Control constitucionalidad y control de convencionalidad. ¿crisis o retroalimentación?.

María Sofía Sagüés

I. Transición democrática y jurisdicción constitucional

El aterrizaje de la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJN) tuvo lugar en un escenario muy particular, dado por la consolidación de la transición democrática a través de la jurisdicción constitucional. La consolidación de la última transición democrática argentina tuvo su gran hito final en una serie de pronunciamientos adoptados por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional de nuestro país, la CSJN de la Nación Argentina. Estos fallos constituyen los pronunciamientos dictados en las causas "Simón" y "Mazzeo", que datan de los años 2005 y 2006.

Estos pronunciamientos abordaron el análisis de la constitucionalidad de una serie de normas en las que se encontraba en juego la posibiliad de perseguir penalmente a imputados de delitos de lesa humanidad. En el primero de los casos, se cuestionaba la constitucionalidad de las denominadas "ley de punto final" y "ley de obediencia debida", y de la ley posterior que las declaró nulas.[1] Finalmente, en el segundo de los fallos implicó el análisis de la constitucionalidad de los indultos dictados por el Poder Ejecutivo (de iure), respecto a los más altos jerarcas del régimen de facto, imputados de delitos de lesa humanidad.

Los pronunciamientos enfrentaron un álgido conflicto, desde el punto de vista político y jurídico, y recibieron múltiples análisis y apreciaciones. En el presente artículo nos interesa especialmente destacar un elemento que no es menor, el recurso, por parte del operador jurisdiccional, a la doctrina del control de convencionaldiad, como mecanismo para otorgar solidez argumentativa a la obligatoriedad de precedentes de la Corte Interamericana (CorteIDH) en torno a la inaplicación de normas de amnistía en delitos de lesa humanidad. La hipótesis que se procura realizar en el presente estudio, constituye en analizar si la herramienta argumentativa del control de convencionalidad que contribuyo de manera positiva como instrumento de consolidación de la transición democrática, repercute de

1 La ley de punto final (23.492) establecía un término de sesenta días para presentar denuncias contra integrantes de las fuerzas armadas de seguridad implicados en la violación de derechos humanos. Vencido el plazo, se extinguía la acción penal. La norma protegía también a los particulares implicados en actos de violencia. Por su parte, la ley de "obediencia debida" (23.521), eximía de responsabilidad a los agentes militares (incluso oficiales) y de fuerzas de seguridad que hubiesen actuado, en la comisión de tales delitos, cumpliendo órdenes

manera positiva o contribuye con el ahondamiento de otros aspectos en crisis, especialmente con relación al sistema de control de constitucionalidad.

II. La última experiencia de transición democrática en Argentina

La consolidación del régimen democrático, enfrentó al sistema constitucional argentino con la exigencia de encontrar herramientas que permitan otorgar solidez a la última de las etapas de transición política que permitiera dejar atrás la mayor crisis del régimen constitucional vivida en nuestro país.[2] Durante los primeros años del régimen democrático se condenó en tribunales los miembros de las juntas de Comandantes en Jefe del anterior gobierno militar. Sin embargo, ante las presiones gestadas por sectores disconformes, se adoptaron dos leyes cuyo tratamiento por la jurisdicción constitucional generó un amplio debate. La ley de punto final[3]. Y la ley de "obediencia debida".[4]

Con el paso de los años el escenario se modificó, especialmente ante la presencia de otros agentes supranacionales, en particular la CorteIDH, que "declaró en reiteradas ocasiones violatorias de la Convención Americana sobre derechos humanos, a las leyes de amnistía parecidas a las argentinas 23.492 y 23.521. Finalmente, el Congreso, en el año 1998 las derogó, y en el año 2003, las declaró nulas. [5]

La palabra final la tuvo la CSJN, en el año 2005/2006. Específicamente, en el caso "Simón", dictado en el año 2005, por mayoría de votos, señaló que la ley nulificatoria era constitucional, no avasallaba derechos constitucionales, "tanto porque las leyes 23.492 como la 23.521 eran violatorias del derecho internacional de los derechos humanos, que no admitía indultos o amnistías en delitos de lesa humanidad, como porque la declaración de nulidad del Congreso no privaba a los

---

2Como se ha señalado, "la consolidación del nuevo régimen… refiere a su efectiva capacidad de gobernabilidad y de mando, y de obediencia a sus decisiones. Implica la estabilidad funcional… y requiere un tiempo mínimo de experiencia positiva" Sagües, Néstor Pedro, « Dos experiencias constitucionales argentinas sobre la transción hacia la democracia », en prensa. La última experiencia de transición democrática argentina, en el año 1983, constituye un ejemplo interesante para ponderar la idoneidad de las respuestas aportadas por los diversos operadores, especialmente la jurisdicción constitucional, en la construcción de propuestas superadoras de la crisis señalada. Cabe aclarar que ésta transición ha sido definida como "evolutiva", en cuanto constituyó "el pase de un sistema autoritario, concentrado en las fuerzas armadas, hacia uno distinto, de tipo democrático-constitucional." Ibidem, con cita a Krause, Hernan, La transición política, Buenos Aires, 1987, Depalma, pág. 127 y ss.. Como primer punto cabe aclarar que la transición democrática iniciada en 1983 fue, en términos formales, constitucionalmente incondicionada por el anterior régimen de facto.

3 Ley 23.492, establecía un término de sesenta días para presentar denuncias contra integrantes de las fuerzas armadas de seguridad implicados en la violación de derechos humanos. Vencido el plazo, se extinguía la acción penal. La norma protegía también a los particulares implicados en actos de violencia

4 Ley 23.521, eximía de responsabilidad a los agentes militares (incluso oficiales) y de fuerzas de seguridad que hubiesen actuado, en la comisión de tales delitos, cumpliendo órdenes. En el caso Camps, la Corte debió analizar la constitucionalidad de dichas normas, y consideró su validez, sobre la base de sostener que se encontraban en el marco de la facultad del Congreso para regular normativamente a los delitos..

5 Elcongreso entendió que aquellas leyes que había sancionado en 1987 eran inconstitucionales e inconvencionales.

jueces, por ejemplo, la decisión final sobre el asunto, en torno a si esa nulificación tenía o no efectos retroactivos."[6]

Sin embargo fue con el caso Mazzeo, en el que se declaro la inconstitucionalidad de los indultos dictados a los condenados en la causa Camps, con lo que se cerró la etapa de consolidación de la transición democrática. El Fallo tuvo como pie de anclaje la obligatoriedad de la doctrina de la CorteIDH y utilizó como portal de ingreso insoslayable, la doctrina del control de convencionalidad.

III. Lineamientos del control de convencionalidad en la CorteIDH

La doctrina del control de convencionalidad[7]- tuvo ingreso en la jurisprudencia de la CorteIDH, mediante referencias introducidas en votos razonados[8]. A partir de su consagración expresa y mayoritaria, pueden identificarse cuatro escalones a través de los cuales se consolidó su proyección.

En primer lugar, su génesis en el caso **"Almonacid Arellano",** [9] del cual surge que el basamento del control gestado se encuentra en el principio de la bona fide en el cumplimiento de los compromisos internacionales, y de pacta sunt servanda, [10] Los jueces domésticos tienen entre sus obligaciones la de velar por que las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes internas que resulten contrarias a su objeto y fin. Esta multiplicidad de los operadores es una proyección del carácter subsidiario del derecho interamericano de los derechos humanos.[11]

---

6 Sagüés, « Dos experiencias… », op. cit.

7 Emparentada, conforme explica Albanese, con la doctrina del "problema estructural" en la Corte Europea de Derechos humanos . Albanese, Susana (2007): Garantías Judiciales (Buenos Aires, Ed. Ediar, Segunda edición ampliada y actualizada). pp.: 328 y 342.

8 Ver, en torno a la gestación pretoriana del "control de convencionalidad" a Rey Cantor, Ernesto (2008) Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, (México, Ed. Porrúa).pp.41 y ss. Resulta ejemplificatorio el voto del Juez Sergio García Ramírez en el caso "Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)" (Serie C 101, C, esp.), entre muchos otros. Me remito en este punto a García Ramírez, (2012), pp. 211-243, p. 211 y ss. Ver también a Hitters, Juan Carlos (2009), "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", en Revista La Ley, (2009-D), pp.: 1205 - 1216.y Bazán, "El control de Convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas" en Bazán, Victor (coord..), Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El control de Convencionalidad (Konrad Adenauer Stiftung, Unión Gráfica Ltda.), pp. 17-69, p. 25.

9 Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile, (2006)., serie C, 154, esp. La partida de nacimiento literal del "control de convencionalidad" como criterio mayoritario de la CorteIDH puede encontrarse en la sentencia dictada en la causa Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile. El párrafo 124 del pronunciamiento sentó sintéticamente la doctrina. Así, sostiene el Tribunal transnacional: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. 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".

10 Ver, en este sentido, Albanese (2007), op. y p. cit. Este punto tiene proyecciones relativas a la identificación de las normativas cuya comparación es instrumentada por el control de convencionalidad. Es decir, la CorteIDH refiere a que la obligación de los jueces se basa en que "un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana", de lo cual se desprendería que, verificado el compromiso internacional, sea éste en virtud de la ratificación de la Convención Americana, u otro tratado, se da como consecuencia la obligación judicial de control de convencionalidad. La doctrina se ha preguntado si ésta sería la intención de la CorteIDH. En sentido positivo, vr. Cao, Christian Alberto (2010), "Control de constitucionalidad más control de convencionalidad. Un nuevo paso en la tutela de los derechos fundamentales", en Revista La Ley, (2010 E), pp.: 376 -379.p. 376 y ss

11 Vr. Hitters (2009), op. y p. cit.

Los jueces domésticos que, como parte del aparato estadual, deben aplicar la convención, tienen la obligación de instrumentar un cierto "control de convencionalidad".[12] El control referido debe realizarse entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, a la que se suma la interpretación formulada por la CorteIDH. La terminología usada por la Corte supranacional refiere en algunos casos a "ley", "leyes internas" y en otros a "normas jurídicas internas", por lo que cabe comprender dentro del control propuesto a la totalidad de normas productos de las diversas fuentes de derecho que cohabitan en el orden nacional, inclusivas de la normativa con jerarquía constitucional, es decir, el bloque de constitucionalidad. [13]

En otro sentido, es la CADH, y en particular el objeto y fin de sus normas, el primer patrón de referencia para la formulación del test de compatibilidad. Paralelamente, se suma al caudal normativo que debe ser considerado al realizar el test, la interpretación que del mismo ha hecho la CorteIDH, reafirmando así que ella es la intérprete última de la Convención.[14] Surgiría expresamente de este precedente que la CorteIDH ha calificado a las normativas internas contrarias al objeto y fin de la Convención como desprovistas, "desde un inicio", de efectos jurídicos. El control debe formularse por los jueces en los casos bajo su conocimiento, se ha concluido que la "inconvencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado".[15]

En **Trabajadores Cesados del Congreso**[16] la Corte aclara aspectos procedimentales del control de convencionalidad. Refiere a la cohabitación entre el

---

12 Esta referencia parte de considerar a las tres ramas de gobierno como obligadas por la Convención, de tal manera que la división de funciones no es oponible a la responsabilidad internacional del Estado. Ver, en este sentido, a Albanese, (2007), p. 340. En definitiva, la división de poderes interna no es oponible al cumplimiento de obligaciones internacionales, y todos los poderes públicos, y el ordenamiento jurídico en general, deben responder al compromiso del Estado. Vr. García Ramírez, Sergio (2012) "El Control Judicial interno de convencionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord..), El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana y los Jueces nacionales, (México, Ed. Porrúa, UNAM-IIJ), pp. 211-243.), p. 227.

13 Así, se ha señalado que "la Corte no ha hecho una descripción de qué tipo de preceptos locales deben ser controlados, por lo que consideramos que cualquier regla de alcance general y abstracto mal aplicada (ley, decreto, ordenanza, actos administrativo, constitucionales provinciales y nacional), tiene que estar incluida en el concepto aludido". Hitters, (2009). op. y p. cit. De ello se desprendería que ha adoptado el criterio de la supra constitucionalidad de la Convención. bidem. Ver, asimismo, Sagüés,, Néstor Pedro (2009) "El "Control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales", en Revista La Ley, (2009,-B), pp.: 761 -767p. 761y ss.

