

Comisión 2: Justicia supranacional y control de convencionalidad.-

Tema: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LOS SISTEMAS¹.-

Por: Carlos Antonio Turina (Docente por Concurso de Derecho Procesal Civil y Comercial, Facultad de Derecho de la UNMDP, Director del Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Mar del Plata, Secretario Académico de la Comisión de Procesal Laboral de la AADP y Director del Grupo de Investigación “HUGO ALSINA” de la UNMDP)

HIPOTESIS.-

1.- El control de convencionalidad de los sistemas es *un mecanismo mediante el cual se busca establecer si un sistema (que puede ser todos los artículos de un código o solo a partir de algunos, o artículos pertenecientes a distintos cuerpos legales y normas consuetudinarias o jurisprudenciales) se adecua a los principios que emanan de los tratados internacionales y convenciones que tutelan los derechos humanos, del jus cogens, la costumbre internacional; las pautas o estándares emanados de la dimensión de la moralidad y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Para ello, previamente debemos:

1.- Individualizar las normas que conforman el sistema.

3.- Identificar los principios que dan forma al sistema.-

I.-) Planteo de la cuestion:

Alguna doctrina, siguiendo los fallos de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante Corte IDH) llega a un concepto complejo del control de convencionalidad² manifestando que, entre otras características, “consiste en verificar la compatibilidad

¹ Esta ponencia se basa en un trabajo del mismo autor publicado en la Revista de Derecho Procesal y Procesal Informático de Microjuris (nro. 15) de mayo 2024, pág. 56 a 82.

de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte”³.

Parafraseando a Bianchi podemos decir que el control de convencionalidad es el chequeo para saber si una ley, decisión o reglamento es acorde o no a ese bloque de convencionalidad⁴.

Ahora bien, debemos preguntarnos lo siguiente, además de un control de convencionalidad de normas, decisiones y reglamentos ¿es posible realizar un control de convencionalidad de los sistemas?

¿Por qué nos hacemos esta pregunta? Porque el sistema es más que un conjunto de normas (el todo es más que la suma de sus partes).

Realizar el control de convencionalidad a través del sistema permite, por un lado, analizar si la normativa que integra dicho sistema se adecua a los principios que emanan de ese bloque de convencionalidad. Pero, por otro lado, permite también analizar que normativa es necesaria y se encuentra ausente, es decir, la normativa necesaria (pero que falta) para que dicho sistema sea coherente con los principios existentes en el mencionado bloque.

En síntesis, permite el análisis de lo que hay como de lo que no hay (y es necesario que esté).

Por eso es que se hace hincapié en el concepto de control de convencionalidad de los sistemas en lugar de control de convencionalidad únicamente de las normas.

Ahora bien, para ello debemos previamente individualizar al sistema (la normativa que integra el mismo) y los principios que son su estructura (que le dan forma al sistema y a los cuales este último debe adaptarse).

En consecuencia, como primera medida, es indispensable aclarar que entendemos por “sistemas” y “principios” y la relación que existe entre ellos. Una vez finalizada dicha

2 Se debe tener presente que parte de la doctrina entiende que el control de convencionalidad es el control de constitucionalidad, pero aplicado a las convenciones internacionales. La Constitución Nacional. A partir de la reforma de 1994, incorporó en su art 75 inc 22 una serie de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que integran dicha Carta Magna. Por eso cuando estamos controlando la convencionalidad también estamos controlando la constitucionalidad (conforme, Bianchi Alberto según exposición en Jornadas de Actualización de Procesos Constitucionales y Derechos Humanos <https://youtu.be/4i0luwWftSg?si=Be7gvV3Hq060N8DW> sitio visitado por ultima vez 12-6-2024 –ver a partir de minuto 40-).

3 Rojas, Jorge A “RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2019, pág. 32/33.-

4 La idea fue extraída de la exposición de Bianchi Alberto en las Jornadas de Actualización de Procesos Constitucionales y Derechos Humanos citada en nota 2.

tarea podemos comenzar con el desarrollo del concepto de “control de convencionalidad de los sistemas”.

