

A PROPOSITO DE LOS PRINCIPIOS EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Sumario: 1. Proemio. 2. Del control de Constitucionalidad al de Convencionalidad. Principios. 3. Génesis.. 4. Perfiles en su vía evolutiva. 5. Áreas. 6. Sujeto activo del control. Capacitación y Competencia. 7. Subsidiaridad e Interpretación. 8. Reflexión final-

1.-PROEMIO

El Derecho Procesal Constitucional, como fluida corriente, ha logrado nuevas perspectivas en las cavidades de la ciencia procesal y en los principios procesales constitucionales.

La clásica trilogía científica, (acción, jurisdicción, proceso) no pudo permanecer ajena dadas las mutaciones conceptuales operadas; como tampoco la existencia de tribunales constitucionales irrumpiendo en el paradigmático modelo de división de poderes, y la expansión de sus pronunciamientos.

La conexión e integración, cada vez mayor del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, fertiliza y agiganta la integridad humana –frecuentemente bastardeada-, por lo que los esfuerzos habrán de redoblar en su salvaguarda, por la mano de autoridades jurisdiccionales, para el logro de su máxima protección.

Sin embargo, bien se ha expresado que “..el reconocimiento de los derechos humanos y la ampliación de las garantías no resultan suficientes para asegurar su efectiva vigencia, en tanto los Estados pueden modificar los estándares de protección receptados por el derecho interno de los derechos humanos e incluso en sus respectivas constituciones, a través de interpretaciones que resulten funcionales a intereses políticos o de orden práctico”¹.

2.- DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD AL DE CONVENCIONALIDAD-Principios

¹ Loiano, Adelina, “Control de Convencionalidad. Proyecciones en el Derecho interno. Proyecciones e influencias en el Derecho Interno”, Ed, Cevallos. Quito Ecuador 2017 ISBN13:978-9978-392-69-0

Tal ha sido la dilatación operada que, la otrora sumisión del juez sólo a la letra de la ley, sufrió el influjo de nuevas vertientes para arrebozar sus decisiones trascendiendo las fronteras vernáculas, sumergiéndose en lo que se ha dado en llamar “bloque de constitucionalidad” (véase art. 75, inc. 22 Constitución de la Nación Argentina).

Se advierte una largo derrotero enfocado hacia la garantía de todos los derechos de la persona, superando aquella estricta sujeción a la Constitución, como *norma normarum*, fuente de fuentes², la super ley³, sin margen alguno para la interpretación, cuando es esta la que permitirá descifrar si hay cabida de la norma frente a la realidad, y para ello portando el conocimiento del derecho en su totalidad⁴, y cuya “*punta de lanza*” al decir de Gozaini se enraiza en el caso “Marbury vs. Madison” desde que, frente a la puja entre la ley y la constitución, el deber jurisdiccional será establecer el derecho aplicable⁵.

En tal marco de transformaciones, el control de convencionalidad vino a cambiar el principio de supremacía constitucional⁶, erigiéndose en un efectivo instrumento para aplicar en el derecho interno el derecho internacional de los derechos humanos, algo así como en el control de constitucionalidad en un sistema de control difuso, verificando la adecuación o no con las normas constitucionales internas-

Cabe memorar lo dispuesto en los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana en cuanto a que los”... *Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin disminución alguna...*” y “...*si el ejercicio de los derechos y libertades...*”... *no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a*

² García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, pàg.35 y ss., Civitas, Madrid, 1995.

³ Sagués, Nèstor Pedro, “*Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*”, T. I, pàg.13, Astrea, Bs. As., 1992 (3ª edición).

⁴ Couture, Eduardo, “*Estudios de Derecho Procesal Civi*”, T.III, pàg. 15 y ss., Depalma, Bs.As.,1998.

⁵ Gozaini, Osvaldo A, “*Control Constitucional y de Convencionalidad*”, pàg.37, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2017.

⁶ Gozaini, Osvaldo A.” *Derecho Procesal Transnacional*”, pàg.17, Ed. Tirant lo Blanch., Mèxico D.F., 2014.

