

# **REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994. EL ARTÍCULO 75 INCISO 22 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, Y LA RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

**Por Ana María Bestard**

## **RESUMEN**

A través de los fallos más significativos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus votos mayoritarios, se ha registrado un gradual e importante avance, desde la reforma constitucional de 1.994, en el alcance del control de convencionalidad por ella aplicado y exigido por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se aplican por nuestro más alto tribunal interno en pie de igualdad con la Constitución Nacional según lo establece el art. 75 inc. 22, incorporado por la reforma, y conforme las decisiones de los organismos internacionales de control. Este trabajo trata de esclarecer la incidencia del mencionado artículo en el concepto de supremacía constitucional y en los lindes de las herramientas procesales para hacerla efectiva: el control de constitucionalidad y el de convencionalidad.

## **PALABRAS CLAVES**

Reforma constitucional de 1.994 - tratados internacionales de derechos humanos - supremacía constitucional; control de constitucionalidad - control de convencionalidad.

# **CONSTITUTIONAL AMENDMENT OF 1994. ARTICLE 75 SECTION 22 OF THE NATIONAL CONSTITUTION AND THE RECEPTION OF CONVENTIONAL CONTROL IN THE NATIONAL SUPREME COURT RULINGS**

**By Ana María Bestard**

## **ABSTRACT**

A gradual and relevant evolution has been registered at the National Supreme Court of Justice case law, in connection with the application of conventional control, which is required by the Inter American Court of Human Rights precedents' since the national constitutional amendment of 1994. Our Court applies the American Human Rights Convention and the International Human Rights Instruments granting them the same status as the National Constitution, as Article 75 Section 22 -included by the national amendment- stated, and following the decisions of the international control bodies. This paper tries to clarify the influence of the above mentioned article in the constitutional supremacy, as well as the limits that both constitutional and conventional controls have in their condition of procedural tool to enforce human rights.

## **KEY WORDS**

Constitutional amendment of 1.994 - International Human Rights Instruments- constitutional supremacy - constitutional control - conventional control

# REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1.994. EL ARTÍCULO 75 INCISO 22 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, Y LA RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Por Ana María Bestard\*

## INTRODUCCIÓN

Una de las más importantes reformas introducidas por la Convención Reformadora de 1.994, si no la más importante a nuestro criterio, fue la adjudicación de jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH). Por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN) vigente, los TIDH y la CN se han equiparado en importancia. Es más, por dicho artículo se posibilita que otros TIDH, no sólo los allí mencionados, adquieran la misma jerarquía, a través de un mecanismo que el propio artículo prevé<sup>1</sup>.

Es objeto del presente trabajo abordar la incidencia de dicha jerarquización en materia de control de constitucionalidad para determinar, a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y de los fallos más relevantes sobre el control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en qué medida se ha modificado su concepto y delimitación.

---

\* Abogada. Escribana. Especialista en Sociología Jurídica y de las Instituciones. Investigadora adscripta Instituto Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho. UBA; Profesional Principal. CPA. Conicet; Profesora Adjunta Regular Derecho Constitucional UBA; Doctoranda UBA; Investigadora Proyectos Ubacyt y III Convocatoria ODA-ALC (FAO).

<sup>1</sup> Art. 75 inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. 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 Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo 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 la jerarquía constitucional.

A partir de la sanción de la reforma constitucional de 1.994, el confronte que realizan los jueces en el ejercicio del control de constitucionalidad para establecer la compatibilidad o no con la CN, ya no es entre CN y normas infraconstitucionales sino entre bloque de constitucionalidad federal y normas infrabloque. Resulta un tema trascendente, pues, si tenemos en cuenta que en base a los artículos 30 y 31 de la CN nuestra CN es rígida y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) es el último tribunal nacional que se encarga de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado (116 y 117 CN), la incorporación de los TIDH y, esencialmente, el reconocimiento de la CorteIDH como tribunal competente para revisar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de violación de derechos humanos, ha influido fuertemente sobre el concepto de supremacía y de rigidez constitucionales. Ya no es suprema sólo la CN, ahora lo son la CN y los TIDH, y el propio Congreso Federal, no la Convención Constituyente convocada al efecto, puede otorgar jerarquía constitucional a otros TIDH que no la posean, conforme el procedimiento establecido por la letra de la CN.

Todo ello demuestra la fuerza del derecho internacional de los derechos humanos y el influjo del enfoque de derechos<sup>2</sup> en el marco de una realidad internacional de innegable relajamiento del concepto de soberanía de los Estados, tal como éste surgiera conforme la concepción de Bodin, en el siglo XVI.

¿Cuál es el contorno actual de la supremacía de la CN? ¿Con qué alcance la CSJN aplica los TIDH y la jurisprudencia de los mismos? ¿Qué importancia, en definitiva, poseen los TIDH y la jurisprudencia de los mismos, en la jurisprudencia de la CSJN? ¿Resultan los TIDH equiparados a la CN, tal como señala el art. 75 inc. 22, en los fallos de nuestro más alto tribunal? ¿Resulta la CorteIDH una cuarta instancia de apelación en relación a las decisiones de nuestra CN?

La jurisprudencia nacional ha registrado una importante evolución en el sentido que los TIDH deben aplicarse (con el mismo rango que la CN) en forma amplia, es decir, conforme las decisiones de los organismos internacionales de control y, aún, de oficio: sin necesidad de petición de parte. Paralelamente, se va consolidando un afianzamiento en materia de interpretación y aplicación de derechos humanos entre ambas jurisdicciones (la supranacional y la nacional). Así entendida la jurisprudencia de los derechos humanos, el control de constitucionalidad y de convencionalidad constituye una herramienta fundamental al servicio de la exigibilidad judicial de los derechos (Bestard, A.: 2012; Bestard, A. y otros: 2014)

### **Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.**

Nuestro máximo tribunal nacional había comenzado a aplicar los fallos y criterios de la jurisprudencia de la Corte IDH con preferencia a la legislación interna, aún antes de la reforma constitucional de 1.994, ejemplo de ello es el caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (CSJN 7/7/1.992) en el que

<sup>2</sup> Enfoque de derechos entendido como un marco conceptual o una guía que debe ser tenida en cuenta al momento del diseño y la implementación de las políticas públicas y que puede ofrecer un sistema coherente de principios y

la CSJN aplicó no sólo la letra de la CADH sino lo establecido en la OC 7/86 de la CorteIDH. La OC 7/86 dice que "todo Estado Parte que no haya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho (se trataba del derecho de rectificación). . . está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin"...La CSJN consideró las sentencias judiciales comprendidas entre tales medidas necesarias. Es así que el fallo determinó la operatividad de las normas de la CADH, particularmente el art. 14 referido al derecho de rectificación mencionado, sin necesidad de norma interna que lo reglamentara y en base a la aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados, por el que ningún Estado puede alegar una norma de derecho interno a fin de incumplir una norma de un tratado de derecho internacional por él ratificado.

