

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

Lautaro Ezequiel Pittier**

** Abogado, Docente Adjunto de Nuevos Paradigmas Constitucionales Facultad de Derecho UNLZ- Adjunto de Derecho Comercial I, Facultad de Ciencias Económicas UNLZ- Docente JTP de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional Argentino Facultad de Derecho UNLZ- Docente UBA- CBC- Consultor Legal de TEC Tecnópolis TV – Ministerio de Ciencia Tecnología y Innovación Productiva de la Nación /PROFETED. Correo electrónico: lautaropittier@yahoo.com.ar

Recibido: 11 de abril de 2012 | Aprobado: 7 de diciembre de 2012

Resumen

Una constitución resulta ser una suerte de gran pacto social que determina la relación de gobernantes y gobernados. Pero ante todo, es un límite al ejercicio del poder.

Allí como límite y respeto garantiza el equilibrio y armonía de fuerzas intentando evitar abusos del poder y definiendo las funciones y competencias en sus tres formas.

A partir de la última reforma constitucional y la luz echada a la jerarquía normativa con la incorporación de tratados comenzó en lo fáctico un proceso de asimilación de la normativa que implico y implica un cambio de paradigmas para dar cumplimiento a los compromisos internacionales

Palabras Claves

control, convencionalidad, constitución, criterios, evasión.

Abstract

One constitution is a kind of large social pact that determines the ratio of rulers and ruled. But first and foremost, is a limit on the exercise of power. There, as well as limit and respect ensures the balance and harmony of forces trying to avoid the abuse of power and by defining the functions and powers in its three forms.

From the last constitutional reform and the light thrown on the hierarchy of norms with the incorporation of treaties began as factual a process of assimilation of the rules involved and implies a paradigm shift to comply with international commitments.

KeyWords

Intersex condition, sexual ambiguity, informed consent, autonomy, sexual identity.

* El Presente Trabajo forma parte de apuntes para el dictado de clases en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Desarrollo

Una constitución cual gran pacto social que determina la relación de gobernantes y gobernados actúa como una suerte de límite al ejercicio del poder. Garantizando el equilibrio y armonía de fuerzas intentando evitar abusos del poder y definiendo las funciones y competencias en sus tres formas. Con la última reforma constitucional y la luz echada a la jerarquía normativa con la incorporación de tratados comenzó en lo fáctico un proceso de asimilación de la normativa que implicó e implica un cambio de paradigmas para dar cumplimiento a los compromisos internacionales. La práctica procesal para quienes ejercemos el derecho - y abogamos- nos muestra que además de colegas perezosos a la hora de tomar los libros y actualizar criterios, jurisprudencia, leyes, etc; existen jueces que no pueden leer la constitución reformada en 1994, y mucho menos adaptarse a las consecuencias que derivaron de aceptar el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los tratados internacionales incorporados a la Carta Magna.

Una no tan reciente sentencia de la CSJN¹, en la causa "Mazzeo Julio y otros", del 13 de julio de 2007, ha venido a replantar drásticamente la cotización jurídica de los tratados frente a la constitución nacional, dando a los primeros una primacía. Pero instalando un tema que preocupa a todos los jueces y que les asigna una nueva función y responsabilidad.

El caso 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 CIDH² sostenido en el apartado 124 de la sentencia "Almonacid Arellano"³, que ella dictó el 26 de septiembre de 2006. La tesis es la siguiente, según la corte argentina, repitiendo las palabras de la 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 CSJN, citando a la Interamericana: "... el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CIDH, intérprete última de la Convención Americana".

De acuerdo entonces con este criterio, (i) el tratado sobre derechos humanos debe primar sobre "las normas jurídicas internas" que estorben su aplicación (la CSJN no exceptúa de ellas a la Constitución); (ii) 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 CIDH. (iii) todo ello obliga a los jueces locales, incluyendo a la CSJN, a realizar un análisis de "convencionalidad" que dé primacía a la convención y a su interpretación por la CIDH, descartando por no válidas a las normas locales opuestas a ella. En definitiva, es factible incluso un "control de convencionalidad" sobre la misma Constitución; (iv) aunque la CSJN refiere puntualmente al Pacto de San José de Costa

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos

³ El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano y otros c. Chile", puede consultarse en "Revista de Derecho", Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007-2 pág. 217 y siguientes.-

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; (v) la CSJN 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.⁴

¿Qué es el control de Convencionalidad?

