

EMPALMES ENTRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL DE CONVENCIONALIDAD. LA “CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA”

(*)

por Néstor Pedro Sagüés

Sumario: 1. Introducción. 2. El control de constitucionalidad. 3. El control de convencionalidad. 4. Conexiones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. Reflexiones en torno de la constitución nacional “convencionalizada”. 5. Conclusiones.

1. Introducción.

El propósito de esta nota es determinar las conexiones entre el “control de constitucionalidad” y el “control de convencionalidad” auspiciado (y exigido) este último por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del marco regional derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), también llamada Pacto de San José de Costa Rica . (1)

Frente a la postura más corriente, que distingue ambas revisiones y las conecta sucesivamente, comenzando con el control de constitucionalidad y prosiguiendo con el de convencionalidad (lo que llamaremos la “tesis de los dos eslabones consecutivos”), el presente artículo intentará sostener la tesis de la simbiosis entre los dos controles, en torno a la noción de la *constitución convencionalizada*. Naturalmente, esta propuesta es necesariamente polémica.

2. El control de constitucionalidad.

Por supuesto, el control judicial de constitucionalidad está mucho más desarrollado que el control de convencionalidad: tiene cierta respetable antigüedad, cuenta con un buen desarrollo doctrinario, constitucional y legislativo, muchas veces formal, pero otras provenientes del derecho consuetudinario constitucional y procesal constitucional.

Desde luego, el control de constitucionalidad se propone tutelar la supremacía de la constitución por sobre el derecho subconstitucional (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, sentencias incluso). Asume dos papeles principales:

- a) un *rol saneador, o exclutorio*, preventivo o reparador según los diferentes sistemas, (2) tendiente, con variables muy significativamente distintas en función del derecho constitucional nacional al que hagamos referencia, a *inaprobar, inaplicar o abolir* al proyecto de norma o a la norma subconstitucional violatoria de la constitución. Este trabajo se consume por todos los jueces (en los regímenes *difusos* o desconcentrados) o solamente por algunos (en los dispositivos de *control especializado*, o concentrado, generalmente a través de cortes y salas constitucionales, pero también, llegado el caso, por una corte suprema).
- b) Un *rol constructivo, o positivo*, con diversos niveles, igualmente según sea el derecho constitucional del país concreto al que hagamos referencia, pero que en todo caso procura un “reciclaje” del derecho subconstitucional, para tornarlo compatible con la constitución: (i) mediante, v. gr., la doctrina de la “interpretación conforme” de dicho derecho infraconstitucional, “*de acuerdo*” o “*de conformidad*” con la constitución (ello obliga, cuando se analiza al derecho subconstitucional, a descartar las interpretaciones posibles de una regla, opuestas a la constitución; y a preferir, y manejarse, exclusivamente, con las interpretaciones posibles compatibles con la constitución (3); (ii) a realizar esfuerzos interpretativos del derecho subconstitucional (algunos los llaman *sobreinterpretaciones*), para tornarlo compatible con la constitución. Tal idea de “rescate” anima a las “sentencias modulatorias” o “atípicas” (también llamadas “manipulativas”),

merced a las cuales el operador judicial *agrega* (sentencia aditiva), *quita* (sentencia sustractiva) o *quita y agrega* algo (sentencia sustitutiva) al contenido del texto subconstitucional (repetimos: ley, decreto, reglamento, etc.), para adaptarlo con la constitución; (iii) a repensar, o si se prefiere, recrear, el entendimiento de las normas subconstitucionales, *desde la constitución*. Ello implica que un precepto del código civil, por ejemplo, no puede entenderse o hacerse funcionar exclusivamente desde una perspectiva (en el caso) “civilista”, sino que se lo debe aplicar con un ritmo *constitucional-civilista*. Lo dicho empalma con la noción de la “constitución invasora”, o la constitución “que está en todas partes”. (4)

La dimensión “constructiva” del control de constitucionalidad acarrea una consecuencia importante: en rigor de verdad, en este trabajo, *todos los jueces son jueces constitucionales*. Conviene aclarar esta afirmación: ningún juez podría darse el lujo de hacer funcionar una norma subconstitucional, prescindiendo del *enfoque constitucionalista* de esa misma norma. Es decir, que le toca, inevitablemente, interpretarla, adaptarla, conformarla, armonizarla, rescatarla, reciclarla y aplicarla, según la Constitución. Claro está que si advierte -a través de dicho “enfoque constitucionalista”- que tal tarea es impracticable, porque la norma subconstitucional colisiona inexorablemente con la constitución, deberá inaplicarla o abolirla, si está habilitado para ello, o derivarla al tribunal autorizado para así hacerlo.

La dimensión “constructiva” del control de constitucionalidad ha cobrado un auge singular con motivo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, no siempre aceptada por todos los países aunque con cada vez mayor difusión, conforme con la cual el juez (i) *auspicia* o *promueve* la

sanción de normas que deben dictar, según la constitución, los otros órganos del Estado (caso de la mora o inercia legislativa, v. gr.), y (ii) ocasionalmente, puede él mismo dictar de modo transitorio a dichas reglas, si los órganos intimados a hacerlo incumplen tal requerimiento. Un Tribunal Constitucional, de tal modo, puede actuar como *legislador suplente y precario*, aprobando normas bajo condición resolutoria (rigen hasta que el órgano pertinente, según la constitución, cumpla con su deber y las sancione). En cualquiera de estos supuestos, son evidentes los *roles nomogenéticos* que asume el viejo control de constitucionalidad, superando los cauces tradicionales diseñados, por ejemplo, en Estados Unidos por *Marbury vs. Madison*, o incluso por Hans Kelsen al diseñar los tribunales constitucionales al estilo europeo. (5)

Agreguemos, finalmente, que con la doctrina de las “sentencias exhortativas”, el juez constitucional apura sus funciones nomogenéticas, invitando (o intimando) al legislador, o en su caso, al Poder Ejecutivo (alguna vez, por cierto raramente, al poder constituyente), a sancionar ciertas normas, habitualmente subconstitucionales, con un contenido compatible con la constitución, o con principios constitucionales. (6) Es un trabajo de purificación constitucional del derecho vigente, a fin de corregir ciertas reglas subconstitucionales en trance de colisionar con la constitución, o ante el vacío por la declaración de inconstitucionalidad de leyes inconstitucionales. También, llegado el caso, para atender algunas situaciones de inconstitucionalidad por omisión; y en otros, como anticipamos, pero raramente, para revisar el texto de la constitución.

3. El control de convencionalidad.

Tiene por meta afianzar la supremacía de las convenciones y tratados de derechos humanos. Expresa o implícitamente, parte del presupuesto de que ellos tienen una categoría superior a las normas internas, incluso constitucionales, siempre, desde luego, que sean más favorables para la persona.

Hasta el año 2006, en el ámbito interamericano, lo practicaba la Corte Interamericana de Derechos Humanos por sí misma, incluso sobre reglas constitucionales (el caso paradigmático es *La última tentación de Cristo*, donde aquel Tribunal, no obstante la presencia de reglas de la Constitución de Chile que autorizaban la censura televisiva, entendió que ellas violaban el Pacto de San José de Costa Rica, en materia de libertad de expresión, levantó una censura y requirió de ese país la modificación de su constitución).

A partir del caso *Almonacid Arellano*, en 2006, pronto reforzado por *Trabajadores Cesados del Congreso*, del mismo año, la Corte Interamericana modificó su tesis clásica y requirió que los jueces nacionales también realizaran, por sí mismos, control de convencionalidad. Estos jueces se convirtieron, de tal modo, y de manera nítida, en jueces del sistema interamericano de derechos humanos. En 2009, en *Radilla Pacheco*, amplió el radio de acción del instituto, incorporando su dimensión “constructiva”. En una docena de casos, lo ha reafirmado explícitamente. La Corte actuó *per se*, sin requerir la voluntad de los estados parte del Pacto de San José de Costa Rica, decisión que ha despertado profundas críticas. (7)

La Corte fundamentó su aptitud jurídica para exigir tal control de convencionalidad a los jueces domésticos, en los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda*, de la *bona fide* y del “efecto útil” de los tratados (este último, prescripto por el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica, que tiende a dar eficacia a los compromisos internacionales contraídos). La argumentación es laboriosa, pero no supera lo siguiente: el Pacto de San José (art. 68), no obliga a los estados a cumplir sentencias en los que no han sido partes, disposición que tiene su lógica, porque solamente en las actuaciones donde fueron parte pudieron ser oídos.

En verdad, el control de convencionalidad, cuando no está previsto en un tratado, se justifica por razones supranormativas, destinadas (en nuestro caso) a afianzar la autoridad de la Corte Interamericana y del Pacto de San José, al par que, en definitiva, del sistema interamericano de derechos humanos, todo ello cimentado en una interpretación mutativa por adición sobre el mismo Pacto, practicada por la Corte Interamericana, cuyo éxito dependerá de si tal control se afianza o no en la experiencia jurídica, del mérito intrínseco de las sentencias que emita la Corte (si son razonables, adecuadas y útiles, provocarán ejemplaridad), y de la voluntad de seguimiento de las cortes supremas, tribunales y salas constitucionales de los estados. El día en que el derecho consuetudinario procesal constitucional y el derecho procesal transnacional asuman al control de convencionalidad, éste habrá logrado una inserción jurídica plena, como en el caso de tantas otras operaciones mutativas aditivas (piénsese, v. gr., en el sistema judicial estadounidense de control de constitucionalidad, y de los efectos expansivos de las sentencias de su Corte Suprema mediante la doctrina del *stare decisis*, o del valor del precedente, que no figuran en su constitución). (8)

Cabe reconocer que el control de convencionalidad parte tácitamente de la tesis de la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos incluso sobre la constitución nacional, de haber conflicto entre aquéllos y ésta, pero respetando el principio de la norma más favorable a la persona, sea doméstica o internacional. Ello es factible, por ejemplo, en el marco del art. 424 de la constitución de Ecuador. También es de aceptación posible en países que confieren a ciertos instrumentos, como el Pacto de San José de Costa Rica, rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la constitución argentina, v. gr.). Pero el problema se agrava en estados que no adoptan alguno de estos mecanismos, o que directamente declaran a su constitución como norma suprema, por sobre las reglas provenientes del derecho internacional. En estas hipótesis, la asimilación del control de convencionalidad va a requerir probablemente una interpretación mutativa de la constitución, que en virtud de la prevalencia de ciertos principios (así, del bien común internacional como valor prioritario sobre el bien común nacional), justifique el control que aludimos.

Veamos, en concreto, los papeles del control de convencionalidad, que guardan paralelismos con el control de constitucionalidad.

- a) *rol exclutorio*. En este ámbito, la Corte Interamericana exige que los jueces nacionales inapliquen, por inconvenientes, es decir, que reputen como carentes de efectos jurídicos, a las leyes y *normas internas* (con lo que caen también bajo este control, las cláusulas constitucionales), opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los derechos del hombre, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal quehacer debe realizarse a pedido de parte o de oficio (*Trabajadores cesados del Congreso*). La doctrina discute si esta tarea de exclusión de normas nacionales inconvenientes la deben realizar todos los jueces, o solamente quienes están habilitados para efectivizar el control de constitucionalidad.
- b) *Rol constructivo, o positivo*. El control de convencionalidad demanda aquí, conforme los lineamientos del ya citado caso *Radilla Pacheco*, que los jueces nacionales apliquen el derecho local (incluido el constitucional), en consonancia o de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la misma Corte Interamericana. De hecho, tal función (que llamamos “constructiva”) del control de convencionalidad, es similar al papel, igualmente constructivo, que deben realizar los jueces en materia de control de constitucionalidad. Por lo demás, esta tarea está a cargo de todos los jueces, aunque algunos no estén autorizados a realizar por sí mismos control exclutorio de constitucionalidad, puesto que no pueden hacer funcionar al derecho doméstico ignorando al Pacto de San José de Costa Rica y a la referida jurisprudencia de la Corte.

Este rol constructivo impone un serio trabajo de adaptación, reciclaje, ensamble y amalgamiento respecto de las normas locales, en cuanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Algunas veces demandará esfuerzos hercúleos, en tren de, parafraseando a Benjamín Cardozo, “compatibilizar lo incompatibilizable”. Exigirá, de vez en cuando, interpretaciones quizá mutativas, aditivas o correctoras, para salvar en lo posible, por medio de ese acoplamiento, a las reglas domésticas.

4. Conexiones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. Reflexiones en torno de la constitución nacional “convencionalizada”.