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". Y ello en virtud de lo que se ha nominado **principio de adecuación normativa**.⁷

Esta tarea adaptativa opera como un espejo del principio de instrumentalidad de las formas con respecto a los derechos de fondo y quienes están insertos en el conflicto con el objetivo de proporcionarles una rotunda protección.

Entre las conclusiones arribadas en el XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal⁸ se sostuvo que los "...principios del orden convencional constituyen la vía de su transversalización al orden jurídico interno, dado que la CIDH sostiene que los jueces, al realizar el control de convencionalidad en los casos bajo su conocimiento, deben argumentar en base a tales principios"

Se "trata de realizar un examen de confrontación normativo con un tratado internacional, lo que...determina el sometimiento de la Constitución al tratado de derechos humanos y, la Constitución no es la única y exclusiva norma para confrontar leyes internas, en una escala de jerarquía normativa, al activar el control de convencionalidad como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes".

3.-GENESIS

. Quien supo iluminar el camino ha sido el Dr. Sergio García Ramírez,, proporcionando como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados tal lo reflejado en el voto vertido, en el caso "*Myrna Mack Chang*"⁹, al expresar que la responsabilidad "*...atañe al Estado en su conjunto...No es posible seccionar internacionalmente...*" a éste"*...obligar ante la Corte sólo a uno o alguno de sus*

⁷ Bazán, Víctor, "*Estimulando Sinergias: De Diálogos Jurisdiccionales y Control de Convencionalidad*", pàg. 11 y ss., en "*El Control Difuso de Convencionalidad*", Coord. Eduardo Ferer Mac-Gregor, FUNDA p, Mèxico, 2012

⁸ XXXI CN de Derecho Procesal, Septiembre de 2022, Mendoza, Argentina

⁹ Caso "*Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas*", Sentencia, de 25 de Noviembre de 2003.

órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio.. 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”.

Bien lo ha dicho el “...control de convencionalidad se inscribe en un sistema (jurídico-político) construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos...”¹⁰.

4.-PERFILES EN SU VÍA EVOLUTIVA

Màs allà del influjo doctrinario que pudo haber mediado¹¹, la primera aproximación yace en la jurisprudencia de la mencionada Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Almonacid Arellano”¹² al decir que “...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...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 aquella, “...no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin...”. De ahí que “... **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana..**” teniéndose en cuenta no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo efectuó la CIDH.¹³

En el caso “Trabajadores Cesados”¹⁴, además de referenciar a los **jueces**, “...**los órganos del Poder Judicial** deben ejercer no sólo un control de

¹⁰ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, pàg. 272, en “Control de Convencionalidad, Interpretación conforme y Diálogo Jurisprudencial”, Coord. Saiz Arnaiz-Ferrer Mac-Gregor

¹¹ García Ramírez, Sergio, “Temas de derecho” México, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, Seminario de Cultura Mexicana- Unidad Autónoma del Estado de México, 2002, pàg. 435-436.

¹² Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de 26 de Septiembre de 2006, serie C, nº 154, consid. 124.

¹³ En similar sentido, caso “La Cantuta vs. Perú.Fondo.Reparaciones y Costas”. Sentencia de 29 de Noviembre 2006, Serie C, nº162, parr.171.

¹⁴ Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, Serie C nº 158, pàrr. 128.

*constitucionalidad sino también “de convencionalidad” **ex officio** entre las normas internas y la Convención Americana...en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”.*

Sin duda aquí no sólo yace el principio *iuria curia novit*, sino también detenta un *effet utile*, dado que los jueces como guardianes de la Convención al incorporar en la órbita interna normas que posibiliten aplicar el tratado internacional, las decisiones que adopten resultarán efectivas.