Luego de la reforma, lo hace en forma progresiva como lo demuestran los casos "Giroidi" (CSJN 7/4/1.995), "Bramajo"(CSJN 12/9/1.996), "Scilingo" (CSJN 6/5/1997) y "Petric" (CSJN 16/4/1.998), entre otros.<sup>3</sup>

En el caso "Giroidi" destacó que la jerarquía constitucional de la CADH había sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (conforme el art. 75 inc. 22, párr. 2º CN), lo que significa: tal como la CADH efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando, especialmente, su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su control. Conforme la CSJN la jurisprudencia de la CorteIDH "debía 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 2º, ley 23.054)" (Considerando 11 del fallo)<sup>4</sup>. En "Bramajo", la CSJN para revocar la sentencia recurrida aplica la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En el Considerando 15 del fallo dice: "Que por los argumentos expuestos, en el caso sometido a estudio del Tribunal, el examen de las condiciones personales del procesado, la gravedad de los hechos que se le imputan, la condena anterior que registra —que eventualmente ha de ser unificada con la que pueda resultar en la presente— así como la pena solicitada por el fiscal, hacen presumir que en caso de obtener la libertad intentará burlar la acción de la justicia, razón por la cual debe revocarse la resolución impugnada, puesto que la interpretación efectuada por el a quo del art. 1º de la ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la establecida por esta Corte en la causa "Firmenich" (Fallos: 310:1476)", en particular, el informe del caso 10.037 de la República Argentina. El alto tribunal expresa "que la conclusión expuesta no significa desconocer las palabras de la ley, sino interpretarla a la

---

reglas en el ámbito del desarrollo (Abramovich, Courtis, 2006). El objetivo de esas políticas de desarrollo es cumplimentar el deber de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos.

<sup>3</sup> Sin perjuicio de algún retroceso en la aplicación de la jurisprudencia interamericana, tal como ocurrió en los casos "Acosta, Claudia B. y otros" (Fallos 321:3555) del 22/12/1.998, y "Felicetti, Roberto y otros" (Fallos 323:4130) del 22/12/2.000.

<sup>4</sup> En base a sus fundamentos la CSJN deja sin efecto el pronunciamiento apelado y reenvía el expediente a la Cámara Nacional de Casación Penal para que éste dicte sentencia conforme lo establecido por ella.

luz del tratado con jerarquía constitucional que aquélla reglamenta”<sup>5</sup>. En “Scilingo”, del expediente surgía – a criterio de la CSJN- una evidente violación a la garantía constitucional de la defensa en juicio, por deficiencias de la defensora oficial en el ejercicio de sus funciones, que excedía la competencia del tribunal para evaluar los agravios presentados, y afectaba la validez misma del proceso. En este pronunciamiento la CSJN cita el art. 75, inc. 22 CN; arts. 1° y 8°, párrafo 2, incs. d) y e) de la CADH; arts. 2.1; 14.3. b) y d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la causa G. 342.XXVI. "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación", del 7 de abril de 1.995, como precedente para invalidar lo actuado en el expediente -a partir de determinado acto procesal- por violación de un acto del Poder Judicial (considerando 9)<sup>6</sup>. La CSJN determinó que la falta o inoperancia de la actividad de la defensora oficial podía acarrear responsabilidad internacional al Estado argentino.

En “Petric”<sup>7</sup>, los votos de los ministros Moliné O’Connor y Boggiano de la CSJN establecieron, con el mismo texto, que los TIDH incorporados por el art. 75 inc. 22 de la CN no pueden derogar artículo alguno de la primera parte de la CN porque los convencionales constituyentes habrían realizado un examen de constitucionalidad respecto de los mismos, previo a su incorporación con jerarquía constitucional. Ellos aludieron expresamente a dicho examen como un “juicio de comprobación” realizado por los convencionales constituyentes. Sostener lo contrario importaría un contrasentido de los últimos, cuya imprevisión no puede presumirse. (Considerando 9° del voto de Moliné O’Connor y 5° del voto de Boggiano, en la causa “Petric”).

Con el transcurso del tiempo y su diferente composición, la CSJN ha profundizado esta tendencia. Ha aplicado con mayor asiduidad y profundidad el derecho internacional de los derechos humanos, por lo cual, en materia de control de constitucionalidad, en el confornte de las normas infraconstitucionales con el bloque de constitucionalidad federal, aplica los TIDH y la interpretación que los órganos de control internacionales le asignan a los mismos.

En consecuencia, en la causa “Simón” (CSJN 14/6/2.005)<sup>8</sup>, el precitado tribunal consideró que, a partir de la reforma constitucional, el Estado argentino había asumido frente al derecho internacional y, en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes de jerarquía constitucional que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido, en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de actos u hechos que representen graves violaciones a los derechos humanos. En el caso se analizaba la legitimidad de las leyes de punto final (ley 23.492) y de obediencia debida (ley 23.521) y aplicó la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Estableció que “la jurisprudencia de la CorteIDH

<sup>5</sup> Se refiere al art. 1° de la ley 24.390.

<sup>6</sup> Destacamos que en este fallo la CSJN esgrimió las normas internacionales junto con el art. 18 de la CN.