II.- Sistemas.

a.-Concepto:

Un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes. Interacción significa que elementos, p , están en relaciones, R , de suerte que el comportamiento de un elemento p en R es diferente de su comportamiento en otra relación R' ⁵.

La primera idea que extraemos es que el todo es mas que la suma de las partes.

Rodríguez nos indica que podría definirse a un sistema como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, lo cual significa que ellos se encuentran en cierta relación R , de modo tal que la conducta de tales elementos es distinta de las que tendrían bajo una relación alternativa R' .⁶

Alchourrón y Buligyn⁷, por su parte, sostienen que el sistema jurídico, es una subclase de sistema normativo. Definen al sistema jurídico *“como el sistema normativo que contiene enunciados prescriptivos de sanciones, es decir, entre cuyas consecuencias hay normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo. Luego cabe definir la norma jurídica como toda norma que forma parte de un sistema jurídico. De esta manera no se exige que cada una de las normas jurídicas contenga una sanción, pero se requiere que el orden jurídico tenga sanciones”*⁸. Estos autores parten de la definición de sistema jurídico y luego caracterizan como jurídicas las normas que forman parte de este sistema, es decir, *“En vez de definir el todo (sistema) en función de sus partes (normas), definiremos las partes en función del todo”*⁹.

Estos autores, enseñan que se puede hacer un sistema a partir de todos los artículos de un código o solo a partir de algunos; se puede adoptar como base de un sistema

5 Von Bertalanffy, Ludwig “TEORIA GENERAL DE LOS SISTEMAS” traducción Juan Almela, Fondo de Cultura México, 1ra edición en español (1976), Séptima reimpresión (1989), pág. 56.

6 Rodríguez, Jorge Luis “TEORIA ANALITICA DEL DERECHO” Marcial Pons, Buenos Aires 2021, pág. 305.

7 Alchourrón, Carlos Eduardo y Buligyn, Eugenio SISTEMAS NORMATIVOS 2da edición revisada, 3ra reimpresión, Astrea 2021, pag. 94, habiendo definido el sistema normativo como sistema deductivo que tiene consecuencias normativas, para lo cual es necesario que en la base del sistema figure por lo menos un enunciado normativo.

8 Alchourron y Buligyn, ob cit pág. 98.

9 Alchourron y Buligyn, ob cit, pág. 94.

disposiciones pertenecientes a distintos cuerpos legales o mezclarlas con normas consuetudinarias o jurisprudenciales¹⁰.

Por su parte, Fornetti indica que un sistema es un conjunto ordenado e interrelacionado de elementos, explicando que dichos elementos no se hayan al azar sino que responden a un orden lógico y necesario para sostenerse como parte del sistema; de lo contrario, no sería un sistema porque tendría ribetes antiéticos en sus elementos al ser estos incoherentes e inconsistentes con él¹¹.

Ernesto Grün define al sistema como *“una entidad autónoma dotada de una cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistema estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad, gracias a regulaciones internas que le permite adaptarse a las variaciones de su entorno específico”*¹². En esta definición se rescatan tres elementos básicos que son: el subsistema, la estructura y la función.

1.-Subsistema: Grün identifica al subsistema como las partes que integran al sistema, que a su vez también son estructurales y funcionales, pues un subsistema se caracteriza por el hecho de que su existencia se justifica y es posible solo dentro del sistema y en relación con otros subsistemas¹³

2.- La estructura: Es el orden en que se hallan distribuidos los elementos del sistema¹⁴.

3.- La función: es la acción o actividad que desarrolla el sistema o cualquiera de sus partes (subsistemas) conducentes al logro de los objetivos previstos¹⁵.

III.-) Principios.-

En una obra de indispensable lectura¹⁶, el Profesor Genaro Carrió nos enseñaba que

10 Alchourron y Buligym ob cit pág. 89.

11 Fornetti, Omar Esteban “SISTEMAS, PRINCIPIOS Y REGLAS PROCESALES EN EL SISTEMA PROCESAL MENDOCENO” ASC Librería Jurídica SA, Mendoza 2021, pág. 26.

