

El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local.

Por Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
Publicado RAP, *El Derecho Administrativo hoy, 16 años después*;
2013

Sumario: 1. El control de convencionalidad. 2. El control de convencionalidad desde la mirada de la Corte IDH. 3. El control de convencionalidad según los jueces internos. 4. El debate abierto. 5. Recapitulando: la apertura a un nuevo horizonte de diálogos entre jueces antes que de tensiones.

1. El control de convencionalidad

El título asignado para nuestra intervención en estas prestigiosas jornadas académicas nos remite al denominado control de convencionalidad diseñado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos – en lo siguiente Corte IDH –, y las controversias que puedan acaso generarse a partir del mismo en los sistemas judiciales internos de cada Estado miembro.

El tema, abordado con un nivel de debate alto e intenso por parte de la doctrina argentina, ha tomado mayor visibilidad principalmente – y como es lógico pensar – por la fuerte incidencia que la Corte Federal Argentina le brinda través de sus decisiones¹.

Control de convencionalidad que ha venido a reforzar en el precedente *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ danos y perjuicios*², casi como efecto *espejo*, al control de constitucionalidad de oficio contenido en nuestro escenario constitucional, bajo los alcances allí establecidos por la CSJN³.

De nuestra parte, hace un tiempo ya, venimos marcando la necesidad de contar con mecanismos judiciales aptos que permitan eficazmente internalizar los compromisos asumidos soberanamente por nuestro país al tiempo de rubricar el Pacto de San José de Costa Rica – en adelante PSJCR –.

Mencionamos frecuentemente que el nuevo orden de los sistemas jurídicos actuales necesita de una formulación distinta de la función judicial

¹ Desde la doctrina administrativista ha sido Agustín Gordillo quién tempranamente nos indicara la existencia de un "...derecho supranacional y supraconstitucional de los derechos humanos...", para luego ya afirmar contundentemente que "...no podemos hacer libre interpretación nacional de los tratados internacionales. El carácter internacional de los derechos humanos es hoy indubitable, pero es apenas un dato más de una realidad jurídica universal bastante mayor..."; GORDILLO, Agustín, *"Hacia la unidad del orden jurídico mundial"*, p.54, Res Publica Argentina, RAP, 2009-1

² CSJN, 27.11.2012.

³ Ver en especial considerandos 11 a 14 inclusive del voto de la mayoría.

contextualizada en un esquema institucional mucho mayor. Hablamos así de un nuevo y creativo diálogo entre los jueces internos e internacionales, entrelazados por criterios convergentes en sus sentencias.

En realidad , creemos estar frente a jueces que aplican desde lo interno de las estructuras domésticas judiciales todo un sistema normativo complejo, dentro del cual una porción trata de un derecho que se construye en gran parte – no exclusivamente – *por fuera de las fronteras institucionales domésticas* del Estado miembro del PSJCR.

En otras palabras, desde lo funcional, el juez argentino posee una doble característica desde la cual despliega su competencia específica del fuero – civil, comercial, laboral, contencioso administrativo, entre otros posibles - en que desarrolla sus actividades: es juez constitucional y convencional. Es juez interno e internacional de los derechos humanos, contribuyendo a la concreción del orden público internacional de los derechos humanos.

En lo constitucional, si partimos primero desde la clásica herramienta del control de constitucionalidad la misma puede ejercerse, como es sabido, con distintas intensidades. Así, por ejemplo, a) la simple interpretación constitucional de la norma aplicable al conflicto y sus alcances, es una formulación de tal control, para que la misma sea entendida armónicamente con el resto del ordenamiento jurídico, b) inaplicando una norma en el caso concreto por desplazamiento de esta por otra que resulta preferida en el razonamiento judicial, y c) declarando la inconstitucionalidad de la norma. Las tres funciones, entre otras posibles, implican control de constitucionalidad del juez interno. Ciertamente la CSJN en el precedente *Rodríguez Pereyra* parece haber consolidado especialmente el ejercicio de tal competencia de oficio, encuadrándola como una *potestad*⁴ propia de los jueces.

En lo convencional, similar situación puede verificarse en la segunda función del juez interno pero ya en el marco del debido cotejo de compatibilidad de la norma interna con aquella propia del PSJCR – y de los demás tratados al menos con rango constitucional -. El control de convencionalidad es la herramienta institucional y procesal eficaz para tal fin, y es en parte el legado de un movimiento constitucional verificado positivamente en nuestro ordenamiento jurídico: el de la interconexión de los sistemas normativos en un mismo orden jurídico. Sobre este punto nos referiremos en el presente trabajo.

El control de convencionalidad desde la mirada de la Corte IDH

La Corte IDH viene insistiendo ya hace un tiempo en la obligación de los jueces internos de cada Estado miembro en realizar el debido estudio de compatibilidad entre las normas internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos – en adelante SIDH - y las normas internas.