<sup>7</sup> Al igual que en las causas : M.399.XXXII "Monges, Analia M. c/U.B.A. - resol. 2314/95", del 26 de diciembre de 1.996 y C.278.XXVIII "Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad", del 27 de diciembre de 1.996.

como las directivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la CADH” (considerando 17 voto mayoría). Al respecto la CSJN mencionó lo resuelto por la CorteIDH en el caso Velázquez Rodríguez, por el que el Estado Nacional debe respetar los derechos humanos y, además, garantizarlos. Afirmó que aunque la violación a los TIDH no sea realizada directamente por el Estado sino por un particular, aún no identificado, igualmente ésta puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, debido a la falta de la diligencia estadual para prevenirla. En la misma línea aplicó el Informe 28/92 de la CIDH, las directivas de la CIDH, como también las Observación General n° 31. Comentarios Generales., adoptados por el Comité de Derechos Humanos y las Observaciones Finales del mismo Comité referidas a la Argentina, sesión 1893, del 1° de noviembre de 2.000. Asimismo incluyó entre sus argumentos la violación a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. A su vez, en cuanto a la jurisprudencia de la CorteIDH, la CSJN aplica la doctrina de la Corte IDH en el caso "Barrios Altos" contra Perú (3/9/2.001). Las leyes argentinas cuestionadas adolecían, para nuestra CSJN, de los mismos vicios que la ley de autoamnistía peruana. Además aclaró que la derogación de las leyes en cuestión no alcanzaba para cumplir con el precedente de la CorteIDH, pues de no declarar la nulidad de las mismas, se podría invocar la ultractividad de la ley penal más benigna. Como consecuencia de este argumento reconoció la validez de la ley 25.779 que declara insanablemente nulas las leyes cuestionadas.

En relación a que en el caso argentino<sup>9</sup> no se trataba de una autoamnistía sino de leyes posteriores dictadas por un gobierno distinto del que había cometido los hechos violatorios de los derechos humanos aclara que “antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter de facto o no del gobierno que las dicta, sino que son razones materiales las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos” (considerando 24 voto de mayoría). De esta manera evalúa el estándar de la CorteIDH.

En el caso “Mazzeo” (CSJN 13/7/2.007), la CSJN incorporó expresamente el control de convencionalidad establecido por la CorteIDH en el caso Almonacid Arellano c. Chile (26/9/2.006), como una obligación para los jueces nacionales. En el último decisorio mencionado, la Corte IDH había expresado que cuando un Estado ha ratificado un TIDH -como la CADH- 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 CADH no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto e inválidas desde su sanción. En otras palabras, los jueces de los países que ratificaron la CADH deben

<sup>8</sup> En esta sentencia la CSJN La Corte Suprema, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 —de punto final y de obediencia debida, respectivamente—, la validez de la ley 25.779 —que declaró la nulidad de las leyes citadas— confirmando la sentencia de la instancia anterior.

<sup>9</sup> En el caso peruano las leyes de amnistía habían sido dictadas por el régimen que pretendía su aplicación sobre él mismo.

ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. Al ejercer dicho control, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la CADH<sup>10</sup> (considerando 21 del voto de la mayoría en Mazzeo)<sup>11</sup>.

El criterio de Almonacid Arellano se mantiene en otras sentencias de la Corte IDH, por ejemplo: *La Cantuta vs. Perú* del 29 de noviembre de 2006<sup>12</sup>; *Boyce y otros vs. Barbados* <sup>13</sup>del 20 de noviembre de 2007; entre otros (Albanese, 2011:38).

<sup>10</sup> Cabe señalar que en el caso "Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación" (8 de mayo de 2012), la CSJN no aplica el criterio de interpretación de la Corte DH en el caso "Bayarri vs. Argentina" (30 de octubre de 2008) en relación al plazo legal de la prisión preventiva, aclarando que la ley interna aplicable se había modificado y que de acuerdo con las prescripciones de la última, en situación de peligros procesales, gravedad del delito atribuido o maniobras defensivas dilatorias se permiten excepciones al plazo legal fijado, dejando a criterio judicial su determinación. Esto implicó desechar el plazo legal fatal aplicado por la Corte IDH en el precitado caso Bayarri, que para la CSJN, contraría –además– el art. 7.5 de la CADH, que establece que toda persona debe ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso y que su libertad pueda estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. No consideramos que este fallo constituya un retroceso respecto de la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH pues Bayarri no se revela como precedente a aplicar en el caso Acosta, a quien se lo juzgaba por delitos de lesa humanidad, en concurso real con otros hechos que generaban multiplicidad de resultados graves, mientras que Bayarri llegó a la Corte IDH por reclamar la indemnización de los daños sufridos por haber sido inculcado de secuestros extorsivos, habiendo confesado bajo tortura y estando detenido injustamente trece años.

<sup>11</sup> "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que 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". Punto 124 de la sentencia de la Corte IDH "Almonacid Arellano": [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

<sup>12</sup> "Además, en cuanto a los alcances de la responsabilidad internacional del Estado al respecto, la Corte ha precisado recientemente que: [...] El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que 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". Punto 173 de la sentencia de la Corte IDH "La Cantuta vs. Perú": [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

<sup>13</sup> "Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las

normas jurídicas internas [...] 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. Punto 78 de la sentencia de la Corte IDH "Boyce y

Es en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2.006, en el que se incluyó que dicho control debía ejercerse, además, de oficio, aunque respetando los jueces sus competencias y demás requisitos procesales.<sup>14</sup> Este estándar fue reiterado por el tribunal transnacional en otras decisiones<sup>15</sup>, entre las que destacamos la del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010<sup>16</sup>, en la que el juez Ferrer Mac Gregor hace un voto razonado detallando el control de convencionalidad que deben realizar los jueces de los países que han ratificado la CADH.