12 Grün, Ernesto UNA VISION SISTEMICA Y CIBERNETICA DEL DERECHO, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995, pág. 27, citado por Rojas Jorge en SISTEMAS CAUTEALRES ATIPICOS, Rubinzal Culzoni Editores, 2009, pág. 62.

13 Grün, Ernesto ob cita pág 28 citado por Rojas Jorge, ob cit pág. 2.

14 Rojas, Jorge ob cit pág. 63.

15 Rojas, Jorge ob cit pág 63.

16 Carrió, Genaro “NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE”, Lexis Nexia, Abeledo Perrot 2006 pág. 209 a 212.

en el lenguaje ordinario el concepto de “principio” se vinculaba, por lo menos, a siete focos de significación, estando emparentado con:

I.- Con la idea de parte o ingrediente importante de algo, propiedad fundamental, núcleo básico, característica central.

II.- Con la idea de regla, guía, orientación o indicaciones generales.

III.- Con la idea de fuente generadora, causa u origen.

IV.- Con la idea de finalidad, objetivo, propósito o meta.

V.- Con la idea de premisa, inalterable punto de partida para el razonamiento, axioma, verdad teórica postulada como evidente, esencia, propiedad definitoria.

VI.- Con la idea de regla practica de contenido evidente, verdad ética incuestionable.

VII.- Con la idea de máxima, aforismo, proverbio, pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado, y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición.

Principio, de *primum capere* o *primum caput*, significa cierta idea de preferencia y procedencia, por lo que se ha sostenido que era el origen de una cosa o aquello de donde se procedía. Se estima que los principios jurídicos son los pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado orden positivo; ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de un país¹⁷.

Ríos Muñoz, recuerda que la etimología de la palabra principios proviene del latín *principium*, que deriva de *pris*, que significa “lo antiguo y lo valioso”, y de *cap* que aparece en el verbo *capere*, esto es “tomar”, y se compone con el sustantivo *caput*, o sea, “cabeza”. En consecuencia, etimológicamente posee un sentido histórico de “lo antiguo” y un sentido axiológico de “lo valioso”¹⁸.

Briseño Sierra, concluye que por “principios” se puede decir que son el sentido teórico que caracteriza a las ciencias¹⁹. Con esto, lo que el recordado profesor mexicano nos quería enseñar, es que el sentido teórico es el dato unificador del sistema, es la nota que explica la cohesión “*la conectiva necesaria de las verdades demostradas*” porque les da unidad de conocimiento²⁰. Es decir, los principios corren a través de todas las conexiones, las mantiene estrechas, unidas formando el sistema.

17 Casso y Romero, Ignacio de, Cervera, Francisco y Jimenez Alfaro DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO tomo II, pág. 3111 citado por Briseño Sierra, Humberto, en LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL pág. 4.

18 Ríos Muñoz, Luis Patricio en la obra de Millar Robert W LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO CIVIL, Ediciones Olejnik, 2019, PÁG. 15.

19 Briseño, Sierra Humberto LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL pág. 23.

20 Briseño Sierra Humberto, ob cit pág. 26.

Atento nuestra posición ideológica (es decir, no positivista -ya que no se puede excluir la dimensión valorativa de las normas jurídicas⁻²¹, no naturalista y objetivista²²), Dworkin y Robert Alexy son una parada obligada²³.

Dworkin llama “*principio*” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca a asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Siguiendo la concepción de Dworkin, en sustitución al “modelo de reglas” de Hart observamos que el derecho de una comunidad es un agregado de reglas y principios.

Estos últimos pueden ser descriptos²⁴ así:

1.- Los principios no exigen un comportamiento específico. Establecen una meta a alcanzar, por lo general, “una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad”, **o bien consagran** “una exigencia de justicia y equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad positiva (principio en sentido estricto)”.

2.- Los principios no son aplicables a la manera de “todo o nada”.

