

**"XXXII Congreso Nacional de Derecho Procesal",
"A 30 años de la reforma constitucional",
14, 15 y 16 de noviembre de 2024, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires**

Control de Convencionalidad y justicia material

Fabián Salvioli

I.- Introducción

El derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento; una mera -aunque indispensable- herramienta para hacer justicia. La conversión automática del derecho en un propósito que se auto satisface -invisibilizando su carácter instrumental- ha sido el origen de múltiples infortunios para personas, colectivos y pueblos a lo largo de la historia.

Los derechos humanos como ciencia jurídica revitalizaron al derecho, recuperaron el terreno axiológico perdido, y le han devuelto a aquel su trascendente naturaleza de medio al servicio de la justicia efectiva, en el sentido más pleno y material del término.

La ciencia jurídica de los derechos humanos posee no solamente principios y postulados diferenciados, que informan y han de aplicarse transversalmente en toda actuación del Estado -y especialmente en toda resolución judicial- sino que también detenta un método hermenéutico propio de interpretación: la "*perspectiva pro persona*".

La reforma constitucional argentina de 1994 ha sido, sin dudas, un hito de extraordinaria relevancia en derechos humanos: en el plano de la institucionalidad

(por ejemplo la creación de la defensoría del pueblo), en la normativa añadida (recepción de nuevos derechos y garantías), y en su -revolucionaria para la época- apertura internacionalista hacia la materia (incorporación de instrumentos internacionales dándoles jerarquía constitucional).

Esos avances que vinculan correctamente a la democracia substancial con la plena vigencia de los derechos y libertades fundamentales, obligan a actuar en consecuencia a todas las instituciones del Estado.

El respeto y la garantía sin discriminación alguna de los derechos de toda persona es un asunto de interés legítimo de la comunidad internacional, y consecuentemente de incumbencia de la misma. A dichos efectos, se ha diseñado en las organizaciones internacionales un sistema de instrumentos que constituyen el derecho internacional de la persona humana, así como se han establecido órganos y procedimientos que habilitan el monitoreo internacional bajo diferentes mecanismos -examen de informes, casos individuales, etc.-.

De dicho esquema deriva la adopción de algunos documentos que se focalizan en un Estado en particular -observaciones finales, dictámenes, sentencias- y otros que se aplican a todos los Estados parte en un instrumento convencional determinado -opiniones consultivas, observaciones generales-.

Los tratados -bajo la forma de pactos, convenciones, protocolos- y otros instrumentos -declaraciones, normas mínimas, directrices, plataformas de acción-, constituyen una *hoja de ruta* para los diferentes órganos del Estado en el diseño y ejecución de su política pública -hoja de ruta de la cual no pueden apartarse debido a que el fin del Estado no es otro que el respeto y la garantía de los derechos humanos-, y fuentes jurídicas (ya primarias, ya secundarias) que han de utilizarse por las entidades judiciales por la aplicación del llamado “*control de convencionalidad*”, por un lado como una forma efectiva de hacer justicia material, y -adicionalmente- a los efectos de evitar que un órgano de supervisión

internacional llegue a determinar la responsabilidad del Estado por una o más violaciones a los derechos humanos.

II.- La teoría del control de convencionalidad

La noción de “*control de convencionalidad*” fue introducida por primera vez en un voto particular concurrente del Juez García Ramírez a la sentencia del caso Mack Chang, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en dicha ocasión, el juez García Ramírez se refería al “*control de convencionalidad*” que efectúa el propio Tribunal Interamericano en relación a la actuación de cualquiera de los órganos internos del Estado, a los efectos de establecer la posible responsabilidad internacional del mismo.

*“...Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, **el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo**. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “**control de convencionalidad**” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional...”¹.*

Es en el caso Almonacid Arellano cuando la Corte Interamericana deja de manifiesto que a los poderes judiciales de los Estados que han ratificado la Convención Americana, les cabe aplicar justicia llevando adelante un estricto control de convencionalidad, convirtiéndolos en una suerte de tribunales internos

¹ Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

convencionales, y que dicha obligación comprende no solamente a la disposición convencional, sino a los alcances que tenga la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana.