El objetivo del "control de convencionalidad" es determinar si la norma enjuiciada a través de la convención es o no "convencional" (CIDH, "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 CIDH 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

⁴ Marco normativo constitucional

Art. 27. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...

Art. 75 inc. 22. ...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.

Art. 75 inc. 24. Corresponde al Congreso... Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Art. 118. ...La actuación de estos juicios (criminales ordinarios) se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

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".

Algunas experiencias judiciales

Interesa ahora averiguar el grado de seguimiento o de elusión que ha adoptado la CSJN respecto de tratados sobre derechos humanos, en particular en cuanto los que poseen jerarquía constitucional, y respecto de las pautas interpretativas seguidas por un órgano jurisdiccional creado por ellos, como es la CIDH. Para ello tomaremos seis casos testigo:

- Debido proceso. En el sonado fallo "Moliné O'Connor", la CSJN debió proyectar al "juicio político" (impeachment, en el derecho estadounidense), operado por el Congreso de la Nación, respecto de un juez de la Suprema Corte, las reglas del debido proceso que, conforme las directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Tribunal Constitucional del Perú",²³ rigen también en el primero. La CSJN aceptó inicialmente seguir las pautas de la CIDH, en el sentido que las reglas mínimas del art. 8 del Pacto de San José se aplican, en general, aun en el "juicio político". Sin embargo, aclaró que tratándose el Senado de un órgano político, las reglas del Pacto no se efectivizaban totalmente. Así, no aceptó la recusación de senadores porque la Cámara Alta, de recepcionarse tales recusaciones, podría quedar desintegrada. También sostuvo la CSJN que no podía revisarse el fondo de lo resuelto por el Senado, porque si la Cámara de Diputados en el juicio político, y el Senado al sentenciar, lo habían hecho con los dos tercios de votos de sus miembros, ello significaba contar con la voluntad del pueblo, y los jueces no podían revisar lo resuelto sin grave perjuicio de las instituciones democráticas.

En definitiva, la CSJN (en el voto mayoritario; hubo significativas disidencias), eludió aplicar reglas del Pacto en materia de erigir un tribunal imparcial e independiente, y abdicó del control de constitucionalidad sobre el fondo o mérito de lo resuelto, so pretexto de que si la decisión del senado contaba con un sólido consenso popular, no sería justificable.

- Derecho de réplica. En el orden nacional, ni la Constitución federal ni la ley ordinaria contempla el derecho de réplica, rectificación o respuesta. El art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica sí lo hace, aunque indica que debe practicarse "en las condiciones que establezca la ley". Sin embargo, la CIDH (opinión consultiva 7), entendió que esa ley no era indispensable, y podría ser obviada, por ejemplo, por "cualesquiera otras medidas",²⁵ de lo que podía inferirse que una sentencia es un medio hábil para ello. Inicialmente la CSJN pensó que la ley en cuestión era necesaria, por lo que no hizo lugar a la réplica, ante la falta de norma reglamentaria. Pero en "Ekmekdjian vs. Sofóvich" aceptó la instrumentación de la réplica por medio de una sentencia, siguiendo los lineamientos de la Corte Interamericana. Aquí existió un caso de sometimiento al Pacto.
- Censura previa. El art. 13-2 del Pacto de San José de Costa Rica impide la censura previa. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la generalidad de esa prohibición, y la admite solamente para el supuesto de espectáculos públicos, y en resguardo de la protección moral de la infancia y la adolescencia (art. 13-4). No obstante, en "Servini de Cubría", la CSJN dio a entender que si un tape televisivo ofendía el honor de una persona (en la especie, jueza), eventualmente podría disponerse por un tribunal su no difusión. En la especie, la CSJN limitó las directrices del Pacto.
- Leyes de amnistía. Con relación a dos leyes

dictadas por un gobierno democrático (las 23.521 y 23.492, llamadas “de obediencia debida” y “punto final”), la CSJN afirmó en el caso “Simón” (2005) que las directrices de la CIDH constituían una “imprescindible pauta de interpretación de los derechos y deberes” derivados del Pacto de San José de Costa Rica. En concreto, determinó que tales leyes eran inconstitucionales, y que sus beneficiados no estaban amparados por el principio de la cosa juzgada ni por la prohibición de irretroactividad de la ley penal más benigna, siguiendo al pie de la letra el criterio sentado por la CIDH en el caso “Barrios Altos”.