21 Dworkin llama “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca a asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (Dworkin, Ronald LOS DERECHOS EN SERIO, Editorial Ariel SA, Barcelona, título original Taking rights seriously, traducción Mata Guastavino segunda edición diciembre 1989 pág. 72 Impreso en España). Es decir, para Dworkin el derecho esta compuesto por dos tipos de normas: las reglas y los principios. Estos últimos, no podrían ser identificados sino por su valor moral. En consecuencia, no podría trazarse una distinción conceptual entre derecho y moral.

22 Guibourg Ricardo A “LA CONSTRUCCION DEL PENSAMIENTO. DECISIONES METODOLOGICAS” Ediciones Colihue, 1ra Edición 2006, pág. 130 a 132 hace una descripción de las teorías descriptivas y no descriptivas en metaética. A modo explicativo de la posición que asumo solo diré que el conocimiento proposicional (conocimiento científico) debe satisfacer tres condiciones: creencia, verdad y prueba. Es decir, que alguien conoce cuando tiene una creencia verdadera justificada. Si digo que conocer es tener una creencia verdadera justificada ¿qué pasa cuando utilizo expresiones como justo, bueno, malo, incorrecto? Estos enunciados ¿pueden ser susceptibles de ser verdaderos o falsos? ¿podemos encuadrar el discurso ético –moral- en el marco de un discurso de naturaleza cognoscitiva? Es decir ¿puede conocerse la moral? O dicho de otra manera ¿podemos hablar de conocimiento moral? La respuesta es si ya que nuestra realidad incluye ciertos hechos morales que sirven de referencia a los juicios morales verdaderos. La posición que asumo al respecto es descriptivista –cognitivismo-, no naturalista – los hechos morales se encuentra fuera de la naturaleza, son extranaturales o sobrenaturales- y objetivista – ya que considero que la justicia de la acción esta en la acción misma y no en el observador-.

23 Es importante destacar que para Pelaez Mejia, José María en la obra LAS DIFERENCIAS CONCEPTUALES Y PRACTICAS ENTRE EL “BALANCEO” DE RONALD DWORKIN Y LA “PONDERACIÓN” DE ROBERT ALEXY no acepta como válida la tesis de la equiparación entre Dworkin y Alexy ya que el primero de ellos edifica su teoría sobre una perspectiva deontológica y el segundo de ellos, desde una perspectiva axiológica. Por ello, sus teorías no son analógicas ni compatibles. Asimismo, cita a Habermas para quien dichos filósofos del derecho no solo son diferentes sino incompatibles.

24 Carrio, Genaro, ob. cit. Pág. 221/222 desarrolla estos puntos en el capítulo VII “UN MODELO ANTIPOSITIVISTA”.

3.- Los principios poseen una “dimensión de peso” o de “importancia” (a diferencia de las reglas que poseen una dimensión de validez). Para resolver el conflicto entre dos principios hay que tomar el peso o importancia relativo de ellos en el contexto del caso concreto.

4.- La regla de reconocimiento²⁵ de Hart no sirve para identificar principios.

Moreso entiende que en la teoría del derecho contemporánea, a partir de la crítica dworkiniana a la teoría hartiana, se acostumbra a presentar una imagen del derecho con arreglo a la cual el derecho está integrado por dos niveles: el nivel de las reglas, que operan en el razonamiento práctico como razones protegidas; y el nivel de los principios, integrado por pautas que no son perentorias ni opacas a la razón que las justifica y que requieren el juicio para ser aplicados. Continúa diciendo que *“...Esta imagen de dos niveles debe ser sustituida por una imagen de un solo nivel en el que habitan las reglas, pero en este nivel hay también defeaters... gárgolas si se quiere, por el que el razonamiento de aplicación del derecho, principalmente el razonamiento judicial, puede acudir al razonamiento moral. Este es el modo en el cual el derecho trata de preservar el ideal del imperio de la ley, articulando la precisión con la justicia formal y la equidad. Y este es el papel que representan los principios capaces de activar el razonamiento moral en algunos casos, y mediante algunos procedimientos”*²⁶.