Posteriormente el marco subjetivo se fue ampliando, y en el caso “Cabrera García”¹⁵ se sostuvo que *“...cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana...**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,...en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos de la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana...**”*

En “Gelman”¹⁶ aquí el control de convencionalidad se encuadra como función de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial, al dejarse sentado que *“...particularmente en casos graves, violaciones a las normas del Derecho Internacional...la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales ...debe primar un **“control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial**” .*

Con posterioridad se mantiene el criterio de la obligación de **todas las autoridades y órganos** de un Estado Parte en la Convención de ejercer un control de convencionalidad **ex officio** entre actos y normas internas y la

¹⁵ Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 26 de Noviembre de 2010, Serie C nº 220, párr. 225

¹⁶ Caso “Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones”, Sentencia de 24 de Febrero de 2011, Serie C, nº221, párr.239.

Convención Americana, de manera que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea compatible con las obligaciones internacionales y en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, “*teniendo en cuenta no solo el tratado, sino...la interpretación que el mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”¹⁷

5.-SUS AREAS

El control de convencionalidad campea en dos ámbitos: **El externo** efectuado por un Tribunal Supranacional (CIDH), quien verifica si media compatibilidad entre los hechos o los actos de los Estados que reconocieron su competencia con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); y **el interno** en la órbita nacional con el objeto de comprobar la adecuación de las normas jurídicas internas a la (CADH) y a los estándares de interpretación delineado por la CIDH. En este plano la incorporación de las normas internacionales puede acaecer: ora merced a consensos entre Estados; o bien por imperio de una ley interna del Estado aunándose a un ordenamiento jurídico transnacional.¹⁸

6.-SUJETO ACTIVO DEL CONTROL. CAPACITACION. FUERO Y COMPETENCIA

No obstante haberse entendido que el cotejo entre normas internacionales y nacionales no es privativo de los órganos judiciales, sino que “*...debe ser cumplido...por cualquier persona, y...por cualesquiera autoridades llamadas a promover, respetar, proteger y garantizar, en el espacio de sus atribuciones, los derechos humanos...*”¹⁹, sin menoscabar capacidades, la responsabilidad por el laboreo del control convencional debería recaer solamente en los jueces, quienes por gozar de *imperium*, son precisamente quienes ejercitan el derecho a decidir

¹⁷ Vgr Caso “Personas dominicanas y haitianas expulsadas” Sentencia de 28 de Agosto de 2014, párr. 311; “Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuario (FEMAPOR), Sentencia de 1 de Febrero de 2022, párr99, y otros, cit. Por Sergio García Ramírez, “Control Jurisdiccional de Convencionalidad”, `pàg.156, Porrúa,Mèxico 2023.

¹⁸ Por ley 23.054/83 se sancionò la adhesión de la Argentina a la CADH y sus procedimientos supranacionales

¹⁹ García Ramírez, Sergio, “Control de Convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial”, pàg.272, Ed. Porrúa-Universidad Nacional Autònoma de Mèxico, 2014

(*ius decidere*), como guardianes de la supremacía constitucional y de la garantía convencional que porta.

Aunque baladí pudiese resultar, la mentada actividad por parte de aquéllos –los jueces- requiere de nutrida formación jurídica, con renovada actualización en el área de los Derechos Humanos, lo que, a la postre, devendrá en fructífero diálogo jurisdiccional, y que con énfasis sustento.

Preparación que encuentra en claustros universitarios su germen, y que a través de colegios profesionales, o carrera judicial, se seguirá puliendo, pero lo cierto es que, como ello conlleva futuro, interesa el mientras tanto.

Y el hoy, la existencia de Estados, como vgrs. Argentina, con territorio extenso y donde conviven Constituciones Provinciales con la Constitución Nacional, disímiles instituciones, competencias diversas, dificultades en el acceso a la información, y sin adentrarme en cuestiones edilicias y equipamiento, configura el espejo de esta realidad que cabe a los operadores del derecho trabajar en ello.

