.

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 el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile<sup>27</sup> como en el Caso Mendoza y otros vs. Argentina<sup>28</sup>, la Corte IDH dejó establecido que la inconvencionalidad trae como consecuencia la inaplicabilidad en el caso concreto.

Recordemos que en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, la Corte dijo:

---

26 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.

27 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

28 Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013



*El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 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<sup>29</sup>.*

Asimismo, en el caso 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

---

29 Destacado del autor.

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 anteriormente, 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 convencionalidad, 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.

### 3. Los jueces y el control de convencionalidad

Tienen, por lo tanto, 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. Este es el desafío que enfrenta el Derecho para construir un verdadero Estado Constitucional.

Lo cierto es que hay una “circulación mundial” de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso es que se habla de una “propensión ultranacional, sino universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional”<sup>30</sup>. Dicha propensión estaría anudada a la existencia de una comunidad de jueces constitucionales que con frecuencia celebran reuniones, seminarios y congresos en los que dialogan e intercambian experiencias, creando así una suerte de “sociedad abierta de la justicia constitucional”, la cual puede ampliarse para hablar incluso de una sociedad abierta de la justicia convencional.

---

30 Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”. En: Carbonell, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Trotta. Madrid, 2007. Pág. 92.

Las nuevas fronteras entre derecho nacional, tras la recepción del derecho internacional son hoy más borrosas que nunca y por eso es que los abogados deben estar listos para utilizar en sus razonamientos tanto normas internas como normas internacionales. No hay duda, a la luz de lo que ya llevamos expuesto, que el control de convencionalidad es obligatorio y que por tanto los operadores jurídicos deben conocer a fondo y con detalle la jurisprudencia de la Corte IDH; pero dicha obligatoriedad no se verá reflejada en la práctica si no conseguimos desarrollar una mentalidad más afín a los pronunciamientos de la jurisdicción interamericana.

El mayor reto será de los formadores de dichos operadores, las casas de alto estudio. En este punto tendrán un papel fundamental por desarrollar las facultades de derecho, pues será en ellas en donde se formen las nuevas generaciones de abogados, para las cuales temas como el control de convencionalidad serán vistos como algo normal y cotidiano, al revés de lo que sucede en la actualidad con algunos jueces y abogados.

Con lo antes señalado, recae en el juez como operador principal de la justicia y del derecho, velar porque el respeto por la persona humana sea una realidad.

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

Esta transformación pone al juez en un nuevo rol de control más amplio, en el cual la Constitución, junto con los derechos fundamentales –individuales y colectivos–, deja de ser superstición declamada para ser una realidad aplicada.

El expresado “nuevo rol” significa que, al emitir una “decisión fundada”, el juez ya no está atado a la literalidad de la norma, sino que debe acudir a una pluralidad de fuentes y concretar una interpretación contextual y armónica del ordenamiento jurídico. Como no hay derecho sin juez, al ser estos derechos mayoritariamente operativos, se amplía el alcance y la intensidad del control.

Esto no implica “garantismo” ni “activismo judicial”, ni el ejercicio de la función política por parte de los jueces, ni que estos administren o legislen. De lo que se trata es de un control más amplio y profundo, pero siempre dentro de la ley y del orden jurídico.

Por eso, el control de los actos de los otros poderes del Estado debe respetar el “núcleo duro” o la “zona de reserva constitucional” que a ellos les incumbe para valorar la oportunidad, el mérito y la conveniencia de sus decisiones.

En este marco, el hecho de que un juez ejerza el control amplio de juridicidad no significa el gobierno de los jueces, sino la primacía de la Constitución (de sus principios y valores), de los tratados y de las leyes.

El Juez como operador del Derecho se debe allegar de todos los principios y valores reconocidos y legitimados por la sociedad, para estar así en posibilidad de respetar los derechos humanos reconocidos actualmente por nuestra constitución, y que en muchos de los casos se encuentran desarrollados en tratados internacionales o en la interpretación que se ha hecho al respecto por tribunales internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Juez es el pilar del sistema del Derecho para implementar en todo momento una

justicia “*pro homine*”<sup>31</sup> y sobre todo cuando tiene la potestad tan importante de hacer un control de convencionalidad respecto de las leyes internas que sean incompatibles con el sistema de protección más favorable al ser humano.

A la luz de lo expresado, el juez de control es aquel operador jurídico que ejerce una vigilancia de los derechos constitucionales (intimidad, libre comunicación, inviolabilidad del domicilio, libertad personal, propiedad, etc.) dentro del proceso judicial, bajo las reglas del control judicial, sobre aquellas diligencias, actos procesales o comportamientos de las agencias formales del sistema de justicia que pongan en peligro o lesionen los derechos constitucionales de los sujetos procesales.

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. 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<sup>32</sup>.

Frente a este panorama el juez de control no está exento de cumplir con esta obligación, aun si las partes intervinientes en el proceso no lo hayan solicitado. En esa inteligencia, en el presente

---

31 Gómez Reyes, José Alfredo. “La reforma constitucional en materia de derechos humanos”. En: *Universita Ciencia: revista electrónica de la Universidad de Xalapa*, núm. 3, enero-abril de 2013, ISSN: 2007-3917.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cabrera García y Montiel Flores con México*, de 26 de noviembre de 2010.

apartado estableceremos el armazón operativo que requiere el citado operador jurídico para cumplir con tal cometido, para luego finalizar con el estudio de determinados casos prácticos.

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 art. 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”<sup>33</sup>.

El art 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 administrativo, 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<sup>34</sup>.

En tal sentido, los jueces deben realizar “interpretaciones constitucionales” que sean compatibles con los estándares internacionales<sup>35</sup>, 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 a las normas contradictorias, sino también a la jurisprudencia local que provoque el mismo conflicto.

Quizás sea éste 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.

---

33 Alcalá Zamora, Niceto. *Boletín de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 2012. N° 135, pág. 1185.

34 Ferrer, Mac Gregor. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2013. Pág. 959.

35 Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México, Serie C, n° 209, 26 de noviembre de 2009, párr. 340.

Finalmente, corresponde concluir que el juez de control debe de aplicar el control difuso de convencionalidad de las normas; para ello deberá conocer y emplear los principios referidos a la interpretación convencional, complementados con los aportes del derecho internacional de los derechos humanos, así como del derecho constitucional.

## **Conclusión**

No es posible desconocer que esas dificultades se generan en las particularidades de cada país en materia de jurisdicción, competencias de control, normativa constitucional e infraconstitucional. Esas diferencias muchas veces provocan situaciones de difícil solución porque los sistemas implementados a nivel nacional no siempre han evolucionado en igual medida que lo ha hecho la Corte IDH y otros tribunales en la materia, al crear nuevos estándares para resolver conflictos en el ámbito de los derechos humanos.

El desarrollo progresivo de los derechos humanos exige el esfuerzo de complementación y coordinación del derecho nacional e internacional en lo que hace a la interpretación conforme a la protección de los derechos humanos, porque la finalidad del sistema es lograr que los jueces domésticos, siendo quienes tienen la inmediación con el problema, sean quienes resuelvan mediante la utilización de los mencionados estándares internacionales.

El trabajo incipiente de los jueces requerirá mayores esfuerzos en el conocimiento y manejo de los estándares internacionales específicos para poder atender y dictar justicia a los planteos sobre regresividad.

---

La inconstitucionalidad –más aún, la inconvencionalidad de oficio– es una figura propia del activismo judicial y consideramos que es uno de los institutos que más ha consolidado el rol del juez como juez constitucional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de dudar un buen tiempo, ha convalidado este criterio, cosa que celebramos.