- Trato a detenidos. En “Verbitsky”, 30 la CSJN debe tratar en 2005 un hábeas corpus colectivo, interpuesto, entre otros objetivos, con el fin de aliviar la situación de presos condenados y detenidos sin condena en la provincia de Buenos Aires. La Corte declaró, por un lado, que las pautas de la CIDH en el caso “Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay”, en el sentido que la privación de la libertad durante un proceso importa una medida excepcional y que debe ceñirse a lo dispuesto por el art. 7-5 del Pacto de San José de Costa Rica, debían observarse en el país; y que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, de Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.460, debían regir en toda privación de la libertad, por lo que dispuso exhortar al Poder Legislativo y al Ejecutivo de esa Provincia para que adecuen su legislación a aquellos preceptos internacionales. Inauguró así un nuevo tipo de sentencias constitucionales (“de encargo”, o “apelativa”, para que los otros poderes del Estado cambien las normas vigentes), cumplimentando reglas de derecho internacional de los derechos humanos.

Cumplimiento de las sentencias de la CIDH.

El caso “Cantos” es de sumo interés. Allí la mayoría de la CSJN resolvió que correspondía

desestimar la presentación efectuada por el Procurador del Tesoro (representante del Poder Ejecutivo), tendiente a que se dé cumplimiento a una sentencia emanada de la CIDH, que dispuso la reducción del monto de honorarios de profesionales que no fueron parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional, a fin de no vulnerar elementales garantías constitucionales (propiedad y debido proceso) a más de otras de fuente igualmente internacional. La Corte advirtió que si se ejecutaba así la sentencia, el Estado argentino podría incurrir en responsabilidad internacional por violar convenios, precisamente, de derechos humanos. Acompañando el criterio denegatorio, dos votos particulares advirtieron que la actuación de la CSJN, al cumplir el fallo de la CIDH, no podía afectar el principio de la cosa juzgada. Un voto minoritario procuró salvar la situación disponiendo un traslado a los profesionales afectados, mientras que otro postuló el cumplimiento efectivo de la sentencia de la CIDH por resultar esos fallos obligatorios para los Estados suscriptores del Pacto de San José de Costa Rica, alertando que un incumplimiento podría generar responsabilidad internacional para Argentina. Indirectamente, la mayoría de la CSJN revisó la regularidad del procedimiento seguido ante la CIDH. El asunto despierta un gran atractivo para el supuesto de efectivamente acreditarse infracciones al debido proceso. Claro está que si los tribunales domésticos, aún supremos, tuvieren tal facultad revisora, la CIDH perdería la condición de intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica (arg. arts. 67 y 68 de éste).

En el caso “Espósito-Bulacio”, precisamente, la CSJN cumplió con lo resuelto en esa causa por la CIDH, no obstante aclarar —explícita y reiteradamente— que no compartía el criterio restrictivo de esa última en materia de derecho de defensa en juicio y de justicia pronta; y que de todos modos la obedecía, por la condición de la CIDH de tribunal internacional encargado de asegurar los derechos enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica, y la obligación del Estado argentino y de sus jueces, de ejecutar sus veredictos.

A modo de Conclusión:

Con los fallos seleccionados como muestra, puede advertirse que la cuota de efectivización de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Argentina depende desde luego de su jerarquía normativa (en concreto, si tienen o no rango constitucional, es tema que de todos modos es portador de importantes discusiones con relación a la intensidad de esta equiparación jerárquica), como de la actitud que en concreto adopta la Corte para interpretar al tratado y correlacionarlo con la Constitución local.

No siempre ha existido el mismo comportamiento por parte de la CSJN A partir de 1994, además de la reforma de la normativa constitucional, comenzó en lo fáctico un lento proceso depende los jueces y los abogados - que son los que verdaderamente ejercen el derecho – comenzaron a incorporar y receptar la normativa que luego se afianza una posición más intensa de seguimiento hacia las reglas internacionales

y los lineamientos fijados, de modo particular, por la CSJN.

Referencias

- Bidart, G. (1986). *El Poder*. Buenos Aires: Ediar.
- Ekmedjian, M. A. (2007). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Fayt, C. (1997). *Nuevas Fronteras del Derecho Constitucional: La dimensión política institucional de la Corte Suprema de la nación*. Buenos Aires: La Ley.
- Quiroga, H. (1996). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Zavallá.
- Recalde, M. C. (2006). *Nuestra Constitución*.
- Constitución de la Nación Argentina ED A-Z 15 de noviembre de 2000.