14 En torno a este punto, ver, en este sentido, a Albanese (2007), p. 364. Esto ha sido calificado como "una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo (artículo 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial formal del Pacto, aunque el texto de éste no ha variado". Sagüés, Néstor Pedro (2009) op. y p. cit.

15 Ibidem.

16 CorteIDH, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006). Serie C, 158, esp. En el fallo citado en segundo término, párrafo 128, el Tribunal expresó: "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces 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 pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto,

control de convencionalidad (al que denomina directamente como tal, eliminando el calificativo de "cierto") y el control de constitucionalidad, si bien no formula apreciaciones concretas específicas en torno a la articulación entre ambos. Se realizan dos aclaraciones relevantes en materia procesal, una de ellas de carácter extensivo, y la otra restrictivo. En primer lugar, se reitera en dos partes que el control de convencionalidad debe realizarse de oficio. Al efecto se explica en segundo término que "esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto". Seguidamente se subraya que la formulación del control de convencionalidad debe ser enmarcada dentro de las potestades y previsiones procesales de accionar de la judicatura doméstica. A tal efecto, señala en primer término que se realiza "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes". Y, en segundo lugar, aclara "tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones".

En **Rosendo Radilla Pacheco**[17] se consagra la doctrina de la "interpretación conforme" o control de conformidad convencional, al sostenerse que: "… es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso".[18] En consecuencia, el operador nacional, al formular el control de convencionalidad, debe procurar aplicar aquellas interpretaciones de la legislación interna y de la Convención Americana compatibles con la utilizada por la CorteIDH, desechando la utilización de variables argumentativas contrarias a ella.[19]

---

aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones".

17 CorteIDH, caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2009) Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

18 La doctrina de la "interpretación conforme" aplicada al control de convencionalidad fue expresamente instrumentada por la CorteIDH en los párrafos 338 a 340, y específicamente, en el 349.

19 La doctrina ha adoptado posiciones diversas en torno a este punto. Se ha acentuado, por ejemplo, que de acuerdo a la doctrina de la "interpretación conforme" el operador doméstico debe interpretar todo el orden normativo mediante la aplicación de las pautas exegéticas propias de los sistemas tuitivos de Derechos Humanos. Por su parte, Karlos A. Castilla Juárez sostiene que en el caso lo que se trata es de una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados, y no de uno de los efectos de control de convencionalidad, denominado positivo. Castilla Juarez, , Karlos A. (2012), "El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord..), El Control Difuso de Convencionalidad, (México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C.), pp.: 81-106. p. 96 y 97. En esta segunda línea, por ejemplo, se ha señalado que "tal mandato de interpretación conforme con aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio pro persona o favor libertatis), en la línea de sentido del artículo 29 de la CADH.Bazán, Víctor, (2012-2) "Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord..), El Control Difuso de Convencionalidad, (México, Fundación Universitaria de Derecho,

El Tribunal, en el caso **Gelman**[20]**,** indicó que correspondía que "todos los órganos" de los Estados que han ratificado la Convención Americana, "incluidos sus jueces", debían formular el control, indicando que todos ellos debían velar por el efecto útil del Pacto. Específicamente, señaló que "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" están obligados a ejercer, de oficio, el "control de convencionalidad". [21] En control de convencionalidad delimitado en base a los casos fundantes señalados, ha recibido amplia recepción en los protocolos de la CorteIDH.;[22] entre muchos otros.

Nogueira Alcalá la resume con solvencia explicando que: "el control de convencionalidad es un control jurisdiccional desarrollado siempre por tribunales –y órganos vinculados a la administración de justicia-[23], ejercido en forma concentrada por la CorteIDH en el sistema interamericano como jurisdicción internacional vinculante para los Estados Partes, como por las jurisdicciones nacionales, quienes al efecto, son jueces descentralizados del sistema interamericano, además de jueces nacionales, en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno, debiendo inaplicar las normas de

---

Administración y Política S.C.), pp.: 11-31.p. 14. La Corte Suprema de México ha aportado luz sobre el punto, indicando que se presentan dos variables de interpretación conforme: la desarrollada en sentido amplio, de acuerdo a la cual se interpreta el orden jurídico a la luz de la norma suprema y los instrumentos, y la desarrollada en sentido estricto, que actúa como directriz de selección hermenéutica, es decir, aquella que recomienda que, frente a diversas variables interpretativas de una norma, se opte por la que resulte más compatible con los órdenes citados anteriormente. Expte. "Varios" 912/2010, citado por Bazán (2012-2), op. cit., p. 14. Ver, García Morelos, Gumersindo (2012) "El control judicial difuso de convencionalidad de los Derechos Humanos por los tribunales ordinarios en México". en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord..), El Control Difuso de Convencionalidad, (México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C.), pp.: 187-210. p. 187.

20 Corte IDH, Gelman vs. Uruguay (2011), sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, Serie C, nro. 221.

21 En este sentido, expresa el considerando 193: "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". El criterio ya había sido iniciado en la causa Cabrera García y Montiel vs. México21, en lo que refiere a la jurisdicción militar. CorteIDH, Cabrera García y Montiel vs. México (2010), sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C. nro. 220.

22 Corte IDH, La Cantuta vs. Perú, (2006), Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173. Corte IDH, Boyce y otros vs. Barbados. (2007) Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169 Corte IDH, Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180 Corte IDH, Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. (2010), Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213párr. 208, nota 307 Corte IDH, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010), Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311 Corte IDH, Fernández Ortega y Otros vs. México (2010) Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234 Corte IDH, Rosendo Cantú y Otra vs. México (2010), Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219 Corte IDH, Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010), Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202 CorteIDH, Vélez Loor vs. Panamá (2010), Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287. Corte IDH, Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. (2010) Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 106, entre muchos otros. De este plexo pretoriano queda configurada la doctrina citada, que ha sido denominada como una "superestructura condicionante de la actividad jurisdiccional" doméstica . Vr. Trionfetti, Víctor, (2010), "El sistema de control de constitucionalidad en Argentina", en: Falcón, Enrique, El derecho procesal constitucional (Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni), tomo II, pp. 443-585. p. 582.

23 Aclaración de la autora.

Derecho Interno contradictorias o que confronten la CADH, utilizando para ello los principios de progresividad y favor persona".[24]

IV. Dimensiones y efectos del control de convencionalidad.

Tradicionalmente se ha diferenciado dos "órbitas" o "clases" de control de convencionalidad, teniendo en cuenta, principalmente, la naturaleza del operador que lo instrumenta. En primer término se identifica una variable "en sede internacional que consiste en el mecanismo de protección procesal que ejerce la CorteIDH con el objeto de analizar la compatibilidad existente entre el derecho interno y la CADH u otros instrumentos internacionales aplicables, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el Tratado) en un caso concreto dictando una sentencia judicial, y eventualmente, ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas – según corresponda – protegiendo los derechos humanos de las personas. Otro en sede interna que persigue la realización por parte de los jueces nacionales de un examen de confrontación normativo (derecho interno con el Tratado), en un caso concreto, con el objeto de proteger los derechos humanos de las personas".[25]

El control concentrado de convencionalidad es el realizado por la CorteIDH en sede internacional.[26] Este punto no presentaría demasiada novedad ni controversia, ya que resultaría ínsito al accionar del tribunal regional.[27] Por su parte, "el 'control difuso de convencionalidad' constituye un nuevo paradigma que deben ejercer todos los jueces… Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la CADH…, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la CorteIDH…, único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que interpreta de manera 'última' y 'definitiva' del Pacto de San José".[28]

---

24 Nogueira Alcalá (2012), p. 344.

25 Gil Domínguez, Andrés, (2010-1), "El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio: ¿una tensión difícil de superar?", en Revista La Ley, (2010-B), pp.: 1302 y ss. El resaltado pertenece a la autora.

26 Sergio García Ramírez ha llamado a esta variable el "control propio, original o externo de convencionalidad". García Ramírez (2012), p. 213.

27 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013), disertación dictada en la Universidad Austral, Buenos Aires, viernes 20 de septiembre de 2013. En este sentido, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, actuando como Juez Ad-hoc del Tribunal internacional ha sostenido que: "el 'control concentrado de convencionalidad' lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este 'control concentrado' lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un 'control difuso de convencionalidad' al extender dicho 'control' a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de 'intérprete última de la Convención Americana' cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno. Voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor, en la causa Cabrera García, citada, Asimismo, vr. Ferrer Mac-Gregor , Eduardo (2010), "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coordinadores), Formación y perspectiva del Estado mexicano (México, El Colegio Nacional-UNAM), pp. 151-188., pp. 151 y ss.

28 Eduardo Ferrer Mac-Gregor en causa Cabrera García, citada, Párr. 23. En un sentido similar, Sergio García Ramírez lo denomina control interno de convencionalidad, y lo caracteriza como: "la potestad conferida o reconocida a determinados órganos

Se ha cuestionado si el control es una potestad o un deber de los operadores jurisdiccionales locales. Es decir, si constituye una "invitación" del órgano supranacional, o una doctrina vinculante, cuyo incumplimiento u omisión generaría responsabilidad internacional. La jurisprudencia clásica se orienta a este sentido.[29]

El control de convencionalidad desempeña un doble papel: reparador o represivo –por el cual debe inaplicarse la normativa interna opuesta a la Convención y jurisprudencia interamericana-, y exegético o constructivo –que obliga a interpretar el derecho doméstico de conformidad al Pacto y la jurisprudencia citada-. Como explica Ferrer Mac-Gregor, "el control difuso de convencionalidad" convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la CADH, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad)".[30]

A su vez el texto constitucional adopta otro cariz, nutriéndose y realizando una simbiosis con el orden jurídico convencional. De hecho, se sostiene que, en virtud del control de convencionalidad, la norma suprema adquiere la dimensión de una "constitución convencionalizada",[31] y sus operadores jurídicos, en particular el órgano máximo de jurisdicción constitucional, se ve constreñido a argumentar los casos en base a las fuentes constitucionales y convencionales.[32]

La integración no es solo normativa, sino implica también una relectura del texto constitucional en base a las pautas interpretativas del orden regional de los derechos humanos. Así, "serán los propios tribunales supremos de cada Estado los que

---

jurisdiccionales –o a todos los órganos jurisdiccionales… para verificar la congruencia entre actos internos –así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera- con las disposiciones del Derecho Internacional .Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Interpretación conforme…, op. cit., p. 108.

29 Sergio García Ramírez, voto razonado en la causa Myrna Mac Chang vs. Guatemala, citada con anterioridad. Ver asimismo, García Ramírez, (2012), p. 226. Lo cual sería a su vez coherente con la concepción conforme al cual las obligaciones de adoptar medidas internas que instrumenten los derechos, contraídas en los instrumentos internacionales, se dirigen a todos los poderes del estado, y no solo al legislativo o ejecutivo. La respuesta se ha traducido en torno a la noción de diálogo jurisprudencial. Es decir, la coordinación e interacción de ambos escenarios resulta necesaria. Así, "la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales, sobre todo, en un momento como el actual, en el que la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos está inmersa, al menos desde el plano discursivo, en un modelo de justicia internacional de derechos humanos". Ibidem, p. 20.

30Ferrer Mac-Gregor , Eduardo (2012), "Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord..), El Control Difuso de Convencionalidad, (México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C.),, pp.: 151-188., p. 141.

31 Conforme la terminología de Sagüés, Néstor Pedro (2012) "Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La "Constitución convencionalizada"", en Pérez Salazar, Gonzalo (coord..), II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, La Justicia Constitucional en el estado Social de Derecho, en homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagüés, Caracas, Ed. Universidad Monteávila, 2012, pp. 387-397.394.

