

“El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales”.

Por Marcelo F. Trucco¹.

SUMARIO: I. Introducción.- II. El principio del control de convencionalidad y su formulación por la Corte Interamericana.- III. La responsabilidad de los jueces nacionales en la realización del control de convencionalidad. IV. Recepción del principio por parte de la doctrina y jurisprudencia argentina. V. Límites al control de convencionalidad. La doctrina del margen de apreciación nacional-. VI. Sobre la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte Interamericana. VII. La primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: ¿Ha dejado la Corte Suprema de ser suprema?- VIII. Conclusiones.

I. Introducción.

El fenómeno de la globalización se proyecta en distintos ámbitos. En esta creciente interdependencia mundial, lo jurídico no queda al margen. Así, cada día es mayor el impacto del derecho y la jurisprudencia internacional sobre las soberanías estatales. Esto hace que los Estados, a través de sus legislaciones internas y, concretamente, sus operadores, ya no puedan desconocer nuevas realidades que implican aceptar cambios y transformaciones profundas².

Esta evolución adquiere un significado mayor en el específico ámbito de la protección de los derechos humanos, pues a lo largo de la última década, el desarrollo progresivo de las garantías más elementales a la dignidad del ser humano, junto a nuevos principios e interpretaciones nacidas de los organismos regionales de supervisión y control del sistema interamericano implican reforzar la tendencia experimentada en los últimos años en orden a imponer la primacía del Derecho Internacional sobre los ordenamientos internos. Interpretaciones que se proyectan sobre distintas ramas del derecho.

En el ámbito nacional, desde la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) operada en 1984, nuestro país ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) para intervenir en los

¹ Abogado. Profesor Superior en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, de la Universidad Católica Argentina y de la Universidad Abierta Interamericana. Profesor de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina.

² Estos nuevos paradigmas ponen en evidencia una creciente incidencia del derecho público por sobre el derecho privado.

asuntos en que Argentina sea demandada, como así también, hemos asumido la obligación de cumplir las resoluciones dictadas por el Tribunal interamericano, tanto las que dicte en asuntos contenciosos, como en las opiniones que emita en respuesta a consultas dirigidas por los distintos actores del sistema. De esta manera, hemos consentido que sea la CorteIDH la intérprete final de los instrumentos de protección vigentes en nuestra región.

En otras palabras, por sobre las normativas internas que los Estados puedan tener referidos a los derechos humanos, estarán siempre los compromisos internacionales, sean convencionales o consuetudinarios, a modo de normas generales imperativas, protectoras del bien público internacional, no pudiendo por tanto ser excluidas por la voluntad de los Estados obligados a cumplirlas.

En este sentido, uno de los principios que con más fuerza se viene imponiendo en la jurisprudencia interamericana es el llamado “control de convencionalidad” que, como veremos, reafirma la primacía que ostenta el derecho internacional de los derechos humanos, reclamando en los jueces nacionales, ya no solo ponderar la legalidad de una norma en cuanto su adecuación con la Constitución Nacional (control de constitucionalidad), sino ahora, analizar su conformidad con aquellos parámetros convencionales y jurisprudenciales derivados del sistema internacional. Es la expresión de los nuevos paradigmas que se van abriendo en el mundo jurídico; un “neoconstitucionalismo” o “supranacionalidad” que los Estados deben ir aceptando y reconociendo.

En el presente trabajo nos proponemos repasar brevemente la formulación del principio del “control de convencionalidad”, tal cual la interpretación que de él realiza la CorteIDH, para luego profundizar en el análisis de sus consecuencias, especialmente aquellas referidas al seguimiento y recepción del mencionado principio por la jurisprudencia nacional. Asimismo, intentaremos abordar el rol que juegan los jueces nacionales en el cumplimiento de las resoluciones emanadas de la CorteIDH, como así también los límites que las jurisdicciones internas intentan poner a este “avance internacional sobre las soberanías nacionales”. Dejamos para el final algunas reflexiones a modo de conclusión, concientes que el tema, por su actualidad y trascendencia, seguirá generando inquietudes y sumando nuevas dimensiones.

II. El principio del control de convencionalidad y su formulación por la Corte Interamericana.

Será el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” de fines de Septiembre del 2006, donde la CorteIDH comenzará a precisar el contenido del llamado “control de convencionalidad”. En el párrafo más saliente de dicha sentencia, dijo textualmente el Tribunal que: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*³.

Del párrafo transcrito podemos señalar algunas dimensiones que el propio Tribunal intenta dejar en claro. En primer lugar, se ahonda en la obligación que asumen los Estados al momento de ratificar la CADH de cumplir sus disposiciones, sin poder invocar normas internas que contradigan o atenten contra la aplicación del compromiso internacional. Recordemos que desde 1980, se encuentra vigente la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969⁴, que obliga a los Estados a no poder invocar disposiciones de Derecho Interno para justificar el incumplimiento de un Tratado⁵. Entonces, a los fines de ponderar la aplicación de la norma interna, la

³ Corte IDH; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Apartado Nro. 124.

⁴ Art. 27: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*; Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; Viena, 23 de Mayo de 1969; .N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia 27 de Enero de 1980.

⁵ “Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia”. CorteIDH; Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994. Apartado 35.

CorteIDH señala la obligación de los jueces de realizar no solo el test de comprobación o adecuación de dicha norma respecto a la Constitución Nacional, sino además, y con mayor importancia, la verificación del respeto debido a la Convención, de donde resultaría la inaplicabilidad de la disposición interna en caso que del último test resulte la oposición al instrumento internacional.

Es valioso resaltar que dicho control de convencionalidad no solo debe cumplirse respecto a la conformidad con la CADH, sino también, a la exégesis o pautas de interpretación que de dicha Convención realiza la propia CorteIDH, como intérprete final del sentido y alcance de sus disposiciones.

A los pocos meses de “Almonacid”, la CorteIDH profundiza el análisis en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso” (Noviembre del 2006), especificando 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, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”*⁶. Similares fundamentos reitera un año después en “Boyce y otros vs. Barbados”, de Noviembre de 2007⁷.

En estos últimos pronunciamientos, la CorteIDH avanza en remarcar el “efecto útil” de la Convención, intentando impedir que la aplicación de normas contrarias a la misma perjudiquen la protección de garantías indispensables al ser humano, destinatario final del Tratado.

Si bien tanto en “Almonacid” como en “Trabajadores Cesados del Congreso”, la Corte se refiere solo a la CADH como instrumento a cotejar con las disposiciones internas, pensamos que una correcta interpretación de la jurisprudencia citada no debe

⁶ Corte IDH; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158; Apartado Nro. 128.

⁷ Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169. Apartado Nro. 78: *“...el análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención...”*.

dejar de lado también a otros tratados de derechos humanos reconocidos en el sistema interamericano⁸.

Otro aspecto a clarificar está dado por saber qué tipos de normas deben ser sometidas al control de convencionalidad. Así, coincidimos con Sagües quien, al interpretar el alcance de las “leyes” que pueden resultar incompatibles con el Pacto, señala que cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. Incluso, para el mismo autor, la Constitución Nacional no queda exceptuada de dicho control, admitiendo que “el Pacto San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así condición de supraconstitucionalidad”⁹.

Así formulado, podemos animarnos a señalar que el control de convencionalidad superaría al tradicional control de constitucionalidad, pues puede resultar entonces que una norma interna resulte “constitucional” pero “inconvencional”, si deviene contraria a la CADH o a la exégesis que de ella realice la CorteIDH, produciendo dicha inconvencionalidad el deber para los jueces nacionales de declarar inaplicable el precepto objetado. De esta manera, se podría solicitar del justiciable, en el caso concreto, la inaplicabilidad de una norma (aun constitucional), por inconvencional.

III. La responsabilidad de los jueces nacionales en la realización del control de convencionalidad.

De la jurisprudencia de la CorteIDH mencionada, surge que son los jueces del Poder Judicial de cada Estado los encargados de llevar a cabo el control de convencionalidad. En Argentina, donde existe un sistema de control difuso de constitucionalidad (a contrario del modelo europeo de control de constitucionalidad, en esencia dominado por tribunales constitucionales que ejercen jurisdicción concentrada),

⁸ Así en el caso de “La masacre de las dos erres vs. Guatemala” se ponderó la adecuación de las disposiciones internas en Guatemala respecto a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conocida como “Convención de Belem do Pará”, firmada en dicha ciudad de Brasil, el 9 de junio de 1994. Ver Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

⁹ Sagües, Néstor P.; “El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales”; en *La Ley*; Año LXXIII, Nro. 35, jueves 19 de Febrero de 2009; Pág. 2.

todo juez sería competente para proceder a dicho control, de la misma manera que está habilitado a realizar el control de constitucionalidad.

Ahora bien, sabido es que los Estados actúan por intermedio de sus órganos. Es por ello que, cuando un país ratifica tratados de derechos humanos, no solo se obliga a adaptar su legislación interna a los resguardos contemplados en dichas convenciones, sino, principalmente, se obliga a que sus jueces, como legítimos encargados de hacer cumplir en el ámbito interno los compromisos asumidos en sede internacional, se vean conminados a respetar y dar primacía en la práctica a dichos compromisos. Así, creemos que los jueces deben recordar que más allá de la interpretación que cada uno pueda tener respecto a tal o cual derecho humano, forman parte de un órgano estatal que ya ha asumido un compromiso que no pueden relegar; caso contrario, persistiendo en desconocer la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos sobre todo el ordenamiento interno, como asimismo la interpretación de los órganos supranacionales como “naturales” interpretes de las Convenciones, estarían haciendo pesar sobre el país la consiguiente responsabilidad internacional por incumplimiento de los compromisos asumidos.

La CorteIDH señala con contundencia que el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales es un “deber”, es decir, está formulado en términos de obligación y no de mera recomendación. Por lo tanto, dicho control debe ser realizado de oficio, aún cuando no medie pedido de parte para hacerlo. En este sentido, el Juez Cançado Trindade en su voto razonado en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso señaló que: *“los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana”*¹⁰

Somos concientes de las resistencias que puede generar este modo de re-interpretar y, (en definitiva) aceptar el valor superior del derecho y jurisprudencia trasnacional. Resistencias que pueden obedecer a distintas motivaciones. Así, Gozaíni

¹⁰ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158; Voto razonado Juez Antonio Cançado Trindade; Apartado Nro. 3.

menciona, que algunas de ellas argumentan que: “el sistema interamericano y, en líneas generales, todos los mecanismos que provocan jurisprudencia tras fronteras, socavan las libertades de gestión del Poder Ejecutivo y resienten la creación legislativa al ponerle a ambos, condiciones establecidas en la interpretación dada para un derecho humano en particular. Otros sostienen que se otorga un poder demasiado lato y muy genérico a un tribunal especial (como la CorteIDH) exacerbando las potestades clásicas de la jurisdicción”¹¹. Creemos que llevar el conflicto hacia una lucha por defender “la soberanía Jurisdiccional” de los “embates” que pudiesen venir impuestos por el orden internacional implica una grave equivocación en varios sentidos: primero implica desconocer el carácter coadyuvante y complementario del derecho internacional de los derechos humanos respecto a los ordenamientos internos (el requisito de agotamiento de los recursos internos antes de realizar una petición ante la Comisión Interamericana o la prohibición de utilizar a la Comisión o a la CorteIDH como ámbitos para “apelar” las decisiones de los Tribunales nacionales constituyen ejemplos de dicha dimensión). En segundo lugar, un aspecto que podría “tranquilizar” los ánimos de aquellos jueces reacios a aplicar el control de convencionalidad y en su caso, inaplicar una norma interna contraria a los parámetros internacionales, es entender que el control que se reclama no es “contra” los Tratados, sino “conforme” a ellos, es decir, se busca una interpretación que resulte integradora o “armonizadora” de un ordenamiento jurídico que es uno y que, en función de los particulares derechos en juego, exige un “consenso” en su aplicación. Así, coincidimos nuevamente con Sagües cuando sostiene que: “el compromiso que demanda la doctrina del control de convencionalidad es posible que exija, ocasionalmente, sacrificios ideológicos, como ser interpretar la regla constitucional nacional, no según el techo ideológico que campea en la Constitución, sino de acuerdo con la ideología que anima al Pacto San José y a la Corte Interamericana cuando lo interpreta. Esta transmutación espiritual (si se acepta que la ideología es el alma de la Constitución y del Pacto) es, tal vez, el segmento más difícil de transitar en la aplicación del control de convencionalidad”¹². Vemos consagrado una concreta limitación a la soberanía estatal a la hora de aplicar e interpretar derechos humanos.

¹¹ Gozaíni, Osvaldo A.; “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”; en: “El Control de Convencionalidad”, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2008; Pág. 84.

¹² Sagües, Néstor P.; “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”; en La Ley; Año LXXIV, Nro. 152, miércoles 11 de Agosto de 2010; Pág. 2.

IV. Recepción del principio por parte de la doctrina y jurisprudencia argentina.

El principio que comentamos es recepcionado con criterio dispar por la doctrina nacional. En la mayoría de los casos, la opinión respecto al control de convencionalidad está íntimamente ligado a la manera en que los autores conciben la supremacía del orden internacional por sobre el interno, o en todo caso, la obligatoriedad de seguimiento de la jurisprudencia de la CorteIDH por parte de los tribunales nacionales. Este último supuesto será motivo de análisis en los puntos siguientes. Ahora, nos toca ocuparnos brevemente de señalar algunas diferencias doctrinarias relacionadas al control de convencionalidad.

Así, encontramos algunos autores que ponen fuertes reparos a la hora de aceptar su aplicación. En este grupo podemos identificar, entre otros, a Alberto Bianchi, para quien el control de convencionalidad representa la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcance que se le de, puede ser entendido como un simple e inofensivo juego de palabras, o bien como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el plano nacional. Sostiene que como todo instituto en desarrollo, presenta contornos imprecisos, concluyendo que el control de convencionalidad constituye un complemento del control de constitucionalidad que debe seguir siendo ejercido por la Corte Suprema como tribunal de última instancia en nuestro país¹³.

En este grupo de opiniones podemos citar a Gregorio Badeni, para quien el control de convencionalidad queda satisfecho cuando se realiza el control de constitucionalidad¹⁴ y a Carlos Fayt, quien, desde la Corte Suprema, sigue (aunque en posición minoritaria) defendiendo la primacía de la Constitución Nacional por sobre el ordenamiento internacional, aplicando un criterio restrictivo a la aplicación que los tribunales nacionales deben realizar de la jurisprudencia internacional¹⁵.

En otro orden de opiniones, encontramos a Susana Albanese, quien, si bien se pronuncia a favor del principio y, especialmente, al carácter vinculante que para nuestros tribunales genera la interpretación que de la CADH haga la CorteIDH, se

¹³ Bianchi, Alberto B.; “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”; en: Suplemento La Ley Constitucional; lunes 27 de septiembre de 2010; Págs. 15 a 24.

¹⁴ Citado por Bianchi, Alberto B.; “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”; op. cit.; pág. 20.

¹⁵ Ver al respecto los votos disidentes del Dr. Carlos Fayt en causas Arancibia Clavel, Simón y Mazzeo.

muestra más prudente, al reconocer que “el control de convencionalidad puede llegar a ofrecer dificultades en su aplicación cuando la interpretación dinámica y evolutiva de normas convencionales por parte de los tribunales es variada, y disgregada la opinión de sus miembros”¹⁶, reclamando la aplicación de las reglas de la normal prudencia, más cuando existen interpretaciones derivadas de los tribunales supranacionales que no cuentan con la opinión unánime de sus miembros y por lo tanto impiden la construcción de una doctrina perdurable.

Entre aquellos autores que se muestran más partidarios de aceptar el principio sin oponer demasiados reparos (línea de pensamiento al cual adherimos desde nuestra humilde postura), encontramos a Sagües, quien no vacila en afirmar que la doctrina del control de convencionalidad “importa uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y subconstitucional de los países del área”¹⁷, y que bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, reconociendo, no obstante, que el buen suceso de la doctrina está condicionada por la voluntad de seguimiento que tenga por parte de los tribunales nacionales¹⁸.

En el mismo sentido se pronuncia Lucchetti, resaltando la obligación que pesa sobre los jueces de realizar el control de convencionalidad, deber que no solo viene impuesto por la CorteIDH, sino por la propia Constitución Nacional, toda vez que los tratados de derechos Humanos son parte integrante de la Ley Suprema de la Nación. Para el citado autor, el juez, al momento de realizar el control de convencionalidad, debe apreciar los actos de los Estados al amparo de la Convención, en las condiciones de su vigencia, y en el entendimiento dado por la CorteIDH, intérprete última de esta Convención¹⁹.

En cuanto a la recepción del principio por la jurisprudencia nacional, no hay dudas que el caso que con mayor claridad lo acogió fue “Mazzeo”, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasión de juzgar la validez de indultos presidenciales concedidos durante el gobierno del ex presidente Menem y su oposición

¹⁶ Albanese, Susana; “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”; en “El Control de Convencionalidad”, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2008; Pág. 44.

¹⁷ Sagües, Néstor P.; “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”; op. cit.; Pág. 1.

¹⁸ Sagües, Néstor P.; “El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales”; op. cit.; Pág. 3.

¹⁹ Lucchetti, Alberto J.; “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”; en El Control de Convencionalidad”, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2008; Pág. 144 a 148.

con pautas jurisprudenciales en contrario sostenidas por la CorteIDH señaló que:” *la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*”²⁰. En el considerando siguiente (21), la Corte Suprema Nacional recepciona el control de convencionalidad tal cual la formulación brindada por la CorteIDH en “Almonacid Arellano”.

Sin embargo, recientemente, se dio a conocer el Dictamen del Procurador General en “A.J.E. y otro s/recurso de casación” (10 de marzo de 2010), donde se relativiza la tesis del control de convencionalidad expuesta en “Almonacid”, entendiéndose que la CorteIDH solo brinda orientaciones que tienen efecto y alcance para el caso concreto, señalando que no sería obligatorio para la Corte Nacional el seguimiento de parámetros que colisionen en forma grave con los principios constitucionales. En caso de confirmarse este Dictamen por la Corte Suprema, sería un lamentable retroceso a la adaptación y adecuación de nuestra jurisprudencia a los nuevos estándares internacionales de interpretación de los derechos humanos.

V. Límites al control de convencionalidad. La doctrina del margen de apreciación nacional.

Una de las doctrinas que ha servido para matizar el impacto que puede general la adopción sin cortapisas del control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales es la llamada doctrina del “margen de apreciación nacional”, principio que si bien fue reconocido por la CorteIDH, cuenta con más desarrollo y recepción por parte de la jurisprudencia de los Tribunales europeos de Derechos Humanos.

Dicha doctrina fue pronunciada por la CorteIDH en la opinión consultiva nro. 4/84, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, oportunidad en que el Tribunal

²⁰ CSJN; 'Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad; Sentencia del 13 de Julio de 2007; considerando 20.

interamericano tuvo que referirse respecto a si ciertos proyectos de reforma a la Constitución Política de Costa Rica violentaban las garantías de igualdad y no discriminación contempladas en la CADH al estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros. Indicó el Tribunal que: *la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados*”²¹

De lo expuesto surge que este “margen de apreciación nacional” consiste en la posibilidad de interpretar o valorar un derecho o garantía contemplado en un tratado de derechos humanos de acuerdo a las particularidades propias del país donde dicho derecho sea invocado, otorgando en definitiva, una especie de privilegio a los tribunales nacionales en la apreciación de derechos conforme las realidades que se presenten en ese país, conservando así la última palabra para “moldear” o “adaptar” al contexto social, económico o jurídico nacional, el derecho emanado de un tratado o convenio internacional.

Al respecto opina Sagües que si bien es importante reconocer que ciertos derechos encuentran condicionamientos materiales y sociales derivados del ambiente donde se aplican, hay un margen nacional “aceptable” (flexible), que admitiría ciertas modalidades secundarias de aplicación y extensión, atendiendo las idiosincrasias y experiencias de cada país, y hay otro margen “inadmisibles”, integrado por un núcleo duro de derechos de fuente internacional, esenciales, básicos y por lo tanto inalterables e innegociables. Sobre estos últimos no cabrían restricciones de interpretación a cargo de las soberanías estatales. Para el citado autor, ambas doctrinas deben coexistir lo más armónicamente posible.²²

²¹ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. Apartado Nro. 62.

²² Ver al respecto Sagües Néstor P.; “La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”; Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires; Anticipo de “Anales” – Año XLII – Segunda época – Número 36; Buenos Aires, 1998; Pág. 19 a 22. Ver también: “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”: op. cit.; Pág. 2.

Personalmente, no adherimos a esta doctrina del margen de apreciación nacional. Pensamos que su recepción pondría en serio peligro la primacía que debe tener el derecho internacional de los derechos humanos por sobre todas las disposiciones internas, generando incluso que un mismo derecho pueda tener diversas dimensiones o proyecciones según sea el país donde se aplique o según sean las pautas tenidas en cuenta para apreciar el contenido del derecho que se trate. Si bien es cierto que cuando dichas “apreciaciones” sean intolerables, cabrá a la propia CorteIDH “encauzar” u otorgar la “justa interpretación”, reafirmando así el carácter de intérprete final que ostenta la CorteIDH de los tratados regionales de derechos humanos. En este sentido, sostiene Sagües que la actuación de la CorteIDH para corregir la amplitud del margen de apreciación nacional responde a una “necesidad jurídica”, ya que de no haberla, un país podría eximirse del respeto u observancia del derecho, alegando impunemente su “margen de apreciación nacional”²³.

Los convenios sobre derechos humanos, si bien adquieren una significación particular que los distingue de los demás acuerdos que celebran los Estados, no dejan de ser tratados, y, por lo tanto, someterse a las reglas de buena fe que debe guiar el cumplimiento de sus disposiciones. Así volvemos al planteo inicial, pues cuando un país ratificó la CADH y consintió expresamente respetar a la CorteIDH como intérprete de sus disposiciones, no puede luego exigir cierta “flexibilidad” en atención a “particularidades propias”, afectando el sentido de universalidad e integralidad con que deben ser entendidos y aplicados los derechos fundamentales.

VI. Sobre la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte Interamericana.

Dispone el art. 68 de la CADH que *“Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”*.

Ha sido siempre un tema de discusión en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, el alcance de la obligatoriedad que detentan los fallos emanados del Tribunal trasnacional. Profundizar en este alcance guarda una íntima conexión con el tema que venimos desarrollando, pues, en definitiva, no olvidemos que los jueces, al realizar el control de convencionalidad, deben observar los tratados internacionales de derechos humanos conforme a la interpretación dada por la CorteIDH.

²³ Sagües Néstor P.; “La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”; op. cit.; Pág.21.

Al momento de ratificar la CADH y el resto de los Tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes para la región, los Estados no solo asumen el compromiso de respetar sus disposiciones, sino, fundamentalmente, que sus respectivas jurisdicciones internas puedan ir progresivamente asumiendo las directrices e interpretaciones cimentadas a la luz de la jurisprudencia interamericana. La propia CorteIDH ha señalado que “los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos útiles (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos”²⁴.

Ya antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia Nacional (CSJN), reconoció en el caso Ekmekdjian c/ Sofovich: “*Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José*”²⁵. Luego, en 1995, en “Giroldi”, manifestó su postura en el sentido de reconocer que la jurisprudencia de la CorteIDH 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 para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana²⁶. Esta doctrina, conocida como “doctrina del seguimiento nacional”, fue reafirmada un año después en “Bramajo”²⁷, extendiendo la directriz a la interpretación que realice la CIDH. Dijo la Corte Suprema al respecto: “*Los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquéllas*”²⁸.

Sostiene Leonardo Franco que: “la evolución jurisprudencial ocurrida en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación devela que, más allá de la jerarquía constitucional que claramente ostentan los tratados internacionales de derechos humanos, se le ha asignado a la jurisprudencia internacional, en particular a la

²⁴ CorteIDH; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafo 34.

²⁵ CSJN; Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros; 7 de Junio de 1992, Considerando 21. Publicado en La Ley, 1992-C, 543.

²⁶ CSJN, Caso “Giroldi”, sentencia del 7 de Abril de 1995, Fallos 318: 514.

²⁷ CSJN, Caso “Bramajo”, sentencia del 12 de Septiembre de 1996, Fallos 319: 1840.

²⁸ CSJN, 8/9/2003, "Hagelin, Ragnar E.", Fallos 326:3268; JA 2003-IV-402. Voto Dr. Maqueda.

interamericana, un “rol” o “función” de decisiva trascendencia en la fundamentación de las decisiones judiciales nacionales”²⁹.

Fallos más recientes de la CSJN (entre otros “Arancibia Clavel, Simón, Mazzeo, etc.) reiteran de manera uniforme la obligación por parte del Estado Argentino de seguir las pautas indicadas por la CorteIDH.

Sin embargo, pensamos que el mayor conflicto se genera cuando se pretende que la jurisdicción nacional siga criterios esbozados por la CorteIDH en casos en que nuestro país no ha sido parte. Así, Bianchi distingue claramente aquellas resoluciones dictadas por el tribunal interamericano en casos contenciosos en donde Argentina ha sido parte en el proceso, de aquellos otros donde no ha habido participación del Estado en el litigio. Respecto al primer supuesto, sostiene que no está en discusión que las sentencias de la CorteIDH son vinculantes u obligatorias para el Estado, pero no así en el segundo supuesto³⁰. Disentimos con esta interpretación. Creemos que cuando se sostiene que el Poder Judicial de los Estados debe “tener en cuenta” las interpretaciones que de la CADH haga la CorteIDH, no implica asignarle un sentido meramente recomendatorio, sino, por el contrario, que los tribunales nacionales están obligados a respetar la regla interpretativa aún cuando nuestro país no ha sido el destinatario del fallo en donde se expuso tal criterio. Esto es así porque si solamente resultaríamos obligados por los casos en los que fuimos parte, ante un caso planteado en la jurisdicción local, donde ya se cuente con un antecedente jurisprudencial de la CorteIDH que reconozca nuestro derecho, bastaría, ante el no seguimiento de la “línea” jurisprudencial internacional, iniciar el procedimiento ante los organismos internacionales, convencidos que finalmente obtendremos de la CorteIDH el fallo contra nuestro país coincidente con nuestros intereses.

No solo pensamos que los tribunales nacionales deben seguir la jurisprudencia de la CorteIDH en todo caso en que sean o no parte, sino que también extendemos ese entendimiento respecto a las opiniones consultivas, sobre las que se siembran ciertas dudas respecto a la obligatoriedad de su seguimiento. Sobre estas opiniones, decimos que si bien no tienen la misma fuerza vinculante que las sentencias en materia contenciosa, ello no debe llevar a la conclusión que dichas opiniones no deban ser tenidas en cuenta especialmente por los Estados y demás actores del sistema interamericano. Bien señala al

²⁹ Franco, Leonardo; Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino”, Instituto de investigaciones jurídicas. UNAM; pág. 162.

³⁰ Bianchi, Alberto B.; “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”; op. cit.; pág.17.

respecto el ex juez y Presidente de la CorteIDH, Pedro Nikken que “las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados (...) representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (en el caso de la Convención Americana u "otro tratado" sometido a consulta), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales”³¹.

VII. La primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: ¿Ha dejado la Corte Suprema de ser suprema?.

Otra de las cuestiones que sigue suscitando encendidas polémicas tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial gira en torno a reconocer la primacía que ostenta el derecho internacional de los derechos humanos sobre todo el ordenamiento interno. Esta polémica se va a ir profundizando en nuestro país con el correr de los años, y, especialmente, a partir de la entrada en vigencia en 1980 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, luego la ratificación en 1984 de la CADH donde Argentina reconoce la competencia de la CorteIDH y finalmente, la reforma constitucional operada en 1994, donde se elevan a rango constitucional los principales declaraciones y Convenciones de derechos Humanos incorporadas hasta ese momento por el país.

Si bien la reforma constitucional aludida, dejó en claro que los tratados celebrados por la Nación con potencias extranjeras gozan de jerarquía superior a las leyes, la cuestión quizás más problemática está representada por preguntarnos si la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos implicaría que ahora el derecho internacional de los derechos humanos pudiera avanzar sobre la propia Carta Magna. Definir esta cuestión no resulta un tema menor, pues, en caso de aceptar esta última posibilidad, la lógica consecuencia sería reafirmar la primacía del derecho internacional por sobre todo el orden interno, incluida la propia Constitución.

³¹ Nikken, Pedro; “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; en El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI – Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José Costa Rica – 2da. Edición – 2003, pág. 176.

No nos quedan dudas que a la luz de la evolución normativa experimentada en el campo de los derechos humanos tanto a nivel regional como universal, y a partir del desarrollo jurisprudencial de la CorteIDH, concretamente, desde la formulación de la doctrina del control de convencionalidad, la citada primacía resulta clara y evidente. Fundamentamos nuestra postura en dos cuestiones básicas. En primer lugar, el ya mencionado art. 27 de la Convención de Viena sobre derechos de los Tratados, al imponer la obligación para los Estados de no poder alegar su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus compromisos internacionales, incluye sin dudas a la propia Constitución dentro de ese derecho interno, por lo tanto ella tampoco podría ser invocada. Asimismo sostiene Cançado Trindade que “no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (*animus*) del poder público (sobretudo el judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos”³²

En segundo lugar, la lógica del control de convencionalidad posiciona a la CADH por encima de la propia Constitución. Esto es, ni más ni menos, que admitir que si la Carta Magna resulta contraria al Pacto, dicha regla debe quedar inaplicado por los órganos judiciales nacionales. De esta manera, coincidimos una vez más con Sagües cuando afirma con toda contundencia que “la Constitución no puede válidamente lesionar al Pacto. Si ello no implica superioridad de la Convención sobre la Constitución, francamente no sabemos cómo denominar de otro modo a tal estado de cosas”³³. Incluso ya en algunos casos (como por ejemplo el de “la últimas tentación de Cristo” vs Chile), la CorteIDH obligó a un Estado a dejar sin efecto una norma constitucional por su oposición a la CADH.

En cuanto a la pregunta formulada en el título del presente punto que estamos analizando, sobre si la Corte Suprema ha dejado de ser suprema, la respuesta, creemos, resulta positiva, por varias razones, aunque la principal, es que , guste o no, la Corte Nacional no es intérprete final de las Convenciones que en materia de derechos humanos ha ratificado nuestro país. Por lo que, si dicho Tribunal, arrogándose ese poder

³² Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*“(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; Voto razonado juez Cançado Trindade; Apartado 40.

³³ Sagües, Néstor P.; “El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales”; op. cit.; Pág. 3.

que no le corresponde, realizara una interpretación contraria a las Convenciones, haría incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Luego, la CorteIDH, real y legítima intérprete final del sistema interamericano, puede obligarla a dejar sin efecto dicha interpretación y adecuarla a los parámetros que le indique el tribunal trasnacional. La propia Comisión interamericana ha señalado que: “el Estado es responsable por los actos del Poder Judicial aún en los casos en los que actúe más allá de su autoridad, independientemente de la postura de sus otros órganos; si bien internamente los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial son distintos e independientes, todos ellos conforman una unidad indivisible y por lo mismo el Estado debe asumir la responsabilidad internacional por los actos de los órganos del poder público que transgredan los compromisos internacionales”³⁴. Incluso ya en algunos casos la CorteIDH dejó sin efecto resoluciones tomadas por nuestro máximo Tribunal, como se dio en el caso “Bulacio”, en donde se obligó a la justicia nacional a dejar sin efecto la resolución que había dejado firme la prescripción de la acción penal por el paso del tiempo. De los ejemplos mencionados, reafirmamos nuestra opinión de que la Corte Suprema dejó de ser suprema, pues siempre se ve expuesta a que el Tribunal supranacional le “recuerde” cuáles son los criterios que deben seguirse a la hora de cooperar en la aplicación e interpretación de una doctrina uniforme de derechos humanos. En este sentido, para Sagües, la CorteIDH tiende a perfilarse como un tribunal regional de casación³⁵.

VIII. Conclusiones.

La confianza y creencia en el sistema interamericano debe ser demostrada en acciones concretas. La aceptación por parte de los estados y, concretamente, de nuestro país, de la doctrina del control de convencionalidad representa una muy buena oportunidad para reafirmar esa confianza. Esto significa que los jueces nacionales deben realizar este control sin demasiados reparos.

A modo de breves reflexiones finales de todo lo expuesto en el presente trabajo señalamos:

³⁴ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*”(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Apartado 61 i).

³⁵ Sagües, Néstor P.; “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”; op. cit.; Pág. 1.

- 1- La adecuación de las normas internas a las convenciones internacionales, debe contemplar especialmente la interpretación de la CorteIDH, órgano e intérprete natural de sus disposiciones.
- 2- Los jueces nacionales deben honrar a través de sus fallos, los compromisos que en materia de derechos humanos ha asumido nuestro país en sede internacional, dejando de lado “ciertos orgullos” que impiden aceptar con humildad que el paradigma jurídico ha avanzado y que hoy la supranacionalidad se va imponiendo en la mayoría de las latitudes.
- 3- La primacía que ostenta el derecho internacional de los derechos humanos impide a los magistrados locales invocar incluso la propia Constitución Nacional para abstraer al Estado del cumplimiento de sus obligaciones.
- 4- Debe mediar una gran responsabilidad por parte de los operadores de la justicia, pues una posición “caprichosa” en querer seguir aplicando criterios propios alejados de los estándares de interpretación supranacionales, implicaría exponer al país a ser condenado por la CorteIDH por violación a las disposiciones de la CADH o de la exégesis que de ella realizó el Tribunal Americano.
- 5- Pensamos que debe abandonarse la doctrina del margen de apreciación nacional, pues, como bien sostuvo la CorteIDH en su opinión consultiva nro. 6/86: “la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.
- 6- Los tribunales nacionales deberán asimilar que los veredictos que emergen de la jurisdicción supranacional reflejan reglas interpretativas generales que permiten una aplicación uniforme de los principales derechos y garantías de la persona humana.
- 7- Finalmente, pensamos que cuando un Estado se hace parte de un tratado internacional (y en mayor medida si se trata de derechos humanos), se compromete a poner en marcha todos los mecanismos internos destinados a su efectivo cumplimiento. La justicia es uno de esos mecanismos importantes. Si la

jurisdicción nacional no acompaña, será cuestión de replantearse seriamente la utilidad de seguir perteneciendo al sistema.

Bibliografía consultada.

ABREU BURELLI, Alirio; “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; en: La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004; 1era. Edición – Corte Interamericana de Derechos Humanos – San José Costa Rica – 2005 – 1228 páginas.

ALBANESE, Susana; “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”; en “El Control de Convencionalidad”, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2008

BIANCHI, Alberto B. “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”; en: Suplemento La Ley Constitucional; lunes 27 de septiembre de 2010.

FRANCO, Leonardo; Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino”, Instituto de investigaciones jurídicas. UNAM; 1era. Edición, 2009.

GELLI, María Angélica; “El valor de la jurisprudencia internacional” a propósito del caso Bayarri” en un dictamen de la procuración general de la Nación. en La ley, Año LXXIV Nro. 103, 1 de Junio de 2010.

GOZAÍNI, Osvaldo A.; “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”; en: “El Control de Convencionalidad”, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2008

HITTERS, Juan C.: “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de a corte interamericana de derechos humanos? Control de constitucionalidad de convencionalidad, La Ley 2008-E, 1169.

LUCCHETTI, Alberto J.; “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”; en El Control de Convencionalidad”, Ed. Ediar; Buenos Aires, 2008

NIKKEN, Pedro; “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; en El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI – Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José Costa Rica – 2da. Edición – 2003.

SAGÜÉS, Néstor P.; “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”; en La ley, Año LXXIV Nro. 152. Miércoles 11 de Agosto de 2010.

SAGÜÉS, Néstor P.; “El control de convencionalidad, en particular sobre las Constituciones nacionales”; en La ley, Año LXXIII Nro. 35, 19 de Febrero de 2009.

SAGÜÉS, Néstor P.; “La interpretación de los Derechos Humanos en las Jurisdicciones Nacional e Internacional”, Academia Nacional de Derechos y Sociales de Buenos Aires; Anticipo de “Anales”, Año XLII, Segunda época, número 36. Buenos Aires, 1998, pág. 17.