En forma consecuente y en el ámbito nacional, la CSJN receptó el control de convencionalidad de oficio en la causa *Videla* del 31/8/2010. En este fallo, en el que se cuestionaban parcialmente el decreto 2.741/90 del Poder Ejecutivo Nacional, por el que se indultaron las penas de reclusión y prisión perpetua que se habían impuesto a Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera, la CSJN señaló que la jurisprudencia de la Corte IDH es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad", conforme lo establecido en el precedente *Almonacid Arellano*. En respuesta al agravio expresado en el recurso extraordinario presentado, referido a la competencia de la Cámara Federal en el caso y su intervención ex officio en el mismo, la CSJN expresó que "el tribunal a quo ha dado razones suficientes para sostener que las autoridades estatales tenían la obligación de actuar ex officio para hacer cumplir la sanción impuesta a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, como también para declarar la inconstitucionalidad del decreto que dispuso el indulto". Por otro lado, agregó que más allá de las opiniones individuales que los jueces integrantes del tribunal tienen sobre el punto, la CSJN había

---

otros vs. Barbados": [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_169\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf) (cc Caso *Almonacid Arellano* y otros, supra nota 18, párr. 124, Cfr. Caso *La Cantuta*, supra nota 64, párr. 173)

<sup>14</sup> "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, 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". Punto 128 de la sentencia de la Corte IDH "Trabajadores Cesados": [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

<sup>15</sup> "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia" (del 1º de septiembre de 2010, parágrafo 202); "Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaiá') vs. Brasil" (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176).

<sup>16</sup> "Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero 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 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. 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. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia 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" (Cfr. Caso *Almonacid Arellano* y otros vs. Chile, párr. 124; Caso *Rosendo Cantú* y otra vs. México, párr. 219, y Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, párr. 202). Punto 225 de la sentencia de la Corte IDH "Cabrera García y Montiel Flores vs. México": [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf).

adoptado desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina de la declaración ex officio de inconstitucionalidad y que, concordemente, correspondía incorporar el control de "convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, de acuerdo con la doctrina de la CorteIDH en la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. "También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones" (Considerando 10)<sup>17</sup>.

Más recientemente, en el fallo Rodríguez Pereyra (CSJN, 27/11/2.012) nuestro máximo tribunal interno consagró definitivamente la declaración de oficio de inconstitucionalidad y de convencionalidad. Esbozó la evolución de su jurisprudencia sobre el tema aludido más arriba y determinó que, tal como lo había expresado en el fallo Mazzeo, correspondía cumplir con la obligación que la CorteIDH estableció para los jueces de los países que hubieran ratificado la mencionada convención a fin de no incurrir en responsabilidad internacional del Estado (Considerandos 11 y 12 de la sentencia de la CSJN).

A su vez, aclaró "Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar *en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*. Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación" (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gómez Lund y otros", citados) (Considerando 13 de la sentencia). El tribunal remarca la excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad en cabeza de los jueces, por lo cual hace hincapié en el cumplimiento de los restantes requisitos del control de constitucionalidad, tales como la existencia de causa y de gravamen, para hacerlo efectivo, aún sin petición de parte. El requisito de la petición de parte había sido incorporado por la CSJN, a través del fallo Ganadera Los Lagos (Fallos 190:142), de 1.941 y fue dejándolo de exigir en fallos posteriores<sup>18</sup>. En fecha 6 de marzo de 2.014, la CSJN dictó el fallo "Mansilla, Carlos Eugenio c/

<sup>17</sup> En cuanto al fondo del asunto en esta decisión aplica la doctrina judicial del voto de la mayoría en Mazzeo.

<sup>18</sup> La minoría constituida por los votos de Fayt y Belluscio en Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario (Fallos 306:303) incorporó el control de constitucionalidad de oficio, luego delineado en "Mill de Pereyra" (Fallos: 324:3219) y finalmente adoptado por la mayoría del Tribunal en "Banco Comercial de Finanzas S.A." (Fallos: 327:3117).

Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros s/despido”<sup>19</sup>, en el que reiteró lo dicho en Rodríguez Pereyra, aunque no ratificó la declaración de inconstitucionalidad de oficio dictada por el tribunal a quo.

En relación a los efectos de los informes de la CIDH y su incidencia en el alcance del control de convencionalidad resulta necesario detenernos en el caso Carranza Latrubesse (CSJN 6/8/2.013)<sup>20</sup>, en el que la CSJN le otorga el carácter de obligatorio a un Informe Final de la precitada CIDH. Si bien en el caso Bramajo, arriba mencionado, la CSJN había considerado de aplicación la jurisprudencia de la CIDH, como guía de interpretación de la CADH para los jueces nacionales, luego modificó ese criterio en los casos "Acosta, Claudia B. y otros" del 22/12/1.998, y "Felicetti, Roberto y otros" del 22/12/2.000, en los que el alto tribunal consideró que las recomendaciones efectuadas por la CIDH no resultaban de cumplimiento obligatorio para los jueces, pues considerarlo de esta manera terminaría afectando la seguridad jurídica, exigencia del orden público con jerarquía constitucional.

En el precitado fallo Carranza Latrubesse el demandante llega al máximo tribunal interno solicitando que se diera certidumbre a su derecho y se declarase que la República Argentina era responsable ante la comunidad internacional del cumplimiento de un Informe de la CIDH dictado a su favor, por el que se ordenaba al Estado Argentino que se lo indemnizara de los perjuicios sufridos como consecuencia de la violación a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 8 y 25 CADH). Como señalamos, el voto mayoritario de la CSJN resolvió la obligatoriedad del Informe de la CIDH, luego de una jurisprudencia no uniforme sobre el particular. Por su parte, debe manifestarse que la propia la CorteIDH, en algunos fallos, había expresado que tales recomendaciones no resultaban obligatorias, en punto a generar la responsabilidad internacional del Estado incumplidor.

Sin embargo, los argumentos de la CSJN se basaron en las siguientes razones: en primer término, en dos principios hermenéuticos que surgen de la Convención de Viena sobre los Tratados (arts.