*“...La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, **sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención... En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...**”².*

Más adelante, la Corte Interamericana indicó que los tribunales internos deben decidir en los casos que conocen, si una ley determinada viola o no los derechos reconocidos en la Convención Americana, y que dicho escrutinio alcanza incluso a disposiciones constitucionales, siempre bajo los parámetros determinados en la hermenéutica llevada adelante por aquella³. Asimismo, el Control de convencionalidad corresponde a todos los órganos del Estado, no solamente al poder judicial, y dentro de este último a la administración de justicia en todos los niveles⁴; adicionalmente, no se requiere solicitud de parte sino que el mismo se ha de ejercer “*ex officio*” -aunque en el marco de las respectivas competencias y de

² Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

³ Conf. Corte IDH: Caso Boyce y Otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrs. 77-79.

⁴ Conf. Corte IDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

las regulaciones procesales correspondientes⁵. Finalmente, la hermenéutica interamericana a considerar no es solamente la que emerge de sus fallos contenciosos, sino que incluye a las opiniones consultivas emitidas⁶, bajo el entendimiento de que estos dictámenes cumplen la función propia de un “control de convencionalidad preventivo”⁷.

Estos criterios repercuten de manera contundente en la marcha de la administración de justicia de los diferentes Estados que forman parte del sistema interamericano, en tanto aquellos marcan límites claros a la facultad hermenéutica judicial doméstica, en aras de la armonía jurídica, la consideración del derecho que obliga al Estado como un “todo coherente” -independientemente de la fuente y procedencia-, y la realización material de la justicia.

“...todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad... de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos...”⁸.

Asimismo, el Tribunal indicó que dentro del ejercicio del control de convencionalidad, la función judicial es prevenir potenciales violaciones a los derechos humanos, o repararlas cuando ya hayan ocurrido, actuando la Corte Interamericana como una suerte de tribunal complementario de convencionalidad -lo que corresponde en aplicación del principio de subsidiariedad, que informa a toda actuación internacional en competencia de conocimiento de casos-.

⁵ Corte IDH: Caso trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

⁶ Corte IDH: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 31.

⁷ Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párr. 26.

⁸ Corte IDH: Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019, párr. 129. En igual sentido, Corte IDH: Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020, párr. 103.

“...La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”... Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí...”⁹.

“...un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional...”¹⁰.

⁹ Corte IDH: Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párrs. 142-143.

¹⁰ Corte IDH: Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020, párr. 93.

III.- El desarrollo progresivo del Control de Convencionalidad

Como ya fue indicado, el control de convencionalidad corresponde a todos y cada uno de los poderes del Estado¹¹, de manera tal que ninguna persona que cumple funciones directas o delegadas del Estado, puede darse el lujo de prescindir del enfoque correspondiente en la materia para el desempeño adecuado de las tareas a su cargo.

“...esta Corte considera pertinente recordar... que en el ámbito de su competencia todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad...”¹².

En cuanto a su objeto, el control de convencionalidad excede a la mera aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la interpretación de la misma por parte de la Corte Interamericana, para proyectarse a todo el derecho internacional convencional de la persona humana, y la producción de sus órganos en la materia.

“...La Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”¹³.

Esa ha sido la adecuada concepción holística del Tribunal, que aún subrayando la responsabilidad de los Estados de aplicar el control de convencionalidad respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha dejado en claro que va

¹¹ Corte IDH: Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142.

¹² Corte IDH: Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497.

¹³ Corte IDH: Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020, párr. 93.

más allá de la misma, extendiéndose al derecho internacional convencional interamericano vigente en la materia para el Estado.

“...cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana...”¹⁴.

Poco tiempo después del pronunciamiento *supra* citado, el Tribunal deja entender que ello alcanza en términos generales a todo tratado de derechos humanos, sin ceñirse específicamente al campo interamericano.

“...Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado...”¹⁵.

¹⁴ Corte IDH: Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 262.

¹⁵ Corte IDH: Caso Gaudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 330.

Y naturalmente, aún de manera prudente, el Tribunal legitima las producciones de otros órganos de promoción y tutela más allá de ella misma, al indicar que se deben considerar debidamente los estándares generados.

“...la Corte advierte la relevancia de la debida interpretación de la legislación y aplicación del control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y estándares internacionales aplicables...”¹⁶.