En cuanto se vinculen ambos controles, surgen consecuencias de importancia:

- a) *Sobre las potencias interpretativas del juez local.* Si se compaginan ambos institutos, lo primero que puede advertirse es que el juez nacional que practica control de constitucionalidad, tiene en alguna medida (que en ciertas hipótesis es muy significativa) *recortada su aptitud interpretativa* por las pautas fijadas por el Pacto de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En efecto, cuando el Pacto o la jurisprudencia mencionada se expiden en algún tema, construyen una suerte de *jus commune* latinoamericano, y el juez local no podrá hacer funcionar el derecho doméstico de modo libre: tendrá que hacerlo respetando ambas directrices. Por ello, deberá excluir la aplicación de determinadas normas nacionales (constitucionales y subconstitucionales) opuestas a tales parámetros, y adaptar la interpretación de las restantes a lo que diga el Pacto de San José de Costa Rica o la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Desde otra perspectiva, sin embargo, el juez local tiene sugestivas ampliaciones en sus potencias interpretativas, cuando no media jurisprudencia de la Corte Interamericana. En tal supuesto, al poner en marcha el derecho doméstico, debe aclimatarlo al Pacto de San José de Costa Rica, con lo que puede realizar por sí mismo provechosas modulaciones, muchas veces innovativas, de aquel derecho, a las reglas del Pacto. (9)

- b) *El acoplamiento del control de constitucionalidad con el de convencionalidad.* En este punto parece regir la doctrina que llamamos “de las dos etapas”, o “de los dos eslabones consecutivos”. El primer segmento sería el del control de constitucionalidad. El segundo, el de convencionalidad. Una norma nacional, para poder aplicarse, debería superar, consecutivamente, los dos tests. Algunas frases de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en *Trabajadores cesados del Congreso*, avalarían esta tesis: “...*En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad... evidentemente dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes*”.

Si bien hemos adherido anteriormente a tal postura, un reexamen del asunto parece aconsejar, con preferencia, otra visión. En efecto: si el juez local debe realizar una interpretación de su constitución “conforme” al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control de constitucionalidad, que también debe practicar, tiene que partir de una Constitución *convencionalizada*, vale decir, (i) de una Constitución nacional *depurada* de sus elementos inconvencionales, y (ii) además, *conformada* o *reciclada* según

el Pacto mencionado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Dicho de otra manera, el “control de convencionalidad” de una Constitución, debe conceptualmente preceder al “control de constitucionalidad” de leyes, decretos, reglamentos, etc., que el mismo juez tiene que hacer, a partir de tal constitución *convencionalizada*.

Es interesante apuntar que la constitución nacional “convencionalizada” puede ser –en algún aspecto- más reducida que la constitución nacional a secas, cuando ciertos trozos de ella colisionan con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y por ende, cabe inaplicarlos (recuérdese el caso de la censura televisiva, en Chile). Pero también puede ser más extensa, si al texto original hay que agregarle, por ejemplo y por vía de interpretación mutativa por adición, conceptos básicos vertidos por la Corte Interamericana que complementan los derechos enunciados en la Constitución, o que despliegan sus cláusulas de un modo determinado. (10)

- c) *En cuanto los sujetos que realizan los controles de constitucionalidad y convencionalidad.* Sabido es que los entes habilitados para ejercitar el control judicial de constitucionalidad (en su rol exclutorio de normas inconstitucionales) es variado, y que actualmente los modelos más comunes giran entre el “difuso” (al estilo norteamericano), el “concentrado” (sea en cortes o salas constitucionales especializadas), y el “dual” (que algunos prefieren llamar mixto o híbrido), donde los jueces ordinarios y los especializados comparten tareas. Respecto del control “constructivo”, según explicamos, entendemos que todos los jueces están comprometidos en tal función.

Pues bien: en materia de control de convencionalidad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana encomendó el mismo,

inicialmente, a los *jueces* (hemos anticipado que no queda claro si a todos ellos, o solamente a los que ejercen control de constitucionalidad: véase *supra*, 2). Pero más tarde amplió tal listado mencionando, por ejemplo en el caso *Gelman*, del 24 febrero de 2011, a cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial (considerando 240), o a “los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, (que) deben ejercer de oficio un control de convencionalidad, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes” (considerando 193).

Ello lleva a preguntarse si en un país determinado, como Argentina, que reserva el control de constitucionalidad a los jueces, y se lo impide al Poder Ejecutivo, (11) podría –o debería- un ministro, o el Procurador General o el Defensor del Pueblo, declarar inconvencionales a ciertas normas que sin embargo, no puede declarar inconstitucionales, y todo ello con un efecto parecido al de la declaración de inconstitucionalidad (no aplicarlas).

El punto no está suficientemente aclarado por la Corte Interamericana: por su importancia, merece una pronta y rotunda aclaración. El control de convencionalidad, que tiene aristas muy positivas y útiles, ha sido creado por dicha Corte, y pesa sobre ella el deber de explicitar con absoluta nitidez esta cuestión, sin emplear fórmulas lingüísticas imprecisas.

Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicita que los órganos que operan el control de convencionalidad deben hacerlo “en el marco de sus respectivas competencias”, y que, normalmente, un órgano del Poder Ejecutivo no cuenta con competencia para inaplicar leyes, so pretexto de resultar inconstitucionales, con lo que, *mutatis mutandi*, tampoco estaría autorizado para inaplicarlas por devenir inconvencionales. No obstante, esta posible conclusión tendría que explicarse

contundentemente por la Corte Interamericana, por razones de seguridad jurídica y para evitar algún posible desmadre en la materia.

Lo dicho no impide, desde luego, que el órgano del Poder Ejecutivo del caso haga siempre control de convencionalidad “constructivo”, vale decir, que haga funcionar el derecho doméstico, en la esfera de sus competencias, según la letra del Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: en tal supuesto, no está inaplicando a la norma local, sino haciéndola funcionar conforme a tales pautas.

En definitiva, quienes adherimos a la doctrina del control de convencionalidad y a su concepción como herramienta para construir un *ius constitutionale commune* en América, debemos velar por una clara e incuestionable enunciación, intelección y aplicación de dicha tesis. Tal trabajo compete, fundamentalmente, a la Corte Interamericana.

5. Conclusiones.

Los operadores jurídicos nacionales deben tratar con cuidado las relaciones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. No se trata de teorías, sino de instrumentos vivos y además, exigidos en un caso por las normas constitucionales internas, y en el otro por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El tema, paralelamente, tampoco es asunto de “derecho comparado”, sino de derecho en el que se involucra el propio Estado, cuando se ha insertado en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica y mientras permanezca en él.

En concreto, lo que aquí se postula es que el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de convencionalidad, sino que debe partir de una constitución “convencionalizada”, vale decir, de una constitución acorde con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica: (i) una constitución *depurada* de ingredientes anticonvencionales; (ii) una constitución *conformada* y *completada* con ingredientes convencionales decisivos para el núcleo esencial de los derechos enunciados en ella. En otras palabras, la *constitución*

convencionalizada es una constitución opuesta a la *constitución autista* que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan.

Dejamos para otro momento un tema de honda gravitación, como es la eventual elaboración, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de pautas o líneas jurisprudenciales que pueden colisionar, paradójicamente, con principios básicos que hagan al núcleo esencial de los derechos humanos fundamentales, y que aún así, a tenor de la doctrina del control de convencionalidad, deberían aplicar los jueces nacionales. Que ello sea infrecuente no desluce la importancia del asunto, que se encuentra latente, además, en cualquier tribunal supranacional de derechos humanos. (12)

(*) El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

- (1) Sobre el control de convencionalidad, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de in ius commune interamericano*”, en Von Bogdandi Armin, Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela (Coordinadores), *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México 2010, UNAM – Max Planck Institut, t. II pág. 449 y sigts.
- (2) Nos remitimos también a Sagüés Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México 2004, ed. Porrúa, pág. 27 y sigts.; *Teoría de la Constitución*, primera reimpression, Buenos Aires 2004, Astrea, pág. 442 y sigts.

- (3) Respecto de la “interpretación conforme” de la ley con la constitución y la producción, algunas veces nomogenética en tal quehacer, de los tribunales constitucionales, cfr. Díaz Revorio F. Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima 2003, Palestra, pág. 31 y sigs.
- (4) Sobre la “constitución invasora”, ver Comanducci Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Trotta, Madrid 2005, pág. 83. Respecto de las sentencias atípicas, derivamos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires 2006, ed. Ad-Hoc, pág. 73 y sigs.
- (5) Ver Sagüés Néstor Pedro, “La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, en Bazán Víctor (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I pág. 573 y sigs.
- (6) Sobre las sentencias exhortativas, y en particular dirigidas al poder constituyente (caso del Perú), nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, ob. cit., pág. 77 y sigs.
- (7) Ver por ejemplo Fuentes Torrijo, Ximena, *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja desapareja*, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/ximenafuentes.spanish_pdf 23/09/2010.

- (8) Sobre la creación del sistema norteamericano de la *judicial review* y los efectos expansivos de las sentencias de la Corte Suprema, ver Sagiés María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, ed. Porrúa, México 2004, n° 1 pág. 200 y sigts.
- (9) Cfr. Sudre, Frédéric, “A propos du dialogue des juges et du controle de conventionnalité”, en Autores Varios, *Études en honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début du siècle*, Paris, ed. Pedone, 2004, pág. 209 y sigts.
- (10) Un ejemplo de *ampliación* del texto constitucional, para el caso argentino, es la prescripción del art. 115 de la ley suprema, que declara “irrecurable” al fallo destitutorio de un juez, pronunciado por el Jurado de Enjuiciamiento previsto por el mismo precepto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otras razones, entendió que tal irrecurribilidad no podía impedir el cuestionamiento de la sentencia de remoción del Jurado, ante el Poder Judicial, atento el recurso contemplado por el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica (caso “Brussa”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 326:4816). En otras palabras, ahora hay que entender como recurrible (judicialmente), lo que la constitución declara irrecurable.

A la inversa, un caso de *reducción* del texto constitucional, puede encontrarse en las cláusulas constitucionales que (aunque con distintos

alcances), permiten a los poderes públicos emitir amnistías o indultos. Según la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales competencias no pueden practicarse en materia de delitos de lesa humanidad, ya que violarían al derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, ver los casos “Barrios Altos”, “Gelman”, “Ibsen Cárdenas”, “Almonacid Arellano” y “Radilla Pacheco”, entre otros; y para el caso argentino, ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Simón”, Jurisprudencia Argentina, 2005-IV-377, y *Fallos*, 328:2056; caso “Mazzeo”, *Fallos*, 330:3248). Las reglas constitucionales admisorias de los indultos y amnistías, deben entonces leerse con las excepciones que mencionamos.

- (11) Ver Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª.ed., Buenos Aires, 2002, ed. Astrea, t. 1 pág. 233.
- (12) Uno de los puntos más preocupantes es la posibilidad de reabrir procesos judiciales finiquitados con una absolución, por ejemplo, ante la aparición de nuevas pruebas incriminatorias, violando la tesis del *non bis in idem*. Ver sobre el tema y otros aspectos del problema, Malarino Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos Kai, Malarino Ezequiel, Elsner Gisela (Editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Universidad Jorge-Augusto de

Göttingen y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo,
2010, pág. 25 y sigts.

NUEVAS FRONTERAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL
 RECICLAJE DEL DERECHO NACIONAL Y EL CONTROL LEGISFERANTE
 DE CONVENCIONALIDAD. (*)

por Néstor Pedro Sagüés

- en homenaje a Rubén Hernández Valle

Sumario: 1. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad. 2. Un avance del control de convencionalidad: el practicado por órganos nomogénéticos nacionales. 3. Las inconventionalidades sobrevinientes. 4. La construcción de la doctrina del control de convencionalidad.

1. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad.

La misión clásica del control de convencionalidad a practicar por los jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 2006 en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, consistió en cumplir un papel típicamente represivo: inaplicar las reglas de derecho interno opuestas al Pacto de San José de Costa Rica (1) y a la doctrina sentada por la propia Corte Interamericana. Esa función se extendió como un deber a realizar “de oficio” por dichos jueces, sobre todas las normas nacionales (caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*), y finalmente, ejercitable por todos los órganos del Estado, especialmente los más vinculados a la administración de justicia, dentro del marco de sus respectivas competencias y aun respecto de leyes que tuvieron convalidación popular a través, v. gr., de referéndums o plebiscitos (por ejemplo, *Gelman vs. Uruguay*, 2011, con referencia a la llamada “ley de caducidad”, o de extinción de la pretensión punitiva del Estado por delitos como secuestros, desapariciones o torturas perpetrados militares durante la última dictadura).

Junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad ha asumido otro, constructivo o positivo, que en última instancia produce un reciclaje de la norma nacional, sea constitucional o subconstitucional. Esta posibilidad es muy clara a partir del caso *Radilla Pacheco vs. México*, párrafo 340, donde la Corte Interamericana subraya –si bien escuetamente– la necesidad de que las

interpretaciones constitucionales y legislativas locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 233, y sus citas de *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú*), lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ello conduce a practicar, sostenemos, y de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de selección de interpretaciones, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) de construcción de interpretaciones, mediante interpretaciones del derecho nacional mutativas por adición (cuando se agrega algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados), mutativas por sustracción (al revés, si se quita algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o mutativas mixtas, por sustracción-adición (también son llamadas “sustitutivas”), donde el operador extrae algo y añade algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados. (2) El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas (no en sentido peyorativo), manipulativas o modulativas.

Mediante, en particular, los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, sumado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con la constitución (y todo el derecho) nacional, así como la declaración de invalidez, por inconventionalidad, de esas reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manejo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que

reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

En definitiva, es el concepto mismo de constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra “convencionalizada”, es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos.

2. Un avance del control de convencionalidad: el practicado por órganos nomogenéticos nacionales.

En la sentencia del 20 de marzo de 2013, sobre supervisión del cumplimiento del fallo “Gelman vs. Uruguay” del 24 de febrero de 2011, y que a los fines didácticos llamaremos el fallo Gelman 2, la Corte Interamericana va a subrayar el papel del control de convencionalidad “tanto en la emisión y aplicación de normas” (párrafo 69, la bastardilla es nuestra), con lo que está alertando que dicho control asume nuevas poses jurídicas:

a) en primer término, es un mensaje para los operadores nacionales que “emiten” normas, en el sentido amplio de este vocablo (normas en sentido formal o material). Entre ellos, claro está, el legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales. También, el legislador común, sea al dictar leyes, o cada cámara legislativa cuando adopta su reglamento. Del mismo modo, legisladores “inferiores”, como es el Poder Ejecutivo cuando emite decretos de necesidad y urgencia, delegados, reglamentarios o autónomos, o ministros cuando expiden resoluciones en el ámbito de sus carteras, u organismos con funciones materialmente legisferantes, al estilo –algunas veces- de bancos centrales, agencias de recaudación de impuestos, y también Tribunales habilitados a generar materialmente normas (como en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia, al sancionar su “reglamento interior” a tenor del art. 113 de la constitución nacional), (3) o las universidades autónomas si aprueban sus propios estatutos, etc. Esta descripción es meramente enunciativa.

En tal sentido, conviene agregar que ciertas cortes o tribunales supremos, al estilo del estadounidense en *Cooper vs. Aaron*, (4) se han arrogado, y han consolidado su actitud por derecho constitucional consuetudinario, la facultad de sentar líneas jurisprudenciales que deben ser seguidas obligatoriamente por los tribunales inferiores. En tal supuesto, su doctrina judicial importa igualmente, y en lo material, norma, y está captada por la doctrina del control de convencionalidad.

También es del caso prevenir que otros tribunales constitucionales han conferido valor obligatorio a sus precedentes, no por explícita disposición constitucional, sino legal, por ejemplo enunciada en un código procesal constitucional. (5)

b) En segundo lugar, es un control de tipo mixto, por un lado preventivo, en el sentido que debe realizarse antes de emitir la norma, redactándola conforme con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana; y por otro, reparador, a fin de auto abolir las normas que el órgano materialmente legisferante ha pronunciado y después constata que son incompatibles con las referidas convención y doctrina judicial interamericanas. En el caso argentino, la derogación congresional de las leyes de “obediencia debida” y de “punto final”, que de hecho importaban una suerte de amnistía respecto de delitos castigados por el derecho internacional de los derechos humanos perpetrados durante el régimen militar de 1976/83, es una muestra de tal escrutinio de convencionalidad reparador.

Por supuesto, ambas dimensiones (la preventiva y la reparadora), son importantes. Desde una visualización pragmática, cabe destacar, sin perjuicio de la segunda, a la primera, ya que si el órgano legisferante evita emitir reglas inconvenientes, ahorrará muchos esfuerzos jurídicos y políticos, al propio órgano y a otros (v. gr., jueces), necesarios para inaplicar normas que padezcan del referido defecto de inconveniencia. Así, el constituyente deberá evitar promulgar reglas constitucionales disidentes con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, circunstancia que implica un serio tope heterónimo a sus competencias, y lo mismo tendrá que hacer el legislador común. Tal actitud de abstinencia normativa comienza –felizmente- a hacerse carne en diversos escenarios latinoamericanos.

c) Una variante peculiar de este contralor preventivo la tenemos, v. gr., cuando el legislador nacional recurre explícitamente al Pacto de San José de Costa Rica para hacer operar parte del derecho local. Así, por ejemplo, cuando indica que cierta norma nacional debe entenderse conforme al Pacto. Una muestra de ello ha sido la ley 26.854 de la República Argentina, sancionada en 2013, sobre regulación del ejercicio de medidas cautelares contra el Estado, por cierto muy criticada por el papel excesivamente limitativo con que condiciona a tales diligencias precautorias, pero que en varias partes de su articulado se remite, para facilitar tales diligencias y moderar el rigor legal, al caso en que se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos...” (la bastardilla es nuestra). (6)

La ley 26.854, por tanto, ha adoptado el concepto de “vida digna” gestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como un factor de trato favorable para ciertas medidas cautelares tendientes a tutelarlas. Dicha consideración privilegiada se traduce en la posibilidad de presentarlas ante un juez incompetente, de no requerir un informe previo para la expedición de la cautela, eximir al juez del deber de fijar un plazo para su vigencia, habilitarla con una simple caución juratoria, y otorgar el recurso de apelación contra la medida, con efecto devolutivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos acuñó la idea de “vida digna” aglutinando dos derechos fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica (o Convención Americana sobre Derechos Humanos): los de vida y dignidad. También describió su antivalor, el de “vida indigna”, que provoca responsabilidad internacional para el Estado del caso.

El tribunal interamericano desarrolló tales conceptos primero en tutela de los derechos de reclusos, especialmente menores, pero después lo proyectó en materia de comunidades indígenas, y finalmente en términos más amplios. Muestra de esa evolución son, por ejemplo, los casos Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay (párrafos 159, 160, 170, 176), García Asto vs. Perú (párrafo 221), Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (párrafos 162, 163), Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay (párrafos 159, 196, 203, 208, 211), Ximenes Lopes

vs. Brasil (párrafos 127 a 132, 138 a 140), Zambrano López vs. Ecuador (párrafo 81), etc.

El concepto de “vida digna” es abierto y flexible. Para la Corte Interamericana, significa que la vida debe estar complementada por la existencia de otros elementos que son mínimos, esenciales o sustanciales a la dignidad humana.

El derecho al desarrollo de una “vida digna” implica conductas negativas para el Estado (no atentar contra la vida), pero muchas más, de tipo positivo y prestacional, concretas además, que se vuelven más apremiantes ante supuestos de sujetos o grupos de personas en situación de vulnerabilidad y de riesgo.

El Tribunal interamericano ha realizado múltiples especificaciones del concepto de “vida digna” ante situaciones muy diversas. Con referencia a presos, por ejemplo, y entre otros, ha mencionado su derecho a la vida, integridad personal, ausencia de tratos y castigos degradantes, separación entre presos y condenados, entre adultos y menores, precaución ante riesgos como incendios o agresiones. Si el detenido es niño, la preocupación estatal debe ser mayor, por su vulnerabilidad, debiendo incursionar asimismo en todas las áreas concernientes al futuro desarrollo físico e intelectual del menor. Respecto de indígenas, ha descrito su derecho a la salud, ambiente sano, alimentación, propiedad comunitaria, recursos naturales, habitación, educación y beneficios de la cultura. Con relación a discapacitados mentales, su derecho a tratamientos médicos eficaces, dignos y lo menos restrictivos posibles.

En general, el concepto o principio de “vida digna” es dinámico y en definitiva, materialmente, nomogénico: alberga y genera nuevas puntualizaciones de derechos (o si se prefiere, de subderechos), inferidos de los expresa y escuetamente declarados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea generalmente a cargo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sin embargo, los jueces nacionales, en virtud del control de convencionalidad, también pueden realizar tales proyecciones, como agentes que son del sistema interamericano de derechos humanos. No deben operar, en efecto, como meros repetidores del Pacto de San José y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos: igualmente, les toca expandir los derechos ante nuevos escenarios y conflictos.

La solución adoptada por la ley argentina 26.854, sin ser aislada, no es frecuente en el derecho comparado: ocurre cuando una ley nacional remite, en puntos de relevancia, a un texto y a unas reglas jurisprudenciales elaboradas por un tribunal regional. Esa derivación, que no es estática sino abierta y evolutiva, resulta pues de sumo interés. Quizá no habría sido necesaria, porque el concepto de “vida digna” emergente del Pacto de San José y construido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, era de todos modos obligatorio, según la doctrina del control de convencionalidad; pero de todos modos es atractiva, como muestra del refuerzo de tal control y del engarce entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, habrá que ver de qué modo los operadores locales procesan y despliegan tal mecanismo, que desde otra perspectiva, puede aportar datos provechosos en el diálogo entre las cortes nacionales y la corte interamericana. De momento, ello impone para jueces y abogados una constante y actualizada información sobre las aplicaciones y especificaciones, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del principio de “vida digna”.

3. Las inconventionalidades sobrevinientes.

Puede ocurrir que una norma elaborada por un sujeto legisferante nacional resulte inicialmente “convencional” (en cuanto que no colisiona con los tratados de derechos humanos suscriptos por el país del caso, ni con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), pero que después se transforme en inconventional, v. gr. si una nueva jurisprudencia de dicha Corte Interamericana colisiona con aquella norma nacional, o si el Estado ratifica un nuevo tratado opuesto a la norma en cuestión, o si modifica uno preexistente, con iguales resultados.

Estas posibles inconventionalidades “sobrevinientes” obligarían a sanear el orden jurídico nacional, inaplicando o dejando sin efecto la regla doméstica originalmente convencional, pero más tarde inconventional. Este trabajo correría a cargo de los jueces, en el marco de sus competencias, pero también del órgano emisor de las normas internas involucradas en el problema. Ello empalma con el principio del “efecto útil” de los tratados, reflejado v. gr. en el art. 2-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando indica que con relación a los derechos y libertades reconocidos por ella, “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a la disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Tal “efecto útil”, de larga prosapia en el derecho internacional, estaba hasta hace pocas décadas entendido como una suerte de gentil invitación para los estados nacionales, en el sentido de adaptar, del modo y en el momento en que quisieran, sus normas a los tratados de derechos humanos que suscribieran. Más que una regla de derecho positivo coactiva para ellos, parecía una suerte de acto de cortesía que, si se incumplía, pocas consecuencias provocaba, salvo algunos escasos suspiros académicos. Además, si el tratado afectaba a la Constitución, el principio de supremacía constitucional, entendido graníticamente, blindaba contra cualquier posible intento de “utilidad” de ese “efecto útil” del tratado.

Es notorio que la doctrina del control de convencionalidad, tal como ha sido pergeñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, responde a parámetros bien distintos, en el sentido que confiere al principio del “efecto útil” una decidida operatividad compulsiva. Si los Estados tienen que “adoptar” medidas legislativas “o de otro carácter” para cumplir con la Convención, tendrán que modificar las reglas internas contrapuestas con ella, lo que importa un deber, entre otros, de reformar ese derecho interno, incluyendo al constitucional. Naturalmente, antes de consumar una reforma, está la provechosa atención del entendimiento “conforme” de ese derecho interno, con el Pacto de San José de Costa Rica, como –según vimos- se indicó en “Radilla Pacheco vs. México”, tanto en materia de interpretaciones “legislativas” como “constitucionales”, según

vimos. En eso, el intérprete-operador nacional debe extremar su imaginación y creatividad. Tiene que saber encontrar recetas anteriores, o diseñar nuevos productos interpretativos de la norma interna legal o constitucional, para hacerla compatible con el texto del Pacto de San José de Costa Rica y las pautas jurisprudenciales que produzca la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. La construcción de la doctrina del control de convencionalidad.