32 Claro está que la convencionalización también se proyecta en todo el ordenamiento jurídico doméstico, no solo en virtud del impacto informador de la norma constitucional, sino en virtud del principio de adecuación normativa, ya que, como se ha señalado, los Estados se encuentran obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades convencionales, conforme los artículos 1.1. y 2 de la CADH. Bazán (2012-2) p. 21.

aplicarán la regla pro homine o favor persona como pauta básica de interpretación de derechos, como derivación obligatoria del artículo 29 b) de la CADH".[33]

Ahora bien, en el ejercicio del control "difuso", los órdenes constitucionales y los jueces domésticos tienen la potestad de ampliar la tutela, incorporando instrumentos internacionales de derechos humanos que contribuyen a robustecer la tutela de la dignidad humana. [34].

Sumadas a las precisiones citadas, cabe señalar que el sistema federal no es oponible a las exigencias convencionales, por lo que el control deberá ser realizado, tanto por jueces nacionales como locales.[35] Más allá de algunas exigencias procedimentales específicas, y siempre que se garantice un mínimo de control, los requerimientos exigidos por la doctrina del control de convencionalidad no implican una desarticulación de los sistemas domésticos de control de constitucionalidad, sino su modulación en clave convencional.[36]

La clave que aporta armonía a la propuesta de la CorteIDH se basa en la noción de **diálogo jurisprudencial** que se arbitraría entre tribunales internacionales y domésticos, de tal manera de que todos ellos se articulen de manera respetuosa y consistente. La relevancia del postulado es acentuada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien explica que "la trascendencia de la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad" es de tal magnitud, que probablemente en ella descanse el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en

---

33 Nogueira Alcalá (2012), p. 358.

34 Si bien se reconoció que en principio el control en análisis refiere a la Convención citada, y la interpretación realizada por la Corte Interamericana, lse explicó la amplitud del mismo, dado que "la propia "jurisprudencia" de la CorteIDH ha ido ampliando el corpus juris interamericano en materia de derechos humanos para fundamentar sus fallos. No debe pasar inadvertido que es el propio Pacto de San José el que permite incluir "en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los artículos 76 y 77", lo que ha permitido que se aprueben diversos Protocolos "adicionales" (a la Convención Americana) y sean interpretados por este Tribunal Interamericano. Asimismo, el propio Pacto establece como norma interpretativa que no se puede excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y "otros actos internacionales de la misma naturaleza" . Vr. Voto razonado de Ferrer Mac-Gregor en Cabrera García y Montiel, citada precedentemente, párr. 45.

35Esto ha sido especificado con respecto a México, donde se ha señalado que "los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben ejercer el 'control difuso de convencionalidad' para lograr interpretaciones conformes con el corpus juris interamericano". Ibidem, párr. 67.

36 En cuanto al efecto reparador, explica Ferrer Mac-Gregor que: "el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el 'bloque de convencionalidad', consiste en dejar 'sin efectos jurídicos' aquellas interpretaciones inconvencionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en "dejar sin efectos jurídicos" la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control."

materia de derechos humanos para establecer un auténtico ius constitutionale commune en las Américas."37 Así, concluye en que "se produce un interesante influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales que propicia el "diálogo jurisprudencial". Diálogo que incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en Latinoamérica."38 El fenómeno abarca tanto la internalización del derecho constitucional, como la constitucionalización del derecho internacional.39

Ahora bien, en términos fácticos, la dinámica de la propuesta ha planteado muchas veces conflictos o entuertos, y otras, fluidez. El resultado, en muchos casos, ha sido sumamente positivo. De hecho, Juan Carlos Hitters, tras un análisis pormenorizado de la jurisprudencia de diversos países, y especialmente Argentina, ha concluido como "es importante ver como las directivas emitidas por estos cuerpos supranacionales se han derramado como derecho positivo en el ámbito doméstico; y en paralelo observar la importancia del contralor heterónomo por parte de la Comisión y de la Corte … Todo ello ha logrado verdaderas mutaciones en los ordenamientos de los diversos países sujetos a este régimen, tanto de origen sustancial como adjetivo. Por ello señalamos que en verdad la Corte Interamericana en el campo doméstico ha jugado un papel que podríamos llamar 'casatorio', imponiendo indirectamente cierta homogeneidad en la interpretación de la

37 Voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor, en la causa Cabrera García, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C. nro. 220, párr. 88. Es decir, al poner el acento en esta modalidad de control, se robustece el accionar de los jueces internos de los estados, quienes también toman protagonismo en el intercambio que subyace en el reflujo entre ambos sistemas, ya que la dinámica "no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un 'diálogo jurisprudencial' entre ambos niveles de tribunales: interamericano e internos" Bazán (2012-2) p. 30. Aclaró el Juez citado, que la sinergia entre ambos sistemas tiene su origen con anterioridad de la creación pretoriana expresa por la Corte Interamericana de la doctrina del control de convencionalidad, y que "resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del "control difuso de convencionalidad" advirtiendo la tendencia de la "constitucionalización" o, si se prefiere, "nacionalización" del "derecho internacional de los derechos humanos" y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento "hermenéutico" y de "control" de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad". Voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor, en Cabrera García, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C. nro. 220, citada precedentemente, párr. 29.

38 Voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor, en la causa Cabrera García, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C. nro. 220, citada precedentemente, párr., 31.

39 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (2012) p. 113 y ss. En consecuencia, lo que se procura, en términos del sistema, es la gestación de una "anhelable sinapsis entre tales instancias, incluso en un 'atmósfera saturada de tensiones cordiales', (que) se plantea desde la esperanzada convicción de que es necesario y conveniente que convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una hermenéutica pro persona, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos." BAZÁN, Víctor, (2012-I), op. cit, p. 55. Esto implica una relectura de los órdenes constitucionales a la luz del sistema regional, pero también una interacción recíproca, donde el derecho comparado y el recurso al interprete externo toma especial protagonismo y relevancia, como elemento determinante de este "ius commune". La interacción, entonces, no es solamente unidireccional ni vertical, sino que implica un enriquecimiento mutuo, en el que se gesta "una suerte de 'fertilización cruzada' (crossfertilization) de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los Derechos Humanos por medio del intercambio y del aprendizaje mutuos." Bazán, Víctor, (2012-II), p. 24.

Convención y de otros tratados, y ha supervisado inclusive el cumplimiento de sus propios fallos“40

La doctrina citada repercute notoriamente en diversos aspectos de los ordenamientos jurídicos locales, especialmente generando desafíos a sus operadores. Generalmente se pone el acento en como la misma implica un replanteamiento del sistema de fuentes del derecho y jerarquía, especialmente en cuanto puede implicar un conflicto de lealtades a la norma convencional o constitucional. Es mas, en caso de divergencia del techo axiológico a aplicar, el conflicto resulta aún de mayor relevancia, por las dificultades en la armonización.

El ejercicio “interno”, “doméstico” o “difuso” del control de convencionalidad por los operadores jurisdiccionales de los Estados plantea múltiples las proyecciones, tanto de naturaleza política como jurídica, ya sea sustancial como procesal. En este marco, la aplicación de la doctrina citada y la respuesta fáctica de los sistemas domésticos han sido disímiles.[41] En este escenario, la República Argentina adoptó un criterio aperturista y receptivo.

V. El control de convencionalidad en la Corte Suprema Argentina.

En términos generales, puede adelantarse que la doctrina y la jurisprudencia ha presentado un abanico de diversas respuestas frente al sistema interamericano, que se proyectan desde una perspectiva nacional, de fuente interna, anclada especialmente en los artículos 27[42], artículos 118 y 116 de la Constitución,[43] pasando por una interpretación armonizadora, el principio de buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales, hasta la prevalencia de la norma más tuitiva, es decir, aquella “cuyo resultado … brinde una mayor satisfacción a los derechos que la insatisfacción que restringe al otro derecho en colisión sin que ello implique expulsarlas del ordenamiento”.[44] Oteiza considera que podría concluirse en que “en un gran número de casos se han hecho esfuerzos importantes para cumplir

40 Hitters, Juan Carlos (2009), p. 263. Efectivamente, en algunos supuestos la jurisdicción constitucional se ha mostrado sumamente receptiva de los axiomas propios del control de convencionalidad, y el flujo correlativo ha contribuido con la consolidación de la dignidad humana y el Estado de Derecho, tanto en el plano normativo como también, en ciertas oportunidades, fáctico. Ahora bien, el protagonismo de la normativa y jurisdicción doméstica es determinante, como partícipe de este fenómeno dialéctico, que abre sus cauces a la inserción de los elementos convencionales sin detraer su rol institucional.

41 Además de la proyección en el sistema de fuentes o techos axiológicos, y el consecuente conflicto de lealtades, también se verifican impactos en torno al rol del juez, y la perspectiva procesal de la interacción entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, aspectos que analizaremos más adelante.

42 Vr. Disidencia del Juez Fayt en las causas Simón (2005) (CSJN, Fallos: 328: 2056-) y Mazzeo (2007) (CSJN, Fallos: 330:3248). Sobre estos casos puede consultarse a Santiago, Alfonso, (2005), La dimensión temporal del derecho y el consciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema argentina en el caso "Simón", en Revista El Derecho, Buenos Aires, Universitas, Volumen: 215, pp. 729-769.p. 729 y ss.

43 Ver Bianchi, Alberto B, (2008) “El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007”, en Revista La Ley, 2008-B, pp.717 -772., p. 15.

44 Cao, (2010) op. y pp. cit.

con las decisiones de la Corte IDH, con algunas notables excepciones, y que el vértice del sistema judicial argentino, constituido por la Corte Suprema, ha reiterado la importancia de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH."[45]

El control de convencionalidad fue citado por primera vez por la CSJN en el voto mayoritario de un fallo de suma trascendencia: el caso "Mazzeo" [46], relativo a la inconstitucionalidad de indultos dictados por el Poder Ejecutivo respecto a imputados de delitos de lesa humanidad. En el considerando 24 la mayoría transcribió el párrafo 124 del caso "Almonacid Arellano" analizado precedentemente, como elemento previo a examinar y aplicar el modo en que la CorteIDH ha precisado las obligaciones de los estados respecto de los deberes de investigación y de punición de delitos aberrantes.

En la sentencia dictada en la causa "Videla" 47 la Corte analizó diversas aristas en torno a la dinámica de la jurisdicción constitucional y el control de convencionalidad. El fallo en análisis además de referir a la vinculatoriedad de las decisiones de la CorteIDH repercutió, directamente, en aspectos procedimentales de instrumentación del control de constitucionalidad. En el considerando 10, en primer lugar, el tribunal reiteró los criterios señalados por la mayoría en la causa "Mazzeo" 48. En segundo término analizó su jurisprudencia en torno al control de inconstitucionalidad de oficio, explicando que "con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el

---

45 Oteiza, Eduardo, (2012) "Efectos de la doctrina sobre el control de convencionalidad de acuerdo con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia argentina", en Revista Jurisprudencia Argentina, (número especial, Derecho Procesal Constitucional, 2012, III), pp.: 79-90, p. 80. Un precedente trascendente puede encontrarse en el caso "Ekmekdjian v. Sofovich", (CSJN, Fallos: 315:1492, voto mayoritario de los Jueces Cavagna Martínez, Barra, Fayt, Nazareno, Boggiano.), donde el Tribunal, con anterioridad a la consagración normativa de la jerarquía constitucional de la Convención Americana, subordinó su criterio a la jurisprudencia supranacional, adoptando lo que ha sido denominado por Néstor Sagüés como la "doctrina del seguimiento". Mas allá de la jurisprudencia posterior, en que se puede vislumbrar criterios vacilantes, incluso frente a sentencias dictadas en procesos en que el Estado Argentino fue parte, la CSJN en sus recientes períodos, había abandonado criterios renuentes (Ver, por ejemplo, CSJN, Cantos, (2003).Fallos: 326:2968 .), para dar a lugar a fórmulas receptivas, ya sea bajo la idea de interpretación armonizante, reconocimiento de su carácter de guía, o como pauta interpretativa de los derechos reconocidos en la Convención. CSJN, Ekmekdjian c/ Sofovich (1992), Fallos: 315:1492, Giroldi (1995), Fallos: 318: 514, Portal de Belén (2002) Fallos: 325:292, Espósito (2004), Fallos: 327:5668, Llerena (2005), Fallos: 328:1491, Bramajo (1996), Fallos: 319: 1840 y Simón (2005), Fallos: 328:2056, entre otros

46 CSJN, (2007). Fallos: 330:3248 . En dicho precedente, al analizar la integración entre los principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional, la Corte refirió al bloque de constitucionalidad, y explicó como la Convención Constituyente de 1994 incorporó los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Seguidamente, aclaró que tales precedentes constituyen "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la CSJN, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos."

