



Autores: Hitters, Juan Carlos

Título: Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación

Berizonce, Roberto Omar. Aportes para una justicia más transparente - La Plata : Librería Editora Platense, 2009, pág. 453-478 Pag.

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a repositorio@scba.gov.ar



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

Comparación

Hitters, Juan Carlos

I. Introducción

A. Control de convencionalidad.

1. Orígenes.

Los órganos jurisdiccionales locales —y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional— ejercitan el llamado control de constitucionalidad que importa una comparación, entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Podemos hablar entonces de un contralor concentrado, típico de algunas Constituciones Europeas, a partir de la Austríaca de 1946, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines; o en su caso —como es por demás sabido—, del control difuso que debe ser llevado a cabo, como en los Estados Unidos y en Argentina, por todos y cada uno de los magistrados judiciales.

Pero como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo algunos de los Magistrados de la Corte Interamericana, dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamar a partir del caso Myrna Mack Chang el "Control de Convencionalidad", lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado, como luego veremos, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo.

En tal sentido se expresó la Corte en el caso Trabajadores Cesados al sostener 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...".

Claro está que cuando se utiliza la terminología de "control de convencionalidad", no se quiere decir que sólo a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología.

Dicho órgano interamericano ha dejado en claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia.

Por ello ha establecido —sin entrometerse en las jurisdicciones locales— que una

sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos "...tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada". En ese mismo sentido ha añadido -repetimos- que sólo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional "...deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos".

Esa doctrina que 'indirectamente' tolera la fiscalización de la actividad jurisdiccional doméstica ha sido recibida por la Corte Suprema de la Nación Argentina con cierta cautela y con algunas idas y vueltas, aunque en los últimos tiempos fue acatada in totum, con algunas disidencias.

Hemos querido adelantar a modo propedéutico que ese Tribunal internacional ha sentado la postura en el sentido de que por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en 'controlar' si las normas locales acatan —o no— las convenciones internacionales; y por ende no se convierte en una 'cuarta instancia' que deja sin efecto las leyes de los países.

Surge de lo antedicho que la misión prístina de la Corte IDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad 'comparando' la norma del derecho interno en relación a la convención y desentrañar si aquélla violenta a ésta. Conjugando las ideas hasta ahora expuestas podemos decir —con algunas aclaraciones que luego haremos— que del postulado liminar antedicho surge que la Corte regional no se ocupa —por principio— de la legislación doméstica, sólo escruta si la misma transgrede la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y otros tratados), y si advierte esa falencia, así se lo hace saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes. Ello a fin de evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 del Pacto aludido).

Conviene alertar sobre la importancia de tal tarea que lleva a cabo la Corte a través de este contralor heterónimo, que importa de alguna manera una especie de 'casación regional' que sirve para unificar la interpretación jurídica de los países plegados al modelo, que abarca en el ámbito interamericano más de trescientos millones de habitantes.

Lo cierto es que este 'control de convencionalidad' no sólo se ejercita en el sistema regional correspondiente al área de los derechos humanos, sino también que dicha inspección se cumple desde antiguo en el derecho comunitario, sea por los jueces nacionales como por el propio Tribunal de Luxemburgo.

En efecto, desde la famosa sentencia "Costa vs. ENEL" dictada por este cuerpo judicial internacional, en el año 1964, el mismo sostuvo que las leyes comunitarias, tanto primarias como secundarias, han sido consistentemente proclamadas por ese organismo como preeminentes tanto frente a las leyes internas anteriores, como a las posteriores (incluyendo las leyes constitucionales nacionales).

Estos criterios han quedado firmes en la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y en sus Protocolos.

2. Desarrollo de la institución. Progresividad.

Como vimos, la terminología utilizada, esto es "control de convencionalidad", fue manejada por primera vez, en el mencionado caso Myrna Mack Chang, en el año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

El 7 de diciembre de 2004 en el caso Tibi, dicho magistrado volvió a poner la pica en Flandes sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea de los jueces transnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales: "La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía".

[...]

Lo expresado significa —en definitiva— que en el ámbito regional, el país debe tener en cuenta "la jurisprudencia" de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico.

[...]

Desde esa vertiente, no debemos olvidar que la lógica del modelo tutelar del Pacto de Costa Rica, reside en la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos "...esto es evidente y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia. Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención —e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito—, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención".

[...]

Conviene poner de resalto que en los primeros tiempos tal Tribunal Interamericano sostenía que era improcedente la revisión supranacional, si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero últimamente el órgano aludido cambió de tornas destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, aun en abstracto.