Por su parte, Alexy²⁷ agrega que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no solo una diferencia gradual sino cualitativa. Existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

25 Hart H L A “EL CONCEPTO DE DERECHO” Traducción Genaro Carrió, AbeledoPerrot 2012, pág. 125 “se utiliza una regla secundaria de reconocimiento para la identificación de reglas primarias de obligación”. Genaro Carrió agrega en Notas... (ob cit pág. 333) que Hart propone un análisis del concepto de derecho basado en el complejo fenómeno social de la aceptación de reglas últimas de reconocimiento que establecen los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada regla es parte de su derecho o no.

26 Moreso J.J. EN LA OBRA DE Alonso Juan Pablo PRINCIPIOS JURIDICOS IMPLICITOS, Marcial Pons, 2018, pág. 19.

27 Alexy, Robert, TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, 2DA EDICIÓN, Colección El Derecho y la Justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pág. 67/68.

Las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o bien un principio²⁸.

Dicho esto, en la presente ponencia se utilizará el concepto “principio” como:

- a.- Valioso, justo.-
- b.- Regla, guía, orientación o indicaciones generales.
- c.- Finalidad, objetivo, propósito o meta.

¿Que ha dicho la doctrina procesalista respecto al concepto de principios procesales?²⁹.

Couture los define como enunciado lógico extraído de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas de procedimiento, en forma de dar a la solución constante de estas el carácter de una regla de validez general³⁰.

Palacio³¹, distinguía tres funciones cardinales de los principios procesales: 1) servir de bases previas para la estructuración de las leyes procesales; 2) facilitar el estudio comparativo entre los diversos ordenamientos procesales vigentes; 3) servir como importantes instrumentos auxiliares en la función interpretativa.-

Calvo Soler, Rojas y Salgado, enseñan que es de la Constitución, precisamente como enseñaba Couture, de donde surgen las pautas que nos permiten inferir la existencia de esos principios, como de esos nuevos derechos que marcan un derrotero que el legislador debe observar³². Siguen diciendo dichos autores que estas pautas a las que han llamado principios las identifican como tales pues derivan de la ley fundamental, y constituyen un norte que debe observar el legislador, quien en modo alguno puede dictar una ley contraria a esos fines, la propia Constitución Argentina lo veda

28 Alexy, Robert, ob cit pag. 68.

29 Se aclara que dada la cantidad de conceptos que hay solo se han extraído algunos pocos.

30 Couture, Eduardo J VOCUBULARIO JURIDICO, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1960, pág. 489.

31 Citado por Giannini, Leandro en “COLABORACION Y CONTRADICTORIO” publicado en la Revista de Derecho Procesal Rubinzal-Culzoni Editores, titulada “Los derechos procesales” 2020-1, pág. 184.-

32 Calvo Soler, Raul, Rojas Jorge, Salgado José María EL PROCESO ARTICULADO, Rubinzal Culzoni, 2022, pág 47.

expresamente, al consagrar un límite a través del principio de razonabilidad en su artículo 28³³.

Por último, concluyen que son principios los que derivan tanto de nuestra Ley fundamental como de los tratados internacionales que alcanzan su misma jerarquía, y permiten estructurar un determinado ordenamiento procesal, pues si bien su contenido es político pues así nace su creación, luego ello – cuando tenga el alcance jurídico que para el Derecho importa- revestirá el carácter de un típico principio positivizado- ahora en la letra de la ley³⁴.

Nosotros decimos que son principios *“los que derivan tanto de nuestra Ley Fundamental, de las interpretaciones que hace de la misma la CSJN, de los tratados internacionales que alcanzan la misma jerarquía que nuestra Ley Fundamental, de las interpretaciones que hace del mismo la Corte IDH y las pautas o estándares emanados de la dimensión de la moralidad que coadyuvan a estructurar un determinado ordenamiento procesal”³⁵*.-

Habiéndose definido sistemas y principios (y dentro de ellos, a los principios procesales), nos queda la tarea de ver cual es la relación que existe entre ellos.

El sistema normativo debe ser coherente y consistente (sin antinomias). La coherencia es una relación entre normas y principios: un sistema normativo es coherente con relación a un principio o conjunto de principios si sus normas se subsumen a tal principio (o conjunto de Principios)³⁶. Según MacCormick, nada impide que un sistema normativo sea consistente (sin antinomias) pero incoherente con los principios que rigen en él³⁷.

Fornetti, haciendo una comparación entre los conceptos de sistemas, principios y reglas y una casa, indica que la forma de la casa (sistema) tendrá unas vigas y columnas (principios) que sustenten dicha forma y, a su vez, determinados espacios dentro de esa forma donde se realizan actividades (reglas)³⁸. Es decir, los principios procesales son las “vigas y columnas” de la estructura formal, o sea es sustento

33 Calvo Soler, Rojas y Salgado, ob cit pág 48.

34 Calvo Soler, Rojas y Salgado, ob cit paga 48.

35 Definición ensayada en nuestra ponencia “EL BUEN LITIGANTE. UN PRINICPIO PROCESAL” presentada en el XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza 1, 2 y 3 de 2022. En dicha definición seguimos un trabajo de Jorge A Rojas detallado en la ponencia referenciada. De él viene nuestra definición a la que le agregamos lo referido a la moralidad objetiva conforme Dworkin.-

36 Alonso, Juan Pablo, ob cit, pág 191.

37 Alonso, Juan Pablo, ob cit, pág 191, quien cita la opinión de MacCormick.

38 Fornetti, ob cit, pág. 27.-

estructural de la forma que se elige para resolver los conflictos, son las grandes directrices que informan el método de enjuiciamiento³⁹.

Se ha sostenido que los principios (en este caso, principios procesales), no son suficientes, por si mismos, para crear un determinado ordenamiento (en este caso, sistema procesal) sino que le sirve de fundamento o sustento suficiente⁴⁰. Asimismo, los principios fundamentales viene puestos por el constituyente en nuestra Ley Fundamental, los sistemas vienen puestos por el legislador, persiguiendo la observancia de aquellos principios⁴¹ dentro de un ordenamiento –en este caso procesal- cualquiera. En consecuencia, un sistema debe ser interpretado como aquellas formas metódicas a través de las cuales los principios cobran vida⁴².

Entonces, se puede concluir que los principios son la estructura y el sistema la forma (método) debiendo este último adaptar su forma a esa estructura, caso contrario, dicho sistema sería incoherente.

IV.- El control de convencionalidad. Concepto. El carácter vinculante de los fallos de la Corte IDH. Lo sostenido por la CSJN..

Hitters nos recuerda que cuando hablamos, en general, de control de convencionalidad, se utiliza esta terminología para hacer referencia a los tratados internacionales y convenciones que tutelan los derechos humanos; y en paralelo para aludir a la obligación que tiene el Estado –en cualquiera de sus Poderes- de cumplir y hacer cumplir a cabalidad la prerrogativa de los beneficiarios. Ahora bien, indica el citado jurista, que la tutela trasnacional de los derechos humanos, sus principios y postulados surge de dichos instrumentos y también del ius cogens, la costumbre internacional; la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las conclusiones de los diversos órganos de protección de derechos humanos a nivel internacional o regional, incluso los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴³.

39 Fornetti, Omar Esteban, ob cit pag 45 quien en la nota 21 cita a Alvarado Velloso, Adolfo SISTEMA PROCESAL, T I, pág. 335 editorial Rubinza Culzoni.

40 Calvo Soler, Rojas y Salgado, ob cit pag 57 quien siguen a Clemente Díaz en esta idea.

41 Calvo Soler, Rojas y Salgado ob cit pag. 58.

42 Calvo Soler, Rojas y Salgado, ob cit pag 58.

43 Hitters Juan Carlos EL SISTEMA Y LOS PRINCIPIOS DE CONVENCIONALIDAD. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DERECHO TRASNACIONAL, La Ley 6-2-2024, pág. 1.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ubica a los tratados internacionales en el mismo rango que la Ley Fundamental, razón por la cual el control que debe ejercer la jurisdicción al aplicar la letra de la ley requiere un control de convencionalidad para analizar los hechos juzgados a la luz de los principios que surgen de esos tratados internacionales, evitando exponer al país a una eventual incumplimiento de los compromisos internacionales que asumió⁴⁴.