47 CSJN, Fallos: 333: 1657 (2010). El Tribunal confirmó la decisión que dejó firme la decisión que había declarado la inconstitucionalidad parcial del indulto de las penas de reclusión y prisión perpetua que se habían impuesto a los mencionados. La Corte señaló que de la ponderación de los precedentes "Mazzeo" y "Videla" podía concluirse la recepción de la doctrina del control de convencionalidad por la CSJN y confirmó la decisión del a-quo, en torno a la aplicación del fallo dictado por la CorteIDH en la causa Caso del Penal Miguel Castro Castro.

48 CSJN, Fallos: 330:3248 (2007).

Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio. " Vinculó tal criterio con el de la CorteIDH en torno al control de convencionalidad de oficio consagrado en "Trabajadores cesados del Congreso". El precedente citado continúa la tímida línea pretoriana en torno a la aceptación del control de convencionalidad, y se construye otro criterio relacionado, conforme al cual se enlazan procedimentalmente ambos sistemas de control, mediante una articulación "concordante".

En la causa "*Rodríguez Pereyra,*"[49] y procuró insertar y canalizar estas exigencias dentro del marco de acción de los órganos jurisdiccionales domésticos. [50] Este pronunciamiento, además de ser el tercer fallo en el que el máximo Tribunal argentino hace suya la doctrina del control de convencionalidad, resulta un interesante ejemplo del criterio de "concordancia" anteriormente sentado, ya que procura una articulación conjunta que, a su vez, sea respetuosa un grado mínimo de salvaguarda de aquellas exigencias particularizadas o rasgos propios de cada uno de los dos sistemas.[51] En agosto de 2014, el Tribunal nuevamente se hizo eco de la doctrina del control de convencionalidad, y la citó en la causa "A. D.D. s/ homicidio agravado".[52]

---

49 CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012., donde se analizaba la constitucionalidad de la normativa que establece un régimen indemnizatorio especifico para el personal militar, la Corte reiteró el criterio señalado. Posición mayoritaria, considerando 12. La posición mayoritaria, compuesta por los Jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y Zaffaroni, expresó el basamento de la exigencia de coordinación del sistema de control de constitucionalidad con el de convencionalidad difuso, explicando 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."

50 Así, señaló:"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 respectiva 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 entraría un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, titulo 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.

51 El Juez Fayt, en su voto, concordó con el resultado mayoritario sin solventar su posición en los criterios analizados supra. Finalmente, el Juez Petracchi, en disidencia, se postuló por revocar el pronunciamiento con remisión al dictamen de la señora Procuradora Fiscal.

52 CSJN, A.D.D. s/ homicido agravado, sentencia de fecha 5 de agosto de 2014, A. 1008. XLVII. El caso tuvo su origen en tribunales de la Provincia de Mendoza, donde se condenó al imputado a prisión perpetua por el delito de homicidio agravado, que había cometido dos años antes de alcanzar la mayoría de edad. El supremo tribunal sostuvo que las sentencias de condena firmes dictadas por tribunales internos pueden ser revisadas cuando sobrevienen circunstancias inconciliables con ella, como sería el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado Argentino, en casos similares. Es decir, consideró vinculante el criterio el tribunal supranacional, aún cuando la situación de quien fue condenado a la pena de prisión perpetua no haya sido específicamente e individualizadamente tratada por la CorteIDH. El Tribunal concluye que corresponde así reconocer amplios efectos al fallo aún en cuanto exceden el caso puntual e imponen a la Argentina el deber de adoptar disposiciones de derecho interno de conformidad con lo previsto por el art. 2 CADH.

De los fallos citados precedentemente pueden concluirse dos premisas: en primer lugar, la vigencia en el sistema regional de la doctrina de control de convencionalidad gestada por la CorteIDH, conforme a la cual ésta -en forma concentrada-, y los tribunales y órganos domésticos vinculados a la administración de justicia domésticos -en forma difusa- deben realizar un test de compatibilidad entre toda normativa interna, inclusive constitucional, y la Convención Americana, así como la interpretación de ésta realizada por la primera, cuyos criterios son vinculante para los Estados Partes. Los órganos jurisdiccionales de los Estados, en consecuencia, actúan como jueces descentralizados del sistema interamericano, además de jueces nacionales, y deben resolver los casos sometidos a su conocimiento en miras a la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno, con especial referencia a principios de progresividad y pro homine, invalidando o inaplicando aquellas normas inconvencionales. A su vez, en base a la doctrina de la "interpretación conforme" a la convencionalidad, puede concluirse que los textos normativos internos se encuentran "convencionalizados". Paralelamente, la CSJN ha optado, en una serie reducida de pronunciamientos, en sostener una línea consistente y no retaceada, receptiva del control de convencionalidad. A su vez destacó la concordancia del sistema señalado con el control de constitucionalidad, acentuando la interacción procedimental de ambos regímenes.

Resulta positivo que la articulación del reconocimiento del control de convencionalidad se produzca de manera relacionada y retroalimentada con las pautas propias de articulación del control de constitucionalidad, a fin de otorgar "consistencia" a ambos sistemas, evitando así contradicciones o incoherencias que puedan redundar en confusiones que repercutan, a la larga, en la desorientación de sus operadores. Así como la cohesión del bloque de constitucionalidad exige de sus operadores un diálogo recíproco que contribuya a la seguridad jurídica, y, principalmente, al desarrollo de elementos comunes en miras a la protección de la dignidad humana, los aspectos procedimentales de control de convencionalidad y constitucionalidad también plantean un desafío en torno a su instrumentación retroalimentada, a fin de evitar fisuras y consolidar un régimen sólido donde cada magistratura tenga su propio campo de acción, en coordinación con las restantes, en miras a la tutela de la dignidad humana.

Sin embargo estas referencias deparan nuevos desafíos, ya que se hace necesario ponderar si las herramientas procedimentales que aporta el sistema argentino son cauces idóneos para la instrumentación de ambos modelos.

Arribada a la presente instancia de análisis, puede concluirse que la herramienta de la doctrina del control de convencionaldiad contribuyó con la consolidación de la transición democrática, y su utilización por la máxima instancia de la jurisdicción constitucional argentina se encuentra estrechamente vinculada a este tipo de causas trascendente. Ahora bien, luego de seis años de su tímida recepción, y su aceptación expresa en solo dos casos, la Corte comenzó a hacer uso de la misma, en precedentes ajenos a la temática de los crímenes de lesa humanidad, proyectándola a otras materias, también conflictivas y trascendentes, pero de diversa naturaleza, como al responsabilidad del estado y el sistema penitenciario. Esto nos enfrenta a la necesidad de evaluar los desafíos, ventajas e incógnitas que conlleva el control de convencionalidad, especialmente en torno a su impacto en el control de constitucionalidad.

VI. Desafíos vinculados a aspectos generales del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Al analizar el control de convencionalidad, algunas voces remiten a cuestionamientos formulados al sistema regional de protección de derechos humanos en sí. Así, por ejemplo, , se pone el acento en lo prolongado del tiempo del tratamiento de las causas por la misma CorteIDH (muchas veces llegando a extenderse por años), a pesar de que en numerosas oportunidades el tribunal ha referido al derecho a justicia pronta.

También se ha cuestionado como personas que pueden ser “perjudicadas” por un pronunciamiento dictado por el tribunal regional, por ejemplo, un fallo que ordene dejar sin efecto una decisión que había declarado la prescripción de una acción penal en su contra, no tuvieron oportunidad de desarrollar sus argumentos en la oportunidad en que la Corte tramitó el caso. Esta pauta, no menor, ha sido referida por los votos de los Ministros Fayt y Argibay, en diversas disidencias de fallos de la CSJN y constituyen un elemento determinante en miras a la consistencia del sistema jurídico, y especialmente de un principio basal del mismo como la noción de debido proceso.

La jurisprudencia de la CSJN en torno a este punto ha sido también vacilante, y se vinculó con el análisis de la ejecutoriedad de las decisiones de la CorteIDH en las

causas en que estaba demandado el Estado Argentino. Un criterio reticente puede encontrarse en el precedente **"Cantos**" [53],en el que "aunque ninguno de los integrantes del Tribunal rehusó desconocer las obligaciones internacionales del Estado bajo las cláusulas de la Convención, sólo existió unidad de criterio acerca de la preservación de los derechos –por lo menos a ser oído- de quienes no fueron parte en el proceso internacional, pero resultaron afectados por él. En cambio, existieron discrepancias acerca de cuál poder del Estado es el obligado, en primer lugar, a cumplir con la sentencia, de qué modo y con cuál extensión."54

Posteriormente, en **"Espósito"**[55] el criterio fue modificado. El tribunal resolvió que el Estado argentino debía proseguir y concluir la investigación de los hechos y

---

53 CSJN, Cantos (2003), Fallos: 326: 2968. En virtud de unos sucesos acaecidos en el año 1972, en la provincia de Santiago del Estero, el empresario Cantos demandó por daños y perjuicios en instancia originaria de la Corte Suprema. El caso había sido resuelto en el orden doméstico por el Tribunal, habiéndose también regulado honorarios, y exigido el pago de la tasa judicial respectiva. Cantos inició un procedimiento ante el sistema interamericano y luego la Comisión presentó demanda ante la Corte Interamericana, invocando las garantías de protección judicial (el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, artículos 8 y 25 CADH, en virtud de lo mencionado precedentemente) y el derecho de propiedad. La Corte Interamericana rechazó la pretensión en torno al derecho de propiedad, así como el reclamo relativo al derecho a la justicia pronta. Por otra parte, ponderó que las exigencias mencionadas ascendían a montos tales que constituían una afectación de derechos convencionales relativos al debido proceso legal y acceso a la justicia.

Así, condenó a la República Argentina:"a) abstenerse de cobrar a Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de ese pago; b) fijar en un monto razonable los honorarios devengados en la causa tramitada en el orden interno; c) asumir el pago de los honorario y costas correspondientes a los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero (ésta parte en el conflicto con Cantos); d) levantar los embargos e inhibiciones que pesaban sobre el denunciante, por el no pago de la tasa de justicia y por los honorarios regulados." Gelli (2009), pp.231. El Procurador del Tesoro se presentó ante la Corte Suprema, y dedujo un pedido para que se diera cumplimiento a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El máximo Tribunal nacional, en primer lugar, sostuvo que no correspondía sustanciar el planteo, a fin de no confundir la intervención que en todo caso podría corresponder a la Corte Suprema en orden al gobierno del Poder Judicial de la Nación, con la que resulta de su competencia en materia judicial.

En segundo término, desestimó la petición, señalando que la reducción del monto de los honorarios de los profesionales que no fueron parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional importaría la violación de garantías expresamente tuteladas por la Constitución Nacional (artículos 17 y 18) y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8, 21 y 25); bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (artículo 63.1, de la citada Convención), llevaría a la situación, de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional.

.En su voto, los Jueces Enrique Santiago Petracchi y Guillermo A. F. López consideraron que correspondía desestimar la presentación de ejecución de una sentencia de la Corte Interamericana, pues la Corte Suprema carecía de atribuciones para modificar pronunciamientos jurisdiccionales amparados bajo el atributo de cosa juzgada, por lo que sería el Poder Ejecutivo el que debería adoptar las medidas que, en el ámbito de su competencia, considere apropiadas, o tomar la iniciativa que contempla el artículo 77 de la Constitución Nacional por ante el Congreso de la Nación, a fin de dar cumplimiento con la referida sentencia.

El Juez Boggiano, en su disidencia, señaló que correspondía declarar que el Estado Nacional debía abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia y la correspondiente multa y asumir el pago de los honorarios de los profesionales que representaron a los demandados. Asimismo, respecto a los abogados, expresó que correspondía dar traslado a los profesionales que no fueron parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional -y en el cual se dispuso la reducción de sus emolumentos-, a fin de respetar sus garantías judiciales y el derecho de propiedad, y no hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional.