Si bien la globalización, ha configurado la ventana al mundo, frente al planteamiento del justiciable, o la advertencia exteriorizada por cualquier sujeto, sea particular o autoridad pública, en la inteligencia de afectación de derechos humanos, todos los magistrados de diversas jurisdicciones, ¿ostentan acabado conocimiento del criterio que pueda sustentar la CIDH respecto a un caso específico? . Francamente, y más allá de las publicaciones que dicho organismo efectúa (vgrs, cuadernillos), o las sentencias de la Corte Suprema de la Nación Argentina, la respuesta negativa se impone.

Lo dicho genera la convicción y la necesidad de incrementar juzgados con competencia específica para el conocimiento de la inmensa gama de cuestiones que engloban los derechos humanos, ello importará un valioso aporte y un compromiso, que a través de la publicidad de sus sentencias, logrará germinar un criterio interpretativo. Todo ello, y de conformidad con el principio de legalidad, habrá de estar precedido de una ley que determine la respectiva competencia.

7.-PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD. INTERPRETACION

Secuencialmente, dos son los planos en los cuales se lleva a cabo el cotejo de las normas domésticas (control primario- interno) con las internacionales (control secundario) realizado, el primero por los jueces y el segundo por la CIDH. Esta duplicidad conlleva aplicar el principio de subsidiaridad.

El Estado²⁰ *“...es el principal garante de los derechos humanos de las 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...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”*.

Todo ello, claro está con las excepciones prevista en el art. 46, 2 a) b) y c) de la Convención Americana de Derechos Humanos.²¹

Para la CIDH los jueces no sólo han de llevar a cabo un examen de adecuación de normas internas con las convencionales, sino tener presente la interpretación que ha hecho como *“...intérprete última de la Convención Americana”*.

Tal directriz parecería conducir a que las normas convencionales ostentarían una categoría superior a las normas internas. Sin embargo, no puede sortearse el caso de Argentina, que a mérito de la reforma constitucional del año 1994 se otorgó a las disposiciones convencionales jerarquía constitucional, pero *“...en las condiciones de su vigencia...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementaria de los derechos y garantías por ella reconocidos”* (art. 75, inc.22 CN).

²⁰ Caso “Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares. Fondo de Reparaciones y Costas”. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C Nº 157, párr. 66

²¹ CADH, art.46,2” a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega haber sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado...el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

Lo que de manera alguna contradice a lo preceptuado en el art. 29, inc. b) CADH ya que ninguna “...*disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención que sea parte uno de dichos Estados*”.

Más allá de la obligación de los Estados Partes de efectuar el control de convencionalidad con independencia del sistema federal que pueda detentar el Estado Parte (art. 28 CADH); la tarea interpretativa no ha de tratarse de un puja jerárquica entre normas subconstitucionales, la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, maguer pronunciamientos de la Comisión y la CIDH, sino que habrá de efectuarse en aras del principio ***pro persona o favor libertatis***.

Decía Chiovenda “..como el juez actúa la ley según la interpretación que su cultura le sugiere, y precisamente la tendencia más autorizada...quiere que la función de...” aquel “...esté preparada para cualquier hipótesis nueva en la ciencia jurídica”.²²

8.- REFLEXION FINAL

Por lo dicho, condenso y sostengo:

- a) Control judicial de convencionalidad *ex officio*
- b) Magistrados calificados en conocimientos en la temática de Derechos Humanos, con permanente actualización.
- c) Específica competencia, fijada por ley para conocer y pronunciarse
- d) Aplicación de los principios de legalidad, *iura curia novit*, adecuación normativa, instrumentalidad de las formas y *pro persona*.

Concluyendo y recordando las palabras del profesor García Ramírez “***Una sociedad política moldea cierta solución política; una solución política diferente –aunque se halle dentro de la misma “hoja de ruta” puede***

²² Chiovenda, José, “Principios de derecho procesal civil”, T.I, pàg.104, Reus S.A., Madrid, 1977

proponer una fórmula distinta. Se sabe bien que una generación no puede atar para siempre a las generaciones que le sigan, sellando su suerte”.-

Habrà entonces que seguir trabajando en la búsqueda del ansiado equilibrio y en aras de lo justo.