<sup>19</sup> El Considerando 7 del fallo expresó: "Que, al respecto, es del todo propicio evocar lo establecido en la causa . . . "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", . . . En esa oportunidad, se expresó que "el control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gómez Lund y otros". . .). Se enfatizó que *el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes . . .*" Recordó que en los casos de declaración de inconstitucionalidad ex officio debe quedar palmariamente demostrado el daño concreto y la violación o restricción manifiestos de algún derecho constitucional, puestos de manifiesto a través de los planteos y la actividad probatoria de las partes. En este sentido, "se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera. Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control" (Considerando 7 de la sentencia voto de la mayoría)

<sup>20</sup> Carranza Latrubesse había sido removido de su cargo de juez de Primera Instancia de la provincia de Chubut en 1976, mediante decreto del gobierno militar. El solicitó la nulidad de tal decreto y la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por la medida. En 1987, el Superior Tribunal de la provincia declaró la cuestión "no justiciable", por considerar que el poder judicial no era competente para resolver cuestiones como la planteada. Frente a este resultado, Carranza Latrubesse presenta una petición a la CIDH contra el Estado Argentino por violación de las garantías judiciales y a la protección judicial. Luego del informe preliminar, la CIDH emite el Informe N° 30/97 (final) por el que concluyó que al no permitir una decisión judicial sobre los méritos de la

26 y 31): “los tratados obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe” y “su interpretación también deberá ser de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Asimismo, sostuvo que la voz “recomendación” debe interpretarse en el marco del sistema interamericano de derechos humanos: luego del informe preliminar de la CIDH (art. 50 CADH) y para el caso de que la causa no termine bajo la competencia de la Corte IDH, está prevista una segunda intervención de la CIDH en la que, en forma similar al Comité de Ministros del Consejo de Europa, resulta el órgano de cierre definitivo del proceso mediante un pronunciamiento de observancia obligatoria, el informe final (art. 51 CADH).

Otro argumento consistió en la aplicación de la recta interpretación del proceso internacional entendido como un todo, basado en el presupuesto de igualdad entre los contendientes y en la búsqueda del justo equilibrio procesal. De lo contrario, se destruiría la equidad procesal porque gozaría de carácter definitivo la decisión de la CIDH por la que se desestimara la pretensión del peticionante (o fuera declarada inadmisibile) y no así aquella por la cual se recomienda al Estado incumplidor alguna acción para resolver la lesión a la CADH.

Recordó que en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana de DDHH en la que fue adoptada la CADH (1969), la CIDH -creada diez años antes de esta oportunidad- ya había superado su función de promotora de los DDHH para convertirse en protectora de éstos, al actuar como órgano judicial. Mencionó que con el Protocolo de Buenos Aires (1970), que reformó la Carta de la Organización se elevó la jerarquía de la CIDH a la de órgano principal y autónomo de la OEA, destacando que la competencia de ésta para la tramitación de las peticiones individuales no fue de reconocimiento facultativo por los Estados, ya que derivó del hecho de ser partes de la CADH (art 44 CADH). Aclaró que en los fallos en que la Corte IDH –Caballero Delgado y Santana vs. Colombia del 21/1/1994, Genie Lacayo vs. Nicaragua del 29/1/1997, Loayza Tamayo vs. Perú del 17/9/1997- expresó que las recomendaciones de la CIDH no eran obligatorias, lo hizo a mayor abundamiento, es decir, sin aplicar la no obligatoriedad en tales causas, debido a que el informe final de la CIDH fue ajeno a la competencia del tribunal regional y a las circunstancias de las tres causas mencionadas.

La CSJN sostuvo que la hermenéutica por ella aplicada en el fallo ut supra y sintetizada en el párrafo anterior resulta la más acorde con los instrumentos internacionales de protección de DDHH y con la pauta establecida por la Corte IDH en el sentido de que los TIDH “son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Destacó que no les corresponde fijar el rumbo, a través de la interpretación de normas de muy amplio alcance y poner al día el sentido de los preceptos, sólo a los tribunales internacionales sino también a los tribunales constitucionales.

El efecto útil es otra regla general de interpretación que la CSJN utilizó, significando con ella que cuando un tratado es susceptible de dos interpretaciones: una que genera los efectos queridos y otra

---

destitución de Carranza Latrubesse, el Estado Argentino había violado las garantías receptadas en los precitados arts 8 y 25 de la CADH en relación al art. 1.1. de la misma y le recomendó que lo indemnizara adecuadamente.

que no lo hace; la buena fe y la necesidad de realizar el objeto y fin del TIDH exigen la adopción de la primera de ellas. Este estándar resulta de aplicación tanto a aspectos sustantivos de los TIDH como a sus aspectos procesales. No soslayó tampoco la adjudicación del principio pro persona que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al Estado. Sin perjuicio de todo lo anterior, consideró que la obligatoriedad de las recomendaciones del informe definitivo de la CIDH corresponde a las "pertinentes", o sea, sólo a las recomendaciones dirigidas a remediar la situación examinada del particular peticionante y por el agravio que se hubiera tenido por producido respecto de éste.

### **Algunas respuestas y observaciones sobre el alcance del control de convencionalidad.**

a) Luego de haber pasado revista sintéticamente por la jurisprudencia más relevante de la CSJN en punto a la determinación del alcance del control de constitucionalidad/convencionalidad por ella aplicado, en sus votos mayoritarios, consideramos oportuno responder los interrogantes planteados en la introducción del presente trabajo. Consideramos que ha quedado claro que la CSJN resuelve los conflictos de constitucionalidad aplicando la CN y los TIDH, integrantes del bloque de constitucionalidad federal.

La CSJN ha aplicado los TIDH conforme los términos de la "jurisprudencia internacional" en un sentido amplio, incluyendo las decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales de control, en salvaguarda de los derechos humanos tutelados, aún de oficio (Videla, Massera, Rodríguez Pereyra), con mayor intensidad, en sus recientes pronunciamientos (Carranza Latrubesse). Ello así, el máximo tribunal interno ha expresado una mayor aplicación de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos. Para éste poseen fuerza vinculante y conforman el bloque de constitucionalidad federal que deben aplicar los jueces del sistema interno: las sentencias definitivas e inapelables de la CorteIDH referidas al país que ratificó la CADH en ejercicio de su competencia contenciosa (art. 68 de la CADH), los documentos que la CorteIDH emite (tanto dentro de su competencia jurisdiccional cuando dicta sentencias en relación a otros Estados -siempre que la doctrina del caso se considere aplicable en un eventual litigio interno por violación de derechos humanos- como dentro de la consultiva, cuando dicta Opiniones Consultivas -) y los Informes Finales y Recomendaciones de la CIDH referidas al país que ratificó la CADH. De esta manera ha interpretado el máximo tribunal interno la expresión "en las condiciones de su vigencia" del art. 75 inc. 22 de la CN.