El Juez Maqueda, también en disidencia, expresó en primer término que a partir de la reforma constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75, inc. 22, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -pronunciadas en causas en que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la CSJN. En consecuencia, sostuvo que correspondía a la Corte Suprema adoptar -de inmediato- las medidas necesarias para asegurar los derechos afectados que fueron puntualizados en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se referían a la cuantía de los honorarios fijados en la causa planteada, para adecuarlos a las pautas establecidas en dicho pronunciamiento, sin que sea obstáculo a ello el hecho de que no hayan intervenido los letrados interesados, pues el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser prontamente cumplido por el Estado en forma íntegral.

54 Gelli , María Angélica (2009) Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Buenos Aires (Editorial La Ley, T. II), pp. 231 y 232.

55 CSJN, (2004), Fallos: 327: 566. El caso tuvo su origen en un procedimiento policial llevado a cabo por Policía Federal, en la que se había detenido un grupo de personas en las inmediaciones de un lugar donde se iba a realizar un recital de rock. Uno de los detenidos, Walter David Bulacio, un joven de 17 años, falleció tras retirarse de la comisaría a cargo de Espósito. Una vez radicado y llevado adelante el proceso penal contra el comisario mencionado, éste fue sobreseído por considerarse prescripta la acción penal. Los familiares de Bulacio iniciaron una petición ante la Comisión Interamericana, que resolvió presentar la demanda ante el Tribunal supranacional.

El Estado argentino reconoció su responsabilidad, y llegó a un acuerdo de solución amistosa con la Comisión, en el que admitía que Bulacio había sido víctima de una detención ilegítima, durante la cual se había ejercido de manera inapropiada el deber de custodia.

sancionar a los culpables, garantizar a los familiares el acceso y la participación en esa causa penal contra los presuntos responsables del homicidio, dictar las medidas legislativas a fin de evitar que hechos como el denunciado volvieran a repetirse, indemnizar el daño material e inmaterial provocado a los familiares de la víctima, y pagar costas.[56]

El pronunciamiento en estudio trasluce una marcada tendencia de la Corte argentina a evitar la eventual responsabilidad internacional del Estado mediante el seguimiento de los pronunciamientos de la CorteIDH, más allá de, incluso, sus propios precedentes. Así, ha sido considerada "una muestra de "obediencia debida" por parte de la Corte Suprema argentina, respecto de la Corte Interamericana."[57]

Las voces disidentes se hicieron oír con posterioridad, en pronunciamientos dictados en septiembre del 2011, donde el tribunal refirió a esta temática. En la causa "**Derecho"**[58] la mayoría de la CSJN remitió a lo resuelto en el precedente "**Espósito**"[59].Los Jueces Fayt y Argibay, en disidencia, dejaron en claro que estaba fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la CorteIDH, si bien expresaron que aceptar que ello tenga consecuencias como las pretendidas por el recurrente, implicaría una afectación al derecho de defensa del imputado, colocaría

---

La Corte Interamericana consideró las disposiciones de prescripción de la acción penal y las normas que constituyan obstáculos mediante los cuales se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos, afirmando que resultaban contrarias a la Convención, cuyas disposiciones establecen el deber de los Estados de adoptar medidas de toda índole en miras a garantizar los derechos consagrados en el pacto, entre las que se encuentran las que indican que nadie sea sustraído del derecho de protección judicial (cfr. Artículo 1.1., 2 y 25 CADH).

56 Ver, sobre el punto a Gelli (2009), p. 232. La Corte Suprema argentina señaló que frente a la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana, al haber sido dispuestas tales restricciones por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención, era deber de la Corte Suprema, como parte del Estado argentino, a pesar de sus reservas, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional. Así, resolvió que debía subordinar el contenido de sus decisiones a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En consecuencia, adoptó un criterio en el que "exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la CorteIDH".

57 Vr. Sagüés, Néstor P. y SAGÜÉS, María Sofía (2013), "Los tratados internacionales de Derechos Humanos en su proyección sobre el derecho federal argentino", En Palacio de Caeiro, Silvia, Tratado de Derecho Federal (Editorial La Ley, Buenos Aires) Explica Gelli que "la sentencia es importante porque los siete ministros que votaron coincidieron acerca de que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en que el Estado argentino fuera parte, resultan vinculantes para éste y para la Corte Suprema como órgano de ese Estado. Sin embargo, esta obligatoriedad tiene matices en los diferentes votos y éstos detonaron la distinta percepción que los jueces de la Corte Suprema tenían, entonces, del papel que cabe al Tribunal ante las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" Gelli (2009), p. 233. En términos fácticos, mediante el decreto 1313 del 2008 el Poder Ejecutivo, a través de la autorización a la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia para intervenir como querellante en las causas en las que se investigue estos delitos, procuró una solución superadora.

58 CSJN, Derecho (2011), Fallos: 334:1504. se tuvo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al pronunciarse en el caso "Bueno Alves vs. Argentina", analizó una denuncia presentada por el señor Bueno Alves, cuyas circunstancias fueron reconocidas por el Estado argentino, que fueron objeto de investigación en diversos procesos judiciales en el orden interno, entre las que se incluye una causa en la que la CSJN había confirmado la declaración de la prescripción de la acción penal respecto del imputado René Jesús Derecho, con relación a los hechos ilícitos de detención ilegal, aplicación de golpes y privación de medicamentos. El Tribunal supranacional resolvió que el Estado argentino debía realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea.El Juez Maqueda, en un voto particular, enfatizó que la Corte, como uno de los poderes del Estado argentino, debía cumplir la sentencia del tribunal internacional que impone la obligación de investigar, que si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz; máxime si se tiene en cuenta las especiales circunstancias detalladas por la Corte Interamericana, en cuanto al proceso judicial llevado adelante en nuestro país.

59 CSJN, Espósito (2004) Fallos: 327:5669.

al Estado argentino en la paradójica situación de cumplir con sus obligaciones internacionales a costa de una nueva afectación de derechos y garantías individuales reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que la integran y entraría en contradicción con la regla establecida en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe interpretar sus normas de modo tal que impliquen la supresión del ejercicio de los derechos por ella reconocidos o su limitación más allá de lo fijado en dicha norma internacional. [60].

Otro aspecto cuestionado es relativo a la técnica a aplicar a fin de constatar la efectiva existencia de un precedente de la CorteIDH que sea vincluante en virtud del Control de Convencionalidad. Resulta interesante el análisis realizado por el dictamen de fecha 10 de marzo de 2010 del Procurador General de la Nación en el caso "*Acosta*"[61], donde sostuvo que del artículo 68 de la Convención se desprende que el carácter vinculante de los fallos de la CorteIDH lo es para el Estado que aceptó la competencia del tribunal internacional y fue parte en el proceso internacional en el que resultó condenado, no surgiendo del sistema regional otros elementos que permitan extender el alcance expansivo de tales decisiones.[62] Finalmente, postula la aplicación de los precedentes del órgano supra nacional en base a un test conforme las siguientes pautas: "1) verificar si existe jurisprudencia de la Corte o la CIDH, o de ambas, sobre la cuestión debatida en el proceso interno; 2) identificar la doctrina o razón de la decisión; 3) examinar minuciosamente la aplicabilidad de esa doctrina al caso concreto; 4) examinar si existen razones

60 Agregaron que el derecho internacional ha considerado inadmisibles las disposiciones de prescripción dictadas específicamente con la intención de impedir la investigación de violaciones a los derechos humanos y la sanción de sus responsables, idea que no puede extenderse a previsiones generales de extinción de la acción penal por prescripción aplicables a cualquier caso en el que se investigue la comisión de un delito común. En misma fecha se pronunció la Corte respecto las propuestas de solución amistosa en el sistema regional de derechos humanos, en "Castañeda, Carlos Antonio s/ sustracción y destrucción de medios de prueba —causa n° 768—"" CSJN, Castañeda (2011), Fallos: 334:1439. En esta causa el Tribunal Oral en lo Criminal Federal rechazó la excepción de prescripción de la acción penal en virtud del derecho de las víctimas a conocer la verdad y el deber del Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos, y, en consecuencia, condenó a Carlos Antonio Castañeda como autor penalmente responsable del delito de sustracción de elementos destinados a servir de prueba ante una autoridad competente, cometido en forma reiterada. Por su parte, La Cámara Nacional de Casación Penal confirmó el pronunciamiento, por entender que la declaración de prescripción estaba vedada por la existencia de un acuerdo celebrado entre el Estado argentino y un grupo de querellantes de la causa en la que se investiga el atentado contra el edificio de la mutual israelita en Argentina (A.M.I.A). La Corte Suprema, con voto concurrente del Juez Petracchi, revocó el pronunciamiento recurrido. Aclaró el tribunal que un principio de solución amistosa propuesto a los querellantes por la rama ejecutiva del gobierno no es equivalente a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que no corresponde extender el criterio de la CSJN al revocar la declaración de extinción de la acción penal respecto de un delito que se encontraba prescripto conforme las reglas del derecho interno en virtud de una sentencia de la citada en esa misma causa en la que se le imponía al Estado esa solución. Los Jueces Fayt y Argibay, en disidencia, señalaron que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran la responsabilidad del Estado argentino por defectos en la investigación de hechos criminales comunes no pueden cancelar la vigencia de las reglas jurídicas nacionales referidas a la prescripción de la acción penal. Agregaron que la admisión de responsabilidad del Estado argentino ante los organismos internacionales, no debe acarrear como consecuencia directa la afectación de las garantías constitucionales de una persona imputada por la comisión de un delito común, quien además no ha tenido la posibilidad de ser oída en la instancia supranacional.

61 Expte. Nro. A 93 XLV, que fue fallado posteriormente por el Tribunal en fecha 08/05/2012.

62 Ver, Gelli, , María Angélica, (2010), "El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso "Bayarri" en un dictamen de la Procuración General de la Nación", en Revista La Ley, (2010-C), pp.: 1192 – 1199.p. 1192 y ss.

jurídicas basadas en el ordenamiento constitucional que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano pertinente, es decir, efectuar un examen de compatibilidad entre esa doctrina y el orden jurídico constitucional."[63] El criterio no fue adoptado como propio por el Tribunal al resolver el caso. Sin embargo, una seria aplicación del control de convencionalidad, así como su traslación procesal en torno a la cuestión federal por potencial responsabilidad internacional, recomendaría la articulación de este método, a fin de otorgar consistencia al sistema.

VII. Conflicto de lealtades.

Ínsito en el debate del control de convencionalidad se incluye el análisis de un conflicto de lealtades que se le presenta a los operadores domésticos: la elección entre la lealtad a las exigencias del orden normativo supranacional, o al orden normativo nacional.

El control de convencionalidad se nutre del principio pacta sum servanda, y la buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales. Sustentados sobre la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, no se admitiría el incumplimiento de compromisos convencionales, en virtud de la invocación de la existencia de normas internas (constitucionales o inferiores) que así puedan exigirlo. Paralelamente, se exige la sujeción no solo al texto convencional, sino a los productos de su intérprete interno. En base a esta perspectiva, parecería concluirse que frente a un conflicto normativo o pretoriano, prevalecerían las fuentes supranacionales. Ello es criticado por diversas posiciones que sostienen que de esta manera se afecta la soberanía nacional, así como supremacía constitucional y las potestades de gestación normativa y jurisprudencial de cada estado parte.[64]

En numerosos casos la interacción del orden convencional y nacional, incluso sobre la base de bloques de constitucionalidad que ya la prevén normativamente, se verificará de manera armónica, confluyendo hacia un *ius commune* en miras a una mayor protección de derechos humanos. Sin embargo también podrían darse supuestos de conflicto, no solo normativo sino axiológico[65].