En efecto, el 27 de enero de 1995 en el caso Genie Lacayo había expresado que "...La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención..."; concluyendo que no tiene aptitud para activar ex officio 'en abstracto' el contralor de convencionalidad, criterio que mantuvo a rajatabla en el mismo asunto el 29 de enero de 1997 en la sentencia sobre el fondo.

[...]

II. Particularidades

A. ¿Quiénes ejercen este control?

Quedó remarcada, en el caso Almonacid Arellano —entre otros—, la pauta a la que antes hemos hecho referencia, en el sentido de que no sólo el Tribunal Interamericano debe llevar a cabo el contralor de marras, sino también que previamente los jueces locales pueden y deben ejercitar esta tarea, obviamente antes que el pleito llegue a la instancia internacional. Ello así porque —reiteramos— la intervención de los cuerpos supranacionales es subsidiaria y las actuaciones —por regla— deben ser analizadas en la instancia doméstica sin perjuicio del eventual "salto" a los andariveles interamericanos. De ahí que el Pacto impone la necesidad de "agotar los derechos internos" (art. 46.1.a).

Como expresamos, se trata de aplicar primero el 'control de constitucionalidad' a través del juez local, quien debe también llevar a cabo la inspección de 'convencionalidad', sucede algo similar a lo que acaece en el orden interno con la cuestión federal, ya que según la clásica jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación, la norma debe ser analizada primero por los cuerpos judiciales provinciales y luego, si subsiste el agravio, por el más alto cuerpo de justicia del país.

B. ¿Sobre qué normas supranacionales se debe ejercitar el control de convencionalidad?

Tal cual ya lo hemos expresado repetidamente, tanto los judicantes domésticos como los de la Corte IDH, deben buscar la 'compatibilidad' entre las normas locales y las supranacionales. En este aspecto cabe repetir, que cuando hablamos de estas últimas no nos referimos sólo al Pacto de San José, sino a otros Tratados Internacionales ratificados por la Argentina, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Al aludir a las normas internacionales se pueden citar: el Protocolo de San Salvador; el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera; que integran el corpus iuris convencional de los derechos humanos, tal cual quedó dicho.

C. ¿Sobre qué normas nacionales se debe ejercer la 'comparación'?

Tal cual hemos visto, una consecuencia de la violación de las disposiciones supranacionales es la necesidad de 'adecuar' o, lo que es lo mismo, 'amoldar' o 'adaptar', las reglas del derecho interno a los Tratados. Esto implica que si los preceptos domésticos —

sean legislativos o de cualquier otro carácter—, y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, la nación debe adecuarlas, y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crear las que corresponda. Estamos hablando del deber general del Estado de 'adecuación' de las reglas domésticas (arts. 1.2 y 2 de la Convención).

Vale la pena reiterar, entonces, que el control de convencionalidad tiene que hacerse a través de una 'comparación' —que deben cumplir los judicantes del país— entre las reglas internas de esencia legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter, por un lado; y los Tratados aludidos, la jurisprudencia de la Corte IDH y el *ius cogens*, por el otro.

En puridad de verdad, la Corte no ha hecho una descripción de qué tipo de preceptos locales deben ser controlados, por lo que consideramos que cualquier regla de alcance general y abstracto mal aplicada (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constituciones provinciales y nacional), tiene que estar incluida en el concepto aludido.

Como bien se ha expresado, en los países donde la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema es obligatoria para los tribunales inferiores, ella reviste el carácter de 'norma' o 'ley' y por ende puede y debe ser incluida en el contralor al que nos venimos refiriendo.

D. Control de oficio.

En nuestro país y en algunos otros —depende de la normativa vigente— se discute si el control de constitucionalidad debe ser llevado a cabo a pedido de parte o de oficio.

Sin perjuicio de lo que en definitiva resuelven los tribunales locales, reiteramos que según la interpretación de la Corte IDH "...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que esa revisión deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones".

Vista ahora la problemática no ya desde del derecho doméstico, sino del supranacional, lo cierto es que cuando las actuaciones llegan a la Corte regional, ella realiza —sin duda— esta verificación, aun de oficio, considerando que es la última intérprete de la normativa interamericana y que por una cuestión meramente procesal no puede permitir que el Estado infrinja, en este caso la Convención.

En ese orden de ideas téngase en cuenta que estamos hablando de un control normativo, no obstante, y como módulo para interpretar lo que venimos analizando, debe tenerse presente que el férreo principio de congruencia utilizado en el campo interno —por lo menos en los pleitos de marcada esencia dispositiva—, ha sido morigerado por el tribunal aludido que aplicando el principio de *iura curia novit* en verdad dilata en forma indirecta aquel postulado. Ha dicho en este sentido ese cuerpo judicial que "...en el procedimiento ante un

tribunal internacional una parte puede modificar su petición siempre que la contraparte tenga la oportunidad procesal de emitir su opinión al respecto...".