Corresponde expresar que la CSJN también ha aplicado Observaciones y Recomendaciones de otros órganos de control, como los Comités del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y

Degradantes, Comité de derechos del Niño, las Reglas de Beijing, sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc.<sup>21</sup>

Esta comprensión amplia no significa restringir el rol de la CSJN —en último término— como integradora del bloque de constitucionalidad federal, sino justamente resguardar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina (Calógero Pízzolo, 2.008).

b) El bloque conformado por la CN y los TIDH, posee entonces -para la CSJN- la misma jerarquía constitucional y se ubica en la cúspide del ordenamiento interno, tal como reza el art. 75 inc. 22 CN. A su vez, las normas internacionales son aplicadas conforme la interpretación que de ellas hagan los organismos internacionales de control. Si el Estado no actúa siguiendo el criterio descripto incurre en responsabilidad internacional con la pertinente obligación de reparar. Esta es la causa por la cual la CSJN no puede interpretar por ella misma las normas internacionales de derechos humanos. Las decisiones de la CSJN, aunque para algunos autores (Manili, 2010) (Vanossi, 2012) siga siendo suprema, pueden ser revisadas por la CorteIDH y la CIDH, en las situaciones descriptas, cuando sean lesivas de alguno de los derechos receptados en la CADH, de acuerdo con el procedimiento establecido en dicha convención.

Asimismo, la jurisprudencia de la CSJN ha receptado la jurisprudencia de la CorteIDH, por la cual existen dos controles de convencionalidad: uno interno, realizado en el orden interno del Estado por los jueces del sistema nacional, en un caso concreto, al momento de ejercer el control de constitucionalidad, aún de oficio ambos, con las salvedades que la CorteIDH ha establecido; y otro externo, realizado en sede internacional por la CorteIDH y/o la CIDH en un litigio por violación de derechos humanos consagrados en la CADH. En ambos casos se tratará de un examen de confrontación normativo (derecho interno con el TIDH) que finalizará con una sentencia o recomendación que, eventualmente, resolverán modificar o derogar las normas o prácticas internas que no compatibilicen con la normativa internacional y su jurisprudencia.

c) Sin perjuicio de lo anterior, en el voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, expedido por la CorteIDH el 26 de noviembre de 2010, este juez sostiene que el control de convencionalidad generado en el referido caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) y consolidado en posteriores sentencias del tribunal transnacional resulta un control difuso de convencionalidad. Ello debido a que lo deben ejercer todos los jueces del país que ratificó la CADH, haciendo una analogía con los sistemas nacionales de control difuso de constitucionalidad<sup>22</sup>. Asimismo, los jueces deben aplicar las normas de la CADH y la interpretación que de

<sup>21</sup> Ver "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" – CSJN, sentencia del 3-5-2005 - *Fallos* 328:1146; "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/Inspección General de Justicia" – CSJN, sentencia del 21-11-2006 - *Fallos* 329:5266; "Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080" – CSJN, sentencia del 25-8-2009, *Fallos* 332:1963; R. 350. XLI. Recurso de hecho. Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional, -CSJN, sentencia del 4/9/2007-; "F., A. L. s/medida autosatisfactiva" – CSJN, sentencia del 13-3-2012 - *Fallos* 335:197; entre otros.

<sup>22</sup> "Se trata, en realidad, de un "control difuso de convencionalidad", debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. 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 "internacionalización del Derecho Constitucional", particularmente al trasladar las "garantías constitucionales" como

ellas hace la CorteIDH, en base al principio del *pacta sunt servanda* y al principio según el cual los Tratados deben interpretarse y cumplirse de buena fe.

En el ámbito de la doctrina nacional no resulta unánime el criterio descrito en el párrafo anterior. Hay quienes sostienen que la "interpretación conforme del derecho", es decir, la que propende la interpretación de las normas nacionales de acuerdo con la CADH y la interpretación que de ella haga la CorteIDH, importa una seria disminución de las competencias de los jueces nacionales para interpretar el derecho nacional, comenzando por el constitucional. Los juristas más tradicionales no son muy propensos a aceptar esta disminución de la supremacía constitucional, sobre todo, en el aspecto de interpretar la norma constitucional conforme la ideología de la CADH y no la del "techo ideológico que campea en la Constitución" (Sagüés, 2010). Por otro lado, también algunos objetan que sólo el juez idóneo para realizar el control de constitucionalidad puede realizar el control de convencionalidad sin problemas cuando el sistema nacional o local de constitucionalidad es difuso, como en Argentina. La dificultad que plantean se produce en el supuesto de que el sistema interno sea concentrado y no difuso. En esos casos, el juez común no podría aplicar el control de convencionalidad y debería girar la causa al órgano competente para hacerlo.

Aclaremos que, según nuestro criterio, la diferencia en el sistema de control de constitucionalidad en el orden local no importaría un impedimento para el ejercicio del control de convencionalidad difuso, pues la propia CorteIDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* dijo que los jueces internos deben ejercer tal control de convencionalidad en el ámbito de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes y previa satisfacción de los recaudos vigentes en materia de admisibilidad y de procedencia. El juez común, en el supuesto analizado, debería remitir la causa al tribunal competente (concentrado) para determinar la convencionalidad o no de la norma atacada.

d) A su vez, el referido caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*<sup>23</sup> nos sugiere la respuesta a la última de las preguntas que nos hicéramos en la introducción del presente trabajo. Tal respuesta, en principio, apunta a sostener que la CorteIDH no constituye una cuarta instancia de apelación en su relación jurisdiccional con la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>24</sup>. Completando este concepto, en las Consideraciones del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, punto 16, la CorteIDH dijo: "Este Tribunal ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, razón por la cual no desempeña funciones de tribunal de "cuarta

---

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". Punto 21 del voto razonado Juez Ferrer Mac Gregor Poisot en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

<sup>23</sup> Ver nota 18.

