



**Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados  
"DEMOCRACIA Y DERECHOS"  
31 de mayo y 1º de junio de 2012**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

**El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales.**

por Marcos Agustín Villanueva

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es sin lugar a dudas la base más importante del Sistema Interamericano, ya que los Estados partes en esta se han comprometido a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

La influencia que ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos de los países que se encuentran sujetos a este régimen ha sido desde sus orígenes muy importante e influyente.

En los tiempos que corren, sería irracional imaginar el resguardo del sistema de derechos, sin pensar en la idea de que la convencionalidad debe ir de la mano a la constitucionalidad, donde se tendrían en cuenta no solo los derechos fundamentales consagrados en nuestra fuente interna, sino también aquellos que están consagrados en la externa, donde además, el margen de apreciación por parte de cada ordenamiento jurídico interno debiera de ser llevado a cabo de una forma lisa y llanamente honesta a los efectos de no violar los preceptos ya reconocidos internacionalmente.

## **I.- Introducción**

Tratare de esbozar, en un primer término cuales son desde sus orígenes, las funciones que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte, o la Corte IDH), mencionando cuales son las características principales que hacen a sus funciones contenciosa y consultiva.

Desarrollare como se ha llevado a cabo el reconocimiento por parte de nuestro país de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (a partir de ahora, la CADH), también llamada Pacto de San José de Costa Rica.

Luego de reconocer la competencia de la Corte IDH, surgirá claramente la necesidad de que nuestros magistrados al momento de administrar justicia no solo tengan en cuenta los preceptos incluidos en la Constitución Nacional, sino que además realicen el llamado control de convencionalidad, lo que significa hacer una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Marcare cuales son las diferencias existentes entre el control de constitucionalidad, que es el que realizan los organismos judiciales internos para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y, el control de convencionalidad, teniendo en cuenta que si ese cuerpo declara no convencional un determinado precepto doméstico el país debe inmediatamente adaptar su legislación interna incluyendo su propia Constitución bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad estatal, conforme lo establece los arts. 1.1 y 2 de la CADH.

Finalmente y teniendo en cuenta la jurisprudencia local e internacional, marcare la importancia y la relación que tienen –a pesar de las dificultades que en reiteradas oportunidades les ocasiona a los órganos del poder judicial- la idea del control de convencionalidad donde el margen de apreciación necesariamente debe ser llevado a cabo por cada uno de los jueces que representan los distintos ordenamiento jurídicos internos de los Estados, de una forma lisa y llanamente honesta a los efectos de no violar los preceptos y los derechos humanos más fundamentales, que tanto nuestro país como otros tantos han reconocidos internacionalmente.

## **II. La Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica se abrió a firma, ratificación y adhesión la CADH, además de que se previó con amplitud y precisión los derechos humanos, se confió su promoción y control a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su protección jurisdiccional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) ya había sido creada desde 1959, por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959. El Consejo de la Organización de

Estados Americanos (en lo subsecuente, la OEA), aprobó el Estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960. El 29 de junio de ese año el Consejo eligió a los primeros siete miembros de la Comisión, por lo que el 3 de octubre de 1960 la Comisión se instaló formalmente en su sede permanente en Washington.

Entre otras funciones, la Comisión tiene las de recibir las peticiones o comunicaciones en las que se alegue la violación de cualquiera de los derechos reconocidos en la CADH si determina que es admisible la petición o comunicación, realiza un examen del asunto y, si es necesario, lleva a cabo una investigación. Con base en el examen, investigación e informes del Estado interesado, debe procurar una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención. La comisión prepara un informe en el que expondrá los hechos, sus conclusiones y recomendaciones, que hace del conocimiento del Estado interesado. En caso de que las recomendaciones no sean aceptadas por el Estado, la Comisión podrá someter el caso a la decisión de la Corte (artículos 41, inciso f, 45, 46, 47 y 48 de la CADH).

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación a la Convención por un Estado parte (artículo 44).

La Corte IDH, fue creada por el Pacto de San José de Costa Rica de 1969. Este tribunal supranacional se integra por siete jueces nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad (artículo 52).

Los jueces de la Corte son elegidos en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados parte en la Convención, en la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados (artículo 53.1). Los jueces de la Corte son elegidos para un periodo de seis años y solo podrán ser reelectos una vez (artículo 54.1).

La Convención entró en vigor hasta el 18 de julio de 1978, por lo que fue hasta el 22 de mayo de 1979 cuando fueron electos los primeros siete jueces de la Corte. Desde el 20 de noviembre de 1978 los Estados partes de la Convención señalaron como sede permanente de la Corte, San José de Costa Rica, donde se instaló desde el 3 de septiembre de 1979.

## **1. Competencia de la Corte IDH.**

De acuerdo con lo que dispone el artículo 2 del Estatuto de la Corte IDH<sup>1</sup> este tribunal supranacional tiene a su cargo el ejercicio de una función jurisdiccional y de otra de carácter consultiva: la primera se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la CADH, y la segunda por las disposiciones del artículo 64 de la misma Convención.

---

<sup>1</sup> Aprobado mediante resolución No. 447 de la Asamblea General de la OEA, en su noveno período de sesiones, celebrada en la Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

### a. Competencia consultiva.

Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos. Asimismo, también podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos que se encuentran enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. (64.1)

Al emitir su opinión consultiva OC 1/82, la Corte hizo una interpretación muy amplia de lo que debe entenderse por “otros tratados”. En esa ocasión la Corte expuso lo siguiente: “*De todo lo anterior puede concluirse que el propio texto del artículo 64 de la Convención, el objeto y fin de la misma, las normas de interpretación consagradas en el artículo 29, la práctica de la Comisión y los trabajos preparatorios, están todos orientados unívocamente en el mismo sentido. No existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste.*”<sup>2</sup>. En palabras del Dr. Germán Bidart Campos esta opinión consultiva, nos da, el testimonio, de que el arco normativo del sistema interamericano de derechos humanos es muy amplio y muy abierto. Esto es así, dado que, “*el plexo normativo de derechos, de fuente internacional y de fuente interna, enriquece potencialmente al sistema, y obliga a interpretarlos siempre con tendencia a buscar, encontrar y aplicar la norma que desde cualquier fuente apta, responde al principio –pro homine–; o sea, al principio de mayor favor para la persona cuyos derechos o libertades se trata de interpretar, y también de aplicar.*”<sup>3</sup>

Entre los principales instrumentos de nuestra región que pueden ser objeto de la función consultiva de la Corte, podemos mencionar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Carta de la Organización de los Estados Americanos; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; el Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ambas de Belém do Pará, de 1994; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la Convención contra el Terrorismo, de 2002.

---

<sup>2</sup> Opinión Consultiva OC-1/82 del 24/09/1982 “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 CADH). Solicitada por Perú

<sup>3</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Derechos Humanos: Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, Tomo I, p. 65.

## **b. Competencia contenciosa.**

La Corte IDH ejerce la función jurisdiccional a través de su competencia contenciosa, cuando algún Estado parte o la Comisión deciden someterle un caso sobre violación de un derecho o libertad protegidos en la CADH. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especial o bien por convención especial (artículos 61.1 y 62.3 de la CADH).

Además para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que se haya seguido el procedimiento ante la Comisión, que regulan los artículos 48 a 50 de la CADH, y que se hayan interpuesto y agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional (artículos 46.1, inciso a, y 61 del Pacto de San José).

La función jurisdiccional de la Corte se desarrolla a través de un proceso, que se compone de un procedimiento escrito y de otro oral. El procedimiento escrito corresponde los actos a través de los cuales se determina el contenido del litigio: sometimiento del caso por la Comisión o por un Estado parte, examen preliminar del sometimiento del caso, escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, contestación del Estado y excepciones preliminares. (artículos 34 a 44 del Reglamento de la Corte IDH). El procedimiento oral se integra por las audiencias a través de las cuales se practican las pruebas (artículos 45 a 55 del Reglamento mencionado).

El fallo de la Corte, que debe ser motivado, es definitivo e inapelable. Solo se prevé que, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará, a solicitud de cualquiera de las partes presentada dentro de los 90 días siguientes a su notificación. Los Estados partes de la CADH asumieron la obligación de cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes, así como a que la parte del fallo que disponga una indemnización compensatoria se ejecute en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículos 66 a 69 de la CADH).

## **II. Introducción de la Republica Argentina al sistema interamericano: El reconocimiento de la competencia de la Corte IDH.**

Fue el 27 de marzo de 1984, con la entrada en vigencia de la ley 23.054 que la Argentina reconoció –en su art. 2– la competencia de la Comisión por tiempo indefinido y de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.

Resulta necesario para poder analizar cómo el derecho internacional comenzó a insertarse dentro de nuestro derecho interno, realizar un análisis jurisprudencial de las distintas posturas que a lo largo del tiempo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (a partir de ahora, CSJN) ha ido adoptando.

El primer indicio de esta injerencia, se da antes de la reforma de 1994, más precisamente en 1992, cuando la CSJN en oportunidad de expedirse en el caso Ekmekdjian c/ Sofovich<sup>4</sup> falló: "*Que la interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*". En este fallo, además, la CSJN reconoció la supremacía legal de los tratados por sobre las leyes nacionales.

Dos años más tarde y llegada la reforma constitucional del año 1994, donde se produjo el reconocimiento de la jerarquía constitucional de manera directa a diez instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la posibilidad de otorgar igual jerarquía en el futuro a otros "tratados y convenciones" sobre la misma materia, consagran de esta manera, una clara apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien, desde sus orígenes, nuestro ordenamiento permitía la incorporación de normas convencionales internacionales mediante la regulación constitucional del régimen de los tratados internacionales, la reforma de 1994 estableció una jerarquía hasta entonces inédita en nuestro medio respecto de las citadas normas.

Dichos instrumentos incorporados expresamente en nuestra norma fundamental gozan de jerarquía constitucional, lo que significa, que, si bien no forman parte del texto de nuestra Constitución Nacional (en adelante CN), conforman juntos el —Bloque de Constitucionalidad Federal—.

Podría decirse así, que en la cúspide, donde anteriormente reinaba de forma exclusiva y absoluta la CN, ahora los instrumentos internacionales pasan también a tener su misma jerarquía.

Como apreciaremos a continuación, nuestro máximo tribunal no siempre mantuvo el mismo criterio, sino que éste ha ido variando con el paso del tiempo, así y una vez sancionada la reforma de 1994, la CSJN sostuvo que: "*la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos*".<sup>5</sup>

Nuestro máximo tribunal en esta mención, advierte sobre la posible responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional ante el supuesto de incumplimiento a los tratados internacionales a los que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos.

Llegado el año 1998, en oportunidad de pronunciarse en el caso Acosta<sup>6</sup>, la CSJN denota un franco retroceso en el proceso de reconocimiento del carácter vinculante de los fallos de

---

<sup>4</sup> CSJN en Ekmekdjian c. Sofovich, sentencia del 7 de julio de 1992, considerando N° 21, Fallos: 315:1492.

<sup>5</sup> HITTERS, Juan Carlos, "*¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad*" artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2008-E, 1169, punto II B.

<sup>6</sup> CSJN en "Acosta", sentencia del 28 de diciembre de 1998, considerando N° 6, Fallos 321:3564

la Corte IDH, cuando sostiene que la jurisprudencia internacional no podrá afectar la cosa juzgada a nivel interno.

Finalmente, en su nueva composición, la CSJN inicia una nueva etapa en el reconocimiento de la jurisprudencia internacional con el caso Espósito<sup>7</sup>, donde sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nótese el cambio de lenguaje utilizado por el supremo tribunal nacional, cuando en un primer momento se refería a una "guía", y ahora a una —imprescindible- pauta de interpretación.

### **III. La necesidad de realizar el “control de convencionalidad”. Análisis jurisprudencial.**

En primer lugar, desarrollaré la postura que el máximo tribunal internacional ha tenido en estos últimos 5 años con relación al tema traído a estudio.

En septiembre de 2006, la Corte IDH consagró en el caso Almonacid Arellano<sup>8</sup> Que los jueces y tribunales internos no solo están obligados a aplicar las normas vigentes de su ordenamiento jurídico, sino también están sometidos a las disposiciones consagradas en la CADH y a las interpretaciones que haya hecho la Corte IDH de estas disposiciones.

Dos meses después, en la sentencia dictada en Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú<sup>9</sup> la Corte IDH formuló algunas especificaciones y adiciones diciendo que *"cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin"*. En otras palabras, *"los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana"*<sup>10</sup> El mensaje de Trabajadores Cesados del Congreso nos indica que el juez que está habilitado para ejercer

---

<sup>7</sup> CSJN en "Espósito Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23 de diciembre de 2004, E. 224. XXXIX

<sup>8</sup> Corte IDH en Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.

<sup>9</sup> Corte IDH en Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia del 24 de Noviembre de 2006, Serie C N° 158.

<sup>10</sup> Corte IDH en Trabajadores Cesados del Congreso I, cit., párr. 128; cfr. —Almonacid Arellano I, cit., párr. 124. Véase LOIANO, Adelina, *El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina, "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo"*, en ALBANESE, Susana, Coordinadora, *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 114 a 117".

el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el de convencionalidad. El fallo le reclama, por cierto, tal doble control.

Posteriormente, el Juez Cañado Trindade añadió conceptos en el mismo asunto aunque ahora en el año 2007, cuando se ocupó de la solicitud de interpretación de la sentencia<sup>11</sup> donde realizó un excelente análisis de la institución abordada, hablando, con cita de Cappelletti<sup>12</sup> de la dimensión constitucional y de la dimensión supranacional del derecho<sup>13</sup>. Puso énfasis en sostener —y esto resulta de mucha importancia— que la necesidad de agotamiento de los recursos efectivos del derecho interno<sup>14</sup> (artículo 46.1.a de la CADH) integra la propia protección internacional de los derechos humanos (aquí vuelve a su voto del 2006 en el Caso de Trabajadores Cesados)<sup>15</sup>.

Sostiene allí el alto magistrado que el art. 2 de la CADH al imponer esa obligación de 'armonización' entre el derecho nacional y el internacional se abre el camino para una 'constitucionalización' de una convención supranacional.

En nuestro ámbito interno, la CSJN en el caso Mazzeo<sup>16</sup> del año 2007 confirmó la doctrina utilizada anteriormente en Almonacid<sup>17</sup> cuando establece que el Poder Judicial debe ejercer una especie de —control de convencionalidad teniendo en cuenta no solamente la CADH sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH.

Luego de la confirmación de esta doctrina, “*Puede advertirse claramente, como nuestra CSJN siguió la letra de la Corte IDH*”<sup>18</sup>

---

<sup>11</sup> Corte IDH en Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). vs. Perú, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, sentencia del 30 de Noviembre del 2007, Serie C N° 174, voto disidente del mencionado Juez.

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *La Justicia Constitucional* (Estudios de Derecho Comparado), México, UNAM, 1987, p. 239.

<sup>13</sup> HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, Tomo I, p. 29, párr. 9, punto III, nota 33.

<sup>14</sup> HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Inter...* ob. cit., Tomo II, p. 348 y siguientes.

<sup>15</sup> Corte IDH en Trabajadores Cesados del Congreso, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, cit., voto concurrente razonado del Juez Cañado Trindade, párr. 11.

<sup>16</sup> CSJN en Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330:3248.

<sup>17</sup> Corte IDH en Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.

<sup>18</sup> GELLI, María Angélica; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo; SAGÜÉS, Néstor P; *Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, ¿El control de convencionalidad tiene efectos sobre la habilitación del control de constitucionalidad de oficio? Párr. 6, pág. 9.



Tiempo después, nuestro máximo tribunal retoma la cuestión en el fallo Videla<sup>19</sup> En esta sentencia sostuvo que —esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención”.

Así pues, como conclusión puede leerse que, “*nuestra CSJN ha convalidado el deber de efectuar, para evitar la responsabilidad internacional del Estado, el control de convencionalidad por parte de los jueces locales*”<sup>20</sup>.

A modo de cierre de este punto, nuestro máximo tribunal considera que el Poder Judicial al momento de llevar a cabo el control de convencionalidad tiene que tener en cuenta las disposiciones de la CADH, y además las interpretaciones que la Corte IDH haga de la misma.

Es por ello que nuestros administradores de justicia deben no solo realizar un control de constitucionalidad sino también un control de convencionalidad, y así de esta forma velar por las normas transnacionales a las cuales nuestro país se ha obligado a cumplir.

#### **IV. Control de Convencionalidad y de Constitucionalidad: Sus diferencias**

En una primera aproximación, podría afirmarse que se trata de dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta velar por la supremacía de la CN; el otro, por la CADH.

Antes de llevar a cabo el desarrollo comparativo de estos dos controles, considero oportuno realizar un breve análisis de cada concepto en particular.

El control de constitucionalidad suele ser asociado al plano interno, como un sistema por el cual se efectiviza la supremacía de la CN frente al resto de las normas escalonadamente jerarquizadas.

Dentro del control de constitucionalidad podemos identificar dos modelos: el concentrado y el difuso, siendo el primero típico de algunas Constituciones Europeas, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines. En este sistema concentrado, la declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes*, con la

---

<sup>19</sup> CSJN en Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación" C.S. V.281. XLV en sentencia del 31 de agosto de 2010, Fallos: 327:3117.

<sup>20</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La Corte Suprema reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2010-E, 197.

consiguiente anulación de la norma cuestionada que pierde sus efectos en forma total y con presidencia del acto político, esto es que en los sistemas concentrados es el propio órgano de control —La Corte Constitucional que recibe de la Constitución la competencia necesaria para producir esa anulación con los efectos generales, ocupando así el lugar de los otros poderes (el legislativo o el ejecutivo, según el caso) el conflicto queda diluido con la desaparición de la norma cuestionada.

En el caso del control difuso, corresponde a todos los jueces sin distinción de categorías o jurisdicciones, llevar a cabo el control de constitucionalidad, sin perjuicio de llegar a la CSJN como tribunal último por vía de recurso extraordinario, ya que es ella quien debe cumplir con el rol institucional de ser custodio de la supremacía de la Norma Fundamental.

La declaración de inconstitucionalidad produce efectos limitados. La sentencia declarativa de inconstitucionalidad sólo implica no aplicar la norma en el caso resuelto, el efecto es limitado, restringido o inter-partes, dejando subsistente la vigencia de la norma fuera de ese caso.

Este sistema judicial fue adoptado por la República Argentina a partir del precedente del caso *Marbury v. Madison*<sup>21</sup> siendo este el caso más importante de la jurisprudencia estadounidense, no por el asunto específico tratado, que no era menor, sino por los principios que estableció. La sentencia afirma la capacidad de los tribunales de juzgar la conformidad de la ley con la Constitución y para abrogar, inaplicándolas, aquellas que pudieran contravenirla. Este principio estatuye la atribución más importante de los tribunales estadounidenses, y hace de ellos los primeros tribunales constitucionales de la historia.

Llegado el momento de analizar el control de convencionalidad, como su nombre lo indica, procura hacer prevalecer la CADH, sobre las reglas locales que se le oponen. Es importante advertir que la Corte IDH destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas de la CADH, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la Corte IDH.

En otras palabras, el control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la CADH, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas.

Según el maestro Sagüés<sup>22</sup> *“el control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, represivo, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención americana sobre los derechos del hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, constructivo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación*

---

<sup>21</sup> Supreme Court of the United States in —*Marbury, William vs. Madison, James* 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 - 1803

<sup>22</sup> SAGÜÉS, Néstor P., Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2009-B, p1.

*por la Corte Interamericana. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana”.*

La terminología utilizada, esto es "control de convencionalidad", fue mencionada por primera vez, en el caso Myrna Mack Chang, en el año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez<sup>23</sup> Esto no quiere decir que sólo a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, sino que desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que a partir de ese momento se comienza a utilizar el término.

Años después, la Corte IDH amplió el concepto del control de convencionalidad en el caso Boyce y otros vs. Barbados<sup>24</sup>, en el cual estableció que el objetivo del —control de convencionalidad es determinar si la norma enjuiciada —por contraste con la CADH— es o no es "convencional". Si la norma es contraria a esta, es decir, si es "inconvencional", sobreviene el deber judicial de no aplicarla. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior, no se la efectiviza<sup>25</sup>

Luego de este análisis nos encontramos en condiciones de marcar algunas diferencias del control de convencionalidad hecho por la Corte IDH y el que es llevado a cabo por los jueces locales.

En el primer supuesto, el Tribunal Internacional ha sentado la postura de que, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en 'controlar' si las normas locales acatan, o no, las convenciones internacionales; y por ende *“no se convierte en una 'cuarta instancia' que deja sin efecto las leyes de los países.”*<sup>26</sup>

De lo antedicho se interpreta que la misión fundamental de la Corte IDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad, la cual consiste en 'comparar' la norma del derecho interno en relación a la CADH y desentrañar si aquella violenta a ésta o no.

En el caso de que advierta la violencia, se lo hará saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes. Ello a fin de evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 del Pacto aludido)<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Corte IDH en "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

<sup>24</sup> Corte IDH en Boyce y otros vs. Barbados, sentencia del 20 de noviembre de 2007, considerando N° 78

<sup>25</sup> SAGÜÉS, Néstor P. Dificultades operativas del “Control de... ob. cit.

<sup>26</sup> HITTERS, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión...* ob. cit.

<sup>27</sup> HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2007-C, 875.

De todas maneras, resulta necesario remarcar la pauta que no sólo el Tribunal Interamericano debe llevar a cabo el contralor, sino también que previamente los jueces locales pueden y deben ejercitar esta tarea, obviamente antes que el pleito llegue a la instancia internacional. Ello así, porque la intervención de los cuerpos supranacionales es subsidiaria y las actuaciones deben ser analizadas previamente en instancia domestica, tal como impone la CADH en su art. 46.1.a.

A modo de cierre del análisis de este punto, en nuestro ordenamiento jurídico el —control de convencionalidad es asimilable en sus efectos al resultado del —control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos inter-partes.

Estos controles tienen en común manejar un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior. En el caso de confrontación entre una ley y la Constitución, es evidente. En el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la CADH, el asunto es más discutido por producirse un conflicto entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, siendo que uno vela por la supremacía de nuestra Norma Fundamental y el otro por la CADH; pero de todos modos, dependerá de la postura del Estado en el que se produce el conflicto, pudiendo suceder que si el Estado considera que debe cumplir con la CADH a todo costo, y no puede alegar su Constitución para incumplirla, esto provoca, como resultado concreto final, que la CADH está jurídicamente por encima de la Constitución.

En efecto, la consecuencia del control de convencionalidad, sería que la regla constitucional que lesiona a la CADH debe quedar inaplicada. Por el contrario, si el Estado considera que su Constitución se encuentra por encima de la CADH entonces, esta última no sería tomada en cuenta.

## **V. Control de convencionalidad y doctrina del margen de apreciación**

Finalmente, y teniendo en cuenta los preceptos internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH mencionada, podremos notar la relación existente entre la doctrina del control de convencionalidad, y la idea del margen de apreciación con el que en algunos casos, cuentan o no, los jueces de los ordenamientos jurídicos internos que han aceptado la competencia de la Corte IDH. Por un lado, cuando hablamos de margen de apreciación, resulta útil determinar que *“en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo "duro", esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos, y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias”*.<sup>28</sup>

*“Dicha doctrina fue sostenida por la Corte Interamericana en la opinión consultiva 4/84, referente al trato desigual (más favorable) que dio la Constitución de Costa Rica a los nativos de ciertas naciones de istmo centroamericano, para adquirir la nacionalidad*

---

<sup>28</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, La interpretación judicial de la Constitución, 2ª ed. (Buenos Aires, 2006), Lexis Nexis, p. 222 y ss.

*costarricense, cosa que se justificó por los antecedentes históricos y sociológicos comunes que vinculaban a los países del área.*"<sup>29</sup>

En suma, el interrogante que con muchísimas dificultades debiéramos de intentar encontrar una respuesta es sí: ¿la doctrina de la Corte Interamericana, como puede ser una sentencia ante un caso concreto o también incluso, una opinión consultiva, deben ser efectivizadas por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable, o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno, en virtud de la noción del margen de apreciación?

Sin lugar a dudas, cuando se sentaron las bases del control de convencionalidad, la Corte IDH, en ningún caso, ha convalidado la idea de que los Estados no puedan aplicar la doctrina del margen de apreciación, claro está que debiera de aplicarse de una forma adecuada, ya que de otra forma se estaría convirtiendo en un mecanismo de evasión directa de la doctrina judicial que la Corte IDH ha ido creando desde hace muchísimo tiempo con tanto esfuerzo.

## **VI. Conclusión**

La CADH que ha sido suscrita en 1969, es sin lugar a dudas la base más importante del Sistema Interamericano. Los Estados partes en esta se han comprometido a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

En muchos casos, la CADH regula el ejercicio de derechos y libertades que aún no están garantizados por disposiciones legislativas locales, por esto y porque es necesario para el crecimiento de un país, que se resguarden los derechos humanos de todos sus habitantes, es que resulta necesario que los Estados parte del Sistema Interamericano, reconozcan de una vez por todas que el bien común internacional (o, en su caso, el regional), está por encima del bien común nacional, y es así de esta forma, que el Pacto de San José de Costa Rica debe prevalecer sobre las constituciones nacionales de cada uno de los Estados.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, si un Estado no comparte la doctrina del control de convencionalidad, lo más correcto, sería, que se retire del sistema. Ello es así, porque si ha aceptado la competencia de la Corte IDH, ha admitido también —la competencia de esta sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención (conforme art. 62.1 del Pacto de San José de Costa Rica). No resultaría lógico pensar que un Estado ingresa a un régimen jurídico para después controvertir sus bases, permaneciendo sin embargo en él.

Claramente, la influencia que ha tenido la Corte IDH en los ordenamientos jurídicos internos de los países que se encuentran sujetos a este régimen ha sido muy importante e

---

<sup>29</sup> SAGÜÉS, Néstor P. *Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 11/08/2010, 1

influyente, un claro ejemplo de esto se da en el caso "La Última Tentación de Cristo"<sup>30</sup>, donde Chile tuvo que corregir su propia Constitución.

Como lo ha remarcado ese Tribunal y tal cual surge "*...del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden por razones de orden interno dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida*".<sup>31</sup>

Sin perjuicio de ello también se ha puesto de resalto que la jurisprudencia de este órgano de la OEA —y en algunos pronunciamientos la de la Comisión—<sup>32</sup> está revestida de cierto valor vinculante en `general`, o por lo menos deben servir de guía para la interpretación de la Convención por parte de los tribunales argentinos.

En muchos casos aplicar el control de convencionalidad exigirá sin lugar a dudas a los jueces un sacrificio mayor, ya que su techo ideológico no será la Constitución Nacional, sino el Pacto de San José de Costa Rica y los restantes Tratados sobre Derechos Humanos.

Para concluir, no podría imaginarse el resguardo del sistema de derechos, sin la idea de que la convencionalidad debe ir de la mano a la constitucionalidad, ya que esta sería una de las únicas formas en donde se reforzaría la tutela de la supremacía de los derechos fundamentales consagrados tanto en nuestra fuente interna como en la externa, donde el margen de apreciación por parte de cada ordenamiento jurídico interno sea llevado a cabo de una forma lisa y llanamente honesta a los efectos de no violar los preceptos ya reconocidos internacionalmente.

---

<sup>30</sup> Corte IDH, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73 (LA LEY, 2001-C, 135)

<sup>31</sup> Corte IDH, Caso Liliana Ortega y otras, Medidas Provisionales respecto de Venezuela del 4 de mayo del 2004.

<sup>32</sup> HITTERS, Juan Carlos, "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos", LA LEY, 2003-D, 1373

## **Bibliografía:**

ALBANESE, Susana, *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008.

BIDART CAMPOS, Germán, *Derechos Humanos: Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, Tomo I.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003, Tomo I.

CAPPELLETTI, Mauro, *La Justicia Constitucional* (Estudios de Derecho Comparado), México, UNAM, 1987.

GARCÍA RAMIREZ, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2006, vol. I.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo I.

HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, Tomo I

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed. Buenos Aires, 2006, Lexis Nexis

## **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:**

"Acosta", sentencia del 28 de diciembre de 1998, Fallos 321:3564.

"Ekmekdjian c. Sofovich", sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492.

"Espósito Miguel Ángel" s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23 de diciembre de 2004, E. 224. XXXIX

"Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330:3248

"Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación" C.S. V.281. XLV en sentencia del 31 de agosto de 2010, Fallos: 327:3117.

## **Jurisprudencia Internacional:**

"Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.)

"Boyce y otros vs. Barbados", sentencia del 20 de noviembre de 2007

“La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile”, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73 (LA LEY, 2001-C, 135).

“Liliana Ortega y otras, Medidas Provisionales respecto de Venezuela” del 4 de mayo del 2004.

“Marbury, William vs. Madison, James”, Supreme Court of the United States, Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803)

"Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101

“Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia del 24 de Noviembre de 2006, Serie C N° 158.

Opinión Consultiva OC-1/82 del 24/09/1982 “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 CADH). Solicitada por Perú

### **Artículos de Doctrina:**

GELLI, María Angélica; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo; SAGÜÉS, Néstor P; *Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*, artículo de doctrina publicado en LA LEY.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La Corte Suprema reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2010-E, 197.

HITTERS, Juan Carlos, "*¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad*" artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2008-E, 1169.

HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2007-C, 875.

HITTERS, Juan Carlos, "*Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos*", artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2003-D, 1373.

SAGÜÉS, Néstor P. *Dificultades operativas del "control de convencionalidad en el sistema interamericano*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 11/08/2010.