---

63 Ibidem.

64 En torno a soberanía estatal y jurisdicción supranacional ver también a Falcón (2010) p. 51.

65 . De hecho, algunos de los casos mencionados en el título anterior son interesantes muestras de ello, ya que a los operadores domésticos se les planteó la disyuntiva de adoptar criterios pretorianos locales en miras a la tutela de derechos constitucionales fundamentales, como es el debido proceso o el derecho de defensa, y cumplir pronunciamientos de la Corte Interamericana, en los que, en el clearing de valores respectivo, se optó por la tutela de otras prerrogativas, en absoluto menores, como es el derecho de la víctima a conocer la verdad y el deber de investigar.

Los conflictos normativos, y más aún, los conflictos axiológicos, no resultan, en consecuencia, un tema menor, porque ponen en jaque el sistema. Un cauce de resolución podría encontrarse mediante un adecuado desarrollo del diálogo jurisprudencial propuesto dentro del marco del control de convencionalidad, y que exigiría un marco de respeto recíproco relevante por parte de los tribunales supranacionales y domésticos, donde la protección de la persona humana actúe como eje central.

VIII. **Modelos jurisdiccionales y control de convencionalidad de políticas públicas.**

La CorteIDH ha expresado que el artículo 1 de la CADH contiene un deber positivo para los Estados, ya que "'garantizar' supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que los habitantes estén en condiciones de disfrutar los derechos que la Convención consagra".[66] Así, :"… implica… el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, *todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público*, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".[67] Finalmente, el artículo 25 consagra el derecho a la protección judicial, y el compromiso estatal a: "garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."[68] En consecuencia, de los instrumentos internacionales se desprenderían una serie de obligaciones sobre el Estado Nacional, que impactan en el marco de acción no sólo de los Poderes

66 Bazán, Victor, (2011), "El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial", en Revista La Ley, Sup. Act. 01/02/2011, 1, p. 1.

67 CorteIDH, OC 11/90, op. cit., párr 23. El resaltado pertenece a la autora. Al artículo 1.1 citado, contribuye el artículo 2, que recepciona el principio del "efecto útil de los tratados", al establecer que: "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

68 Al referirse a la normativa citada, Cançado Trindade ha enfatizado el perfil tuitivo o protectorio que deben adoptar los diversos operadores jurídicos domésticos"Cancao Trindade, Antonio Augusto (1994), "A protecao dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: perspectivas Brasileiras", Brasilia, Revista dos Tribunais., pp. 56. Ver, asimismo, Alves Pereira, Antonio Celso, (1994) "El Acceso a la Justicia y los Derechos Humanos en Brasil", Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (20) julio-diciembre 1994 p: 23 y ss.

Ejecutivo y Legislativo, sino también judicial y repercuten directamente en el perfil de los procesos constitucionales.[69] .

El accionar judicial se acentúa ante la carencia de la previsión legislativa de una garantía idónea de tutela, ya sea por la omisión de la herramienta en sí, o bien por su regulación de manera deficiente, tortuosa o inefectiva. Cançado Trindade sostiene que "… el énfasis pasa a recaer en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial. Este cambio de énfasis atribuye mayor responsabilidad a los tribunales internos (judiciales y administrativos), convocándolos a **ejercer actualmente un rol más activo –sino creativo-** que en el pasado en la implementación de las normas internacionales de protección."[70].

Por su parte, artículo 63.1 de la CADH delimita el marco de los pronunciamientos de la CorteIDH, explicando que: "cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". Ello implica una perspectiva bifronte del objeto de los pronunciamientos de la Corte: ex ante y ex post. Es decir, "puede advertirse que las medidas generalmente adoptadas persiguen simultáneamente tanto la reparación como la prevención de eventuales violaciones a derechos humanos."[71]

---

69 Evidentemente, la obligación constituida por el artículo 2 de la Convención Americana de adoptar las medidas necesarias para instrumentar los derechos consagrados en el Pacto, es compromiso de la totalidad del Estado Nacional, no pudiendo excusarse en la inoperancia de los poderes ejecutivos o legislativos. En dicho caso, el Poder judicial, como última instancia, deberá instrumentar la solución posible para evitar la frustración de un derecho. Es decir, conforme el sistema convencional, el rol institucional del Poder Judicial en materia de Derechos Humanos se articularía de la siguiente manera: En primer lugar, frente a la previsión normativa a nivel nacional, ya sea por el Ejecutivo o el Legislativo, de herramientas de garantía idóneas, el Poder Judicial asume el compromiso de su aplicación efectiva, como se desprende de diversas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CorteIDH, Velásquez Rodríguez (1988) Serie C, nro. 4, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 68; Godínez Cruz, (1989) Secrie C, nro. 5, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 71 y Fairén Garbi y Solís Corrales, (1989) Serie C, Nro. 6 Sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 93, entre muchos otros. Ver Nogueira Alcalá Humberto (2012), "Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los Tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord..), El Control Difuso de Convencionalidad, (México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C.),, pp.: 331-390., p. 345

70 Cançao Trindade, Antonio Augusto (2001) El derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2001.p. 300. El resaltado pertenece a la autora.

71 Fastman, Lisandro E. (2006), "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones", en revista La Ley, 2006-C, 1012., p. 1012. En este sentido se pronunció Sergio García Ramírez, al señalar que el artículo mencionado otorga dos variables de acción al órgano jurisdiccional: hacia el pasado y hacia el futuro. En el primer caso, procura la reparación de las consecuencias de la medida lesiva, en especie o jurídicamente. En la segunda perspectiva, procura el restablecimiento y la protección del derecho en juego. García Ramírez, Sergio, (2003) "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" en "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI", Memoria del seminario realizado los días 23 y 24 de noviembre de 1999, T.I., 2da. Ed,, Corte Interamericana de Derechos hUmanos, San José de Costa Ri, ps. 130/131. Ver, asimismo, Kemelmajer de Carlucci, Aida, (2013) "Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Revista Jurisprudencia Argentina, 2013/03/06-68, JA 2013-I..

La CorteIDH ha señalado que estas pautas jurisprudenciales "se aparta de una visión reduccionista (mera indemnización) con el fin de tutelar de un modo más íntegro y efectivo la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos ante las exigencias de cada caso concreto.[72] Ello así porque "para la CIDH, la reparación es una forma o categoría genérica bajo la cual se articulan diversas medidas destinadas a suprimir, mitigar, moderar y compensar los daños ocasionados por los hechos violatorios de los derechos y a garantizar su no repetición".[73]

Se han planteado diversas variables clasificatorias de las decisiones en análisis.[74]. Kemelmajer de Carlucci refiere a estos tipos: Reparación en especie: restitución o restablecimiento de la situación jurídica de la cual se disfrutaba antes de la violación, medidas de satisfacción, medidas de garantía de no repetición, medidas de rehabilitación, medidas de indemnización compensatoria. [75]

La CorteIDH ha innovado con decisiones que han implicado, en el orden interno, desafíos para el órgano jurisdiccional que debió ejecutarlas, en su caso. Así, dentro de la **reparación en especie**, o restitución del status-quo anterior a la violación del derecho conculcado, el Tribunal ha ordenado diversas medidas, entre las que puede mencionarse "levantar los valladares que impiden el acceso a la justicia", por ejemplo, al "abstenerse de cobrar" a un justiciable una tasa de justicia determinada, y la respectiva multa impuesta por pago oportuno, lo cual, en su momento, fue cuestionado por la doctrina por considerar que el cumplimiento de esa decisión por la Corte nacional implicaba la injerencia en el ámbito legislativo.[76]

Dentro del marco de **medidas de satisfacción**, la Corte parte de la clásica publicación de la sentencia, con un doble "designio: individual y social, esto es, para satisfacer el derecho del afectado y para crear obstáculos de orden social frente a la posible reiteración de conductas violatorias". Incluso, se ha exigido la difusión radial

72 Olivero, Eduardo y otra, (2012) "El Estado argentino y las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Rev. Resp. Civil y Seguros, año XIV, nro. 7 p. 257.

73 Kemelmajer de Carlucci, Aida, (2013). Las diversas opciones de medidas articuladas por la CorteIDH deben su multiplicidad a la de las obligaciones asumidas por los Estados en el marco convencional. En ese sentido, "la reparación es un término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido". García Ramirez, (2003)

74 La CorteIDH, en sus pronunciamientos, menciona los siguientes supuestos: medidas de reparación integral (comprensivas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición), e indemnizaciones compensatorias (comprensivas del daño material y daño inmaterial, entre otros). Finalmente refiere a costas y gastos

75 Se sigue en este punto a la autora citada, op. cit. El objeto de los pronunciamientos del tribunal internacional presentado en ambos casos en último término (indemnización compensatoria) resulta consustancial con la modalidad tradicional del orden doméstico frente a la vulneración de un derecho y no plantea nuevos desafíos desde el punto de vista de su ejecución. Ello más allá de algunas pautas específicas a indemnizar que pueden resultar innovadoras (como indemnización por frustración por proyecto de vida), y requerir replanteamientos conceptuales y procedimentales en algunos aspectos tales como prueba, etc

76 Vr. CSJN, "Cantos" (2003), Fallos: 326: 2968.

del pronunciamiento, en virtud de que la comunidad originaria respectiva tenía costumbre de comunicarse por ese medio. [77]

A su vez, en miras a **evitar repetir los hechos**, se han enfatizado las obligaciones de investigar e imponer consecuencias legales, con las consiguientes medidas dirigidas a poderes públicos, algunas de ellas incluso relativas a la exigencia de reformar o dictar nuevas normas legislativas procedimentales y sustanciales e incluso constitucionales. También se ha condenado al Estado a realizar capacitaciones de diversos funcionarios, ya sea judiciales, de fuerzas de seguridad, militares, o bien de la sociedad en su conjunto.

Dentro de las **medidas de rehabilitación** se ha llegado a ordenar, por ejemplo, en un caso relativo a los derechos de una comunidad originaria, la creación de un programa de desarrollo comunitario y la previsión inmediata de servicios públicos. Así, una vez determinada la obligación de entregar tierras a las víctimas, se ordenó "la implementación de un programa integral de desarrollo en salud, educación, producción e infraestructura de las comunidades afectadas que incluya el mantenimiento y mejoramiento del sistema de comunicación por caminos entre las comunidades afectadas y el centro municipal, un sistema de desagüe y la provisión de agua potable, la provisión de personal de enseñanza intercultural y bilingüe para la educación primaria y secundaria", entre otros.[78]

Ahora bien, el dictado de este tipo de medidas en las sentencias interamericanas ha implicado fuertes desafíos en su ejecución en el orden interno. Efectivamente, la instrumentación de las decisiones adoptadas por los organismos supranacionales de perfil jurisdiccional presenta diversos flancos débiles, que van desde la reticencia de los órganos domésticos encargados de tal tarea, a la dificultad técnica de su instrumentación.[79]

77Paralelamente, pueden citarse los siguientes ejemplos: realización de actos públicos de desagravio a las víctimas (tales como conmemoración y tributo, formulación de disculpas públicas, construcción de monumentos o símbolos recordatorios, dedicación de establecimientos públicos o privados, plazas, escuelas, oficinas, dedicación de una jornada nacional a su memoria, etc.), restitución de restos mortales. S creación de una fundación para asistir a los beneficiarios, otorgamiento de beca universitaria u otras prestaciones educativas, eliminación de datos obrantes en registros públicos, creación de una página Web, creación de una comisión nacional de búsqueda, instrumentación de un sistema de información genética para la obtención y conservación de datos en miras al esclarecimiento de l filiación de niños desaparecidos, entre otros. Kemelmajer de Carlucci, op. cit.