<sup>24</sup> En el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26/9/2006, el juez García Ramírez aclaró que el control de convencionalidad no puede convertirse en una nueva instancia de revisión de la controversia que tuvo origen en el orden interno de los Estados partes.

instancia". Ello implica que la Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos. Es por ello que esta Corte ha sostenido que, en principio, "corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares". Lo anterior implica que al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones Internacionales existe una intrínseca vinculación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno. A su vez, en el punto 18 aclara: "... puede afirmarse que, si se pretendiera que la Corte ejerza como tribunal de alzada sobre los alcances de la prueba y del derecho interno, se le estaría sometiendo una materia sobre la cual, en virtud de la competencia subsidiaria de un Tribunal internacional, no podría pronunciarse y es incompetente ..."

Hitters (2008) y Haro (2010) consideran que no se puede obviar la influencia que han ejercido las sentencias de la CorteIDH -obligando a los Estados no sólo en el caso concreto sino también en casos similares que se produjeran en el ámbito interno de un Estado como en los demás similares que ocurrieran en cualquier Estado del sistema interamericano- "ya sea haciendo modificar, suprimir o revisar tanto normas jurídicas como sentencias judiciales y comportamientos y prácticas institucionales, hasta llegar, . . .<sup>25</sup>, a lograr una reforma constitucional, por lo cual no parece infundado pensar que estamos ante una especie de "casación supranacional" que se ejerce en la interpretación y aplicación de la CADH y respecto de los propios fallos de las Cortes o Supremos o Constitucionales de los Estados partes" (Haro, 2010:1023), referidos a la violación de derechos humanos. Esto implica la superioridad de la CorteIDH respecto de las Cortes nacionales pero sin un poder de decisión directo e inmediato respecto de los ordenamientos jurídicos internos sino mediato, ya que son los órganos internos del Estado que ratificó la CADH, quienes deben ejecutar los actos ordenados por la CorteIDH, conforme la obligación contraída por ellos mismos.

Técnicamente no corresponde considerar cuarta instancia a la de la CorteIDH, porque ella no forma parte del Poder Judicial de la Nación, el proceso ante ella es un proceso distinto del desarrollado en el ámbito interno, con partes diferentes, con un procedimiento también diferente y con una acción que nace y se legitima conforme lo dispuesto por la CADH. Reiteramos que, en principio, la CorteIDH no deroga normas internas ni casa sentencias judiciales internas, su función es la de controlar y declarar si las normas y sentencias internas respetan o no la CADH.

<sup>25</sup> Se refiere al caso "La Última Tentación de Cristo" en el que la CorteIDH, ejerciendo el control de convencionalidad, determinó que el Estado chileno, considerado como un todo, no cumplió con sus obligaciones internacionales y determinó que el art. 19 inc. 12 de la Constitución Chilena de 1.980 vulneraba el art. 13 sobre prohibición de censura previa de la CADH. En virtud de lo cual declaró la responsabilidad del Estado y la eliminación a nivel constitucional de la censura cinematográfica. Chile quedó obligado a modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa y permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", debiendo rendir a la CorteIDH un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto, dentro de un plazo de seis meses desde la notificación de la sentencia, entre otras obligaciones.

e) En relación a lo último debemos aclarar que estas ideas son de carácter general, en base – fundamentalmente- a la normativa de la CADH y a la mayoría de las sentencias de la CorteIDH, pero, existen algunos casos concretos en que la CorteIDH se aparta de lo afirmado en el párrafo anterior, suscitando cuestiones para el debate. Estos casos, a su vez, nos advierten que el derecho, como ciencia social que es, tanto a nivel local como interamericano se construye día a día y, por ende, se modifica de igual forma, sobre todo, a través de las sentencias de los órganos jurisdiccionales. Ejemplo de estos casos es el antes mencionado Barrios Altos vs. Perú y la sentencia interpretativa del 3/9/2001<sup>26</sup>, en relación a los efectos de la sentencia del primero. En éste, la CorteIDH estableció que las leyes de amnistía de Perú (leyes 26479 y 26492) violaban derechos de la CADH y carecían de efectos jurídicos. Ante la aclaratoria solicitada por la CIDH sobre si los efectos de tal declaración eran generales o sólo para el caso concreto, la CorteIDH afirmó que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la CADH constituía una violación de ésta per se y generaba la responsabilidad internacional del Estado. En definitiva, la CorteIDH consideró que lo resuelto en la sentencia de fondo tenía efectos generales o erga omnes. Por lo tanto, la sentencia del tribunal transnacional determinó ella misma, directamente, la invalidez de las normas del Estado incurso en responsabilidad internacional.

## CONCLUSIONES

El tema del control de constitucionalidad y de convencionalidad, luego de la reforma constitucional de 1.994, está teñido de aristas de no fácil dilucidación, en un momento de constantes transformaciones en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales -o supremos de los Estados nacionales- y de la propia CorteIDH.

El concepto de supremacía de la Constitución, con la incorporación del art. 75 inc. 22 de la CN, materialmente se ha modificado por el de la primacía de la CN y del derecho internacional de los derechos humanos hoy constitucionalizado. Para nosotros, no se advierten contradicciones entre ambos controles, ni subordinación de la CN al orden interamericano porque nuestra ley fundamental –aún antes de la reforma constitucional de 1.994- resultaba absolutamente compatible con el derecho internacional de los derechos humanos al contener el art. 33<sup>27</sup> en su primera parte, desde la reforma de 1.860. Norma ésta que acoge los derechos no receptados expresamente por el texto constitucional pero que surgen de los principios rectores del estado de derecho. En definitiva, con la reforma de 1994 se ha producido un aumento y profundización de derechos por adición de la fuente internacional, que no colisiona con nuestra CN sino que enriquece su texto. En forma concordante, Bidart Campos sostiene que aún en caso de denuncia o extinción de un TIDH sus normas quedan retiradas de nuestra normativa interna pero los

<sup>26</sup> Con el mismo criterio, el caso CorteIDH “La Cantuta vs. Perú” del 29/11/2006.

derechos que tuvieron como fuente dicho tratado permanecen en nuestro ordenamiento con jerarquía constitucional en virtud de la cláusula del art. 33, "que es porosa para absorber y conservar todo plus maximizador del sistema de derechos, con independencia de su fuente de origen" (Bidart Campos, 1995:579).