¿Quiénes deben realizar el control de convencionalidad dentro del Estado Parte? ¿Únicamente el Poder Judicial? tiene dicho la Corte IDH en el caso *Cabrera Garcia y Montiel Flores vs Mexico*⁴⁵, que es obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención para garantizar los derechos en ella reconocidos, y manifestó 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 (concretamente manifiesta que “...*En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”⁴⁶).

Entonces, y tal como lo enseña Hitters, en sentido estricto, el Poder Judicial (y todos los que realicen funciones jurisdiccionales) son los encargados de referido control de convencionalidad. Ahora bien, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo también están sujetos a esta inspección aunque no lo lleven a cabo per se (se podría hablar de sujetos pasivos de control)⁴⁷.

En *Gelman vs Uruguay*⁴⁸, la Corte IDH sostuvo que el control de constitucionalidad deben practicarse actualmente de modo conjunto con el control de convencionalidad,

44 Rojas, Jorge A RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL, Rubinzal Culzoni, 2019, pág.29.

45 Corte IDH, sentencia del 26 de noviembre 2010.

46 Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, supra nota 332, párr. 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, supra nota 30, párr. 219, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, supra nota 30, párr. 202.

47 Hitters Juan Carlos, ob cit pag. 1. Continúa diciendo el referido autor que “... lo cierto es que, para evitar la responsabilidad del Estado lo que deben hacer los demás Poderes, es tener en cuenta también la jurisprudencia internacional para evitar el dictado de actos o la ejecución de conductas que infrinjan los Tratados y Convenios internacionales. Es decir, que las autoridades que no ejercen funciones típicamente jurisdiccionales tienen que interpretar los derechos humanos de la manera mas favorecedora para el ser humano (pro homine)”

48 Corte IDH, sentencia del 20 de marzo de 2013 (párrafo 88) citado por Sagues, Nestor Pedro RECURSO EXTRAORDINARIO, Astrea, Sed actualizada, 2023, pág. 63.

cuya meta es eliminar los obstáculos de orden nacional que impidan la plena eficacia del sistema internacional de derechos humanos.

El control de convencionalidad obliga a los operadores jurídicos nacionales (comenzando por los jueces) primero a cumplir íntegra y lealmente las sentencias de la Corte Interamericana; y además, en una segunda manifestación, a inaplicar las reglas internas irremediablemente opuestas al derecho internacional de los derechos humanos y a las interpretaciones de este realizadas por la Corte Interamericana (control represivo o destructivo), y a conformar (esto es, a adaptar, amalgamar, reciclar) a tales reglas y prácticas locales con el aludido derecho internacional y sus interpretaciones por la Corte regional (control positivo o constructivo de convencionalidad)⁴⁹.

¿Son vinculantes los fallos de la Corte IDH para la CSJN? Una primera respuesta la obtenemos del fallo Mazzeo⁵⁰ en donde la CSJN recuerda, entre otras cosas, que la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional.

Asimismo, sostiene el Máximo Tribunal Nacional que la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*. Agrega que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, sostiene 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 sobre Derechos Humanos.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta el tratado y la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Una segunda respuesta a la pregunta formulada anteriormente, la encontramos en la

49 Sagües, ob cit pág 63/64. Asimismo, ver obra del mismo autor GUIA PRACTICA DE CONTROL LATINOAMERICANO DE CONVENCIONALIDAD.

50 CSJN Fallo 330:2248.

exposición realizada por la Convencional por la Capital, Dra Alicia Oliveira⁵¹, quien resalta que los tratados *jus humanitarios* son una clase especial de tratados, cuyo objetivo no es regular las relaciones entre Estados ni tender a la integración económica o política, sino la de imponer a los Estados firmantes estándares mínimos obligatorios que garanticen los derechos fundamentales de sus propios habitantes. Es decir que los sujetos activos de estos tratados no son los estados firmantes sino los individuos que habitan en ellos. Agrega la Convencional Oliveira que la historia nacional y universal ha probado que cuando los estados nacionales violan los derechos humanos, esto sólo puede revertirse por la presencia coactiva de organismos internacionales que aseguren el respeto de los mismos. Los derechos consagrados internamente se convierten en letra muerta cuando el Estado nacional decide no cumplirlos.