78 CorteIDH, caso "Plan de Sánchez vs. Guatemala", relativo al derecho a la vivienda de una Comunidad originaria.

79 Alerta Oteiza que las respuestas a las exigencias convencionales dependen en muchos casos de aspectos internos, tales como el "contexto jurídico y político de cada Estado … Ciertas decisiones de la CorteIDH presentan una gran complejidad a la hora de efectivizar su cumplimiento en el ámbito interno. Ellas se vinculan con aspectos de política muy delicados, en los cuales pueden existir conflictos entre derechos convencionales de distinto rango, con afectados que no siempre han participado ante la instancia de la CorteIDH, a los cuales se trasladan sus efectos….Encontramos líneas de tendencia y prácticas no lineales y sin contradicciones."Oteiza, (2012) p. 80. Así, las posiciones de los Estados en torno al cumplimiento de los pronunciamientos de los organismos transnacionales, o específicamente la Corte Interamericana, y las respuestas jurisprudenciales en torno a la doctrina del control de convencionalidad, han sido disímiles. En primer término, en la posición más reticente, puede adelantarse que algunos países se postulan de manera restrictiva ante la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no sólo en lo que refiere al efecto expansivo ínsito en la doctrina del control de convencionalidad, sino, incluso, en lo relativo al cumplimiento de pronunciamientos

A su vez, ello ha impactado en el rol jurisdiccional reconocido a los magistrados domésticos, a través de una doble perspectiva. Por un lado, como se ha señalado, el juez, como parte del aparato estatal, debe contribuir con la instrumentación de los derechos convencionales en virtud de los compromisos internacionales, lo cual le demanda la asunción de un rol tuitivo en las causas pertinentes, conforme al mandato del Pacto. [80] Por otra parte, al deber actuar como juez convencional, el órgano jurisdiccional del Estado debe formular su accionar en clave convencional, tomando como referencia a la jurisprudencia del tribunal supranacional, lo cual también implica la adscripción a pautas o modelos de decisiones que expanden su tradicional marco en miras a una efectiva y real recomposición del derecho convencional conculcado.

Así, las nuevas modalidades de sentencias domésticas y convencionales se amalgaman. Puede identificarse un claro paralelismo entre las modalidades de sentencias adoptadas por la CorteIDH fuera del marco de la compensación clásica, y las pautas de nuevas sentencias dictadas en el orden interno, tanto en torno a sentencias exhortativas, aditivas, como en variables de control de inconstitucionalidad por omisión. Ellas comparten un perfil jurisdiccional desligado de trabas otrora tradicionales, y que posee un punto débil específico en común: las dificultades en la instrumentación fáctica de la ejecución de sus decisiones más trascendentes.

Frente a esta realidad, los tradicionales conflictos en materia ejecutiva reciben un duro cuestionamiento en torno a su convencionalidad, y obligan a los operadores a un replanteamiento a la luz de la tutela de los derechos humanos. Este impacto del orden regional implica una necesidad de adecuación por el sistema jurídico interno, en miras a aportar respuestas innovadoras que garanticen eliminar obstáculos a la hora del efectivo cumplimiento de sus decisiones, así como instrumentar

---

condenatorios dictados por los órganos interamericanos contra ellos mismos. Los casos de Perú durante la administración de Alberto Fujimori, y Venezuela, durante la de Hugo Chávez son claro ejemplo de ello. Esta situación incluso ha implicado el dictado de resoluciones de inejecutoriedad de sentencias de la Corte Interamericana, en tutela de la soberanía nacional, la constitución local, etc.. Ver), Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, Buenos Aires, ED AD-. HOC y Konrad Adenauer Stifftung, p. 253 y ss. Me remito en este punto al capítulo desarrollado por Ayala Corao, Carlos (2010, "La doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)", en: Von Bogdandy Armin, Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coordinadores), La justicia constitucional y su internacionalización, México, UNAM – Max Planck Institut, 2010, T. II p. 85 y ss. En otros casos se ha optado por el silencio, y la no referencia expresa a la temática. Un ejemplo podría ser Estados Unidos de América, que si bien no ha aceptado la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana, sí se encuentra sometido, como parte de la Organización de Estados Americanos, a los productos de la Comisión.Asimismo, en otros casos la respuesta es casuística, y la posición en torno a la viabilidad de cumplimiento se enmarca en cada caso específico, o incluso dependiendo de la naturaleza de la medida indicada por el Tribunal supranacional.

80 Además, el poder judicial es siempre la última instancia, en virtud del principio de subsidiariedad, en la que puede evitarse que la conculcación del derecho originaria no sea subsanada en el ámbito doméstico, lo cual ubica su actuación como una instancia superadora fundamental, cuyo marco de acción debe ser comprendido en clave de apertura.

mecanismos efectivos en tal sentido. El mandato convencional no puede ser desdibujado en virtud de insuficiencias normativas internas, sin que ello implique generar responsabilidad internacional.

Es así que, frente a estas nuevas exigencias a los operadores judiciales, y en virtud de su configuración como jueces convencionales, la problemática de la inejecución de sus pronunciamientos, máxime cuando implican dificultades técnicas en virtud de la mutación de sus causes clásicos, exige una respuesta superadora por parte de los operadores internos. Si los andamiajes procedimentales nacionales no aportan soluciones idóneas a las nuevas modalidades de pronunciamientos que se vislumbran, tanto internos como supranacionales, es la pauta procesal la que debe reformularse en clave convencional, para así procurar la plena efectividad del bloque de constitucionalidad y del sistema regional de tutela de los derechos humanos.

En este marco se ha dado el control de convencionalidad de las políticas públicas. Néstor Sagüés ha alertado que: La CorteIDH formula un cuádruple control de políticas públicas, en los siguientes órdenes: Mediante la declaración de inconvencionalidad de políticas públicas, [81] Mediante la condena al Estado por no implementar políticas que hubieran permitido impedir violaciones a derechos humanos, lo cual implicaría habilitar la declaración de inconvencionalidad por omisión[82], Mediante el enunciado de ciertos derechos.[83], y mediante el diseño de políticas obligatorias para los estados, a tenor de la doctrina de las reparaciones no solamente restitutivas, sino también correctivas, de "no repetición".[84]

---

81 Por ejemplo, considera que los estados no pueden alegar dificultades económicas o previsiones presupuestarias insuficientes para justificar situaciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano. Corte IDH, Montero Aranguren, párrafo 95; Velez Loor, párrafo 198.

82 Por ejemplo con relación a tres jóvenes secuestradas en un contexto de práctica frecuente de femisidios, secuestros y muertes de mujeres y de discriminación en la protección de las mujeres contra la violencia Corte IDH, González y otros, Campo Algodonero, párr. 450

83 El autor citado menciona como ejemplo, para los detenidos: a) no debe haber hacinamiento; b) procesados y condenados deben estar separados; c) todo recluso tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; d) la alimentación tiene que ser de calidad; d) la atención médica debe ser proporcionada regularmente y por personal médico calificado; e) se debe proporcionar a los presos educación, trabajo y recreación; f) se les debe garantizar un régimen de visitas; g) los servicios sanitarios deben asegurar higiene y privacidad; h) la reclusión por tiempo prolongado y los castigos corporales son prohibidos Corte IDH, Pacheco Teruel vs. Honduras

84 González y otros (Campo Algodonero) vs. México, 450. V. gr., a) protocolos ante casos de desaparición de mujeres y de búsqueda de mujeres desaparecidas (Campo Algodonero, 474 a 543); b) de cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra mujeres, que incluyen una perspectiva de género y de etnicidad; c) programas de capacitación en derechos humanos respecto de la interacción entre personal militar y la población civil, género y derechos indígenas, dirigidos a los miembros de las fuerzas armadas, en todos los niveles jerárquicos (Rosendo Cantú vs. México, 213). En este sentido, el autor citado considera que el Tribunal supranacional asume una vocación transformadora de la reparación, a fin de lograr cambios estructurales que desarticulen estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población lésbica, gay, trans o bisexual, mediante cursos para funcionarios públicos, especialmente judiciales, que deben incluir derechos humanos, orientación sexual, no discriminación y protección de la comunidad LGTBI, superación de estereotipos contra la misma comunidad. CorteIDH, Atala Riffo vs. Chile, 267, 271.

Cristian Correa ha identificado el elemento nuclear del conflicto ínsito en este tipo de pronunciamientos ya que exigen distinguir entre "el ámbito estricto de decisión de un tribunal y qué corresponde a los estados en la definición de sus políticas socioeconómicas y de inclusión social" [85]

VII. Desafío procesal de articulación con el control de constitucionalidad.

Desde una visión sistémica, se ha puesto el acento en que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad comparten la naturaleza intrínseca, ya que parten de la idea de tutelar una supremacía.[86]No nos encontramos ante una desnaturalización, sino de una proyección, potenciación del sistema de control de constitucionalidad, engarzado en el marco convencional.

En aquellos casos en que la normativa internacional es recepcionada por el orden interno con jerarquía supra constitucional o constitucional, el examen de confrontación ejercido en el control de convencionalidad difuso o interno responde a prácticamente el mismo caudal normativo (derecho interno con Convención y jurisprudencia interamericana), siendo el elemento diferenciador de las dos órbitas mencionadas el hecho que éste control es ejercido por una multiplicidad de operadores, algunos de ellos nacionales y otros interamericanos, así como la prevalencia de cada norma del respectivo conjunto. Sin embargo, ambas órbitas presentan diferenciaciones. El Juez interamericano, al formular el control de convencionalidad no reemplaza a la autoridad judicial doméstica, "no se erige en legislador o juzgador nacional sino que aprecia los actos de aquéllos al amparo de la Convención".[87] Por otra parte, el juez nacional si bien se convierte en juez interamericano, realiza su tarea constreñido por la vinculatoriedad de las decisiones supranacionales.

En el supuesto de los operadores nacionales que ejercen el control de convencionalidad, vemos la confluencia entre éste y el control de constitucionalidad.

---

85 Stein y Uribe, coord.., Convención americana sobre DDHH, Fundación Adenauer, 2014, pág. 838

86 Es decir, su funcionalidad práctica es similar, de tal modo que exigen que, ante la inconsistencia entre la norma suprema y la inferior se verifique la inaplicación en el caso de la última, y, a su vez, se requiere la interpretación conforme a la superior de la inferior. Ambos estructuran su accionar en base a la supremacía del derecho y la necesidad de su control. Procuran la consolidación del Estado de Derecho, el "gobierno de las leyes, y no de los hombres" (Marbury v. Madison, USSC, 1 Cranch (5 U.S.) 138, 2 L.Ed.60 (1803) y, como fin último, la tutela de la dignidad humana. Este aspecto es desarrollado con suma claridad por Gumersindo García Morelos, quien explica que "el origen del control judicial se centró en la defensa de la supremacía constitucional, invalidando toda conducta estatal que resultara incompatible con ésta. La evolución de los procesos constitucionales en América Latina, Europa, Asia, y en algunos países africanos tienen su fundamento en la doctrina judicial elaborada en el caso Marbury vs. Madison; pero los sistemas procesales se adaptaron de acuerdo a las necesidades de cada Estado. La noción de tutela jurisdiccional interna se expandió a la consolidación de una garantía jurisdiccional de orden internacional. El surgimiento de tribunales y de organismos cuasi-jurisdiccionales internacionales para la tutela jurídica de los Derechos Humanos representa la evolución de la protección del individuo, dimensionando la importancia de contar con un recurso judicial efectivo." García Morelos, (2012) , p. 188.

87 Ver, en este sentido, a Albanese, Susana, Garantías Judiciales, op. cit., p. 347.

Desde el punto de vista procedimental, el control difuso de convencionalidad implica una simbiosis de las herramientas procedimentales. Esto nos lleva a formular algunos cuestionamientos de índole sistemática, a fin de ponderar el margen de interrelación recíproca de ambos sistemas de control.

La primera pregunta que podría formularse, es si es conveniente esta retroalimentación. Me inclino por considerar positiva la respuesta aportada por la CSJN, englobada sobre la idea de la coordinación de ambos sistemas[88]. Así, se ha sostenido que "ambas doctrinas responden a dimensiones jurídicas diferentes, pero íntimamente relacionadas".[89] Asimismo, el sistema de control de constitucionalidad no se presenta de manera estática, sino que fluye y muta por diversos factores, tanto endógenos como exógenos.[90] Es natural, entonces, que el impacto del control de convencionalidad repercuta en sus dimensiones y se entrelace con su accionar.

Esto lleva a preguntarse si la doctrina del control de convencionalidad implica una exigencia de modificación del sistema nacional de control de constitucionalidad en su diseño procedimental. En aquellos países en que se prevé un sistema difuso de control de convencionalidad, la articulación de éste no presenta mayores dudas, ya que todo órgano podría formular un control de convencionalidad /constitucionalidad, con algunas exigencias procedimentales, como la posibilidad de la realización del primero de ellos de oficio.