La Corte Interamericana ha remitido a estándares internacionales para la aplicación del control de convencionalidad no solamente en casos de pueblos indígenas sino en otras materias (tales como desaparición forzada¹⁷, condiciones de privación de libertad¹⁸, etc.).

IV.- Hacia el máximo efecto del control de convencionalidad, en aras de la justicia material

El rol del Estado, su fin principal, es respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción sin discriminación alguna; a tales efectos, ha de utilizar adecuadamente las fuentes del derecho cualquiera sea su origen -nacional o internacional- bajo el principio pro persona, y con la perspectiva pro persona como criterio hermenéutico.

En ese sentido ha de entenderse el juego de las disposiciones de derecho internacional. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados recoge la regla “*pacta sunt servanda*” bajo los siguientes términos:

¹⁶ Corte IDH: Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 211.

¹⁷ Corte IDH: Caso Tenorio Roca y Otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016, párr. 230.

¹⁸ Corte IDH: Caso Chinchilla Sandoval y Otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016, párrs. 243-244.

“...Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe...”¹⁹.

Y a renglón seguido, dicho instrumento sienta la inoponibilidad del derecho interno frente a la aplicación del derecho internacional convencional.

“...Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”²⁰.

En el marco del derecho internacional convencional de la persona humana, la aplicación del derecho internacional siempre se conjuga con el principio pro persona, que obliga a optar por disposiciones domésticas -u otras internacionales que sean igualmente vinculantes- si estas son más garantistas²¹.

Es bajo dichos parámetros que ha de ponerse en práctica la teoría del control de convencionalidad, bajo los contornos indicados *supra*.

La implementación del mayor *efecto útil* del control de convencionalidad hace a la realización del fin principal del Estado, fortaleciendo la democracia substancial, cuyo indicador mejor no es otro que el grado de cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de todos los derechos humanos sin discriminación alguna.

El máximo efecto del control de convencionalidad requiere la debida actuación de los órganos del Estado, no solamente en torno a la “cosa juzgada” derivada de pronunciamientos contenciosos respecto del propio Estado parte, sino a la “cosa interpretada internacionalmente”,

¹⁹ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: art. 26.

²⁰ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: art. 27.

²¹ Conf. entre otros, art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana tan solamente se ha ceñido -en este sentido- a señalar el valor de “cosa juzgada y/o cosa interpretada”, respecto de sus pronunciamientos consultivos -tal como se indicó *supra*- y decisiones contenciosas, ya en torno al Estado en cuestión, ya en relación a otros Estados parte²².

No obstante, y para potenciar el máximo efecto del control de convencionalidad, es razonable ir más allá, y realizar idéntica valoración en torno a toda la batería de fuentes del derecho internacional de la persona humana.

No cabe duda alguna en relación a que todos los poderes del Estado, y en particular su administración de justicia, se deben ceñir a la cosa juzgada e interpretada internacionalmente a efectos de no rebajar estándares consolidados en materia de derechos humanos, y consecuentemente a los ya señalados pronunciamientos contenciosos y consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han de agregarse otro tipo de documentos emanados de órganos internacionales de tutela, a saber:

Dictámenes que resuelven casos individuales, emitidos por órganos de tratados de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas -que harán cosa juzgada internacional si se refieren al propio Estado, o cosa interpretada internacional si se resolvieron en relación a otro Estado parte.

Observaciones generales emitidas por los órganos de tratados de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en tanto cosa interpretada internacionalmente sobre el alcance de derechos y/o de las obligaciones internacionales derivadas de pactos, convenciones y/o protocolos.

²² Ver en esta dirección, Corte IDH: Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párrs. 65-74, 87-88, 102; y Corte IDH: Caso Gómez Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, párrs. 19.

En su justa medida, y solamente en torno a los pronunciamientos respecto del propio Estado, las observaciones finales que resultan de exámenes de informes periódicos que se efectúan por los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, a título de *“hoja de ruta”*.

La labor del poder judicial, en la dirección indicada, permitirá no solamente evitar condenas y señalamientos internacionales de incumplimiento para el Estado, sino la realización -en cada decisión- de su fin principal, y el logro de la justicia material, utilizando el derecho como el instrumento más noble para alcanzar dicho objetivo