El lector podrá advertir que la doctrina del control de convencionalidad diseñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tiene un desarrollo lineal ni absolutamente coherente. Abundan los zigzagueos, los avances y los despliegues no siempre armónicos. Su formulación es tipo aluvional: va creciendo con la sedimentación de diferentes casos donde el referido tribunal formula explicitaciones y avances. Como típica construcción pretoriana, no tiene la estructuración sistemática que podría esperarse de un producto legislativo como el de un código procesal constitucional, si vale el ejemplo.

En definitiva, el operador nacional (juez, funcionario estatal en general, abogados, legisladores, etc.), debe pues estar atento al curso de los veredictos de la Corte Interamericana, que como apreciación global, han incrementado y siguen incrementando la superficie y la intensidad del control de convencionalidad dibujado en fallos liminares como *Almonacid Arellano vs. Chile*. La falta de información equivale aquí a desconocimiento de avances muy relevantes en la materia que abordamos.

El control de convencionalidad, que corre parejo con el control de constitucionalidad, mediante mutuas complementaciones, importa por ende un verdadero ejercicio jurídico al que mentes formadas en conjuntos normativos orgánicos y autosuficientes, al estilo de los códigos clásicos gestados en la centuria decimonónica, no siempre están entrenadas para asumir y practicar. Pero el desafío existe y debe ser atendido.

Notas

(*) El presente trabajo se integra al programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

(1) En rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie de bloque de convencionalidad, como agudamente lo denomina, v. gr., Eduardo Ferrer Mac Gregor. Cfr. Ferrer Mac Gregor Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano, en Saiz Arnaz Alejandro y Ferrer Mac Gregor Eduardo (Coord.), Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa, México 2012, Porrúa-UNAM, ps. 109, 92.

(2) Derivamos también al lector a Sagüés Néstor Pedro, Derechos constitucionales y derechos humanos. De la constitución nacional a la constitución “convencionalizada”, en Nogueira Alcalá Humberto (Coord.), “La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos”, Santiago de Chile, 2014, Librotecnia – Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pág. 15 y sigts.; Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La “constitución convencionalizada”, en von Bogdandy Armin, Piovesan Flavia y Morales Antoniazzi Mariela, Estudios avanzados de direitos humanos, Río de Janeiro, 2013, Elsevier, p. 617 y sigts.; La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada, México, 2013, Porrúa, pág. 356.

(3) Algunas veces, ciertos códigos procesales han habilitado a algunos tribunales, por ejemplo de segunda instancia, a dictar “acuerdos” plenos o plenarios, que sientan doctrina judicial obligatoria para los jueces inferiores a ellos. Tales acuerdos generan asimismo normas, bien que con aplicación limitada. Esa aptitud

legisferante ha provocado discusiones sobre su constitucionalidad, por entender, sus objetores, que afecta el principio de división de los poderes.

(4) En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado, igualmente por vía jurisprudencial, una regla similar a la de Cooper vs. Aaron, aunque con la salvedad de que los jueces pueden apartarse de su doctrina judicial dando razones valederas y nuevas para así hacerlo. Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, Buenos Aires, 2006, Fundación Konrad Adenauer y Editorial Ad-Hoc, p. 267 y sigts.; Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario, 4ª. ed., reimpresión con actualización, Buenos Aires 2013, Astrea, t. 1 p. 184 y sigts.

(5) Cfr. Eto Cruz Gerardo, Presentación, en Tupayachi Sotomayor Jhonny (Coord.), El precedente constitucional vinculante en el Perú, Lima 2009, Adrus, ps.9/10.

(6) La ley argentina 26.854, alude varias veces al concepto de “vida digna”, como elemento generador de un trato más favorable en la provisión de ciertas medidas cautelares contra el Estado nacional.

a) lo hace, en primer lugar, en su art. 2º inc. 2, cuando puntualiza que “la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental” (la bastardilla es nuestra). En esta cláusula, la “vida digna” está operando como un factor (entre otros) habilitante de medidas cautelares ante magistrados incompetentes. Importa, pues, una excepción: si la medida cautelar no estuviera programada para satisfacer una vida digna, o alguno de los otros bienes aludidos, no resultaría viable ante un juez incompetente.

b) A su turno, el art. 4º inc. 3 de la misma ley, expone que “las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la

demandada”. Aquí la norma confiere al valor “vida digna” (y a los otros bienes mencionados en el art. 2º inc. 2), una situación privilegiada: exime potencialmente de la tramitación y resolución de la medida cautelar, un informe previo a la autoridad pública demandada.

c) El art. 5º, segundo párrafo, después de enunciar (en el primero) que las medidas cautelares cuentan con un plazo de duración, que deberá ser obligatoriamente dispuesto por el juez del caso, alerta que “no procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inciso 2.” Ello acarrea una singular vigorización temporal para tales medidas, algo que puede ser decisivo para el éxito de una demanda.

d) El art. 10, inciso 2, permite expedir medidas cautelares relativas a los casos del art. 2º inc. 2, con una mera caución juratoria (las otras cautelares, deberán cubrir caución real o personal).

e) El art. 13 inc. 3, párrafo segundo, establece que las apelaciones contra las medidas cautelares dispuestas en primera instancia ordenando la suspensión de los efectos de una ley o de un reglamento, “tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inciso 2”. También aquí la ley 26.854 trata con mayor benignidad a las medidas precautorias ordenadas a amparar la “vida digna”, cuando suspendieren la aplicación de leyes o reglamentos del mismo rango que ley, las que, cuando son concedidas inicialmente, se ejecutan lo mismo aunque fueren apeladas (el recurso será entonces con efecto devolutivo).

La suma de estas normas de trato favorable para las medidas cautelares adoptadas en defensa de la vida digna, es por cierto significativa: alivia recaudos de competencia, de un requerimiento de informe al demandado, de determinación de plazo de validez, flexibiliza la contracautela y da vigor ejecutivo a lo resuelto, pese a que la resolución admisorio se encontrase recurrida.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Desarrollo del módulo a cargo de

Néstor Pedro Sagiüés

1. Introducción.

1. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Metas. Teorías de los dos tramos y de la confluencia. ¿Elaboración de un “jus constitutionale commune”?

2. Desarrollo del control de convencionalidad en el sistema interamericano.

Antecedentes clave:

“Almonacid Arellano” (2006).

“Trabajadores cesados del Congreso” (2006).

“Radilla Pacheco” (2009).

“Gelman 1” (2012) y “Gelman 2” (2013).

3. Niveles de control de convencionalidad, según Gelman 2.

Alternativa A: Casos donde un Estado es parte. Cosa juzgada internacional (“res judicata”).

Alternativa B: Casos en los que un Estado no ha sido parte (“res interpretata”). Doctrina clásica del control de convencionalidad.

4. Los fundamentos jurídicos invocados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su crítica. ¿Control inferido o control construido?

5. Conclusiones: desarrollo aluvional, no siempre coherente, inconcluso, dinámico y expansivo del control de convencionalidad.

2. El control judicial represivo de convencionalidad en la alternativa B.

1. Concepto. La inaplicación del derecho interno inconventional.

2. El juez nacional como juez del sistema interamericano. ¿Qué jueces hacen control de convencionalidad?

3. El procedimiento del control represivo.

El “material controlante”. El “bloque de convencionalidad” y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El “material controlado”. Normas y prácticas.

Variables: control robótico o control tamizado en el control de convencionalidad. Doctrina del margen interpretativo nacional.

4. Los efectos del control represivo.

5. Problemas políticos y constitucionales del control represivo de convencionalidad.

La cuestión de la supremacía constitucional. ¿Crisis, modulación o extinción? Caso Gelman 2.

La cuestión de la soberanía popular. Caso Gelman 1: la soberanía popular ante el derecho internacional de los derechos humanos.

La cuestión de la justicia dialógica.

La doctrina del margen de apreciación nacional.

3. El control judicial constructivo de convencionalidad En la alternativa B.

1. Concepto (el reciclaje del derecho interno).

2. Antecedentes.

La “interpretación conforme”.

El recurso al intérprete externo en la interpretación del derecho nacional.

3. El procedimiento del control constructivo.

a) Selección de interpretaciones.

b) Construcción de interpretaciones.

Interpretaciones mutativas por adición.

Interpretaciones mutativas por sustracción.

Interpretaciones mutativas mixtas (“sustitutivas”).

4. Resultados: de la constitución nacional a la “constitución convencionalizada”.

4. Otros agentes del control de convencionalidad en la alternativa B.
 1. Control legislativo, preventivo y reparador.
 2. Control ejecutivo y administrativo. Posibilidades y perspectivas consecuencialistas.
 3. Otros sujetos de control.

5. Recepción nacional del control de convencionalidad.
 1. Dificultades operativas del control de convencionalidad.
 2. La aceptación/rechazo del control de convencionalidad por los operadores nacionales.
 3. La doctrina del diálogo entre las cortes.
 4. Aceptación expresa del control.
 5. Aceptación tácita. Vericuetos.
 6. Cuestionamientos, rechazos y modulaciones. Doctrinas del “pasavante” y del margen de apreciación nacional.
 7. El futuro del control de convencionalidad. Predicciones: maximización, estancamiento o repliegues.

NOTAS SOBRE EL CONTROL EJECUTIVO DE CONVENCIONALIDAD ()*

por Néstor Pedro Sagüés

Sumario: 1. Introducción. 2. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad. 3. Los sujetos convocados para practicar control de convencionalidad. 4. El control ejecutivo (y administrativo en general) de convencionalidad. Dimensiones. 4.1. El Poder Ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas. 4.2. El Poder Ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas. 5. Recapitulación.

1. Introducción.

El objeto de este trabajo es, primero, distinguir las funciones represivas de las constructivas de la doctrina del control de convencionalidad dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para abordar después uno de los sujetos a los que el mismo Tribunal demanda que practique ese control: el Poder Ejecutivo. En tal sentido, se distinguirán los distintos papeles que en tal quehacer puede asumir ese órgano del Estado, y la administración pública en general, esto es, como emisores de normas y como aplicadores o, en su caso, inaplicadores de normas.

2. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad.

*La misión clásica del control de convencionalidad, a practicar por los jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 2006 en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, consistió en cumplir un papel típicamente represivo: inaplicar las reglas de derecho interno opuestas a la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San*

José de Costa Rica), (1) y a la doctrina sentada por la propia Corte Interamericana. Esa función se extendió como un deber a realizar “de oficio” por dichos jueces, sobre todas las normas nacionales (caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú), y finalmente, ejercitable por todos los órganos del Estado, especialmente los más vinculados a la administración de justicia, dentro del marco de sus respectivas competencias y aun respecto de leyes que tuvieran convalidación popular a través, v. gr., de referéndums o plebiscitos (por ejemplo, Gelman vs. Uruguay, 2011, con referencia a la llamada “ley de caducidad”, o de extinción de la pretensión punitiva del Estado por delitos como secuestros, desapariciones o torturas perpetrados militares durante la última dictadura).

Junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad ha asumido otro, constructivo o positivo, que en última instancia produce un reciclaje de la norma nacional, sea constitucional o subconstitucional. Esta posibilidad es muy clara a partir del caso Radilla Pacheco vs. México, párrafo 340, donde la Corte Interamericana subraya –si bien escuetamente- la necesidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo 233, y sus citas de Fernández Ortega vs. México y Rosendo Cantú), lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, en consonancia con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En definitiva, ello implica realizar la “interpretación conforme” del derecho doméstico, con estos dos últimos parámetros de control (Pacto y jurisprudencia).

Ello conduce a practicar, sostenemos, y de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de selección de interpretaciones, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) de construcción de interpretaciones, mediante interpretaciones del derecho nacional mutativas por adición (cuando se agrega algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo

potable con el Pacto y jurisprudencia citados), mutativas por sustracción (al revés, si se quita algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o mutativas mixtas, por sustracción-adición (también son llamadas “sustitutivas”), donde el operador extrae algo y añade algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados. (2) El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas (no en sentido peyorativo), manipulativas o modulativas (asimismo, “interpretativas”).

Mediante, en particular, los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, sumado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con la constitución (y todo el derecho) nacional, así como la declaración de invalidez, por inconventionalidad, de esas reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manejo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

En definitiva, es el concepto mismo de constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra “convencionalizada”, es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos.

Paralelamente, debe tenerse presente que el control de convencionalidad tiene que verificarse tanto en la emisión como en la aplicación de normas (Gelman 2, 20/3/13, párrafo 69).

3. Los sujetos convocados para practicar control de convencionalidad.

Quienes primero fueron llamados para trabajar como operadores del control interno o nacional de convencionalidad, fueron los jueces, como se desprende, por ejemplo, de Almonacid Arellano vs. Chile. Este fallo, de 2006, fue ampliado posteriormente para involucrar en ese trabajo a todos los órganos del Estado, “especialmente los más vinculados con la administración de justicia”. La apertura se registra ya, por ejemplo, en Cabrera García y Montiel Flores v. México, de 2010, párrafo 225, y después se consolida reiteradamente. Por ejemplo, en Gelman 2, del 20/3/13, párrafo 69, se convoca, respecto del Estado, a “todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles”.

El listado, pues, se agiganta, y presenta nuevos escenarios. Por ejemplo, el de los sujetos legisferantes, (3) entre los que cabe hoy mencionar: a) al poder constituyente; b) desde luego, el Congreso; c) también el Poder Ejecutivo, cuando pronuncia normas, d) el Judicial, en los casos en que emite, v. gr., directrices jurisprudenciales que implican reglas obligatorias para jueces u otros entes estatales, muchas veces a través de “sentencias exhortativas” que en verdad, de vez en cuando, se transforman en “sentencias legislativas”; e) en ciertos lugares, el Consejo de la Magistratura, habilitado de vez en cuando por la constitución para expedir normas (en Argentina, por ejemplo, art. 114 inc. 5, para “dictar reglamentos relacionados con la organización judicial y los que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”), etc. Incluso cabe preguntarse si particulares generadores de normas, como los empresarios y trabajadores que establecen convenios colectivos de trabajo, obligatorios incluso para quienes no hayan intervenido en su aprobación, no se encuentran también comprendidos en esta esfera del control legisferante de convencionalidad, interrogante al que respondemos afirmativamente. Un convenio colectivo laboral, v. gr., no debería incluir cláusulas opuestas al Pacto referido y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Tal control legisferante obliga a los órganos del caso, en el ámbito de sus competencias, a no sancionar normas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y a modificar las existentes, y en casos extremos a eliminarlas, para concordarlas con estos baremos.

4. El control ejecutivo (y administrativo en general) de convencionalidad. Dimensiones.

El tema tiene importancia cotidiana e innegable. No obstante, no abundan los trabajos dedicados al asunto, que parten del supuesto, erróneo por cierto, de que el control de constitucionalidad es tarea, básica, y casi exclusiva, de jueces. Pero hay felices excepciones. (4)

En concreto, en materia del control de convencionalidad realizado por el Poder Ejecutivo, cabe distinguir estas regiones.

4.1. El Poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas.

Tal es el caso del Poder ejecutivo cuando emite normas, que son de variada especie, a título de ejemplo: a) decretos leyes, o de necesidad y urgencia, que atienden asuntos, por excepción, propios del poder legislativo; b) decretos reglamentarios de una ley; c) decretos autónomos, en las áreas que le son constitucionalmente propias y exclusivas; d) decretos delegados, expedidos en virtud de leyes de delegación sancionadas por el Congreso, en materias de este último, y dentro de los márgenes constitucionales que lo permitan. A lo expuesto, habría que agregar la multitud de resoluciones ministeriales, ordenanzas, decretos, decisiones, comunicados, etc., emitidos por los diferentes órganos de la administración pública.

En estos supuestos, rigen las pautas propias del control legisferante de convencionalidad, en su doble versión de que tales normas deben conformarse con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de que cabe corregir (y de ser

necesario, dejar sin efecto) las existentes que colisionen con estos dos parámetros de convencionalidad.

4.2. El Poder Ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas.

Aquí cabe formular dos distinciones, recordando que tal control debe realizarse, también, de oficio (por ejemplo, caso Gelman 1, 24/2/2011, párrafo 193), y que en los procedimientos y procesos administrativos rigen también las reglas esenciales del Pacto de San José de Costa Rica que garantizan el debido proceso (v. gr., caso Baena, 2/2/01, párrafo 129).

4.2.1. Control constructivo de convencionalidad. En este terreno, todos los órganos de la administración deben hacer funcionar la normatividad que aplican, constitucional, legal y sublegal, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina de la “interpretación conforme” ya reseñada. En otras palabras (ver supra, 2) tendrán que escoger de entre las interpretaciones posibles de la norma nacional que efectivizan, las que se concilien con los parámetros internacionalistas indicados; y de ser necesario, realizar “construcción de interpretaciones” por adición, sustracción o mixtas, para lograr el empalme de las reglas domésticas, con el citado Pacto y jurisprudencia regional.

En este sentido, bien puede hablarse de un control difuso de convencionalidad, de tipo, volvemos a repetirlo, constructivo. Por ejemplo, practicado por autoridades universitarias, como Decanos y Consejos Directivos de una Universidad oficial, en torno a la acreditación de una asignatura para una alumna, o la falta de evaluación de un docente mientras se encontraba pendiente la sustanciación de un juicio académico. (5)

4.2.2. Control represivo de convencionalidad. En esta variable, de fracasar el control constructivo de convencionalidad, que siempre debe intentarse primero, el órgano administrativo en cuestión inaplica o desaplica la regla local que contraviene el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia regional.

En ese trabajo emergen serios obstáculos e interrogantes. Si es el propio órgano de emisión de la norma el que advierte que inexorablemente no se concilia con el sistema interamericano de derechos humanos, él mismo podría dejarla sin efecto.

Si se trata de un ente administrativo subordinado a quien emitió la norma (piénsese, v. gr., en un Director de administración que se encuentra ante un decreto del Poder Ejecutivo, en principio irremediablemente opuesto al Pacto de San José de Costa Rica), no siempre estará autorizado, por sí mismo, para inaplicar al decreto en cuestión. Tendrá que utilizar los mecanismos internos de la administración para articular su problema.

La cuestión es más compleja cuando un Jefe de Estado, v. gr., entiende que una ley (a la que se encuentra constitucionalmente subordinado), choca irremisiblemente con el Pacto o la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por supuesto, debe primero agotar los dispositivos de control constructivo de convencionalidad, para realizar una “interpretación conforme”, según apuntamos (a través del método de selección y construcción de interpretaciones); pero si estos mecanismos le resultan infructuosos, la incógnita es si él podría, por sí mismo, realizar el control represivo de convencionalidad, e inaplicar la ley en cuestión.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya anticipamos, ese control represivo de convencionalidad tiene que practicarse según las el marco de las reglas de competencia y de las normas procesales del ente que lo verifica (v. gr., caso Gelman 1, 24/2/2011, párrafo 193). Por el paralelismo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, podría concluirse así: el órgano ejecutivo y administrativo que está habilitado para realizar el control de constitucionalidad, por sí mismo, también tendría facultades para realizar allí control de convencionalidad. En cambio, si no es competente para consumar control represivo de constitucionalidad, tampoco estaría habilitado para realizar control represivo de convencionalidad, y tendría que derivar el caso al órgano estatal pertinente para realizar el control represivo de constitucionalidad-convencionalidad.

El tema es discutido, sobre todo en aquellos países donde el Poder Ejecutivo, conforme la jurisprudencia prevaleciente, no tiene aptitud para declarar por sí la inconstitucionalidad de una ley (todo ello en base al principio de división de los poderes y ante el temor de que si se le permitiese tal cosa, el Poder Ejecutivo podría evadirse de cuanta ley no le gustase), y tampoco cuenta con legitimación, según la misma jurisprudencia que, aunque cuestionable, es la predominante, para plantear ante los tribunales la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas por el Congreso (tal es el caso de Argentina, por ejemplo). (6)

En rigor de verdad, la Corte Interamericana ha extremado la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, judiciales, legislativos y administrativos. Si uno de estos últimos se encuentra ante la disyuntiva de inaplicar una ley contraria al Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el método de la interpretación “conforme”, portador del control constructivo de convencionalidad, no le es suficiente o exitoso, al par que no puede decidir por sí mismo la inconstitucionalidad del precepto legal en juego, es forzoso reconocerle legitimación procesal para plantear el asunto ante quien sí está habilitado para ejercer control de constitucionalidad, para que él resuelva el tema del control represivo de convencionalidad.

En definitiva, lo que no es admisible es que el Poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, v. gr., de una ley.

5. Recapitulación.

El Poder Ejecutivo y la administración pública tienen importantes tareas que cumplir en materia de control de convencionalidad.

a) en cuanto emisión de normas, deben cuidarse, de oficio, de expedir reglas acordes con la convención americana sobre derechos humanos y la

jurisprudencia de la Corte Interamericana. También, de modificar o derogar las que se opongan a ambas.

b) Respecto de la aplicación de normas domésticas, tienen siempre que realizar de oficio un control constructivo (difuso, pues), en el sentido de empalmar, mediante interpretaciones adecuadas, tales reglas con los parámetros de convencionalidad aludidos (Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana).

c) De subsistir el problema de compatibilidad, deberán trabajar – igualmente de oficio- por la inaplicación de las reglas nacionales (control represivo). Según sea el régimen de control de constitucionalidad imperante en un país, en algún caso podrán inaplicarlas por sí mismos, pero en otros deberán ocurrir a los órganos adecuados para ejercer control de constitucionalidad represivo, y requerir ante ellos la descalificación (y consecuente inaplicación) por inconventionalidad, del material normativo local opuesto al Pacto y a la jurisprudencia citados. En algunas naciones, entonces, este control represivo es difuso, y en otras, concentrado.

Notas

() El presente trabajo se integra al programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.*

(1) En rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie de bloque de convencionalidad, como agudamente lo denomina, v. gr., Eduardo Ferrer Mac Gregor. Cfr. Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Alejandro Saiz Arnaz y Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coord.), Control de convencionalidad, interpretación conforme y

diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa, México, Porrúa-UNAM, 2012, ps. 109, 92.

(2) *Derivamos también al lector a nuestros estudios anteriores: Néstor Pedro Sagüés, “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada”, en Humberto Nogueira Alcalá (Coord.), La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, Santiago de Chile, Librotecnia – Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014, pág. 15 y sigts., y Jurisprudencia Argentina, 2013-IV-1342; Néstor Pedro Sagüés, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La “constitución convencionalizada”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Estudios avanzados de derechos humanos, Río de Janeiro, 2013, Elsevier, p. 617 y sigts.; Néstor Pedro Sagüés, La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada, México, Porrúa, 2013. pág. 356.*

(3) *Nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 12/11/2014, pág. 104.*

(4) *Recomendamos la lectura de Lucas L. Moroni Romero, “El control administrativo de convencionalidad”, en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 9/10/2013, pág. 47, cuyos aportes compartimos y seguimos en buena parte de este trabajo.*

(5) *Cfr. Lucas L. Molinari Romero, “El control administrativo de convencionalidad”, ob. cit., pág. 51, en actuaciones seguidas ante la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.*

(6) *El tema lo hemos tratado con mayor extensión en Néstor Pedro Sagüés, Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario, 4ª. ed., segunda reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 1 págs. 127 y 233. La jurisprudencia que impide que el Poder Ejecutivo alegue ante los tribunales la inconstitucionalidad de leyes, invoca en Argentina los conceptos de unidad del*

Estado, el bien del Estado mismo, la lealtad y buena fe del Estado frente a la comunidad, y el bien común. Tal argumentación, aunque sólida, no es en definitiva convincente. Si el Estado ha sancionado una ley inconstitucional, no es incorrecto que el Poder Ejecutivo requiera su inaplicación ante los tribunales, más allá de las reparaciones que esa declaración de inconstitucionalidad daría lugar, frente a los particulares.

Nombre del autor: Néstor Pedro Sagüés (Argentina).

npsagues@gmail.com

Catedrático, Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

TITULO DEL TRABAJO: Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad.

PALABRAS CLAVE: Control de convencionalidad. Control ejecutivo. Control administrativo. Control represivo. Control constructivo. Control difuso. Control concentrado. Selección de interpretaciones. Construcción de interpretaciones.

RESUMEN:

El Poder ejecutivo, y la administración pública en general, también deben, y de oficio, realizar control de convencionalidad, según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ese control se aplica tanto en la emisión de normas como en la aplicación de normas. En este último ámbito, puede ser “constructivo”, cuando el operador realiza selección de interpretaciones o construcción de interpretaciones del derecho doméstico, para amoldarlo a la Convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte interamericana, o “represivo”, en el caso en que inaplique reglas nacionales opuestas a estos parámetros de convencionalidad.

¿PUEDE VÁLIDAMENTE LA CORTE INTERAMERICANA OBLIGAR A QUE UNA CORTE SUPREMA NACIONAL DEJE SIN EFECTO UNA SENTENCIA SUYA? ()*

por Néstor Pedro Sagüés

Sumario: 1. Introducción. 2. Reexamen. Paradigmas. 3. la interpretación literal de la Constitución. 4. El texto del Pacto de San José de Costa Rica. 5. Conclusiones.

1. Introducción.

En el caso “Fontevicchia y D’Amico c. Argentina”, sobre fondo, reparaciones y costas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 29 de noviembre de 2011, resolvió admitir el reclamo de estos accionantes, y decidió (en el aspecto que nos interesa), que el Estado argentino debía dejar sin efecto las sentencias dictadas en un proceso civil contra aquéllos, en cuanto asuntos como su responsabilidad civil y la condena al pago de una indemnización, “así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones”.

Una de esas sentencias, por cierto la más relevante desde el punto de vista institucional, provenía de la Corte Suprema de Justicia argentina, dictada en los autos “Menem Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros”, del 25 de septiembre de 2001. (1) En el orden personal, hemos adherido a la doctrina sentada en dicho fallo, que refería a la libertad de expresión y su conexión con el derecho a la privacidad de los funcionarios públicos. (2)

El 14 de febrero de 2017, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, a raíz de una nota de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto argentino, por la que se requería que se cumpla con la sentencia de la Corte Interamericana, se negó a efectivizar lo requerido por esta (cfr. La Ley, 20/02/17). La resolución del Tribunal argentino (jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz), contó con tres votos que

conformaron mayoría, junto con un cuarto, concurrente (juez Rosatti). Un quinto voto fue en disidencia (juez Maqueda).

La tesis predominante indica, básicamente, que conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución, el Pacto de San José de Costa Rica no puede infringir cláusulas insertadas en la primera parte de la ley suprema, y que una de ellas (art. 27) explicita que los tratados internacionales deben satisfacer los principios de derecho público establecidos en la Constitución. Uno de tales postulados es que la Corte Suprema de Justicia nacional es, valga la redundancia, suprema, y que por ello no puede ser obligada a dejar sin efecto uno de sus veredictos, por voluntad de la Corte Interamericana.

Esta posición actual de la Corte Suprema registra un cierto antecedente en el caso “Acosta”, donde el entonces Procurador General de la Nación (2010), con referencia al control de convencionalidad a cargo de los jueces argentinos, puntualizaba que no debían seguirse los precedentes de la Corte Interamericana que no coincidían con el orden jurídico constitucional de la Nación. La Corte Suprema, en tales autos, siguió parte del referido dictamen, pero no el tramo concerniente a esta tesis excepcionista.

Nuestro más alto tribunal se remite ahora, eso sí, en el voto mayoritario de “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, a “Fibraca”, un fallo previo a la reforma constitucional de 1994, donde el tribunal subordinaba el cumplimiento de un tratado suscripto por Argentina, a que fuera compatible con los principios constitucionales de derecho público. (3) Una de las dudas que se presenta, por ende, es si la mención de “Fibraca” importa ahora, al menos parcialmente, abandonar la doctrina del control de convencionalidad impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que después de “Gelman2”, implica no solamente para un Estado seguir la jurisprudencia del tribunal regional, sino también cumplir íntegramente con sus pronunciamientos, cuando media “res judicata” internacional contra un Estado. La doctrina del control de convencionalidad fue aceptada por nuestra Corte (ver infra, 2, d).

2. Reexamen. Paradigmas.

La evaluación del problema obliga a aclarar con qué principios y valoraciones se maneja el investigador del caso. Van a ser tales pautas, en efecto, las que iluminarán la decisión del problema.

a) una nueva etapa del derecho de los derechos humanos. La primera consideración es que (en particular después de la segunda guerra mundial), el tema de los derechos humanos, por voluntad de los mismos Estados, desborda a los derechos nacionales e interesa, en mucho, al derecho internacional. Ello produce, según los casos, que emerjan declaraciones internacionales de derechos humanos, sobrepuestas incluso a las constituciones nacionales, y que para afianzar tales proclamas, se erijan autoridades internacionales en la materia, en particular de índole jurisdiccional, que evalúan los actos violatorios perpetrados por los Estados a esos derechos y que dictan sentencias obligatorias para los que han aceptado su jurisdicción.

b) Primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional. Paralelamente, se reconoce que los derechos humanos hacen al bien común internacional, y que éste, cuyo conocimiento tiene varios siglos de antigüedad, es superior al bien común nacional. (4) Ello importa, naturalmente, la domesticación de las gobiernos y de las democracias nacionales por el derecho internacional de los derechos humanos, sin perjuicio de admitirse, en ciertas situaciones, modulaciones de tales derechos (sin alterar su contenido esencial), en virtud un margen de apreciación nacional razonable y legítimamente aplicado. (5)

c) Un reajuste (en el fondo, rescate) del genuino concepto de soberanía y de su instrumento, la supremacía constitucional. Para comprender el nuevo estado de cosas, nada mejor que despejar al concepto de soberanía de sus parásitos y protuberancias dieciochescos y decimonónicos, y retornar a su fuente originaria. La soberanía, en voz de su autor intelectual, Jean Bodin (1576), es el “poder absoluto y perpetuo de una República” (Estado). Ello implica para el soberano una serie de competencias muy importantes, pero sometido, explica, al derecho divino, al natural, a la justicia, a la equidad, a las leyes fundamentales del Reino

y al derecho de gentes. Si Dios debe cumplir sus propias prometas, el Soberano, su vicario o representante en la tierra, también. (6)

Tal noción razonable y ajustada de la soberanía, compatible con el derecho internacional, es por cierto extraña a la versión agigantada y elefantiásica que después vino, que degeneró al concepto y lo tornó ilimitado, irrepreensible e inmune, cuando no en una idea descontrolada y caprichosa. En resumen, la soberanía nacional compatible con el derecho internacional, en su versión prístina, es una soberanía respetuosa de este último. Ser “soberano” es ser supremo, pero en lo nacional y con ciertos topes. Paralelamente, no implica que el soberano nacional sea dueño o que se encuentre por encima del derecho internacional, o que entienda a éste como un “derecho optativo” (algo así como el soberano cumpliría con derecho internacional que ha ratificado, pero no lo hace si lo reputa inconveniente, o contrario a su propio derecho). A su turno, la supremacía constitucional, instrumento de la soberanía nacional, importa hoy que la Constitución es por cierto la norma superior en la esfera nacional, pero no en el orden internacional. E implica que una Corte Suprema estatal, sea suprema en la órbita nacional, in suo ordine, mas no en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

d) Advertir que nos hallamos ante el Estado constitucional y convencional de derecho, y frente a la Constitución convencionalizada. Todo ello obliga a redimensionar conceptos y estructuras. El Estado no es hoy, solamente, un estado “constitucional”: también es un Estado “convencional” de derecho (recordemos esta expresión de Rodolfo L. Vigo), ya que admite la existencia de un bloque de convencionalidad, integrado al bloque de constitucionalidad, conformado por instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que tiene un vigor muy especial, y que por cierto es exigente, impetuoso y muy dinámico. Ese bloque de convencionalidad obliga al Estado porque el propio Estado lo ha aceptado, y lo hace, incrementándose, todos los días. A su vez, la Constitución nacional pasa a ser una Constitución convencionalizada, como la hemos bautizado, cosa que implica: (i) que alguno de sus tramos, incompatibles con el bloque de convencionalidad, no se aplican y pierden vigencia (por ejemplo, en

Argentina, la exigencia de contar con fuentes económicas de cierto rango para ser presidente, vicepresidente, senador o juez de la Corte Suprema, según el art. 55 de la Constitución Nacional, irremediablemente opuesto con el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica), (ii) que otros segmentos de la Constitución deben adaptarse, mediante selección de interpretaciones, o de interpretaciones mutativas por adición, sustracción o incluso mixtas, al derecho internacional de los derechos humanos. (7) Por ejemplo, también para Argentina, las facultades presidenciales de indultar, o las congresionales de amnistiar (arts. 99 inc. 5º y 75 inc. 20), deberán leerse con la salvedad de que no pueden incluir delitos de lesa humanidad; la prohibición de censura del art. 14, tendrá que interpretarse de un modo amplio, incluyendo su cobertura no solamente a la prensa escrita, sino para cualquier otro subtipo de ella.

Lo dicho obliga a reciclar, conformar, compaginar y hacer funcionar las reglas constitucionales nacionales con las pautas propias del derecho internacional de los derechos humanos, y asimismo, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, atento la doctrina del “control de convencionalidad” estatuida por ella y aceptada por nuestra Corte Suprema (8). Tal control de convencionalidad ha atravesado distintas etapas, en solamente diez años. Inicialmente tuvo un sentido negativo o represivo (los jueces nacionales no aplicar al derecho doméstico opuesto, en especial, al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Almonacid Arellano, Trabajadores cesados del Congreso, 2006). Luego asume un rol constructivo o correctivo (Radilla Pacheco, 2009): aplicar el derecho interno adaptándolo a tales pautas regionales. Finalmente, al control de convencionalidad se le suma la ejecución completa y leal de las sentencias de la Corte Interamericana respecto de un Estado condenado (Gelman 2, 2013).

e) Afirmar la interpretación orgánica, sistemática y dinámica de la Constitución. Argentina sancionó, en 1994, una reforma harto significativa, con soles y bemoles, y también con imprecisiones y galimatías de alto vuelo. Por ejemplo, su art. 75 inc. 22 otorgó rango constitucional a ciertos instrumentos internacionales, entre ellos a la Convención Americana sobre derechos humanos,

pero lo hizo con una frase sibilina que daría envidia al mismo Maquiavelo: Dispuso, en efecto, que tales declaraciones y convenciones no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Veremos las secuencias actuales de tal frase.

De todos modos, el intérprete-operador local debe asumir una actitud positiva y práctica en la exégesis de todo el complejo normativo constitucional. Si uno de los documentos del art. 75 inc. 22 instaura un tribunal internacional, con facultades para dictar sentencias compulsivas para el Estado argentino, es obligado que no podrá interpretar las normas de la primera parte de la Constitución como si nada hubiese pasado: antes bien, tendrá que procurar armonizar y compatibilizar a todo el texto constitucional. Y efectivamente, la Corte Suprema así lo ha procurado hacer varias veces, como veremos más adelante.

f) la Corte Suprema debe tener en cuenta sus precedentes. Al mismo tiempo, y por un mínimo de congruencia y de respeto hacia la comunidad, el alto tribunal argentino no debe resolver omitiendo la propia doctrina que ella ha sentado. Desde luego, puede variar de criterio, pero dando razones de peso, fundadas y valederas para hacerlo. Inclusive, alguna vez ha explicado cuándo y cómo puede mutar su doctrina, (9) tesis que no ha sido removida. Y si ella, con ciertas razones, reclama que los tribunales inferiores sigan sus lineamientos jurisprudenciales, ello la autoobliga a adoptar una misma actitud respecto de ella misma, o que dé las razones del cambio.

g) La Corte Suprema debe atender a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A su vez, es obligado que la Corte argentina tenga en cuenta los criterios de la Corte Interamericana vertidos en un caso anterior. Si entendiera que está legitimada para apartarse de ellos, tendrá que dar explicaciones muy convincentes y sólidas para sostener lo contrario, en un nuevo veredicto. Habiendo aceptado la tesis del control de convencionalidad, no le queda otra alternativa válida.

h) La interpretación internacional de la Constitución Nacional. En anterior oportunidad hemos destacado que la constitución argentina no es ahora solamente interpretada por los jueces argentinos, sino también por órganos internacionales. Puede hablarse, entonces, de órganos externos de interpretación constitucional. (10) Por ejemplo, para evaluar si ha habido una infracción a derechos emergentes del Pacto de San José de Costa Rica, la Corte Interamericana a menudo debe interpretar las reglas del derecho interno de cada país, incluyendo a su constitución. Naturalmente, tal interpretación es algunas veces necesaria para meritar si efectivamente ese país cumplió con su constitución, si realizó una exégesis razonable de ella y si verificó una interpretación “conforme” de esa Constitución con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana (ver supra, d). En todo ese trabajo, el intérprete definitivo de la constitución nacional no será la Corte Suprema estatal, sino la Corte Interamericana cuando analiza si hubo o no violación a los derechos del Pacto, porque es ella la que emite el fallo “definitivo e inapelable” sobre el punto (art. 67 del Pacto).

En síntesis, este nuevo y fluctuante paisaje –que hemos reseñado en alguno de sus rasgos- de las relaciones del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho constitucional local, tanto en el ámbito normativo como en el empírico y el axiológico, obliga a reenfoques y visualizaciones acordes con el actual estado de cosas. En tal escenario, ciertos criterios otrora predominantes, por cierto en su momento legítimos y de significativa calidad jurídica (como ocurre, en la sentencia “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, con las muy valiosas citas del pensamiento de Joaquín V. González o determinadas prácticas diplomáticas argentinas), pueden no resultar, de vez en cuando, y no obstante, repetimos, su mérito, los mas funcionales para atender en su plenitud a la problemática contemporánea.

Algo parecido puede ocurrir con la intelección de un tratado internacional de derechos humanos, si se lo interpretase solamente conforme con las pautas históricas con las que se lo elaboró. Tales criterios son muy útiles, pero el operador debe reputar, al mismo tiempo, que los convenios y declaraciones

internacionales de aquella índole son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffo vs. Chile”, párrafo 83, y sus antecedentes). Con ello quiere significarse que aún el texto competencial de un ente jurisdiccional supranacional puede registrar con el tiempo legítimas mutaciones por adición, en aras de afianzar el sistema de derechos que se procura salvaguardar. El “control de convencionalidad” es una buena muestra de ello.

3. La interpretación literal de la Constitución.

Vamos así al argumento quizá basal del fallo de la Corte Suprema Argentina, en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación”, en el sentido que el art. 75 inc. 22 de la Constitución sostiene la imperturbabilidad del art. 27 de la misma, en cuanto que hay principios de derecho público constitucional que prevalecen sobre los tratados internacionales, incluso, aparentemente, sobre los de derechos humanos. Y que dicho artículo, combinado con el 108, aseguran la condición de suprema, de nuestra Corte federal, nota que se vería restringida si se consintiera que puede ser obligada a dejar sin efecto un veredicto suyo, por decisión de la Corte Interamericana.

El argumento es relativo: El art. 108 de la Constitución, invocado por la Corte Suprema en “Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación”, para decidir que no puede ser obligada a revocar sus propias decisiones, y que define a la Corte nacional como “suprema”, está en verdad en la segunda parte de la Constitución. Desde un ángulo exclusivamente literal, podría por tanto verse afectado por un tratado con rango constitucional, según las palabras del art. 75 inc. 22. La cobertura genérica del art. 27 (los “principios de derecho público” de la Constitución) queda de tal modo aquí diluida, ante una regla puntual y concreta, la del art. 108, referida a la condición de “suprema” de la Corte, regla que cede ante la prioridad jurídica del tratado con rango constitucional, sobre las disposiciones de la referida segunda parte de la Constitución.

En segundo término: por interpretación de la Corte Suprema, en el caso “Nardelli”, los principios de derecho público de la Constitución menados por su art. 27 no son ahora exclusivamente los insertados en su texto formal, sino también los que se desprenden de los tratados con rango constitucional del art. 75 inc. 22. (11) Esta construcción jurisprudencial, quizá opinable pero no carente de sentido, es una típica y esforzada construcción de interpretación orgánica o sistemática, o compatibilizadora, por cierto muy importante, entre los aludidos arts. 27 y 75 inc. 22 de la constitución, y que no resulta rebatida ni criticada en por la Corte en “Ministerio de Justicia de la Nación”.

Finalmente, hay otra tesis, explicada por varios jueces de la Corte en algunos veredictos (si bien se duda que alguna vez hayan conformado una mayoría absoluta), que indica que los constituyentes de 1994, al otorgar rango constitucional a ciertos instrumentos, declaraciones y convenciones, reputándolos “complementarios” (según el aludido art. 75 inc. 22) de los derechos reconocidos por la Constitución, ya habían realizado un juicio de compatibilidad, en sentido afirmativo, entre los referidos documentos y la Constitución. (12) Aunque esta tesis de la presunta revisión (y aprobación) por la propia convención constituyente de la concordancia entre ésta y aquéllos suene a cuento de hadas, lo cierto es que nuestra Corte Suprema, en “Ministerio de Justicia de la Nación” si no coincidía con ella, bueno habría sido que dijera por qué.

4. El texto del Pacto de San José de Costa Rica.

Este documento promueve dos observaciones para el caso bajo examen.

I. El art. 63 de la Convención Americana sobre derechos humanos expone que Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte (Interamericana de Derechos Humanos) dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El art. 67 añade que El fallo de la Corte (Interamericana) será definitivo e inapelable. El art. 68, que Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

De la simple lectura de estas cláusulas surge el deber (por parte de la Corte Interamericana) de que ella garantice al lesionado en el goce de un derecho o libertad conculcado, y que bien puede tal obligación comprender (digamos, hasta parece indispensable que incluya), que si la lesión se ha perpetrado mediante una o varias sentencias, ellas sean revocadas. Asimismo, para reparar “las consecuencias” del hecho lesivo, es perfectamente comprensible que ello incluya que se revoque el o los fallos que lo provocan. Esto pudo no haber aparecido explícitamente en los antecedentes del Pacto de San José de Costa Rica, pero también importa algo lógicamente deducible del citado art. 63.

En síntesis, lo dispuesto por la Corte Interamericana en “Fontevicchia”, es, dentro de lo opinable del tema, una interpretación posible de las facultades de tal tribunal, en el contexto del art. 63 del Pacto de San José de Costa Rica. Podría agregarse que en materia de sus competencias, es el propio órgano actuante (dicha Corte Interamericana) el a su vez competente para entenderlas e interpretarlas, según doctrina aceptada por el derecho internacional. (13)

Es cierto que la Corte Interamericana podría haber establecido, ella misma, al detectar la responsabilidad internacional de un Estado, la inconvencionalidad del fallo de la Corte Suprema argentina que juzgó violatorio de la libertad de expresión, reputándolo per se inválido (por lesionar al Pacto de San José de Costa Rica) y carente de efectos jurídicos. Algo parecido ocurrió en el caso de La última tentación de Cristo, respecto de una sentencia de la Corte Suprema de Chile, calificada por la Corte Interamericana como atentatoria contra la libertad de expresión enunciada en el pacto de San José. También, en “Atala Riffo vs. Chile”, la Corte Interamericana consideró que varios segmentos de una sentencia de la misma Corte Suprema de Chile, infringían reglas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto, v. gr., del derecho de menores a ser oídos en un proceso, tutelar el interés superior del niño, de vida privada y no discriminación, etc. (ver párrafos 130 y siguientes, 146, 154, 208, de tal fallo),

todo sin exigir que la Corte Suprema nacional revocase tales veredictos, los que a la postre, no obstante, terminarían jurídicamente inaplicables en los tramos descalificados por la Corte Interamericana..

Tal habría sido, nos parece, la vía más elegante. La otra, la que se siguió en “Fontev ecchia”, puede quizá ser visualizada a su vez como algo más respetuosa de una Corte Suprema nacional (en el sentido que la Corte Interamericana no revoca por ella misma el fallo de la Corte estatal, sino que dispone que sea la propia Corte Suprema que lo haga), pero está visto que no todos lo estiman así.

Lo dicho no tiene que ver con el rol subsidiario o complementario de la Corte Interamericana, en el sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, se podrá actuar en subsidio, supletoriamente, secundariamente o como se lo quiera llamar, pero en definitiva, si un juez nacional viola un derecho del Pacto, su sentencia deberá entenderse inválida por la Corte Interamericana, satisfechos los recaudos de admisibilidad y procedencia para que tal Corte actúe, conforme al derecho procesal transnacional. Tampoco significa mucho el debate acerca de si el papel de la Corte Interamericana importa o no en sentido estricto el de una “cuarta instancia” (cosa que ella misma obsesivamente niega, como que constituya un grado de apelación) (14): aunque no lo fuere, debe descalificar de algún modo como inconvenientes los fallos que afectan los derechos emergentes de la Convención americana, precisamente, como indica el art. 63 de la misma, para garantizar de modo efectivo el ejercicio del derecho en juego, perturbado por el fallo impugnado.

II. El referido art. 68 del Pacto postula un cumplimiento íntegro y de buena fe del fallo de la Corte Interamericana, por parte del Estado condenado. Como regla, no admite excepciones, retaceos o evasiones directas o indirectas. No va con su texto o espíritu que el Estado alegue, la inejecutoriedad de la sentencia interamericana. No habilita al Estado nacional (ni a su Poder Ejecutivo, ni a su Corte Suprema) a convertirse en juez evaluador de la Corte Interamericana, como de hecho ocurrió con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, mediante lo que Ayala Corao denomina la “doctrina del pasavante” o

del exequatur local, producto de lo que este autor llama también nacionalismo constitucional absoluto. (15)

Desde luego que una Corte nacional, con serios fundamentos de derecho, puede entender, no obstante que lo cumpla, que un fallo de la Corte Interamericana es incorrecto, ya por realizar una apreciación errónea de los hechos, ya por malinterpretar el derecho aplicable (tanto el Pacto de San José como la Constitución o las normas nacionales), o por exceder sus competencias. Ello es perfectamente entendible, y una buena muestra de ello es, para el caso de la Corte Suprema argentina, “Bulacio”. (16) Más todavía: quizá es positivo que la Corte Suprema estatal exponga francamente sus disidencias y salvedades, las que, de ser adecuadas, deberían motivar, mediante tal diálogo, aclaraciones, correcciones o revisiones posteriores por parte de la Corte Interamericana, órgano que también tiene algo o mucho que aprender de lo que digan las cortes nacionales.

Pero de ahí a que la Corte Suprema estatal alegue inejecutoriedad, y se niegue a cumplir a un hipotético veredicto, hay otro paso, vedado por los arts. 67 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica. De hecho, si lo hiciera, dicha Corte estaría apartándose de esta última. cláusula, mutándola en un punto esencial, en el sentido que, ya en todo, ya en parte, la sentencia de la Corte Interamericana debe obedecerse salvo que la Corte Suprema local decidiera que no debe obedecerse.

Debe tenerse presente que el Estado nacional no puede argüir normas de derecho interno para incumplir con un tratado internacional. Este postulado, común y repetido en el derecho internacional contemporáneo, admite por cierto varias excepciones (de trámite en la adaptación del tratado), pero no de fondo. (17) De lo contrario, claro está, el derecho internacional de los tratados sería un manual de buenos modales pero no de derecho positivo exigible. Para nuestro caso, está en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, contempla precisamente el tema en sus arts. 27 y 46, y es norma vigente para Argentina.

Desde luego, la obligación de cumplimiento del art. 67 del Pacto de San José, como cualquier instituto jurídico, tiene sus topes.

Podría ocurrir, v. gr., que si una Corte Suprema, juzga que una sentencia de la Corte Interamericana, o varias, resultan gravemente absurdas o arbitrarias, groseramente infundadas o ignorantes de competencias nacionales ineludibles, inste al Estado afectado a retirarse del sistema de la Convención Americana de Derechos Humanos y consecuentemente, de la autoridad de la Corte Interamericana, mediante la denuncia del caso y desde luego con efectos hacia el futuro. Tal actitud sería por cierto jurídicamente muy dura, como políticamente difícil y muy costosa, pero tendría la virtud de la franqueza y de la sinceridad, y además, está permitida por el Pacto de San José de Costa Rica (art. 78).

Finalmente, si una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos infringiese de manera grave una regla de derecho natural, en particular lesionando irremediable y esencialmente un derecho humano natural innegablemente fundamental (en otras palabras, un fallo negatorio de algo esencial, significativo y básico para la dignidad humana), adquiriría el triste título de sentencia aberrante (18) y su desobediencia por una Corte nacional resultaría explicable (desde una perspectiva iusnaturalista, a la que adherimos), no por razones de soberanía o supremacía constitucional, ni por la condición de la corte estatal como suprema (según su definición constitucional), sino por tratarse de una norma de derecho positivo (individual, diría Hans Kelsen), que solamente tiene apariencia o cáscara de derecho, pero que no es esencialmente derecho, sino un no-derecho. Para decirlo en palabras de Gustav Radbruch, “la injusticia extrema no es derecho”, tesis aceptada, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en torno, v. gr., a ciertas normas del “derecho” nazi y del comunista de la República Democrática Alemana. (19) Hablamos, desde luego, de una situación excepcionalísima y terminal, aplicable también a cualquier regla jurídica de derecho positivo, nacional o internacional, que incurriere en el mismo e insalvable defecto de infracción frontal al derecho natural.

5. Conclusiones.

De la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que apuntamos cabe destacar la franqueza de los votos renuentes a ejecutar parte de lo dispuesto por la Corte Interamericana. Exhiben, asimismo, una argumentación prolija e interesante, que tiene muy en cuenta la mirada del derecho constitucional nacional, digna por cierto de considerarse. También cabe señalar que en un diálogo interjurisdiccional, a raíz de las objeciones que formulan esos votos, pueden emerger otras vías (incluso ya ensayadas por la Corte Interamericana), para restar eficacia a veredictos nacionales lesivos de derechos humanos, sin recurrir, necesariamente, a que el tribunal regional ordene su revocación por el órgano que los dictó. También, desde una perspectiva más amplia, la resolución argentina puede operar como una suerte de prevención contra el llamado “internacionalismo fundamentalista”, o intransigente, (20) tan dañoso como su inversa, el “constitucionalismo nacional absoluto” que late en algunos países, y al que nos hemos referido.

En síntesis, la moraleja es que el control de convencionalidad requiere para su éxito contar con resoluciones de la Corte Interamericana que sean sin hesitación intrínsecamente razonables y justas, y al mismo tiempo hábiles y prudentes, que alcancen sus fines básicos (la custodia de los derechos humanos) mediante los caminos procesales más adecuados según el contexto existente. Hace a la estrategia y política judicial del tribunal imaginar las rutas más eficaces para lograr sus objetivos, en orden a lograr un buen suceso en la meta de proteger el derecho vulnerado, que es lo importante.

A su vez, el tema de la inobservancia por parte de una Corte Suprema nacional, de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, implica en cualquier caso un asunto de especial gravedad que debe visualizarse dentro del actual entramado jurídico de las relaciones entre el derecho interno y el internacional de los derechos humanos, con estos indicadores clave:

a) en lo axiológico, admisión del bien común internacional (comprendido del derecho internacional de los derechos humanos), sobre el bien común nacional;

- b) en lo político, un rescate de la idea inicial (esto es, ajustada) de la soberanía nacional, como una herramienta compatible con el derecho internacional y la observancia de los tratados;*
- c) adecuación del concepto de supremacía constitucional in suo ordine, esto es, al ámbito nacional;*
- d) cabe subrayar la necesidad de practicar con la constitución nacional una “interpretación conforme” con el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina del control de convencionalidad que inicialmente ha sido aceptada por nuestra Corte Suprema, dando por sobreentendido, claro está, que si una norma doméstica es más favorable para la persona, prevalece sobre la regla del derecho internacional;*
- e) alertar que en el derecho internacional, un organismo jurisdiccional de esa índole está autorizado a interpretar las reglas que delimitan su competencia; y que el Estado nacional, como principio, no puede alegar cláusulas del derecho interno para eximirse de sus compromisos internacionales;*
- f) .reconocer que es una competencia posible de la Corte Interamericana, a tenor del art. 63 del Pacto de San José de Costa Rica, invalidar (por inconvencional) un fallo de la judicatura nacional que lesione un derecho enunciado en tal instrumento; y como una alternativa no excluida, disponer que quien lo dictó lo deje sin efecto;*
- g) auspiciar una interpretación armónica entre los arts. 27, 75 inc. 22 y 108 de la Constitución argentina, advirtiéndole que este último, que establece la condición de suprema de nuestra máxima Corte Federal, está en la segunda parte de la Constitución, dato muy significativo con relación a un tratado de derechos humanos declarado por la reforma de 1994 con jerarquía constitucional;*
- h) la condición de suprema de la más alta corte federal, continúa por cierto, aunque enmarcada in suo ordine nacional;*
- i) siempre queda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la facultad de exponer las razones que a su criterio deslucen una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en pro de un diálogo entre ambos*

tribunales; y desde una perspectiva iusnaturalista, en casos harto excepcionales, ante una sentencia incuestionable y extremadamente injusta por evidente violación de derechos naturales fundamentales inherentes a la dignidad humana (sentencia aberrante), no cumplir un fallo que solamente tenga la apariencia de derecho (del mismo modo que, siguiendo la regla de Radbruch, no cabe reconocer como derecho a una regla positiva portadora de una injusticia extrema). Por último, también podría sugerir a los poderes ejecutivo y legislativo la denuncia del Pacto de San José de Costa Rica, si la cuestión permaneciera insoluble, aunque esta alternativa es demasiado costosa y prima facie desaconsejable en el ámbito jurídico, político e incluso axiológico, a la luz del bien común internacional y del nacional.

j) por último, si la Corte Suprema abandona una tesis jurisprudencial suya anterior, es imprescindible, por básicas razones de seguridad jurídica, indicar con absoluta claridad y explícitamente en qué medida y por qué razones lo hace. También, si se aparta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal tarea es –por razones obvias– más notoria en casos de importancia, y resulta más obligada también en la medida en que la Corte Suprema demanda a los tribunales inferiores que sigan, ya por razones de tipo moral, ya institucional, su doctrina judicial.

Notas

() El presente trabajo se incluye en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.*

(1) CSJN, Fallos, 324:2895.

(2) En concreto, tratándose de un funcionario público (aun el Presidente de la república), para adentrarse en el ámbito de su privacidad debe mediar un interés público, conectado con la tarea pública del mismo, que justifique su difusión. El interés público genuino no debe consistir en la mera curiosidad de la gente en auscultar lo que hace en su esfera de privacidad tal funcionario. Ver Cám. Nac. Civ., sala H, también en “Menem Carlos S.”, LL 1998-B-628.

(3) Cfr. CSJN, “Acosta”, Fallos 335:533, y Gelli María Angélica, *El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso “Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación*, LL 2010-C-1192. Sobre “Fibraca”, ver CSJN, Fallos, 316:1669.

(4) *Sobre el bien común internacional*, v. por ejemplo Dabin Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno. México 1946, ed. Jus, p.471; Pereña Vicente Luciano, *Comunidad y autoridad supranacional*, en *Comentarios a la Pacem in Terris*, p. 559, y *La tesis de la coexistencia pacífica en los teólogos clásicos españoles*, Instituto Social León XIII, Gráficas Ibérica, Madrid 1963, p. 62. Nos hemos referido con más detalle al tema en Sagüés Néstor Pedro, *Integración y desintegración del concepto de soberanía*, tesis doctoral, Madrid 1966, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, p.214 y ss.

(5) *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2ª ed., México 2016, Porrúa, p. 330. Ver, con mayor detalle, Núñez Poblete Manuel y Acosta Alvarado Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, 2012, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, *passim*.

(6) Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Jean Bodin y la escuela española*, Instituto de Derecho Público y Ciencias Política, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica Argentina, Rosario, 1978, p. 76.

(7) Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, *ob. cit.*, p. 356; *Empalmes sobre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada”*, en Von Bogdandy Armin, Morales Antoniazzi Mariela y Piovesán Flavia (coords.), *Estudios avanzados de derechos humanos*, Río de Janeiro, 2013, ed. Elsevier, p. 617 y ss.

(8) Ver, por ejemplo, CSJN, “Mazzeo”, Fallos, 330:3248, “Videla y Massera”, *Jurisprudencia Argentina*, 2010-IV-836. Ver también “Rodríguez Pereyra”, *Jurisprudencia Argentina*, 2013-II-133, y “Arce”, CSJN, 5/8/14, cuando indica que las decisiones judiciales firmes deben ser revisadas a favor del condenado, cuando sobrevienen circunstancias inconciliables con la sanción impuesta, por ejemplo a raíz de una sentencia de la Corte Interamericana. Hemos desarrollado el tema con mayor extensión en Sagüés Néstor Pedro, *El control de convencionalidad en Argentina. ¿Ante las puertas de la constitución convencionalizada?* En Pizzolo Calogero y Mezzetti Luca (Coords), *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*, Buenos Aires, 2016, Astrea, t. I p. 311.

(9) Ver CSJN, “B., A. D. c / Provincia de Buenos Aires”, en *Jurisprudencia Argentina* 2006-II-92. Con más profundidad nos referimos al tema en Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, 2006, Ed-Hoc, p. 281.

(10) Puede hablarse, entonces, de un control supranacional o internacional, según los casos, de constitucionalidad, practicado mediante el “control de convencionalidad”. V. Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución*, Buenos Aires 2017, Astrea, t. 1 p. 481; *Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario*, Buenos Aires 2013, 4ª ed., 2ª reimpresión, Astrea, t. 1 p. 64 y ss., donde planteamos que se da una situación curiosa cuando la Constitución local contempla un intérprete final de ella (v. gr., una Corte suprema, un Tribunal Constitucional), pero un tratado internacional erige un órgano jurisdiccional inter o supranacional que revisa esas interpretaciones domésticas y emite una sentencia obligatoria para el Estado.

(11) CSJN, Fallos, 319:2557.

(12) Hemos llamado a esta tesis de la comprobación o verificación por el constituyente, entre los tratados a los que la convención de 1994 dio rango constitucional, y la primera parte de la Constitución. Ver Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Constitucional, El estatuto del poder Buenos Aires* 2017, Astrea, t. 2 p. 65. Repetimos que tal comprobación o verificación no se ha históricamente comprobado.

(13) *Faúndez Ledesma, Héctor, El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales, 3ª ed, pp. 601 y 602, cit. por Nuño Alejandra, Artículo 69, en Steiner Christian y Uribe Patricia., Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Bogotá, 2014, p. 894.*

(14) *La Corte Interamericana repite hasta el cansancio que no ejercita una “cuarta instancia”, pero reconoce que debe ocuparse de “examinar los respectivos procesos internos” seguidos ante los tribunales locales, analizando algunas veces con meticulosidad cuestiones de hecho y de derecho doméstico, incluyendo la convencionalidad de los fallos de instancias de apelación, como los habidos ante la Corte de Justicia del Caribe. Como una muestra de que la Corte Interamericana evalúa minuciosamente hechos e interpreta al derecho local, al estilo de una cuarta instancia, puede verse el caso “Furlán c. Argentina”. Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, La constitución bajo tensión, Querétaro, 2016, Instituto de Estudios Constitucionales, pp. 432/3, 449 y ss.*

(15) *Ayala Corao Carlos, La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela 1999-2009), en von Bogdandy Armin, Ferrer Mac Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela, (Coords.) La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un jus constitutionale commune en América Latina? México 2010, Max Plack Institut, UNAM, t. II ps. 104 y 112.*

En anterior ocasión, órganos jurisdiccionales peruanos declararon (durante el régimen de Alberto Fujimori) “inejecutables” sentencias de la Corte Interamericana, finalmente sin mayor éxito. Estudiamos el tema en Sagüés Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, ob. cit. en nota 9, pp. 253-256.

(16) *CSJN, Fallos, 327:5668.*

(17) *El art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, norma vigente en Argentina, determina que un Estado no podrá alegar reglas de derecho interno para eximirse de cumplirlo. El art. 46 permite alegar violaciones manifiestas de reglas fundamentales del derecho interno, respecto de la*

competencia para celebrar un tratado. Nos remitimos a Sagües Néstor Pedro, Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución. Ob. cit., t. 1, p. 410 y ss.

(18) Nos remitimos a Sagües Néstor Pedro, La constitución bajo tensión, ob. cit., p.443 y ss., donde entendemos que la sentencia “aberrante”, cuya naturaleza viciosa es más grave de la propia de una sentencia “derrotable”, plantea algo similar a un “caso trágico”, en la terminología de Manuel Atienza, donde para resolver un problema es necesario vulnerar el ordenamiento jurídico positivo.

(19) Ver sobre el tema Vigo Rodolfo Luis, La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy), reimpresión, Buenos Aires 2006, ed. La Ley, pp. 87 y ss., 93 y ss., entre otras.

(20) Tal internacionalismo talibánico, que otros denominan crudamente “salvaje”, niega, por ejemplo, la posibilidad de aplicar la doctrina del “margen de apreciación nacional” en la vigencia de los derechos humanos, y sostiene la aptitud ilimitada de los tribunales internacionales, e incluso de ciertos comités programados en ocasión de pactos internacionales de derechos humanos, para obligar según su criterio discrecional, omnímoda e irrestrictamente, a los Estados nacionales, incluso alterando a piacere lo dispuesto por los tratados por los que fueron erigidos. En sus versiones más entusiastas, esa posición autoriza a estos entes a desvirtuar, generalmente por razones ideológicas, el contenido esencial de los derechos enunciados en un convenio o declaración. Tal extremismo no ha invadido, afortunadamente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y es de esperar que permanezca alejado de él.