Ferrer Mac-Gregor aclara que la doctrina en estudio no exige que los países que han aceptado la jurisdicción de la CorteIDH adapten su sistema de control de constitucionalidad al modelo difuso, sino que, a partir del sistema existente, apliquen los magistrados pertinentes, en el ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales, el control de convencionalidad.[91] Lo que se demandaría es un grado mínimo de articulación conjunta, a fin de otorgar solvencia al sistema.

---

88 CSJN, "Videla", Fallos: 333:1657 (2010),.

89 Cao, Cristian, Control de constitucionalidad…, op. y pp. cit. En su voto razonado citado, Ferrer Mac-Gregor explicó que "Se advierte claramente una "internacionalización 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'."

90 Trionfetti, Víctor, El sistema…, op. cit., p. 582.

91 Ferrer Mac-Gregor, (2012) p. 110. En aquellos sistemas mixtos o concentrados, en los que se verifica la existencia de organismos jurisdiccionales que no ejercen control de constitucionalidad en su matriz represiva, el ejercicio del control difuso de convencionalidad será realizado por éstos en su hipótesis de mínina. Explica Ferrer Mac-Gregor que "la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar "de oficio" el control de convencionalidad "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". El Juez citado indica que la precisión fue realizada a partir del Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú Serie C, 158, esp. (2006), citado precedentemente. no puede interpretarse como limitante para ejercer el "control difuso de convencionalidad", sino como una manera de "graduar" la intensidad del mismo. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una "interpretación convencional" de la norma nacional…. pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable en caso de

En Argentina, a través de los años, la jurisprudencia de la CSJN relativa a los aspectos sustanciales y formales del recurso extraordinario federal adoptó diversas reacciones frente a la potencial responsabilidad internacional del Estado. [92] En algunos fallos ponderó no solo la referencia a un tratado internacional, sino la potencial responsabilidad que la violación de un compromiso o una norma internacional podía implicar para el Estado argentino. En una serie específica de precedentes dictados en los últimos años, sostuvo que la potencial responsabilidad internacional del Estado cualificaba per se como cuestión federal suficiente a los fines del artículo 14 de la ley 48..[93]

La figura de la cuestión federal por potencial responsabilidad internacional del Estado contiene en su propia logicidad elementos que pueden actuar de contención y límite a posibles desbordes. El supuesto de por sí no resulta ajeno al marco otorgado por el artículo 14 de la ley 48, ya que el tratado constituye, por sí mismo, una cuestión federal. Efectivamente, un primer avance que otorgó consistencia al sistema fue logrado cuando el Tribunal resolvió adoptar el criterio jurisprudencial conforme al cual se concibe que todo tratado o instrumento internacional implica, por sí mismo, que existiera cuestión federal en la causa en los que ellos se analizan. Ahora bien, si se optara solo por esta variable, no se verificaría vinculación alguna

---

aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos." Voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor, en la causa Cabrera García, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C. nro. 220, citada con anterioridad, párrs. 35 y 38. Paralelamente, "en caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista "interpretación convencional" posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconvencionalidad de la misma o, en su caso, "plantear la duda de inconvencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho "control" y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional".91 Dentro de este marco, la CSJN ha referido a la "concordancia" de ambos modelos, desde el punto de vista procesal.

92 En algunos períodos, este aspecto resultó indiferente para el Tribunal, mientras que en otros revistió gravedad y trascendencia institucional. Paralelamente, los efectos que esta calificación fue imprimiendo en la tramitación del remedio, así como en los pronunciamientos en sí, fueron disímiles. En lo que hace a la cuestión federal, el Tribunal sentó diversas líneas, discriminando las cláusulas federales o no del instrumento, considerando todo tratado como derecho federal, o refiriendo autónomamente a la cuestión federal por potencial responsabilidad internacional del estado.

93 La fórmula utilizada por el Tribunal, respees la siguiente: "…al hallarse cuestionado el alcance de una garantía del derecho internacional, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el artículo 14 de la ley 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional…".Esta posición es razonable, teniendo en consideración el criterio adoptado por el Tribunal respecto de la aceptación de la doctrina del control de convencionalidad, y su concordancia procedimental con el control de constitucionalidadCon posterioridad el criterio en torno a la existencia de cuestión federal por potencial responsabilidad internacional ha sido reiterado en diversos pronunciamientos en los que estaba en juego la interpretación de normas del sistema regional de derechos humanos, tratados con jerarquía constitucional, conforme el artículo 75 inc. 22 de la norma suprema. Esto resulta especialmente relevante, ya que el máximo tribunal, de manera enfática, refiere directamente a la cuestión federal por responsabilidad internacional. Si esta referencia puede encontrarse enlazada entre sus argumentos a las fórmulas clásicas del artículo 14 de la ley 48, el criterio se vincula directamente al control de convencionalidad, ya que remite directamente a la Corte Interamericana, órgano a cargo de monitorear tal responsabilidad. Si bien el criterio no ha sido dejado de lado expresamente en precedentes posteriores, su número es aún escaso para sugerir con contundencia la presencia de una línea jurisprudencial consolidada plenamente. Sin embargo, los fallos demuestran la seriedad del compromiso de la Corte en su intención de utilizar su rol institucional en miras a evitar la responsabilidad internacional del Estado, criterio reiterado también en otros pronunciamientos que, sin tratar en concreto el tema de la cuestión federal –en algunos casos son procesos deducidos en instancia originaria ante la Corte, o apelaciones ordinarias en materia de extradición, etc. si constituyen "esfuerzos importantes para cumplir con las decisiones de la Corte IDH...".Oteiza, (2012). p. 80.

entre el concepto de “cuestión federal” y la jurisprudencia de la CorteIDH, cuyas decisiones son vinculantes conforme la doctrina del control de convencionalidad. [94]

Al referir a la “responsabilidad internacional” como elemento determinante de la cuestión federal, y no solo al carácter normativo del instrumento, es decir, a su naturaleza de norma federal, se está poniendo el acento en los productos de los operadores internacionales y su injerencia en la jurisdicción constitucional doméstica. Este criterio destaca la función de la CorteIDH, que ejerce el carácter concentrado del control de convencionalidad. En el marco de esta línea jurisprudencial, los elementos exigidos por la CorteIDH se corresponden a los extremos ponderados por la Corte Argentina. En consecuencia, la herramienta interna se engarza perfectamente con las exigencias convencionales, dándole fluidez al sistema.[95]

A través de este criterio, el recurso extraordinario federal resultaría una herramienta idónea para proyectar un rol unificador del ejercicio del control difuso de convencionalidad por los tribunales inferiores y provinciales argentinos, permitiendo así que la CSJN actúe como engranaje entre éstos y los órganos internacionales, sin perder su protagonismo institucional.[96]

IX. Evaluación.

94 Es en la referencia a la potencial responsabilidad internacional del Estado donde se concretiza la vinculación, ya que, justamente, el órgano que posee la potestad de verificarla es el mencionado Tribunal supranacional. Así, se cierra el círculo argumentativo, otorgándose coherencia y legitimación al sistema, y, estatuyéndose también su propia limitación, en miras a evitar su abuso. A fin de dotar de concordancia al control de constitucionalidad con el control de convencionalidad, no bastaba con señalar que había un tratado en juego, sino que era necesario resaltar o vincular ambos sistemas. Como el intérprete auténtico de ese instrumento era la Corte Interamericana, organismo que, en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos, podría resolver en casos contenciosos que el Estado Nacional era responsable de su violación, en virtud de no respetar sus directrices y precedentes, la noción de “responsabilidad internacional” resulta idónea para concretar esta coordinación.

95 Una adecuada aplicación del sistema de fuentes y su vinculatoriedad, sobre todo en lo que refiere a la efectiva demostración de la existencia de precedentes que permitan vislumbrar con seriedad esa potencial responsabilidad, permitiría acotar y otorgar límites específicos al tema. Contribuye a ello que este caudal argumentativo supranacional es heterónomo, ajeno a la misma CSJN, lo cual reduciría la potencial manipulación de las pautas pretorianas, si bien el máximo tribunal nacional mantendría su rol de máxima instancia doméstica en el engranaje del control de convencionalidad y el control de constitucionalidad.

96 En consecuencia, desde una perspectiva externa, considerar determinante de la existencia de cuestión federal a la potencial responsabilidad internacional del Estado le otorga al rol institucional de la CSJN la dinámica adecuada en lo que refiere al diálogo entre tribunales, ya que pone el acento en la injerencia de la CorteIDH en el control de convencionalidad concentrado, y en cómo los jueces domésticos, al formular el control de convencionalidad interno, deben formular el juicio de compatibilidad teniendo en cuenta sus pronunciamientos. Desde una perspectiva interna, dado que se concibe la existencia de cuestión federal en aquellos supuestos en que se visualice la potencial responsabilidad internacional (entre la que debe incluirse una potencial sanción de los organismos internacionales), la CSJN se encontraría facultada para actuar en revisión en cualquier causa en que se pueda afectar el orden convencional, ejerciendo, de esta manera, una casación del control de convencionalidad doméstico, y enfatizando su carácter de máximo Tribunal de la Nación.A través de la pauta jurisprudencial objeto del presente estudio, la Corte delimitaría su accionar como cabeza del control difuso de convencionalidad. Esta opción se vería contenida dentro del marco pretoriano convencional, lo que contribuiría a impedir manipulación por los órganos judiciales internos. Resulta sumamente positivo que la CSJN haya articulado su herramienta prioritaria, el recurso extraordinario federal, con el énfasis que ha otorgado a su política de diálogo institucional con la CorteIDH, sin que ello implique haber alterado el diseño y la naturaleza de una figura tan sensible al mapa jurisdiccional y federal argentino, como es la noción de “cuestión federal”.En consecuencia, el criterio pretoriano analizado, utilizado por el Tribunal en un número reducido, aunque trascendente, de pronunciamientos, es considerado idóneo y recomendable para representar la coordinación entre control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema argentino, lo que recomienda su continuación y afianzamiento. Más allá de las apreciaciones específicas en el uso de herramientas procesales internas, lo que puede concluirse es que a través de la doctrina del control de convencionalidad, generalmente la corte ha enfatizado su tendencia a hibridizar el modelo de control de constitucionalidad, acercándolo a una perspectiva más concentrada, y, de esa manera, enfatizar el rol institucional de la Corte Suprema, o, por lo menos, alejarlo de su diagrama clásico histórico difuso, para acercarlo a las perspectivas comparadas mixtas latinoamericanas.

La doctrina del control de convencionalidad, gestada por la CorteIDH de Derechos Humanos, presenta elementos ya consensuados, y aspectos novedosos y desafiantes. El control originario, propio, o externo, desarrollado por el Tribunal transnacional, no presenta inconvenientes propios, sino que, en su caso, reedita los cuestionamientos ya formulados al sistema en general, que nuevamente convocan a presentar propuestas superadoras.

Por su parte, es el control difuso, y su instrumentación por los jueces domésticos, el que presenta mayores desafíos de articulación, que se desgranan desde aspectos procedimentales, hacia elementos troncales de lealtades y jerarquías de fuentes.

En el caso argentino la doctrina contribuyó de manera postiiva en su génesis, ya que operó como una herramienta idónea para solventar la consolidación de la transición democrática, mediante la intervención de una jurisdicción constitucional robustecida por el orden regional de los derechos humanos. Sin embargo, su proyección genera múltiples interrogantes, sobre todo en el redimensionamiento de la función jurisdiccional, el rol del juez, y el control de convencionalidad de políticas públicas.

El elemento que determinará el éxito de la doctrina se encuentra ínsito en los términos “diálogo jurisprudencial”, “coexistencia armónica” con que se procura calificar al accionar recíproco de los operadores tanto transnacionales como nacionales, en miras a que tales palabras procuren asidero en la realidad. Es en este campo de interacción recíproca, en que el recurso al intérprete externo, el derecho comparado, y la interpretación conforme al orden internacional de los derechos humanos, deben procurar un punto de consistencia y equilibrio, que aporte coherencia al sistema, y robustezca su perfil tuitivo.