E. ¿Qué consecuencias derivan del control de convencionalidad hecho por la Corte IDH?

Cuando dicho cuerpo jurisdiccional —luego de hacer el control de marras—, dispone que en el caso concreto se violó la convención, tal pronunciamiento es vinculante (arts. 62.3 y 68.1 del Pacto), y el Estado —tal cual vimos—, tiene la obligación de adaptar y en su caso modificar el derecho interno, incluyendo la propia constitución como ocurrió en el caso de La Última Tentación de Cristo, bajo apercibimiento de incurrir en Responsabilidad Estatal.

Esto quiere significar que desde esta vertiente la decisión interamericana no implica una abrogación automática del precepto local, pues es el país quien debe cumplir con el pronunciamiento regional.

Tal criterio también es aplicable, con ciertas particularidades, en los casos de las Opiniones Consultivas.

Sin embargo en los delitos de lesa humanidad la cosa parece tener un matiz diferenciado, ya que a nuestro criterio, en tales circunstancias, por ejemplo en los casos "Barrios Altos"; "Tribunal Constitucional de Perú" y "La Cantuta" la Corte IDH se comportó como un verdadero Tribunal Constitucional declarando inaplicables en todo el país y con efecto erga omnes las leyes de amnistía dictadas en Perú.

III. Conclusiones

Hemos tratado de esbozar en forma sintética, lo que se ha dado en llamar en los últimos tiempos 'control de convencionalidad' mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una 'comparación' entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte IDH; y luego esa tarea debe ser ejercida por el Tribunal regional si es que el caso llega a sus estrados.

Lo cierto es que los organismos judiciales internos antes que nada —y esto es obvio— deben cumplir una inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y en paralelo, ver si tales decisorios se acomodan con las convenciones internacionales ratificadas por la Argentina (arts. 1.1 y 2 CAHD).

No será ocioso repetir que el Tribunal Interamericano desde siempre viene haciendo esta revisión. Aunque la terminología aludida, esto es, 'control de convencionalidad' ha sido utilizada en los últimos tiempos a partir de los asuntos que ya hemos citado. Con respecto al control de marras la Corte del Pacto de San José hace referencia a las reglas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, lo que implica, como vimos, que la inspección de 'compatibilidad' con la Convención se efectúe sobre todo el material normativo del país. Ha establecido ese cuerpo que los pronunciamientos locales tienen que ser acatados y sólo en circunstancias excepcionales puede la Corte IDH ocuparse de examinar los respectivos procesos internos habida cuenta que ella no lleva a cabo una tercera o cuarta instancia. En ese aspecto ha sostenido que los jueces y tribunales domésticos están sujetos al imperio de la ley y obligados a aplicarla, pero cuando el Estado ha ratificado un tratado como el Pacto de San

José 'sus jueces' como parte del aparato estatal, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar para que sus efectos no sean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarios a su objeto y fin.

Esta verificación de convencionalidad tiene un carácter difuso, ya que cada uno de los magistrados locales puede y debe cumplir la tarea, sin perjuicio de la postrera intervención de la Corte Interamericana.

Como consecuencia de lo expresado, va de suyo, que no sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino también el Ejecutivo y el Legislativo, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 de la CADH).

Cuando hacemos referencia a la 'revisión de oficio' queremos poner de relieve —obviamente— que en esas circunstancias la Corte está potenciada para hacerla aun cuando determinados planteos de convencionalidad no le sean articulados en forma expresa. Es decir que si una actuación arriba a sus estrados por la violación de determinado derecho —por ejemplo el derecho a la vida—, ella puede ocuparse —digamos— de la infracción al debido proceso legal.

Vale reiterar que tanto los judicantes nacionales como los de la Corte IDH deben buscar la 'compatibilidad' entre las normas locales -como reiteradamente lo hemos apuntado- y las reglas de los demás instrumentos internacionales a los que el país ha adherido, Tratados, Convenciones, Resoluciones, Declaraciones, Informes, etc., tales como el Protocolo de San Salvador; el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belem do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre Desaparición Forzada; etcétera; que integran el *copus iuris* convencional de los derechos humanos. Para esto también se debe tener en cuenta la 'jurisprudencia' de la Corte regional.

Por último parécenos necesario repetir que si ese cuerpo declara no convencional un determinado precepto doméstico —que haya sido aplicado o no— el país debe inmediatamente 'adaptar' la legislación interna —incluyendo su propia Constitución, como lo ha hecho Chile en el asunto ya citado— bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 de la CADH), y el *ius cogens*.