V.- Un caso de aplicación práctica del control de convencionalidad de los sistemas. Conclusión:

Analicemos ahora un caso aplicando el control de convencionalidad de los sistemas.

En la Provincia de Buenos Aires, el Ministerio de Trabajo provincial ejerce el Poder de Policía del Trabajo. En dicho carácter lleva a cabo el contralor de las relaciones laborales previniendo, entre otros objetivos, el quebrantamiento de dicha normativa y sancionando las inobservancias.

En otras palabras, si el Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires, en ejercicio del Poder de Policía Laboral, constata la violación de la normativa laboral, aplica las sanciones (multas) al infractor. Este último, puede impugnar dicha sanción administrativa a través de un recurso de apelación ante los Tribunales del Trabajo provinciales (tribunales de instancia única).

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la sanción administrativa (multa) impuesta por el Ministerio de Trabajo provincial tiene naturaleza penal⁵² (asimilable al concepto de delito), entonces la doble instancia es un principio de este sistema (art 8 inc 2 h de la Convención Americana de Derecho Humanos).

51 **CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE**, 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994.

52 CSJN Fallo Alpha Shipping S.A. c/ Provincia de T.D.F. A. e I.A.S. s/ contencioso administrativo – medida cautelar fecha: 7 de marzo de 2023, Fontan Balestra Carlos, TRATADO DE DERECHO PENAL, T 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995, punto 3 II citado por Ascárate ob cit pág. 1108.

En consecuencia, si el sistema (a través de su subsistema recursivo) no garantiza el derecho al recurso de la sentencia judicial emanada del Tribunal del Trabajo (únicamente pueden ser atacadas mediante los recursos extraordinarios provinciales⁵³) se concluye que dicho sistema es incoherente puesto que las reglas del sistema no se subsumen al principio del derecho al recurso.

Veamos el siguiente esquema:

1.- Individualización del sistema: El procedimiento tendiente a la verificación de infracciones a la normativa laboral, aplicación de sanciones (multas), impugnación y ejecución de las mismas en la Provincia de Buenos Aires.

2.- Subsistemas que lo componen: introductorio (compuesto por la comprobación o verificación de infracciones, Instrucción del sumario administrativo, Presentación del descargo por el presunto infractor), probatorio, recursivo, el de ejecución entre otros.

3.- Normativa que integra el subsistema recursivo: A nivel nacional: Constitución Nacional (Arts 116, 117, 31, 75 inc 22), Ley 48 (arts 14, 15 y 16), CPCCN (arts 256, 257, 257 bis, 257 ter, 280 entre otros) Ac 4/2007, Ac 25/2023, entre otras. A nivel provincial: Constitución de la Provincia de Buenos Aires (arts 161, 168 y 171), CPCCBA (arts 278, 292 y concordantes. Ac 4068/2022), Ley 10149 (art 13, 14, 15, 18, 61,62,63), Ley 11653 (art 2 inc f, 54, 55, 56, 57 y 63), Ley 5827 31 bis

4.- Principio que debería garantizar el subsistema recursivo: el derecho al recurso de la sentencia judicial emanada del Tribunal del Trabajo Provincial (art 8 inc 2) h) de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- incorporado por el art 75 inc 22 de la Constitución Nacional).-

Conclusión:

Como vemos, dicha incoherencia puede ser detectada a través del control de convencionalidad de los sistemas, definiéndose a este último como *un mecanismo mediante el cual se busca establecer si un sistema (que puede ser todos los artículos de un código o solo a partir de algunos, o artículos pertenecientes a distintos cuerpos legales y normas consuetudinarias o jurisprudenciales) se adecua a los principios que emanan de los tratados internacionales y convenciones que tutelan los derechos humanos, del jus cogens, la costumbre internacional; las pautas o estándares emanados de la dimensión de la moralidad y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

⁵³ Los Recursos Extraordinarios Provinciales son: Inaplicabilidad de Ley o Doctrina Legal, Nulidad e Inconstitucionalidad.