⁴ Sugerimos leer atentamente la interesante discusión que sobre el punto plantea Sagües al comentar el fallo citado. Ver, Sagües, Néstor P. , *El control de convencionalidad de oficio. ¿Deber de los jueces argentinos?*, LL, 19.12.2012, pg. 1

Sin embargo ello es apenas una simplificación un tanto inexacta del mandato emitido por la Corte IDH vinculado al control de convencionalidad ya que: a) exige el estudio de compatibilidad no sólo en el plano normativo sino también en el propio jurisprudencial, b) predetermina que el mismo sea ejercido de oficio por los jueces, c) entiende que deben realizarlo todos aquellos que ejerzan en el sistema interno actividad materialmente jurisdiccional, incluyendo en tal fórmula a los órganos extrajudiciales. Este último aspecto es especialmente relevante para el estudio del derecho público ya que por lo general encontramos tarea de contenido *jurisdiccional fuera del ámbito de los jueces*, por ejemplo, en aquellos procedimientos institucionales - orgánicos o no - en los cuales se pretenden la destitución de funcionarios de determinadas trascendencias en los sistemas internos (juicios políticos, jurados de enjuiciamiento, etc.).

La Corte IDH en lo que creemos es una posición ya consolidada, define al control de convencionalidad bajo los siguientes alcances: "...Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana"⁵. Este control ejercido no tan solo por jueces deberá realizarse de oficio y tendrá por objeto analizar la compatibilidad en el sistema interno de la norma doméstica no tan sólo con el marco normativo del PSJCR sino también con la interpretación que del Pacto realiza la Corte IDH.

De tal formulación nos permitimos formularnos algunas preguntas, entre tantas otras posibles:

a) La Corte IDH generalmente en sus sentencias entiende que el tratado le permite invocar otras normas. Aquí aparece una de las primeras preguntas posibles en esta nueva dimensión: ¿Incluye el control de convencionalidad al PSJCR o también a los diversos instrumentos de derechos humanos⁶?

⁵ Corte IDH, caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, sentencia de 1.9.2010 (Fondo, Reparaciones y Costas); caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24.2.2011 (Fondo y Reparaciones); entre tantos otros posibles de ser citados.

⁶ Ello ha sido, por ejemplo, invocado por la Corte IDH en relación a determinados instrumentos de la OIT. Ha indicado "...que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la *Convención* de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar

b) La Corte IDH *interpreta* bajo dos grandes funciones, la estrictamente jurisdiccional y la consultiva. ¿Componen el control de convencionalidad tanto las sentencias de la Corte IDH como sus opiniones consultivas? . En su caso, ¿Las sentencias de fondo, las preliminares y las resoluciones cautelares?

c) ¿El Estado miembro debe incorporar internamente en el control de convencionalidad la actividad interpretativa desarrollada por la Corte IDH en todos los casos, o tan sólo en aquellos que ha sido parte? ¿Existe una suerte de efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte IDH? ¿Se debe internalizar el mandato judicial estrictamente o también la regla sentada en el fallo?

d) ¿Los jueces están obligados a seguir todos los criterios de la Corte IDH?

Estos interrogantes así como sus posibles respuestas, pueden conducir en menor o mayor intensidad a puntos de tensión entre el sistema interno y el internacional según veremos más adelante.

Por ahora adelantaremos que la eficacia de las sentencias de la Corte IDH puede, entonces, plantearse al menos desde las siguientes perspectivas:

Una primera aparece como una verdad casi revelada de que el Estado miembro condenado en la instancia internacional debe acatar la parte resolutive del fallo de la Corte IDH e internalizarlo por las vías respectivas. Cumplir tal mandato judicial internacional es una obligación esencial asumida por los Estados miembros consecuencia directa del principio – entre otros – de la buena fé que rige a los compromisos internacionales de los Estados. En tal tarea el juez interno es claramente uno de los *facilitadores*, dentro del ámbito de sus competencias y por los carriles procesales existentes. Es esta interpretación acorde con el margen de libre apreciación que poseen los Estados miembros en la aplicación de los tratados de derechos humanos con el fin de otorgarle efectividad cierta a todo el sistema.

Una segunda apunta al alcance que puede brindársele a las doctrinas judiciales sentadas en los diversos casos en que ha sido condenado el Estado miembro más allá de la condena en particular, en la medida que la doctrina establecida por la Corte IDH se subsuma correctamente en el supuesto de hecho y derecho

interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de mismo instrumento). Igualmente, este Tribunal ha considerado que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en casos de Nicaragua, Paraguay y Surinam, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio N° 169 de la OIT...” (Corte IDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27.6. 2012 -fondo y reparaciones-)

Una tercera interroga sobre la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH con independencia de quién ha sido parte en el proceso judicial internacional. Aquí, las posturas pueden ser a) o bien se le otorga el carácter *erga omnes* a las sentencias de la Corte IDH, o b) tan sólo se las toma como simples *guías interpretativas*.