Desde otra óptica, Sagüés (2010) expresa que para la tesis del control de convencionalidad siempre prevalece la CADH y la CN debe interpretarse "conforme" a ella, con lo que se produce la domesticación de la Constitución Nacional por la CADH.

Rosatti (2013) sostiene que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes normativas e interpretativas que subordine a priori toda fuente nacional es inconstitucional por violación de los arts. 27<sup>28</sup>, 30<sup>29</sup>, 31<sup>30</sup>, 75 inc. 22 y 118<sup>31</sup> de la CN.

Siguiendo nuestra línea de pensamiento, ambos controles no rivalizan y la CADH no está por encima de la CN. Por el contrario, correspondería analizarlos con una óptica armonizadora. Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos provienen de momentos históricos y motivaciones diferentes. Tampoco debe entenderse el control de convencionalidad de oficio realizado por la CorteIDH como una crisis del control de constitucionalidad sino como un control necesario, a nivel transnacional, para el caso de violación de los derechos humanos por los Estados nacionales. Sólo en el caso de violación de derechos humanos la CorteIDH reviste el carácter de un tribunal superior a la CSJN. Por estas razones resulta viable la complementariedad y retroalimentación entre las sentencias de la CorteIDH y de los tribunales nacionales a fin de lograr una jurisprudencia coherente en la materia a nivel interamericano.

"La convergencia de las jurisprudencias locales y de la Corte Interamericana implica, según Ferrer Mac Gregor, un "*diálogo interjurisprudencial*" que obliga a la capacitación y actualización constante de los magistrados nacionales en el conocimiento y aplicación de las normas y pronunciamientos supranacionales. Destacamos como un aspecto sustancial al progreso del "*diálogo interjurisprudencial*" en materia de derechos humanos la existencia de vasos comunicantes entre la jurisprudencia doméstica y supranacional como un modo de promover y facilitar la recepción concreta y efectiva del control de

---

<sup>27</sup> Art. 33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Art 30: La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

<sup>30</sup> 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 ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

<sup>31</sup> Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los

convencionalidad en los Estados de la región<sup>32</sup> ” (Loianno, 2013). A su vez, resultaría funcional a la mayor eficacia del sistema interamericano que la CorteIDH mejorara el acceso y difusión de sus decisiones para que los jueces nacionales pudieran conocerlos y aplicarlos con mayor rapidez y profundidad (Sabsay, 2013).

El precitado diálogo entre las jurisdicciones transnacional y nacional debe propender a generar una retroalimentación entre las fuentes que beneficie la exigibilidad y vigencia de los derechos humanos, meta del bloque de constitucionalidad federal receptado en el art. 75 inc.22 de la CN.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBANESE, S. (2011) “La jurisprudencia internacional y los diversos alcances de los preceptos convencionales” en Albanese, Susana. Coordinadora. *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales. Control de convencionalidad*. Buenos Aires. Ediar. 15-86, 2011.
- BESTARD, A. M. (2012) “La Internacionalización de los Derechos Sociales en la Argentina”. VIII ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. La defensa jurisdiccional de la Constitución y los límites de la democracia. España. Cádiz. (ponencia sin publicar).
- BESTARD, A.M., CARRASCO, M. y PAUTASSI, L. (2014) “Límites interpretativos al derecho a la seguridad social: una mirada a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en Pautassi, Laura Directora. *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la Justicia, capacidades estatales y movilización legal*. Buenos Aires. Biblos. 33-84, 2014.
- BIDART CAMPOS, G. (1995). *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo VI. La Reforma Constitucional de 1.994. Buenos Aires. Ediar, 1995.
- BIDART CAMPOS, G. y ALBANESE, S. (1999) “El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. JA -1999- II. Buenos Aires. Jurisprudencia Argentina. 357-364, 1999.
- BIDART CAMPOS, G. (2004) El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires. Ediar, 2004.
- CALOGERO P. (2008) “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal” en Albanese, Susana. Coordinadora. *El control de Convencionalidad*. Buenos Aires. Ediar. 189:206, 2008.

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.

<sup>32</sup>Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pag 164.

- HARO, R. (2010). "Reflexiones sobre las vinculaciones entre la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Buenos Aires. *Jurisprudencia Argentina*. JA 2010-III. 1015-1024.
- HITTERS, J.C (2008) "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad". Buenos Aires. *La Ley*. LL-2008-E, 1169-1185. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 10, julio-diciembre 2008, 131-156.
- LOIANNO, A. (2013) "Diálogo interjurisprudencial. Un nuevo espacio para el control de convencionalidad". Ponencia al Primer Congreso Regional "El estado de la ciencia del derecho" en América Latina. Facultad de Derecho. UBA. Mimeo. 12/9/2013.
- MANILI, P. (2010) "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y las decisiones de los Órganos Internacionales de protección de los Derechos Humanos" en Manili, Pablo. Director. *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires. *La Ley*. 853-867, 2010.
- REY CANTOR, E. (2010). "La jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes" en Manili, Pablo. Director. *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires. *La Ley*. 557-593, 2010.
- ROSATTI, H. (2013). *Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 2013.
- SABSAY, D. (2013) "El bloque de constitucionalidad federal luego de la reforma de la Constitución Argentina de 1994 y el Control de Convencionalidad" en Gozaini, O. Director. *Proceso y Constitución*. Buenos Aires. Ediar. 293-311, 2013.
- SAGUÉS, N. (2009) "El control de convencionalidad en particular sobre las Constituciones Nacionales." Buenos Aires. *La Ley*. LL-2009-B, 761-767, 2009.
- SAGUES, N. (2010) "Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano". Buenos Aires. *La Ley*. LL-2010-D, 1245-1251, 2010.
- VANOSSI, J. (2012). "El control de constitucionalidad de oficio y el control de convencionalidad (una de cal y una de arena). Buenos Aires. *La Ley*. LL 2013-A, 37-39, 2012.

### **Páginas webs consultadas**

<http://www.csjn.gov.ar/> - <http://www.cij.csjn.gov.ar/>

[http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_motivos\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf)

<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto>