

PERSPECTIVAS de las Ciencias Económicas y Jurídicas | Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD¹

.....
Javier TORROBA²

Luis Fernando MARTÍNEZ MONTALVO³

Introducción

El presente trabajo pretende determinar un concepto acerca del llamado “control de convencionalidad”, a fin de desmenuzarlo y desarrollar cada una de las aristas que lo componen con el objeto de servir como una especie de “guía básica” que permita entender su alcance, quién lo realiza, y cómo se relaciona con el “control de constitucionalidad”.

¿Qué es el “control de convencionalidad”?

El “control de convencionalidad” consiste en el cotejo que deben realizar las “Autoridades Públicas” de cada uno de los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, entre sus disposiciones internas y el “bloque de convencionalidad” constituido por la Convención mencionada, otros instrumentos internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos, y las interpretaciones que realiza en sus fallos la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

.....
¹ Este trabajo fue realizado para la aprobación de la Asignatura “Derecho Constitucional Profundizado” de la Especialización en Administración y Control Público dictada en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

² Javier TORROBA, abogado (2009), escribano (2013).

³ Luis Fernando MARTÍNEZ MONTALVO, abogado (2004), Director de Asuntos Jurídicos de la Municipalidad de Santa Rosa (2008-2011), Asesor Legal de la Municipalidad de General Acha (2012/2013), Secretario Legal y Técnico de la UNLPam (2013 hasta la actualidad).

Nuestra CSJN, mediante fallo de fecha 06/08/2013, dictado en los autos caratulados "*Carranza Latrubesse c/ Estado Nacional*", ha otorgado -por una mayoría ajustada- carácter vinculante a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Votaron en favor de esta posición los jueces Fayt, Zafaroni, Petracchi y Maqueda⁴.

El control de convencionalidad en el plano externo al Estado, en el ámbito del derecho internacional, constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que éste determine cuándo los Estados-Parte, a través de sus normas u actos vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional. En el caso del sistema interamericano de protección de derechos humanos ese Tribunal es la Corte IDH, a la que se le ha dotado de jurisdicción vinculante cuyas decisiones irrecurribles constituyen obligaciones de resultado para los Estados Parte, como asimismo, para cada uno de los órganos y agentes estatales que lo integran, entre ellos sus jueces. (Nogueira Alcalá, 2013: 221-270).

La Corte IDH ejerce control de convencionalidad cada vez que determina que un Estado del sistema interamericano, a través de uno de sus órganos, cualquiera de ellos, o un agente de un órgano estatal, por acción u omisión, por aplicación de normas jurídicas internas o por conductas contrarias a los derechos asegurados en la Convención, no cumple con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que son de carácter directo e inmediato, o no utiliza las competencias de las que está dotado para adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2 de la Convención, en relación con un atributo de uno o más derechos específicos asegurados por la CADH. (Nogueira Alcalá, 2013: 221-270).

.....
⁴ En disidencia, la jueza Highton de Nolasco y el juez Lorenzetti, consideraron: "13) *Que, en consecuencia, aquella afirmación del a quo adjudicando obligatoriedad a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se sustenta el fallo, aparece en pugna con las disposiciones de convenciones internacionales y la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuanto de este Tribunal, llevando a descalificar la sentencia como acto jurisdiccional válido*". La jueza Argibay, también en disidencia con el voto de mayoría, afirmó: "15) (...) *el carácter ejecutivo y jurisdiccional de la recomendación emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pretendido por la parte actora, se aparta del sistema de resolución de controversias creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos*".

No debemos olvidar que el control jurisdiccional desarrollado por la Corte IDH es un control subsidiario, que se emplea cuando todos los controles jurisdiccionales nacionales han fallado y no queda otra alternativa a la persona a la que se han vulnerado sus derechos que concurrir al amparo interamericano, para obtener la protección del derecho conculcado. (Nogueira Alcalá, 2013: 221-270).

Para complementar esto último, también podemos señalar que es requisito haber agotado las instancias internas para poder recurrir al sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Respecto al concepto de control de convencionalidad, la Corte IDH ha dicho: "...el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención"⁵.

En el caso "Trabajadores Cesados", la Corte IDH ya no recurre a la expresión "especie de control", sino que lisa y llanamente refiere al "control de convencionalidad"⁶.

La CADH constituye para los Estados Parte derecho directamente aplicable y con carácter preferente frente a las normas jurídicas legales internas. Esta regla surge del art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Asimismo la Corte IDH en el caso "La última tentación de Cristo" ha precisado que: "En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial".

La Corte IDH de manera uniforme y reiterada ha dicho: "La segunda obligación de los Estados partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos

⁵ Caso "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile." Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154, párrafo 124.

⁶ 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.

*reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación 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. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"*⁷.

La Corte IDH también ha dicho que la obligación de garantizar los derechos asegurados en la Convención: "... no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"⁸.

La Corte IDH se ha explayado en relación a qué debe entenderse como "norma jurídica interna" y de qué forma debe realizarse el cotejo con la Convención y la interpretación que de la misma haga aquella. Hitters, (s.f) dice:

En el caso Vargas Areco, fallado en septiembre de 2006, nuevamente el Juez Sergio García Ramírez en su Voto Razonado trabajó sobre esta álgida cuestión hablando de 'control de convencionalidad'. Tales expresiones del Magistrado aludido apuntan a anunciar que la Corte IDH debe confrontar las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, etc.; con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia –examen de compatibilidad- entre aquéllos y éstas.- Desde esa vertiente, no debemos olvidar que la lógica del modelo tutelar del Pacto de Costa Rica, reside en la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos (...).

.....
⁷ Corte IDH. Caso "Velásquez Rodríguez Vs. Honduras". Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Núm. 4, párrafo 166.

⁸ Corte IDH. "Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Núm. 140, párrafo 142.

La Corte IDH verifica si las disposiciones internas de cada país signatario se adecuan al Pacto de San José de Costa Rica y a las interpretaciones vertidas en sus fallos, y en caso que advierta una transgresión lo hace saber al Estado parte, para que modifique dichas disposiciones a través de los medios correspondientes.

Lo más novedoso del concepto de control de convencionalidad explicitado por la Corte IDH es que dicho control también corresponde ejercerlo a los jueces y tribunales nacionales [...] El juez nacional es el juez natural de la CADH. Es él el cual, en primer lugar, hace la aplicación y arriesga la interpretación [...] El juez nacional debe aplicar el corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH, y también los métodos de interpretación desarrollados por la Corte IDH; la interpretación evolutiva, la interpretación dinámica, el principio favor persona; el principio de progresividad; el principio de ponderación; todo lo que constituye una fuente de ampliación de su poder creador de derecho. (Nogueira Alcalá, 2013: 221-270).

Y continúa diciendo: En efecto, el control de convencionalidad tiene como parámetro de control la CADH y los instrumentos complementarios del mismo, como determina el art. 29 de la Convención. A estos efectos, el derecho interno es un mero hecho que se conforma o no a la CADH. Sin embargo, las sentencias que se consideran en este análisis, como señala Sagüés, con quién concordamos, «se expresan en términos más generales, y refieren a la hipótesis de que un Estado haya ratificado “un tratado como la Convención”. La doctrina se aplicaría así en relación a cualquier tratado; el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente una muestra o ejemplo de material normativo controlante» (N.P. SAGÜES. «El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales», en La Ley, Buenos Aires, Jueves 19 de febrero de 2009: 2.), en tal perspectiva, pueden formar parte del parámetro de control de convencionalidad, a manera ejemplar, la Convención sobre Derechos del Niño, el Convenio 169 de la OIT, u otros instrumentos internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos. (Nogueira Alcalá, 2013: 221-270).

Así, como señala Ferrer Mac-Gregor, *"se forma de esta manera un auténtico "bloque de convencionalidad" como parámetro para ejercer el "control difuso de convencionalidad"*⁹ por parte de los jueces nacionales.

⁹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor. voto concurrente en la sentencia de la Corte IDH, Caso "Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar"; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Núm. 220, párrafo 50.

Las competencias de la Corte IDH citadas previamente encuentran su origen en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969 que resulta oportuno transcribir:

- Artículo 1°.- Obligación de Respetar los Derechos.- 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

- Artículo 2°.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado 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.

La Corte IDH, en el caso "*Almonacid Arellano vs. Chile*" ha sido sumamente clara: "123. La descrita obligación legislativa del art. 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el art. 1.1 de la Convención Americana"¹⁰.

.....
¹⁰ Corte IDH. Caso "*Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*." cit., párrafo 123.

¿Quién realiza el “control de convencionalidad”?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el “control de convencionalidad” es difuso y corresponde a “cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”. Añadió además, que puede ser de oficio y abstracto.

Concretamente ha expresado al respecto: “239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, 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 también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”¹¹.

A fin de ejemplificar lo expuesto, en nuestro derecho doméstico encontramos que el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba dictó la Resolución N° 547, de fecha 19 de abril de 2012, mientras que el Consejo Directivo de la misma Facultad, emitió la Resolución N° 152, de fecha 26 de abril de 2012. En ambas, se siguió el criterio fijado por la Corte IDH en el párrafo N° 239 de “Gelman v. Uruguay”.

En el primero de los supuestos, se trataba de la reconsideración de la denegatoria del reconocimiento de una asignatura de una alumna que alegaba errores en la confección de los cuadernillos de inscripción para que le fuera tenida por válida la materia al excusársele la vulneración de las correlatividades respectivas; en la

¹¹ Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C Núm. 221, párrafo 239.

segunda hipótesis, se ventilaba la falta de evaluación de un docente mientras se encontraba pendiente de sustanciación su juicio académico. Se lesionaba por parte de la Administración, en el primer caso, el debido proceso, y en el segundo, la presunción de inocencia. (...) Sin perjuicio del emplazamiento autónomo y autárquico del que disfrutaban las universidades nacionales –garantizado constitucionalmente por la cláusula del art. 75 inc. 19, tercer párrafo, de la Ley Fundamental, agregado por la reforma constitucional de 1994-, no hay dudas de que la Administración de estos entes integra el elenco de órganos públicos y le caben los cánones de la responsabilidad internacional del Estado que se desencadena a partir de incumplimientos convencionales puntuales. (Carnota, 2012).

¿Puede darse el control de convencionalidad "de oficio"?

Como sostiene el distinguido jurista brasileño y ex Presidente de la Corte IDH, y actual juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade, al analizar el "control de convencionalidad" en su voto razonado con motivo del Caso *"Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros vs. Perú"*: *"los órganos del Poder Judicial de cada Estado-Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana"*¹².

En Argentina existe un sistema de control de constitucionalidad difuso, a diferencia del modelo europeo dominado por tribunales constitucionales que ejercen jurisdicción concentrada. Por lo tanto, en nuestro país todo juez es competente para proceder a dicho control.

La Corte IDH ha señalado que el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales es un "deber", es decir, constituye una obligación. Por lo tanto, dicho control debe ser realizado de oficio, aún cuando no medie pedido de parte para hacerlo.

¹² Corte IDH. Caso: *"Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros vs. Perú"*. Párrafo 3.º del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

La doctrina nacional ha señalado que “nuestra CSJN ha convalidado el deber de efectuar, para evitar la responsabilidad internacional del Estado, el control de convencionalidad por parte de los jueces locales”. (Gil Domínguez, 2010, 197).

La Corte IDH también sostuvo: “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”¹³.

El deber de ejercer un control de convencionalidad sobre la normativa interna fue receptado por la CSJN que se pronunció en el caso “Mazzeo”. Pero recién en el año 2010 dicho tribunal dejó en claro -con expresa invocación de jurisprudencia de la Corte IDH- que tal control puede también ejercerse de oficio tal y como estableció la Corte en “Trabajadores Cesados del Congreso” (caso “Videla y Massera”).

En esta línea, nuestra CSJN sostuvo de manera categórica: “La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos 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 (art. 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 Corte Interamericana de Derechos Humanos–, 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”¹⁴.

¹³ Corte IDH. Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.” cit., párrafo 124.

¹⁴ CSJN, 27 de noviembre de 2012 – “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”.

Control de convencionalidad "abstracto".

La postura más restrictiva respecto al control de convencionalidad "abstracto" fue sostenida por la Corte IDH durante mucho tiempo en forma unánime. Por ejemplo, el 27 de enero de 1995 en el caso "Genie Lacayo" la Corte IDH había expresado que: "...La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto sino que es ejercida para resolver casos concretos..."¹⁵.

Esta postura coincide con la tesis que invariablemente ha mantenido nuestro tribunal cimero, el que ha dicho reiteradamente: "*Como lo ha señalado esta Corte, 'los jueces no pueden tomar por sí una ley o una cláusula constitucional e interpretarla en teoría, sino sólo aplicarla a las cuestiones que se suscitan o se traen ante ellos por las partes a fin de asegurar el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones' (Fallos: 311:2580, considerando 3° y 322:528). En tales condiciones, la pretensión se presenta como un pedido de declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, y ello obsta a la intervención del Poder Judicial de la Nación*"¹⁶.

La situación se mantuvo, hasta que el Juez Cançado Trindade comenzó a postular desde algunas disidencias que era posible -y hasta necesario- realizar un control de la normativa local aun en ausencia de su aplicación concreta en el caso. Ello, con la finalidad de garantizar la supremacía del Pacto por sobre la legislación interna del país. Esto implicaría la declaración de inconvencionalidad con respecto a una norma vigente en el ordenamiento jurídico nacional que no es aplicada en la controversia a resolver.

El panorama parece haber comenzado a cambiar cuando la Corte IDH en pleno se pronunció en "*Suárez Rosero*"¹⁷ y dejó entrever que puede haber infracción al Pacto por el sólo hecho de existir una norma que se considera contraria al mismo y con total independencia de su aplicación al caso. Si bien

¹⁵ Corte IDH. Caso "*Genie Lacayo Vs. Nicaragua*", Excepciones Preliminares, Serie C No. 21, párr. 50.

¹⁶ CSJN, 5 de marzo de 2013 – "*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otro c/Estado Nacional – ley 24.076 (art. 53) s/proceso de conocimiento*".

¹⁷ Corte IDH. Caso "*Suárez Rosero Vs. Ecuador*", Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párr. 98.

la norma había sido efectivamente aplicada, la Corte señaló que *“esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso”*. Este criterio fue luego ratificado por la Corte IDH, en el caso *“Castillo Petruzzi”*¹⁸.

Sin embargo, no todos los autores opinan que el tema esté concluido: en la actualidad, bueno es destacarlo, no se encuentra del todo claro aun si la Corte IDH puede o no ejercer este control en abstracto. A mi juicio, proceder en tal sentido excedería el ámbito de actuación de dicho tribunal ya que el art. 62 inc. 3° del Pacto establece que la Corte tiene competencia ‘para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido’. Partiendo de esta premisa, ¿cómo podría la Corte IDH tener competencia para dictar un pronunciamiento sobre una norma que no ha sido interpretada ni aplicada en el caso que le toca decidir?. (Verbic, 2012). El citado autor agrega:

Sin perjuicio de la respuesta que pueda darse al respecto en el plano del control concentrado de convencionalidad, lo cierto es que se trata de un asunto que debemos seguir de cerca ya que reviste particular importancia para el sistema constitucional argentino. Sucede que éste exige -como regla en el orden federal- la existencia de una ‘causa o controversia’ actual para que sus tribunales de justicia puedan expedirse sobre un conflicto determinado [...] En este contexto resulta por lo menos difícil pensar que los jueces federales argentinos puedan llevar adelante un control de convencionalidad en abstracto como el que la Corte IDH parece haber sugerido en ‘Suárez Rosero’ y los precedentes que siguieron sus aguas. Si las partes no pueden pretender declaraciones abstractas en su demanda, se supone que los jueces no están en condiciones de emitirlos. Ante la ausencia de aplicación de la norma reputada ‘inconvencional’ no hay ‘caso’ y, por tanto, los jueces argentinos –al menos como regla- carecen de competencia para expedirse al respecto. (Verbic, 2012).

.....
¹⁸ Corte IDH. Caso “Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52.

Relación entre el “control de convencionalidad” y el “control de constitucionalidad”

Con la incorporación del Estado argentino al sistema interamericano de protección de derechos humanos, nuestros jueces pasan a realizar un doble control: el histórico “control de constitucionalidad”, por un lado; y el nuevo “control de convencionalidad”, por el otro. Dos cotejos que poseen similitudes y deferencias a la vez.

Nuestra CSJN ha dicho: “21) *Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado 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 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos...’*”¹⁹.

Ahora bien, el “control de constitucionalidad” realiza un cotejo de la normativa interna del país en relación con la Constitución Nacional, pero ese análisis no es suficiente, ya que no se compara dicha Constitución con la CADH y con la interpretación que de la misma haga la Corte IDH. En este último caso resulta necesario el “control de convencionalidad”.

La diferencia de alcances de ambos controles no es menor, ya que puede existir una norma en la Constitución Nacional de un Estado parte que no supere el “control de convencionalidad”. En este caso, ha sostenido la Corte IDH que debe aplicarse el Pacto de San José de Costa Rica, por encima de cada Constitución Nacional; lo que derivará eventualmente en una reforma de estas últimas.

En este sentido, resulta paradigmático al respecto el fallo “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile, 5 de febrero de 2001), emitido por la Corte IDH. Los hechos que dieron lugar a este caso ocurrieron el 29 de noviembre de 1988 cuando el Consejo de Calificación Cinematográfica

.....
¹⁹ CSJN - Buenos Aires, 13 de julio de 2007 - autos: ‘Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad’; M.2334.XLII ‘Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad’ y M.2335.XLII ‘Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad’.

rechazó la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", con fundamento en una norma de la Constitución de este país, que permitía la censura previa. Esta decisión fue posteriormente ratificada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. El 17 de noviembre de 1999 la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de reforma constitucional tendiente a eliminar la censura previa en la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica, pero al momento de dictarse el fallo, no se habían completado los trámites necesarios para su aprobación.

La Corte IDH decidió por unanimidad: "4. (...) que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo', y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto".

Concretamente, la Corte IDH ordenó que el Estado de Chile debía modificar el artículo 19, Núm. 12, inciso final, de la Constitución, por ser contrario al artículo 13 de la Convención que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa.

Como consecuencia de la Resolución dictada, el Estado de Chile dio pleno cumplimiento a la misma, realizando la modificación correspondiente.

En esta perspectiva, "...la jurisdicción constitucional debe concretar simultáneamente el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, asumiendo que una norma interna puede ser conforme a la Constitución pero contraria a la CADH, por vulneración de los estándares mínimos de atributos y garantías de los derechos asegurados por esta última. A su vez, el control de convencionalidad es parte del control de constitucionalidad si los atributos y garantías de los derechos asegurados convencionalmente son parte del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales". (Nogueira Alcalá, 2013: 221-270).

Conclusión.

Hemos podido apreciar que la expresión "control de convencionalidad" fue acuñada hace ya una década en la Jurisprudencia regional. A su vez, la Corte IDH ha ido produciendo definiciones acerca de su alcance, determi-

nando que el cotejo de las disposiciones internas de los países signatarios no se circunscribe sólo al Pacto de San José de Costa Rica, sino a un "bloque de convencionalidad" mucho más amplio, que ya ha sido conceptualizado más arriba.

Por otra parte, la Corte IDH ha determinado que el "control de convencionalidad" debe ser de oficio, lo que ha servido para que nuestra CSJN ratifique ese criterio al efectuar el "control de constitucionalidad".

Existen dos definiciones de la Corte IDH que a nuestro criterio no han sido receptadas por la CSJN. En primer lugar, el "control de convencionalidad en abstracto"; y en segundo, el control efectuado por "cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial".

Las cuestiones señaladas en el párrafo anterior son objeto de debate actualmente en el mundo del derecho y su eventual aplicación en la Argentina implicará una modificación sustancial de variados resortes jurídicos, y junto a ello, de la forma actual de ejercer y aplicar el derecho.

Considerando la Jurisprudencia de la Corte IDH y su recepción por parte de la CSJN, la producción de nuevos fallos nutrirán esta construcción dinámica del Derecho a nivel regional.

Bibliografía

Doctrina

- CARNOTA, Walter F.: *Universidad y control de convencionalidad*. La Ley, Año LXXVI N° 101, Jueves 31 de mayo de 2012.

- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: *La Corte Suprema reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio*. La Ley, 2010-E, 197.

- HITTERS, Juan Carlos: *Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)* – versión On-line ISSN 0718-5200.

- http://www.academia.edu/3617712/Control_de_Convencionalidad_en_el_Sistema_Interamericano_de_Proteccion_de_Derechos_Humanos_Principales_Caracteristicas_y_Algunos_Apuntes_sobre_su_Aplicacion_en_el_Ordenamiento_Juridico_Argentino.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humbeto: *El Control de Convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ReDCE. Año 10. Núm. 19. Enero-junio/2013.
- VERBIC, Francisco: *Control de Convencionalidad en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos. Principales características y algunos apuntes sobre su aplicación en el ordenamiento jurídico argentino*, Consulta realizada el 08/08/2015. Versión on line en:

Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, Caso "*Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*." Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154, párrafo 124.

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.

Corte IDH. Caso "*Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*". Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Núm. 4, párrafo 166.

Corte IDH. "*Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Núm. 140, párrafo 142.

Corte IDH, Caso "*Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar*", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Núm. 220, párrafo 50.

Corte IDH, Caso "*Gelman vs. Uruguay*". Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C Núm. 221, párrafo 239.

Corte IDH. Caso "*Genie Lacayo Vs. Nicaragua*", Sentencia de 29 de enero de 1997, Excepciones Preliminares, Serie C No. 21, párr. 50.

Corte IDH. Caso "*Suárez Rosero Vs. Ecuador*", Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párr. 98.

Corte IDH. Caso "*Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*", Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52.

Corte IDH. Caso "*La Última Tentación de Cristo*" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

CSJN, 27 de noviembre de 2012 – *“Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”*.

CSJN, 5 de marzo de 2013 – *“Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otro c/Estado Nacional – ley 24.076 (art. 53) s/proceso de conocimiento”*.

CSJN - Buenos Aires, 13 de julio de 2007 - *‘Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad’*; M.2334.XLII *‘Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad’* y M.2335.XLII *‘Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad’*.