Una cuarta dimensión puede referir a la actividad consultiva de la Corte IDH. Aquí no se discute la *fuerza vinculante o interpretativa de la actividad netamente jurisdiccional, sino los efectos que posee la actividad interpretativa normativa de la Corte IDH*. Las opiniones consultivas poseen una destacada trascendencia en el ámbito normativo del sistema americano. Basta leer detenidamente a algunas de ellas para que el lector pueda advertir la importancia de esta vía interpretativa de la Corte IDH y la incidencia directa de ellas en la real vigencia de los derechos humanos: la igualdad⁷ y no discriminación como parte del derecho imperativo del derecho internacional de los derechos humanos, parece no admitir la posibilidad de que un Estado le quite eficacia interna por el solo hecho de no haber sido quien solicitó la respectiva opinión consultiva donde se estableció tal principio. En esta actividad, nos parece claro, que si la vía de interpretar los alcances de los tratados son las opiniones consultivas, y estas son solamente solicitadas por los Estados miembros, parece razonable entender que estas integran el contenido del control de convencionalidad que deberán ejercer los jueces independientemente de quién ha solicitado la consulta.

Estas dimensiones en que podemos analizar la eficacia de la actividad de la Corte IDH, desde el plano interno estatal generan tanto desde lo operativo como desde lo institucional –político una serie de tensiones difíciles muchas veces de resolver. Llegando incluso a crearse *zonas de no dialogo entre jueces* quitándole así eficacia a los derechos fundamentales.

3. El control de convencionalidad según los jueces internos

Decíamos que desde la *mirada* de la Corte IDH el mandato parece ser claro y estar justificado en el propio Pacto de San José de Costa Rica.

Sin embargo, la mirada ya interna de cada Estado miembro bien puede ser, y de hecho es distinta. Las tensiones que se generan del rededor de dicho control no son menores, ya que para algunos Estados miembros ello supone una *invasión en los asuntos internos* o la extralimitación de una competencia jamás asignada a la Corte IDH por conducto de los tratados.

En este sentido, bien es conocida la postura de Venezuela quién en más de una vez ha *repelido* las órdenes emitidas por la Corte IDH en sus sentencias bajo la técnica de quitarle sus efectos por conducto del control de constitucionalidad interno de dichas sentencias. Dictada las sentencias en el orden internacional, la Sala Constitucional las examina efectuando un control

⁷ Ver el alcance que se le brinda a la igualdad en el voto de la mayoría de la CSJN en el caso *Recurso de Hecho Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/acción de amparo*, 07.12.2010. El tratamiento que ha recibido por parte de la Corte IDH puede, entre otros, consultarse en la O.C. N° 18/03 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17.9.2003.

de constitucionalidad que concluirá en que la misma no se conforma a su propia constitución. Tal *armado jurídico* justifica, a su criterio, el incumplimiento de una sentencia internacional. Estamos frente a un Estado que, por las razones que ensaya, repudia por inconstitucional las sentencias de la Corte IDH declarándolas *inejecutables en el orden interno*. Citamos por todos el caso de la Corte IDH *Aspitz Barbera y otros versus Venezuela*⁸ y el fallo dictado en el sistema interno que ordenó no ejecutar dicho fallo de la Corte IDH⁹. La postura de dicho país, lo llevó: a) a solicitar una opinión consultiva que luego emitiera la Corte IDH bajo el número 19/05 por la cual se le informara que la Corte IDH realiza en el ámbito de la respectiva competencia el control de legalidad de la actividad desarrollada por la Comisión IDH y b), a denunciar el PSJCR, en fecha 6 de setiembre de 2012.

En cambio México ha mostrado una postura diversa intentando construir un esquema de interconexión de los sistemas internos e internacionales en la materia de derechos humanos de mayor fluidez. Por Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fechado al 14.07.2011, se sentó una interesante doctrina en la materia. La decisión tuvo por objeto resolver en el sistema interno los mecanismos procesales e institucionales que viabilicen el control de convencionalidad. El acuerdo tuvo su origen en la decisión de la Corte IDH emitida en el caso *Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*¹⁰.

Es interesante ver los fundamentos de los jueces en dicho fallo. Podemos sintetizarlos así: a. Por unanimidad se entendió como obligatoria y de cumplimiento pleno la sentencia dictada contra el país por parte de la Corte IDH. b. La mayoría de los jueces acuerdan entender que: 1. los criterios interpretativos de la Corte IDH en el resto de los casos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación, 2. según el modelo procesal mexicano, todos los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden ejercer de oficio el control de convencionalidad declarando la invalidez de una norma por ser contraria a los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, 3. el resto de los jueces en el ámbito de sus competencias podrán desaplicar dichas normas, solo para el caso concreto y no realizar declaración de invalidez alguna, y 4. el resto de las autoridades públicas que no ejercen funciones jurisdiccionales les está impedido desaplicar norma alguna, menos aun para declarar su invalidez¹¹.

En uno de los votos disidentes se puede observar una interesante crítica a la postura que propicia la aplicación directa de las sentencias de la Corte IDH sin posibilidad alguna de analizar su adecuación al sistema interno. Según tal razonar, el *pacta sunt servanda* es el principio que permitiría no cumplir el

⁸ Corte IDH, caso *Aspitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) *versus Venezuela*, - excepción preeliminar, fondo, reparaciones y Costas -, de 5.8.2008

⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *expediente Nro. 08-1572*, de 18.12.2008

¹⁰ Corte IDH, caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* - excepciones sentencia preliminares, fondo, reparaciones y costas -, de 3.11.2009 .

¹¹ No obstante ello los jueces advierten al necesidad de que estas autoridades deben interpretar los derechos humanos de la manera que más favorezcan a la dignidad de las personas.

fallo de la Corte IDH si es que un tribunal interno entiende que tal tribunal se ha extralimitado en sus funciones por a) omitir considerar el contenido de las declaraciones o reservas imperativas que un Estado realizó, b) rebasar las facultades que le son concedidas por su propio estatuto.¹² En dicho razonamiento se filtra, evidentemente, la competencia constitucional interna para realizar el pertinente control de compatibilidad de las decisiones de la Corte IDH con el orden público nacional.

Es también interesante analizar el razonamiento parcialmente disidente que exhibe el Juez Arturo Zaldívar Lelo de Larrea al no concordar con el criterio mayoritario de asignarle únicamente valor orientador a la jurisprudencia de la Corte IDH en que México no ha sido parte. En su pensar parte de entender a los sistemas internos e internacionales de derechos humanos como en una relación de cooperación en la protección de la dignidad de las personas. Ello lo lleva a consolidar su idea que los fallos de la Corte IDH fijan estándares mínimos de protección sobre los cuales los jueces internos pueden superar con criterios de mayor protección aun. Entiende que la misión preventiva de los fallos de la Corte IDH fundan la necesidad de reconocerles el carácter obligatorio a sus decisiones aun en aquellos casos en que México no ha sido parte de la contienda.

En Uruguay, la Suprema Corte de Justicia optó en su razonamiento mayoritario por brindarle efecto relativo a los fallos de la Corte IDH en el resonado precedente *M.L.,J.F.,O. –Denuncia excepción de inconstitucionalidad arts. 1,2 y 3 de la ley nro. 18.831*¹³. En aquello que interesa a nuestro trabajo, el máximo tribunal judicial uruguayo en su voto mayoritario consideró que “...nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la Republica Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”, para luego agregar que “...si bien esta fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la interprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos – naturalmente en el ámbito de sus competencias – tampoco puede desconocerse que la interprete última de la Constitución de la Republica Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia”. Para desde tal razonamiento resolver el caso sometido a estudio en base a principios y garantías constitucionales internas que en parte interdictarían los efectos del fallo de la Corte IDH dictado en el caso *Gelman vs. Uruguay*¹⁴, justamente por principios fundamentales que informan la protección de la dignidad del hombre – irretroactividad de la ley penal, seguridad jurídica, entre otros -.

En el sistema argentino como es sabido la CSJN ha enderezado su postura, diríamos, en un diálogo de por más intenso entres sus sentencias y las propias de la Corte IDH¹⁵. Los criterios que la CSJN venía expresando en distintos

¹² Voto particular del Juez Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

¹³ Sentencia del fallado 2.2.2013

¹⁴ Corte IDH, de 24.2.2011.

¹⁵ Siempre es oportuno recordar que nuestro país se sometió a la Convención Americana –que data de 1969- en 1984 por medio de la ley 23054, reconociéndose –asimismo- la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas, bajo condiciones de reciprocidad. Por cierto, el proceso de inserción de ese tratado en el derecho nacional no acabó allí. Como sucedió

precedentes, fue luego fuertemente intensificado en los casos *Mazzeo*¹⁶, *Acosta*¹⁷ y *Rodríguez Pereyra*¹⁸. Del análisis de la doctrina emergente de dichos fallos, parece la CSJN en su mayoría asumir una nueva dimensión en la articulación de criterios entre los jueces internos y los internacionales del SIDH.

No debe olvidarse que la propia CSJN en un mensaje institucional a nuestro criterio fuertísimo emitido ya en otra función estatal, la de superintendencia¹⁹, se había encargado de explicar que la reforma constitucional del año 1994 implicó, entre otras cosas, a) la imposición en cabeza del Estado de obligaciones de respeto, protección y realización de los Derechos Humanos de la persona sometida a su jurisdicción y b) el emplazamiento de Argentina por ante los sistemas internacionales de control del cumplimiento de los aludidos compromisos

El precedente *Mazzeo*²⁰ creemos es una consecuencia ya en el plano jurisdiccional de aquella postura política institucional explicada por la CSJN. La afirmación efectuada en dicha decisión así parece justificarlo: la jurisprudencia de la Corte IDH ya no es tan sólo una guía orientativa, sino antes bien una “...insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos.”²¹

En *Acosta*, la CSJN en su mayoría decide no compartir los argumentos vertidos en los apartados IV y V del dictámen del Sr. Procurador General. Recordemos que en dicho dictamen el por entonces jefe de la Procuración General de la

con la mayoría de los países, el camino de la apertura doméstica a las normas internacionales y sus criterios interpretativos atravesó etapas signadas por una inicial reticencia al reconocimiento de la aplicabilidad directa y prevalencia normativa del derecho internacional (CSJN, *Martín & Cía. Ltda.*, 1963, *Fallos*, 257:99; *Esso S.A. Petrolera Argentina*, 1968, *Fallos*, 271:7, entre otros), una posterior flexibilización jurisprudencial de esa tendencia (CSJN, *Ekmekdjian*, 1992, *Fallos*, 315:1492; *Fibraca Constructora*, 1993, *Fallos*, 316:1669 y *Cafés La Virginia*, 1994, *Fallos*, 317:1282) seguida de una ulterior jerarquización constitucional de los pactos (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994), para encontrarnos hoy frente a un reconocimiento jurisprudencial del alto grado de penetración de los criterios internacionales en el ordenamiento nacional (*Priebke*, 1995, *Fallos*, 318:2148; *Urteaga*, 1998, *Fallos*, 321:2767; *Hagelin*, 2003, *Fallos*, 326:3268; *Verbitsky*, 2005, *Fallos*, 328:1146; *Simon*, 2005, *Fallos*, 328:2056; *Galli*, 2005, *Fallos*, 328:690; *Sánchez*, 2005, *Fallos*, 328:2833; *Llerena*, 2005, *Fallos*, 328:1491; *Casal*, 2005, *Fallos*, 328:3399; *Asociación de Trabajadores del Estado*, 2008, A. 201. XL).

¹⁶ CSJN, *Mazzeo*, 2007, *Fallos* 330:3248.

¹⁷ CSJN, *Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación*, 8.5.2012.

¹⁸ CSJN, *Rodríguez, Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*, 27.11.2012

¹⁹ CSJN, Acordada Nro. 17/2005.

²⁰ Gelli, por su parte, ha categorizado la tarea realizada en *Mazzeo* por la CSJN, como una *especie de control de convencionalidad*; Gelli, María Angélica, *La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances*. LL, 19.12.2012,1

²¹ CSJN, *Mazzeo, cit*, consids 20 y 21.

Nación²² realizó un profundo análisis respecto del control de convencionalidad fijando su postura sobre el valor que corresponde en el sistema interno argentino otorgarle a los fallos de la Corte IDH. Allí, en su criterio, caracterizó al mismo bajo los siguientes alcances: a) los fallos de la Corte IDH no poseen efectos *erga omnes*, solo obligan al Estado parte en el litigio y solo para ese caso en lo que fue objeto de decisión estrictamente, b) la Convención no establece el carácter vinculante de su jurisprudencia, menos aun efecto *erga omnes*. Para el Procurador General, desde el plano de la normativa internacional, no existe deber alguno de seguir la decisión adoptada por la Corte IDH en otros casos similares a los fallados ni tampoco deber alguno de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH. En su pensamiento las sentencias de dicho tribunal no tienen eficacia jurídica general (efectos *erga omnes*). Luego se cuestiona si existe en el sistema interno norma alguna que otorgue a las decisiones de la Corte IDH valor vinculante. Y allí, luego de ponderar el marco constitucional, la doctrina establecida por la CSJN en el caso *Giroldi*²³, y la fuerza obligatoria solo *prima facie* de las sentencias de la CSJN, concluye en que los jueces internos poseen tan sólo *el deber de consideración* de la jurisprudencia de la Corte IDH. Ello bajo las reglas que bien desarrolla en su dictamen²⁴.

Este razonamiento del Procurador General de la Nación es el que luego la CSJN en su mayoría dice expresamente no compartir excluyéndolo de su remisión al resto del dictamen. No obstante ello, Gelli entiende que finalmente

²² Dictamen del Procurador General de la Nación Esteban Righi en *A.J.E. y otro s/ recurso de casación*, 10.03.2010.

²³ Como se sabe la CSJN sentó en dicho precedente la doctrina por la cual la jurisprudencia de la Corte IDH deben servir de guías interpretativas para los jueces internos.

²⁴ Debe ser sometido a una suerte de test consistente "...en primer lugar, es preciso verificar si existe jurisprudencia de la Corte y/o Comisión Interamericanas sobre la cuestión debatida en el proceso interno (identificación de la jurisprudencia). En segundo lugar, hay que determinar cual es la doctrina o razón subyacente (*ratio decidendi*) que se desprende de la sentencia o sentencias pertinentes (identificación de la doctrina de la jurisprudencia). En tercer lugar, se debe examinar minuciosamente la aplicabilidad *prima facie* de esa *doctrina* al caso concreto, eso es, evaluar si el caso particular bajo examen en el proceso interno es una instancia del caso general (doctrina) que se infiere de la jurisprudencia de tales órganos (aplicabilidad de la doctrina al caso concreto). En cuarto lugar, es preciso todavía examinar si existen razones jurídicas basadas en el ordenamiento constitucional que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano internacional pertinente. Al respecto, el tribunal nacional debería discutir razonadamente esa doctrina en el marco de todo el orden constitucional argentino y, con base en este análisis, decidir si, en el caso concreto, corresponde seguirla o no, proporcionando una debida fundamentación de la decisión tomada (examen de compatibilidad de la doctrina *prima facie* aplicable con el orden jurídico constitucional)". Es interesante ver cómo conecta tal test con el deber de fundar las sentencias por parte de los jueces, y que en caso que el mismo está ausente puede motivar la vía extraordinaria federal y la corrección ulterior por los jueces de la CSJN.

la CSJN realizó el test propuesto por el Procurador General²⁵, aunque por un camino diverso en su razonamiento.

En nuestro parecer la respuesta de la mayoría da la CSJN al dictamen del Procurador General no auspicia quizás a razonar linealmente que los jueces votantes puedan acaso pensar exactamente en forma opuesta a la opinión del Procurador General. Pero, en cambio, si nos permite sostener que al menos el enfoque general efectuado no es el propio que posee, desde una visión ya institucional, la mayoría de los jueces de la CSJN en este asunto.

El ahora precedente *Rodríguez Pereyra*, creemos, adquiere en tal línea argumental un valor aun mayor que sigue intensificando el diálogo entre los jueces internos y los internacionales en materia de derechos humanos. La doctrina que emerge de dicho fallo *leída* desde aquella afirmación del fallo de la CSJN en su mayoría en punto a no compartir lo argumentado por el Procurador General de la Nación en el caso *Acosta*, comportan el marco general interpretativo sobre el cual habrá de diseñarse en el orden interno el control de convencionalidad.

4. El debate abierto

Los jueces de la CSJN en el voto concurrente mayoritario en *Rodríguez Pereyra* invocan el control de convencionalidad como construcción propia del sistema americano de derechos humanos; luego y por conducto del sistema de fuentes de nuestro derecho lo incorporan como un deber en términos individuales e institucionales de los jueces argentinos.

En su mayoría la CSJN²⁶ afirmó que la jurisprudencia de la Corte IDH por ella citada "...no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango."

Si bien aparece matizado tal deber – desde la propia construcción que de tal control realiza la Corte IDH - al menos por a) las asignaciones de competencias internas en el poder judicial argentino y b) las regulaciones

²⁵ Explica Gelli "...Es decir, la Corte Suprema con un criterio ajustado y consistente, examinó el alcance de la doctrina regional, entendió que el caso que debía resolver tenía una singularidad que lo diferenciaba del precedente en cuestión y no se consideró obligada a aplicarlo. Igual que el Procurador."; Gelli, María Angélica, *El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso "Acosta")*, LL 30.07.2012,4.

²⁶ CSJN, *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra...*, cit, considerando 12 del voto de la mayoría.

procesales que dan sostén procedimental a dicho control. Por nuestra parte agregamos una tercera causal emergente del principio general pro hómine, a través del cual es posible que el criterio de la Corte IDH comporte un mínimo esencial el cual puede ser *aumentado* en su nivel de protección por una norma – o construcción jurisprudencial - de mayor protección a los derechos humanos en el sistema interno . Cabe recordar que este principio consiste – de acuerdo con la Corte Federal argentina - en un principio hermenéutico que impone al operador jurídico nada menos que “privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”.²⁷ Este principio se erige como un rasgo connatural de los tratados internacionales de derechos humanos y determina que el intérprete deba escoger, dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona. Esta pauta se impone aun con mayor intensidad cuando su aplicación no entraña colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales.²⁸

Sin embargo, creemos que si bien la CSJN en *Mazzeo y Rodríguez Pereyra* interpreta como un deber propio de los jueces ejercer el control de convencionalidad de oficio, este aun no tiene contornos bien definidos sobre los cuales habrá de desarrollarse. Es la propia CSJN quien en su labor jurisprudencial irá delineando esta nueva herramienta procesal que permitirá brindarle eficacia real en el sistema interno a los tratados de derechos humanos. El debate en este punto recién comienza.

Cierto es que la CSJN en *Mazzeo* dio un salto cuantitativo en el grado de intensidad en la convergencia de sus precedentes con los propios de la Corte IDH, pero creemos que no abandona su propia competencia para ponderar a aquellos dentro del orden público interno argentino. Es que parece la propia CSJN utilizar formulas elásticas, siempre dentro de determinados límites: se sabe obligada a ejercer el control de convencionalidad de oficio, mas conoce que ello debe ser hecho al menos bajo la regla de las respectivas competencias internas y las regulaciones procesales respectivas. Cristaliza tal flexibilidad, en la mayor o menos fuerza que le otorga a veces a la expresión *pautas o guías interpretativas* de dichos fallos en el sistema interno. Nótese que en el tan comentado y por cierto destacado precedente *Losicer*²⁹ la CSJN sostiene respecto a acudir a la jurisprudencia de la Corte IDH bajo la idea que su “... jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales...”. Pero no menos cierto es que a renglón seguido la propia CSJN traslada al sistema interno el estándar fijado por la Corte IDH en el asunto que motivó el caso constitucional en *Losicer*³⁰: la garantía del plazo

²⁷ CSJN, *Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción artículo 14, 1° párrafo ley 23.737 -causa N° 28/05C-*. A. 2186. XLI; REX; 23 de abril de 2008, cons. 6.

²⁸ CSJN, *Madorrán*, 2007, *Fallos*, 330:1989, cons. 8.

²⁹ CSJN, *Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA-Resolución 169/05*, 26.06.2012. Realizamos nuestro comentario a dicho fallo en *Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden*, LL 03/10/2012 , 8

³⁰ Hemos dicho que en nuestro criterio la doctrina sentada en *Losicer* viene a generar un profundo cambio en la tensión prerrogativas públicas - derechos, ordenado correctamente la misma a la nueva formulación: la tensión es derechos versus prerrogativas públicas, y ella a su vez se resuelve siempre en más derechos. Ello así, en tanto el interés público comprende la satisfacción general de la dignidad del hombre como fundamento antropológico del derecho.

razonable es aplicable a otros órganos ajenos al poder judicial pero que materialmente desarrollan tareas jurisdiccionales. Aplica la regla sentada en *Baena*³¹ y que en gran parte había internalizado en el precedente *Astorga Bracht*³². Para desde allí argumentar e incorporar el estándar del plazo razonable como garantía exigida en los ámbitos al menos procedimentales sumariales administrativos.

5. Recapitulando: la apertura a un nuevo horizonte de diálogos entre jueces antes que de tensiones.

Como hemos dicho en otras oportunidades en la lógica del sistema americano de derechos humanos reside la idea de que los pronunciamientos de la Corte Interamericana deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al *conjunto de la experiencia nacional*.³³

De tal modo, el propio sistema americano aspira a lograr que la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en el PSJCR provenga de una *acción espontánea* de los Estados en sus prácticas cotidianas y no de la declaración de responsabilidad internacional ante una falta. En otras palabras, el objetivo final del sistema es que se produzca una gradual internalización de los estándares interpretativos internacionales que prevenga la ocurrencia de violaciones por medio de la acción directa de los propios estamentos internos.

³¹ Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, 2.2.2001

³² CSJN., *Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comfer - decreto 310/1998 s/amparo ley 16.986*, del 14.10.2004. Es el primer caso en la jurisprudencia de la CSJN en que se hace mención expresa a tal garantía. Allí el Tribunal afirmó que una serie de normas constitucionales y convencionales "resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva", a la cual se califica como una "garantía" que "supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada". Se extrapola de esa manera el concepto de defensa en juicio que había desarrollado durante años al ámbito de la Administración Pública y se construye el concepto examinado a partir de reemplazar: "juez" por "autoridad administrativa competente"; "sentencia" por "decisión"; "litigantes" por "particulares", y "proceso" por "procedimiento". Los nombres cambian pero los objetivos son los mismos y por ende todas las construcciones pensadas para la defensa en juicio se vuelven aplicables.

³³ Corte IDH, *Tibi v. Ecuador*, sentencia excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; 7.9.2004, voto razonado del juez García Ramírez, párrafo 6.

Ambas modalidades –acción directa y responsabilidad internacional- no son, por cierto, excluyentes: la responsabilidad internacional tiende a asegurar la protección, o al menos la reparación, cuando esa acción estatal no ha funcionado, y posee la fundamental gravitación de dotar al PSJCR de eficacia jurídica invocable ante un tribunal supranacional. Pero la prevención de violaciones a través de la paulatina adecuación de la acción doméstica a los parámetros del Pacto es, en definitiva, la aspiración trascendental de todo el sistema.

Se busca que los propios Estados actúen *por sí mismos* de acuerdo con las directivas convencionales. De esa forma, la garantía internacional de protección pasa a encontrar en los órganos internos de cada Estado parte a sus actores principales, desde el entendimiento que –en la tésis de lograr la vigencia efectiva y cotidiana del sistema frente a las personas, entendidas como sus sujetos esenciales- no alcanza con instituir órganos supranacionales que protejan por vía de la responsabilidad internacional los derechos reconocidos por los tratados. Es imprescindible que esa protección subsidiaria se vea acompañada –en rigor, *precedida*- por una incorporación cultural y hermenéutica que asegure el acatamiento directo de cada Estado parte.

Por lo tanto, los gestores esenciales del sistema americano de protección de los derechos humanos no son estrictamente los órganos instituidos en la PSJCR. Corresponde en primer término a los departamentos estatales la tarea cotidiana de dar vida y aplicación concreta a las normas convencionales. El resultado jurídico tangible de ese distingo debe ser la aplicación directa del ordenamiento convencional no sólo como regla vinculante en la relación *inter partes*, sino como fuente de derecho para las personas por sobre toda disposición interna.

El sistema americano se apoya, así, en la pretensión de lograr la incorporación *de oficio* de los parámetros internacionales por parte del Estado y mantener en un papel subsidiario a su acción protectora. El denominador común de ese enfoque es la noción de *internalización espontánea* de las normas y criterios de protección como *instrumento preventivo* por excelencia de la violación de los derechos humanos.

No es casual que ya desde el propio preámbulo de la Convención Americana se declare que la protección internacional es *coadyuvante o complementaria de la ofrecida por el derecho interno*. No hemos de equivocarnos cuando hablamos de internacionalización del ordenamiento: el papel esencial de protección sigue siendo efectivamente del derecho interno, de las prácticas estatales domésticas, pero necesariamente a partir de trasladar al “conjunto de la experiencia nacional” el plexo normativo e interpretativo que los tratados imponen.

Si la *internalización espontánea* es el reto, necesariamente debemos interpretar a la declaración del constituyente de incorporar los tratados “en las condiciones de su vigencia” como la efectiva decisión de sujetarse al modo en que los mismos rigen en el plano internacional, que no es otro que el fijado *por sus órganos propios de aplicación*. En el caso de la Convención Americana las pautas centrales serán las derivadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en tanto *intérprete último* de ese tratado. Tal es la línea que parece desprenderse de los pronunciamientos de la Corte Federal argentina en la materia, en tanto ratifican el criterio conforme al cual la expresión

plasmada en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución conlleva utilizar –al momento de aplicar los Pactos- los mismos criterios hermenéuticos empleados en el plano internacional,³⁴ y también parecería ser el abordaje que ha adoptado dicho tribunal en el precedente *Mazzeo*, donde se pasa de considerar a la jurisprudencia de la Corte Interamericana como una “guía” para definirla como una “insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos”³⁵, tal como hemos indicado. Luego los precedentes *Acosta* y *Rodríguez Pereyra*, parecen haber profundizado la línea argumental de la CSJN en sentido de una mayor intensidad de vinculación entre ambos órdenes judiciales.

Es evidente y grato por cierto, que ha asomado en el sistema constitucional argentino un nuevo debate que gira en torno del denominado *control de convencionalidad*,³⁶ su ubicación dentro o fuera del típico control de constitucionalidad, sus efectos, el órgano competente para ejercerlo, los mecanismos procesales que le den el cauce respectivo y, finalmente, las consecuencias que el mismo trae aparejado en un modelo constitucional como el nuestro.

Se trata, en definitiva, de lograr los mecanismos procesales y sustanciales que sostengan un canal de comunicación adecuado en el diálogo de los jueces. Las sentencias en tanto puentes comunicantes de los ordenes internos e internacionales deberán buscar los puntos de convergencias necesarios que permitan un tráfico fluido de construcciones judiciales que partan de reconocer a la dignidad del hombre como centralidad de todo orden jurídico.³⁷

³⁴ CSJN, *Bramajo*, 1996, *Fallos*, 319:1840 cons. 8, 14 y 15; *Acosta*, 1998, *Fallos*, 321:3555, cons. 1 y 13; *Felicetti*, 2000, *Fallos*, 323:4130, cons. 6; *Simón*, cit., cons. 17; *Casal*, cit., cons. 32 y 34 *in fine*.

³⁵ CSJN, *Mazzeo*, cit, cons. 20 y 21.

³⁶ Remitimos por todos a los siguientes trabajos: *El control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*, por los Profesores María Angélica Gelli, Osvaldo Alfredo Gozaíni y Néstor P. Sagües, LA LEY, 16/03/2011, 3, Alberto B. BIANCHI, *Una reflexión sobre el llamado "control de convencionalidad"*, LA LEY, Sup. Const. 2010 (septiembre), 15; Gelli, María Angélica, LA LEY, SDC17/11/2011, LA LEY, *Control de convencionalidad en el orden interno y en el internacional, El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso "Bayarri" en un dictamen de la Procuración General de la Nación*, LA LEY, 01/06/2010, 1; *El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional*, LA LEY, 30/07/2012, p. 4.; Gil Domínguez, Andrés, *El funcionamiento del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional*, LA LEY, 30/07/2012, p. 4..

³⁷ Se ha dicho que “...la declaración de inconventionalidad de oficio, demandada a los jueces nacionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene un claro sentido de afirmación de la supremacía del Pacto de San José de Costa Rica sobre las normas domesticas, pero una también decidida afirmación de la autoridad institucional de la jurisprudencia de dicha Corte...Tiene por meta indirecta construir un *jus commune* interamericano, en materia de derechos humanos, realizando como bien se ha dicho una suerte de “casación convencional”, pero también intenta domesticar a tribunales, salas y cortes constitucionales (y, en general, a los poderes públicos de un Estado), díscolos o renuentes a seguir las directrices de la Corte Interamericana...” Sagües, Néstor P., *El control de convencionalidad de oficio...*, cit.

Algo más por cierto tenemos casi como certeza en este nuevo camino a transitarse y que bien podemos vincularlo con nuestra rama del derecho administrativo: si el juez cuenta con una nueva herramienta de control y a su vez las administraciones son uno de los sujetos obligados por los artículos 1.1 y 2 del Pacto, el control judicial sobre la actividad administrativa deberá merecer reformulaciones. Es que si la plataforma de aquello que deben hacer, impedir o promover las administraciones en el campo de los derechos humanos varía producto de un cambio en el orden normativo operado en nuestro sistema positivo, pues el lugar desde el cual se ejercerá el control, aquello sobre lo cual recaerá el control, los efectos y alcances del mismo también habrán de cambiar. Empezaremos entonces a tematizar sobre los efectos del control de convencionalidad en la actividad administrativa desde la perspectiva de los derechos humanos.